

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Luciana Zanchetta Oliver**

**Ativismo Judicial no Brasil  
e as consequências de sua consolidação**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2016**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Luciana Zanchetta Oliver**

**Ativismo Judicial no Brasil  
e as consequências de sua consolidação**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. André Ramos Tavares.

**SÃO PAULO  
2016**

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. André Ramos Tavares - PUC/SP

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Marina Faraco - PUC/SP

---

Prof. Dr. Renato G. Herani - FADISP

*“Prefiro os homens que me criticam, porque me corrigem,  
aos que me elogiam, porque me corrompem.”*

*(Santo Agostinho)*

*Aos meus avós, in memoriam, pelos ensinamentos deixados.*

*Ao meu pai, pelo exemplo de homem e sapiência.*

*À minha mãe, pelo amor incondicional.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por sua guia e luz nas horas de aflição e pela saúde e forças necessárias para que pudesse concluir esta etapa da minha vida.

Aos meus pais, Paulo Oliver e Carolina Zanchetta, pelas pegadas deixadas para que pudesse seguir os mesmos caminhos, pelo amor incondicional, pelos valores morais e cristãos que norteiam a minha vida, pelas orações e pelo amparo sempre presente.

Ao meu Orientador, Professor Doutor André Ramos Tavares e aos Professores, que durante este Curso transmitiram o seu conhecimento, enriquecendo a minha vida acadêmica e profissional.

Ao meu melhor amigo, que comigo vivenciou as alegrias e dificuldades, sempre com uma palavra de apoio.

Por fim, agradecer à indicação e aprovação no Programa de Bolsas de Estudos CNPq – Fundação Carlos Chagas, de quem não posso citar nomes, mas que, com excelência, exercem seu mister.

## RESUMO

O estudo tem por objetivo investigar a consolidação do ativismo judicial no Brasil, verificando se as decisões proferidas pelos Tribunais têm observado a vontade do constituinte originário e se estão adequadas com os valores sociais hodiernos. Para tanto, busca-se verificar os limites do Poder Judiciário à luz dos princípios constitucionais da Separação dos Poderes e do ideal Democrático. A dissertação aponta que o ativismo se mostra pertinente e está consolidado, uma vez que incumbe ao Poder Judiciário sanar omissões, avaliar e corrigir atos proferidos pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, porventura eivados de vícios. A pesquisa demonstra também que o ativismo, embora legítimo, deve ser praticado com responsabilidade e ponderação, fazendo prevalecer os direitos sociais em consonância com a preservação do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chaves:** ativismo judicial, judicialização, autocontenção judicial, jurisdição constitucional, direitos constitucionais, separação dos poderes, poder judiciário.

## **ABSTRACT**

The goal of this study is to question the consolidation of judicial activism in Brazil verifying if the decisions made by the courts are in accordance to the constitution and modern social values. For that, we need to verify the limits of the judiciary power based on constitutional principles, the separation of powers and democratic ideals. This dissertation points out that the activism is pertinent and consolidated, once the Judiciary Power is accountable for ceasing omission, evaluating and correcting the mistakes made by the Legislative and Executive powers when they occur. The research shows that despite the legality of the activism, it must be applied with responsibility and moderation protecting social rights and equally protecting the Democratic State.

**Key-words:** judicial activism, judicialization, judicial self-restraint, consolidation, constitutional jurisdiction, constitutional rights, separation of powers, judiciary power, democracy.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1 – DA FORMAÇÃO DO ESTADO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES</b> .....	11
1.1 Breves considerações sobre a formação do Estado Democrático de Direito .....	11
1.2 Da separação dos poderes .....	15
1.2.1 Concepção histórica da separação dos poderes .....	15
1.2.2 Da separação dos poderes nas constituições brasileiras .....	22
<b>CAPÍTULO 2 – DO PODER JUDICIÁRIO</b> .....	27
2.1 Surgimento e finalidade do Poder Judiciário .....	27
2.2 Do Poder Judiciário brasileiro .....	34
2.2.1 Da divisão organizacional e das reformas judiciais .....	34
2.2.2 Das súmulas, dos precedentes e do novo Código de Processo Civil Brasileiro .....	41
2.2.3 Do juiz .....	52
2.2.4 Dos instrumentos de controle de constitucionalidade .....	55
<b>CAPÍTULO 3 – DO ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	63
3.1 Origem histórica e conceito .....	63
3.2 Ativismo judicial, constitucionalismo e interpretação da norma jurídica .....	67
3.3 Ativismo, judicialização e autocontenção judicial .....	76
3.4 Ativismo judicial no Brasil: causas centrais de sua consolidação .....	80
3.4.1 Fatores determinantes do ativismo judicial no Brasil .....	80
3.4.2 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal .....	87
<b>CAPÍTULO 4 – O MOMENTO “PÓS-ATIVISMO”: CONSEQUÊNCIAS DO FENÔMENO DA CONSOLIDAÇÃO</b> .....	105
4.1 Legitimação do ativismo judicial .....	105

4.2 A mudança de paradigmas: novas funções desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal .....	109
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>114</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>118</b>

## INTRODUÇÃO

O ativismo judicial tornou-se, inegavelmente, assunto relevante e, em certa medida, especulativo. O debate jurisprudencial e doutrinário a respeito do tema se revela de forma cada vez mais intensa.

No ordenamento jurídico brasileiro não tem sido diferente, especialmente pelas recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Não se pode olvidar, além das premissas da prática jurídica, que o tema possui caráter filosófico e sociológico, fundamentado nas diretrizes constitucionais que aqui entrarão como corte central, embora não subordinado às visões tradicionalmente aceitas.

A manifestação desse chamado “ativismo” gera mudanças significativas no modelo estrutural da Separação de Poderes, mitigando a funcionalidade da divisão entre funções típicas e atípicas, que perde boa parte de seu atrativo e da sua utilidade.

O Poder Executivo, por exemplo, encontra-se muito presente no âmbito da produção normativa pelo uso intenso das Medidas Provisórias, passo que o Legislativo se encontra contraproducente na produção de leis que atendam o interesse público.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário, com o seu dever de proteger a Constituição e fazer concretizar os direitos fundamentais, interfere diretamente na possibilidade de sanar as omissões legislativas, de retirar do ordenamento normas inconstitucionais e também de invalidar atos da administração pública eivados de vícios.

Apesar de intenso e polêmico, o fenômeno não se afasta e não intenta contra os ideais democráticos. Ao contrário, está legitimado pelo mesmo.

No entanto, o Poder Judiciário deve desempenhar suas funções à luz das competências e finalidades previstas pela Constituição Federal, ponderando suas decisões entre as finalidades do Estado e a tutela dos direitos fundamentais.

Conforme será demonstrado, o ativismo judicial já está consolidado no ordenamento jurídico como mecanismo necessário para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, vista a baixa produtividade legislativa e o baixo desempenho da administração pública.

## **CAPÍTULO 1 – DA FORMAÇÃO DO ESTADO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

O ativismo judicial, conforme será verificado, consiste em um fenômeno de transformação do Estado, cujo mecanismo de funcionamento, racionalização e legitimidade acaba por ter como finalidade última atender às necessidades e direitos do povo.

Para compreender como o fenômeno se consolidou, adiante apresentamos breves considerações sobre a formação e a evolução do Estado.

### **1.1 Breves considerações sobre a formação do Estado Democrático de Direito**

É cediço que existem teorias divergentes sobre o momento em que se deu a formação do Estado.

Em uma análise preliminar, ressaltamos que Estado e Sociedade constituem entidades distintas. Desde seu surgimento, o homem está inserido em uma organização social munida de um poder central e coercitivo para fins de controle. Estado, portanto, seria um elemento da organização social humana.

De outro lado, a criação do Estado teria sido motivada por fatores alheios à convivência comum dos homens, como reflexo dos conflitos de interesses que ameaçavam a paz social.

Podemos compreender que Estado é o exercício do poder de um povo em um determinado espaço, consistente em uma comunidade juridicamente ou politicamente organizada com interesses comuns.

A esse respeito, aduz Jorge Miranda:

Falar em Estado equivale, portanto, a falar em comunidade e em poder organizado ou, doutro prisma, em organização da comunidade e do poder, equivale a falar em comunidade ao serviço da qual está o poder, em poder conformador da comunidade e em organização que imprime caráter e garantias de perdurabilidade a uma e outro.

(...)

O Estado é institucionalização do poder, mas esta não significa apenas existência de órgãos, ou seja, de instituições com faculdades de formação de vontade; significa também organização da comunidade, predisposição para os seus membros serem destinatários dos comandos vindos dos órgãos do poder.

(...)

O Estado é comunidade e poder juridicamente organizados, pois só o Direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão convencional e, no poder, do fato à instituição.<sup>1</sup>

O Estado foi formado, portanto, por uma convenção entre os homens, combinado pelo binômio poder e direito.

Sahid Maluf conceitua Estado como “órgão executor da soberania nacional”.<sup>2</sup>

No entanto, foram as evoluções político-sociais ao longo dos mais variados períodos históricos, que deram origem ao Estado Contemporâneo no modelo Democrático de Direito.

Nos séculos XI e XII, tivemos a burguesia, classe social que detinha o acúmulo de capital e que coordenava inúmeras ações em nome do poder econômico e político da época, até o final do século XIX.

No mesmo período, as rotas marítimas foram desenvolvidas para fins comerciais, o que levou ao descobrimento de novas terras. Concomitantemente, novos meios de produção e de aperfeiçoamento agrícola foram surgindo e relações se estabelecendo, iniciando um processo de mitigação da centralização do poder sob a égide da Igreja Católica.

Como reflexo, o controle administrativo passou do poder privado para o público, transferindo o poder do Clero para as mãos do Rei, ou seja, monopólio legítimo da força pelo Estado.

A formação do Estado Soberano, na qualidade de nação, objetivou a pacificação política e econômica. Essa autodeterminação administrativa associada aos momentos históricos permite compreender a evolução do Estado em três fases: (i) liberal, (ii) social e (iii) democrática de direito.

O Estado Liberal teve sua gênese na Revolução Francesa, cujo movimento social rompeu com o regime absolutista, consagrando-se pela separação absoluta do direito público e do direito privado, onde as partes manifestavam livremente suas vontades sem a interferência do Estado.

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo 3. 10ª ed. Lisboa, Portugal: Editora Coimbra, 2014.

<sup>2</sup> MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

No decorrer dos anos, a liberalidade excessiva deflagrou um sistema ainda mais opressor e desigual, em razão da lei dos mais fortes. A burguesia, detentora do capital, tinha o poder de decisão. Passo que o povo, ainda que em maioria, era proletariado e marginalizado. Crescia as desigualdades sociais.

O instinto de revolta inserido na sociedade reclama por renovação. Eclodem novos movimentos e o Estado Liberal é transformado em um Estado Social.

O poder público passa a intervir novamente, em detrimento do poder privado, a fim de equilibrar a relação e os direitos entre os homens.

Foi nessa fase que o Estado se reestruturou de forma contundente a uma concepção jurídico-constitucional. O poder do Estado passa a ser institucionalizado (limitado) em favor do bem comum e social entre homens.

O Estado passa a se organizar administrativamente, subdividindo suas funções (criação de leis, administração e solução de conflitos) e firmando compromisso com os interesses coletivos.

Carlos Ari Sundfeld sintetiza que:

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).<sup>3</sup>

Apesar de possuir uma finalidade notadamente social, fundamentada no liberalismo, havia uma postura estatal negativa, intervencionista que se afastava dos ideais democráticos.

A sociedade reclamava por uma conduta mais positiva, dirigente e ativista, em que se implementassem políticas governamentais que, efetivamente, garantissem o mínimo de bem-estar.

Assim, surge o Estado Democrático de Direito, como uma tentativa de corrigir algumas falhas presentes no Estado Social, como forma de promover a ordem, a paz social e impor a segurança jurídica aos homens.

---

<sup>3</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. 7ª tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo. p. 55.

Com o advento das Constituições, esse modelo de Estado se fortaleceu e se consolidou, fruto de uma organização administrativa totalmente vinculada à lei, garantindo a não (ou rara) interferência do poder público sobre o privado.

Desta forma, a tutela estatal passa a se dar na medida exata ou como meio de exceção.

Sob este aspecto, afirma Alexandre Moraes que:

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais (...) adotou o denominado princípio democrático, ao afirmar que todo poder emana do povo.<sup>4</sup>

Ressalte-se que um mínimo de intervenção estatal é necessário para garantir o atingimento da isonomia entre os cidadãos.

No Estado Democrático de Direito há uma efetiva proteção do cidadão, limitando as funções da própria Administração Pública, que deve sempre agir para satisfazer os interesses do povo.

No Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, o Estado se organizou como Democrático de Direito, salvaguardando os direitos e garantias fundamentais.

Referida análise consiste em um dos fundamentos e razões que justificam a prática do ativismo judicial.

Isso porque, é impraticável pensar em um Estado Democrático de Direito sem a efetivação dos direitos e garantias fundamentais ou, ainda, em separado dos anseios do povo, em razão de uma omissão dos demais Poderes.

O Estado Democrático de Direito, assentado nos pilares da democracia e dos direitos fundamentais, surge como uma forma de barrar a propagação de regimes totalitários que, adotando a forma de Estado Social, feriam as garantias individuais, maculando a efetiva participação popular nas decisões políticas.

O poder emana do povo, seu titular, e é o mesmo povo o legitimador das atribuições do Estado que devem sempre estar voltados para os interesses sociais.

---

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Coexistem, harmonicamente, no princípio da soberania popular, efetivado pelo regime democrático e pela legalidade, herdados do Estado Liberal.

Em síntese, a evolução do Estado permitiu assegurar o direito individual, limitando a atuação política estatal, por outro lado exigindo políticas governamentais positivas que garantissem o mínimo de bem-estar à população.

O Estado Democrático de Direito Brasileiro ampliou tais conceitos, reivindicando um Estado com uma postura proativa, pautado na justiça, na solidariedade e pluralismo social. Necessário, portanto, a execução de políticas públicas e formulação de leis que assegurem tais ideais.

Para atender tais finalidades, conforme veremos adiante, o Estado subdividiu suas funções em Poderes. Destarte, a ineficiência de algum deles, deve ser suprimida, pois o objetivo maior é garantir aos cidadãos seus direitos e o bem comum, o que justifica as ações tomadas pelo Judiciário e a consolidação do ativismo.

## **1.2 Da separação dos poderes**

O Estado tem por objetivo a realização dos direitos para o bem estar social do homem.

Para atingir sua finalidade com a máxima eficiência, o Estado subdividiu suas funções em órgãos correspondentes à administração, à legislação e à justiça: na separação dos poderes.

### **1.2.1 Concepção histórica da Separação dos Poderes**

A teoria da Separação dos Poderes, também denominada de tripartição de poderes, deriva de um modelo de governo criado pela Grécia Antiga.

A essência deste modelo estava fundamentada na divisão das funções do Estado, a fim de evitar a concentração do poder tirano.

Platão, filósofo grego e discípulo de Sócrates, defendia a necessidade da descentralização das funções do Estado para cumprimento de suas finalidades.

Em “A República”, Platão aborda temas filosóficos, políticos e sociais, com a finalidade de definir uma concepção harmoniosa para administração das cidades.

Foste tão longe no conhecimento do justo e da justiça, do injusto e da injustiça, que ignoras que a justiça é, na realidade, um bem alheio, o interesse do mais forte e daquele que governa e a desvantagem daquele que obedece e serve; que a injustiça é o oposto e comanda os simples de espírito e os justos; que os indivíduos trabalham para o interesse do mais forte e fazem a sua felicidade servindo-o, mas de nenhuma maneira a deles mesmos. Aqui tens, ó muito simples Sócrates, como é necessário encarar o caso: o homem justo é em todos os lugares inferior ao injusto.

(...)

Pois entendo como tal aquele de quem falava há pouco, o que é capaz de se sobrepor aos outros; examina-o bem, se quiseres saber até que ponto, no particular, a injustiça é mais vantajosa do que a justiça. Mas irás compreendê-lo mais facilmente se fores até a injustiça mais perfeita, a que leva ao ápice da felicidade o homem que a comete e ao ápice da infelicidade os que a sofrem e não querem cometê-la. Esta injustiça é a tirania que, por fraude ou violência, se apodera do bem alheio: sagrado, profano, particular, público, e não por partes, mas na totalidade.<sup>5</sup>

Na obra supracitada, encontramos diversas concepções políticas que se contrapõem à existência de um Estado perfeito, definindo-o como oligárquico, democrático, tirânico e real.

Seguindo os passos de Platão, Aristóteles, também filósofo grego, defendia que a *polis* estaria em primeiro lugar, seguida da família e, depois, do homem individualmente considerado. Em “A Política”, ele aborda assuntos relacionados à composição da cidade, a escravidão, a família e a economia.

De acordo com Aristóteles, a finalidade da política é a felicidade do homem, sendo governo e constituição do Estado, sinônimos para atingimento do bem comum.

(...) o fim é um bem, e o maior dos bens e bem em mais alto grau se acha principalmente na ciência todo-poderosa; esta ciência é a política, e o bem em política é a justiça, ou seja, o interesse comum; todos os homens pensam, por isso, que a justiça é uma espécie de igualdade, e até certo ponto eles concordam de um modo geral com as distinções de ordem filosófica estabelecidas por nós a propósito dos princípios éticos.<sup>6</sup>

Aristóteles e Platão divergiam a respeito das teorias do Estado.

<sup>5</sup> PLATÃO. In: *A República*.

<sup>6</sup> SILVEIRA, Denis Coitinho. *Os Sentidos da Justiça em Aristóteles*. Coleção Filosofia 121. Porto Alegre/RS. Ed. EDIPUCRS, 2001.

Platão estabelecia parâmetros de comportamento para o homem em sociedade. A *polis* ideal deveria ser governada pelo mais apto.

A vida em sociedade era hierarquizada, excluindo, por si, o poder de decidir, de julgar e de legislar destinado a qualquer um, concepção esta da democracia.

Para Aristóteles, a *polis* seria o ponto de convergência dos interesses individuais e que a associação dos homens seria necessária para que todos pudessem atingir ao bem comum.

Ele defendia o ideal democrático como forma de obter o melhor para a civilização. Foi o precursor da teoria da tripartição de poderes como valor de um Estado Democrático.

As teorias aristotélicas influenciaram os iluministas para rompimento com o Estado Absolutista.

Nicolau Maquiavel, historiador italiano, na obra “O Príncipe”, fez um estudo aprofundado do poder absolutista, tecendo críticas e defendendo a necessidade de estabelecer um parlamento legislativo e um judiciário independentes do rei. Ao rei caberia o uso de estratégias para o controle social.

Naturalmente, seria muito louvável que um príncipe possuísse todas as boas qualidades acima mencionadas, mas como isso não é possível, pois as condições humanas não o permitem, é necessário que tenha a prudência necessária para evitar o escândalo provocado pelos vícios que poderiam fazê-lo perder seus domínios, evitando os outros, se for possível; se não for, poderá praticá-los com menores escrúpulos. Contudo não deverá preocupar-se com a prática escandalosa daqueles vícios sem os quais é difícil salvar o Estado; isto porque, se se refletir bem, será fácil perceber que certas qualidades que parecem virtudes levam à ruína, e outras, que parecem vícios, trazem como resultado o aumento da segurança e do bem-estar.<sup>7</sup>

Para ele, necessário a consolidação de um Estado forte, fundamentado em lei rígidas para garantia da ordem.

Outro que contribuiu para a teoria da separação dos poderes foi Thomas Hobbes, com a obra “O Leviatã”, publicada em 1651, que tinha por objeto a análise da guerra civil inglesa.

---

<sup>7</sup> ARANHA, Maria Lucia de Arruda. *Maquiavel: a lógica da força*. São Paulo: Moderna, 1993.

Para ele, os homens mais fortes, inteligentes e ágeis tinham mais vantagens do que os mais fracos e oprimidos, que nunca iriam estar em condições de liderança.

Isso é mais do que consentimento ou concórdia, pois resume-se numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens [...] Esta é a geração daquele enorme Leviatã, ou antes – com toda reverência – daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa” [...] É nele que consiste a essência do Estado, que pode ser assim definida: ‘Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns aos outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum’. O soberano é aquele que representa essa pessoa.<sup>8</sup>

Evidente que para que o Estado tenha seus fins alcançados, as liberdades individuais deveriam ser desconsideradas. Hobbes afasta o ideal democrático e exalta a soberania.

No século XVII, John Locke, filósofo inglês, ideólogo do liberalismo, consagra-se como um dos principais defensores do contrato social<sup>9</sup>, originário de Hobbes.

Locke, na obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, afirma que o homem natural deve viver em liberdade para decidir seus atos e dispor de suas posses da melhor forma que lhe convir.

Segundo ele, esse estado de liberdade advém da própria natureza humana. O homem nasce livre e somente deve obediência às leis da natureza.

Deve-se entender, portanto, que todos aqueles que abandonam o estado de natureza para se unirem a uma comunidade abdicam, em favor da maioria da comunidade, a todo o poder necessário aos fins pelos quais eles se uniram à sociedade, a menos que tenham expressamente concordado em qualquer número superior à maioria. E isso ocorre simplesmente pela concordância em unir-se em uma sociedade política, em que consiste todo o pacto existente, ou que deve existir, entre os indivíduos que ingressam num corpo político ou o formam. Por conseguinte, o que inicia e de fato constitui qualquer sociedade política não passa do consentimento de qualquer número de homens livres capazes de uma maioria no sentido de se unirem e incorporarem a uma tal sociedade. E é isso, e apenas isso, que dá ou pode dar origem a qualquer governo legítimo no mundo.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> HOBBS, Thomas. In: *O Leviatã*.

<sup>9</sup> Ou Contratualismo: ideologia que tem por objetivo explicar a formação do Estado e a ordem social.

<sup>10</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Para superar a instabilidade e o conflito de interesses, torna-se necessário o pacto social, coibindo os excessos e, por assim dizer, injustiças.

A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte.<sup>11</sup>

O pacto social tinha a finalidade de organizar os indivíduos politicamente e sob o crivo da lei para convivência mútua. Consiste em um ato de vontade das pessoas resultante da abdicação de cada um de suas liberdades, mediante submissão à lei e ao juiz.

A organização social de Locke foi por ele denominada de governo civil, influenciando, a exemplo, a formação do Estado Norte-Americano.

Locke faz menção à tripartição de poderes, assegurando uma superioridade hierárquica ao Poder Legislativo em relação aos demais, por deter a prerrogativa de produzir as leis e, dessa forma, fazer prevalecer o pacto social.

Seguindo essa concepção de tripartição de poderes, no século XVIII, Charles-Louis de Secondat *ou* Barão de Montesquieu, filósofo francês e um dos percussores do Iluminismo, redigiu a obra “O Espírito das Leis”.

O autor iluminista defendia a reformulação das instituições políticas, através da chamada “teoria clássica dos três poderes”, cuja finalidade seria de solucionar máculas deixadas pelo regime absolutista.

Buscava desenvolver um governo eficaz e para todos, como meio de unificação e fortalecimento do Estado.

A Lei seria o instrumento para educar os cidadãos, tanto em relação ao respeito pelo poder e governo, como para convivência harmônica entre os indivíduos. “Não se deve de modo algum estatuir pelas leis divinas o que deve sê-lo pelas leis humanas, nem regulamentar pelas leis humanas o que deve ser feito pelas leis divinas.”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>12</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

As religiões, os valores morais, os princípios e valores deviam ser analisados conjuntamente com a Lei e não em si mesmos, a fim de compreender e organizar os homens em sociedade.

Embora a teoria da separação dos poderes não tenha sido elaborada originariamente por Montesquieu, foi ele seu grande difusor, especialmente quanto à definição mais precisa de sua finalidade.

Nesta esteira, André Ramos Tavares afirma que: “(...) a ideia que prevaleceu foi a de que a Separação dos Poderes, como doutrina política, teve sua origem na obra de Montesquieu.”<sup>13</sup>

Para Montesquieu, a divisão das funções do Estado consiste em um Poder Legislativo, um Executivo e um Judiciário, cabendo ao primeiro o poder de fazer as leis; ao segundo, a prerrogativa de administrar os conflitos sociais, e, ao terceiro, a aplicação das leis quando necessárias resoluções geradas pelo segundo. “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”<sup>14</sup>

O modelo tripartido clássico dividia as atribuições do Estado em três órgãos independentes, com finalidades típicas e atípicas, harmônicos entre si, contrabalanceando e limitando o exercício do poder. “(...) todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”<sup>15</sup>

Montesquieu aprimorou as teorias de Locke, aprofundando-se no conceito da Separação dos Poderes como meio de equilibrar o poder estatal em oposição ao absolutismo.

Montesquieu, ao definir e estabelecer com especificidade a Separação dos Poderes contribui com a formação histórica do Estado Moderno.

Foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789 pela Assembleia Constituinte Francesa, que consagrou a teoria da tripartição dos poderes como um princípio expresso. “XVI: Toda sociedade na

---

<sup>13</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>14</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>15</sup> Idem.

qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.”<sup>16</sup>

O reconhecimento da divisão das funções do Estado foi legitimada, positivamente, com o intuito de proteger e preservar os direitos individuais do cidadão perante o Estado.

A concepção clássica da Separação de Poderes determina que cada órgão atue de forma independente, autônoma e harmônica entre si. Por outro lado, há autorização para que um órgão interfira sobre o outro, quando omissivo ou ingerente, a fim de atender os interesses sociais, atenuando a separação absoluta dos poderes.

Surgiu, assim, o sistema *checks and balances*, ou, sistema de freios e contrapesos<sup>17</sup>.

(...) os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.<sup>18</sup>

Os poderes devem existir como subdivisões das funções do Estado, obstando a tirania, mas mediante uma contribuição e fiscalização de um órgão sobre o outro. Somente assim pode haver equilíbrio, harmonia e, de certa forma, controle.

A esse respeito, José Afonso da Silva afirma que:

<sup>16</sup> In: *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>

<sup>17</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/>>

<sup>18</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco [que, aliás, integra o mecanismo], para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.<sup>19</sup>

O Sistema de Freios e Contrapesos passa a reconhecer a existência das funções típicas e atípicas de cada órgão, sem negar o princípio de Separação de Poderes como fundamento principal para atingimento das funções do Estado.

### 1.2.2 Da separação dos poderes nas constituições brasileiras

A separação de poderes sempre foi um princípio fundamental adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, com base no sistema modulado por Montesquieu.

Com a evolução política e social, após a independência do Brasil (1822), a Constituição do Império outorgada em 1824 por Dom Pedro I estabeleceu a separação dos poderes.

Artigo 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Artigo 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.<sup>20</sup>

Embora se acreditasse que o Poder Moderador, citado no artigo 10, consistisse em um quarto poder, este, em verdade, possuía o mesmo chefe que àquele do Poder Executivo, ou seja, o Imperador.

A distinção consistia em uma justificativa relacionada à guarda da independência, concentrando maior poder nas mãos do Chefe de Estado em detrimento dos demais desequilibrando-se com os demais poderes, o que só foi

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>20</sup> Constituição do Império, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

revisto 65 anos depois, com a promulgação da primeira Constituição da República, em 1891.

A “Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil”, como assim foi denominada, foi decretada e promulgada no governo provisório de Marechal Deodoro da Fonseca, sob influência da Constituição dos Estados Unidos da América, adotando o regime presidencialista e a república federalista, trazendo, expressamente em seu artigo 15, a tripartição clássica da Separação dos Poderes, estabelecendo que os mesmos seriam harmônicos e independentes entre si.

A segunda a Constituição da República Brasileira, promulgada em 1934, ratificou a tripartição dos poderes, em seu artigo 3º, conforme a Constituição de 1891.

Em 1937, quando se estabeleceu a “Era Vargas”, a nova Carta não fez qualquer menção à subdivisão das funções do Estado, justamente porque houve um retrocesso no que se refere às conquistas sociais dos anos anteriores, concentrando todas as atribuições nas mãos do Presidente da República. “Foi um governo centralizador, autoritário, colocando o Poder Executivo em plano superior aos demais, quebrando a independência e harmonia dos Poderes. O Presidente da República era a suprema autoridade do Estado (art. 73).”<sup>21</sup>

O artigo 73 afirmava que ao Presidente da República cabia promover e orientar a atividade legislativa, podendo dissolver o Parlamento ou adiar as suas sessões, bem como, nos termos do artigo 64, a iniciativa das leis que era, “em princípio”, do Governo. O § 1º do mesmo dispositivo proibia a iniciativa de lei a qualquer parlamentar. A Casa Legislativa só poderia ter a iniciativa por um terço de Deputados ou de membros do Conselho Federal (nome dado ao Senado) e o Presidente da República poderia legislar por decreto-lei (artigo 13).

O Poder Judiciário não podia conhecer de causas exclusivamente políticas (artigo 94), bem como de atos praticados em virtude do estado de emergência ou o estado de guerra (artigo 170).

Poderia, eventualmente, ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República pelo Poder Judiciário.

---

<sup>21</sup> RAMOS, Carlos Roberto. *Da Medida Provisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Após a Ditadura Militar, com a retomada da democracia, em 1946, foi promulgada uma nova Constituição, com resgate ao princípio fundamental da Separação dos Poderes, tal como mencionado na primeira Carta da República.

São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1º O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

§ 2º É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, ratificaram o artigo supracitado, com pequenas alterações, mas sem retirar a essência do princípio fundamental que então se consolidava.

A Constituição de 1988 é a que nos permite à compreensão dos condicionamentos ideológicos do princípio da Separação de Poderes no que se referem às garantias de muitos dos direitos proclamados no texto constitucional.

A Separação de Poderes, em 1988, teve definida sua razão de ser, qual seja: delegação de funções a órgãos distintos, descentralizando o poder demasiado e sem limites, que veio a fortalecer este princípio unificador da ordem política e social.

As funções de cada órgão são independentes e harmônicos entre si para atingimento da finalidade do Estado.

Nos dizeres de José Afonso da Silva, a independência dos poderes significa:

... (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

## Em relação à harmonia entre os Poderes:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.<sup>23</sup>

A Constituição de 1988 alcançou os direitos e garantias individuais ao patamar de cláusulas pétreas<sup>24</sup>, onde também está inserido o princípio fundamental da Separação de Poderes<sup>25</sup>, impedindo que novas medidas políticas alterem ou afaste a sua aplicabilidade.

As limitações e atribuições de cada órgão estatal são conferidas pelo legislador constituinte originário, definindo as características predominantes a cada esfera de atuação, funções típicas, e às excepcionais, ou atípicas, justamente para permitir que haja uma harmonia e interdependência entre cada um. Aplicação do sistema de “freios e contrapesos” desenvolvido por Montesquieu.

Alexandre de Moraes<sup>26</sup>, ao discorrer sobre o tema, afirma que a independência dos órgãos estatais advém de um controle recíproco, decorrente de uma garantia constitucional que permite a influência de um sobre o outro, obstando a centralização do poder e um equilíbrio entre os agentes.

Entendemos, dessa forma, que a harmonia entre os Poderes exsurge de uma limitação constitucional dos atos praticados por cada um e na autonomia no que se refere às suas funções típicas, como maior garantia de equilíbrio e efetividade funcional.

---

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

<sup>24</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>25</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Desta forma, adiante, discorreremos sobre o Poder Judiciário no exercício de suas competências, para compreensão de seu ativismo, ora consolidado no ordenamento jurídico brasileiro.

## CAPÍTULO 2 – DO PODER JUDICIÁRIO

A teoria da Separação de Poderes subdivide as funções do Estado em três órgãos: administrativo, legislativo e judicial, os quais desempenham funções típicas e atípicas para o cumprimento das finalidades estatais.

Em apertada síntese, ao Poder Judiciário compete o exercício da jurisdição para a solução dos conflitos sociais, mediante aplicação da norma.

No entanto, é sabido que a produção legislativa não tem acompanhado a evolução das relações sociais. Desta forma, o Poder Judiciário tem efetivado a tutela judicial com base nos princípios gerais do Estado Democrático de Direito.

Trata-se da consolidação do ativismo judicial como fenômeno da jurisdição hodierna que será investigado adiante à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.1 Surgimento e finalidade do poder judiciário

O Judiciário subsiste desde a Antiguidade, mais remota à formação do Estado Moderno. Surge com o *pater familias* e com o chefe, na Antiguidade Clássica.

Mas é no Império Romano que Juiz recebe a função judicante, vinculada ao Estado.

Na verdade, a apropriação do Direito pelo Estado, que hoje conhecemos como monopólio estatal da jurisdição tem início na história de Roma, alguns anos antes do nascimento de Cristo, quando a magistratura republicana cede espaço aos *principes* que assume, aos poucos, o lugar do *praetor*.<sup>27</sup>

O Direito Romano foi o precursor na codificação sistemática das leis e dos princípios. Para os romanos, cabia ao juiz decidir os conflitos sociais conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt<sup>28</sup>, o Direito Romano ofereceu um ciclo jurídico completo constituindo como a maior fonte do direito.

---

<sup>27</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007. p. 2.

<sup>28</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Vol. I, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 283.

Porém, a ascensão do Judiciário como instituição do Estado ocorreu após a Segunda Guerra Mundial (1938-1945), no período da Guerra Fria. Houve o declínio da Europa capitalista, até então centro da civilização mundial, e o surgimento do Socialismo Soviético. Momento de tensão ideológica que culminou em muitos conflitos sociais.

É nessa época que o movimento da Teoria Pura do Direito, liderado por Hans Kelsen, ganha adeptos. Trata-se do positivismo jurídico do “dever ser” fundamentado na norma e estruturado pelo juízo hipotético, como mecanismo de disciplinar o uso da força.

A purificação do direito, segundo Kelsen<sup>29</sup>, consiste em torná-la livre de elementos abstratos, filosóficos, naturalísticos e valorativos. A norma fundamental é a única verdade para o Estado de Direito.

A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição (anticonstitucional) é uma *contradictio in adjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.<sup>30</sup>

Deve o Estado, para manutenção da ordem e da satisfação do direito, priorizar a norma jurídica em harmonia com o ordenamento jurídico, com unicidade, coerência e completude.

Diante disso, concomitantemente aos ensinamentos Kelsianos, entre 1957 e 1961, Norberto Bobbio trouxe três aspectos do positivismo jurídico: o positivismo como método para o estudo do direito, como teoria do direito e como ideologia do direito. Para ele, o direito era o método para o controle social e alcance do bem-estar de todos.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Limitada, 1987.

<sup>30</sup> Idem.

Bobbio<sup>31</sup> passou a considerar a jurisdição como um instrumento de construção social, afastando-se da Teoria Pura de Kelsen para determinar uma estrutura-funcional para o direito, além de estabelecer uma filosofia política sobre o papel desempenhado pela norma.

Politicamente, diante do cenário que se instalava no mundo, foi necessário o resgate da democracia para proteção dos interesses e garantias individuais. Para que o Estado fosse preservado, a Justiça deveria prevalecer entre todos.

A principal função do Judiciário seria, portanto, a de organizar o Estado. O órgão passou a dirimir controvérsias com a aplicação das Leis.

Celso Ribeiro Bastos preleciona que:

À função jurisdicional cabe este importante papel de fazer valer o ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que seu cumprimento não se dê sem resistência. Ao próprio particular (ou até mesmo a pessoas jurídicas de direito público), o Estado subtraiu a faculdade de exercício de seus direitos pelas próprias mãos.<sup>32</sup>

A pacificação com aplicação de justiça tornou-se, então, um grande fenômeno social, que fez com o que o Judiciário crescesse e se popularizasse entre os cidadãos como solução para a crise política e social que se instalava.

O Estado passa a investir no Judiciário na função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, eliminando conflitos e impedindo que os governantes ultrapassassem as esferas individuais.

Porém, é cediço que, para atender as necessidades e a evolução social, a atividade jurisdicional não pode se restringir somente ao Poder Judiciário.

Segundo Rui Barbosa, “a justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”<sup>33</sup>

O fator temporal é o maior rival para a efetivação da jurisdição. Por esta razão, os demais Poderes devem criar mecanismos que atuem em paralelo ao Judiciário em observância aos interesses sociais.

---

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. In: *O Positivismo Jurídico*.

<sup>32</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. Saraiva: São Paulo, 1998.

<sup>33</sup> BARBOSA, Rui. In: *Oração aos Moços*.

A exemplo disso, no Brasil temos a Lei de Arbitragem, com o objetivo de mediar as relações entre particulares de uma forma célere e eficaz e, ainda, como meio de tirar o acúmulo de tarefas do Judiciário.

A arbitragem tem por fundamento a garantia constitucional de acesso à justiça, sem que haja descrédito pelo perecimento do direito pelo decurso temporal, conforme artigo 5º, inciso LXXVIII<sup>34</sup>, da Constituição Federal Brasileira de 1988, trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Ante a ausência da intervenção estatal, sempre que houvesse um conflito, caberia aos interessados sua solução mediante composição ou autotutela. Após que os conflitos passaram a sofrer uma mediação direta do Estado.

Tratava-se de um monopólio da jurisdição pelo Estado que se via obrigado a regularizar e instrumentalizar meios para assegurar o direito de acesso à justiça, razão pela qual recebeu esse *status* constitucional.

A respeito dessa garantia constitucional, Luiz Rodrigues Wambier aduz que:

À luz dos valores e das necessidades contemporâneas, entende-se que o direito à prestação jurisdicional (garantido pelo princípio da inafastabilidade do controle judiciário, previsto na Constituição) é o direito a uma proteção efetiva e eficaz, que tanto poderá ser concedida por meio de sentença transitada em julgado, quanto por outro tipo de decisão judicial, desde que apta e capaz de dar rendimento efetivo à norma constitucional.<sup>35</sup>

Como direito fundamental amplo, geral e irrestrito, o acesso à justiça está correlacionado a outros princípios constitucionais, ou seja, para que seja eficaz, a obrigação não pode estar restrita ao Estado, senão deve ser observada por todos em consonância com as normas que organizam o Estado, devendo este último facilitar e viabilizar meios para sua aplicação.

Deste modo, a tutela jurisdicional não mais se restringe à tutela estatal, conferida ao Poder Judiciário, mediante um processo institucionalizado.

---

<sup>34</sup> Artigo 5º (...). LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>35</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Teoria Geral do Processo de Conhecimento*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

A jurisdição é meio pelo qual o acesso à justiça se concretiza, cabendo ao Estado a viabilização de meios para que tal acesso seja facilitado, com plena satisfação e concretização do direito.

É característica do Estado Democrático o fornecimento de meios alternativos, judiciais ou extrajudiciais, para solução de conflitos, cabendo ao interessado à opção que melhor lhe aprouver.

Vale dizer que o acesso à Justiça deriva do princípio da dignidade humana, princípio fundamental que constitui cláusula pétrea na ordem constitucional brasileira<sup>36</sup>.

Não é pertinente, portanto, limitar sua efetivação exclusivamente ao Judiciário. Referida limitação seria, em tese, inconstitucional, já que é uma prerrogativa do próprio Estado.

Todos os meios extrajudiciais devidamente regulamentados e que buscarem a efetivação dos direitos constitucionalmente consagrados, de forma ampla e irrestrita, devem ser reconhecidos como medida de acesso à Justiça, com escopo em uma ordem jurídica justa, tal como ocorre com a arbitragem.

Corroborando com o aludido entendimento, Fredie Didier Junior afirma que:

(...) a arbitragem é atividade jurisdicional, com a diferença apenas quanto ao elemento confiança, que preside a arbitragem, estando ausente na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença lhes será imposta de forma coativa.<sup>37</sup>

Aduz Humberto Theodoro Júnior<sup>38</sup> que a Lei de Arbitragem jurisdionalizou o instituto no Brasil, atribuindo-lhe natureza jurisdicional-contratual decorrente de seu caráter volitivo privado.

Trata-se de um sistema híbrido, na medida em que a arbitragem não objetivou a substituição da jurisdição estatal, senão trouxe à tona instrumentos alternativos para resolução de conflitos de forma mais econômica, rápida e eficaz.

---

<sup>36</sup> Art. 60, § 4.º, inciso IV, CF/1988.

<sup>37</sup> DIDIER, Fredie Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

<sup>38</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Revista Sínteses de Direito Civil e Processual Civil.

A Lei nº 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil brasileiro, consolida o entendimento de que a arbitragem é mecanismo de jurisdição, nos termos do § 1º, do artigo 3º, do referido diploma legal, nos seguintes termos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Observe-se que o *caput* do artigo faz menção à “apreciação jurisdicional”, em oposição à terminologia “Poder Judiciário” mencionada no inciso XXXV, artigo 5º da Constituição de 1988. Trata-se da consagração do princípio de acesso à justiça em conjunto com a inafastabilidade da jurisdição.

Os parágrafos 2º e 3º evidenciam que o Estado deve promover e incentivar medidas de solução de conflitos, independente das medidas judiciais existentes, ou seja, regulamenta os meios alternativos para atendimento de seu objetivo.

O novo Código de Processo Civil, em rigor, obedece à nova hermenêutica constitucional, eis que traz em seu bojo, expressamente, a necessidade da constitucionalização do processo, a fim de atender as garantias consagradas pela Lei Maior.

A Lei Processual ampliou o seu texto trazendo em si uma interpretação do modelo constitucional, especialmente quanto aos princípios processuais constitucionais, procedimentos jurisdicionais, organização judiciária, funções essenciais da justiça, já que é a Constituição que os regula.

Ademais, além da arbitragem, há outros mecanismos de jurisdição para solução de conflitos. Vejamos:

A Justiça Desportiva, a exemplo, não integra o Poder Judiciário. Funciona por conta própria e possui legislação específica.

Ela possui seus próprios tribunais e procedimentos, mas não é totalmente independente, pois deve atuar com observância as demais disciplinas do direito, principalmente em relação aos princípios constitucionais.

Scheyla Althoff Decat afirma que a Justiça Desportiva é:

Uma instituição de direito privado dotada de interesse público, tendo como atribuição dirimir as questões de natureza desportiva definidas no Código Brasileiro de Justiça Desportiva, formada por um conjunto de instâncias autônomas e independentes das entidades de administração do desporto (...).<sup>39</sup>

Trata-se de uma jurisdição na exata medida em que há limites estabelecidos em lei para exercício de seu poder, cujo objetivo consiste em solucionar conflitos no desporto.

Assim como a arbitragem, a Justiça Desportiva não obsta o direito de acesso à Justiça. Cuida-se de aparato próprio, regulado por lei, que visa solucionar conflitos sobre objeto específico e, caso ainda alguma das partes entenda que houve prejuízo, pode acionar ao Judiciário, para que o Estado intervenha e verifique se houve decisão ao arbítrio da Lei Maior.

No ano 2000, o Presidente da República, à época, Fernando Henrique Cardoso, sancionou a Lei nº 9.958, que regulamentou as Comissões de Conciliação Prévia, permitindo a execução de títulos executivos extrajudiciais na Justiça do Trabalho.

Cuida-se de um instituto privado e facultativo, que tem por objetivo a conciliação extrajudicial entre empregado e empregador, mediante autonomia de vontade das partes.

As Comissões possuem natureza jurídica de mediação, sem se manifestar, no entanto, quanto ao direito aplicável, não obstante, portanto, que a parte possa impugnar em Juízo.

A fim de acompanhar a evolução social e o número crescente de demandas, há muito vêm se regulamentando institutos de jurisdição para fins de solução de conflitos, públicos e privados.

---

<sup>39</sup> ALTHOFF DECAT, Scheyla. *Direito Processual Desportivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

Ao Poder Judiciário compete a função jurisdicional, porém, não exclusivamente, mas precipuamente em proteção ao Estado Democrático de Direito e para a efetivação dos Direitos Fundamentais.

## **2.2 Do poder judiciário brasileiro**

### **2.2.1 Da divisão organizacional e das reformas judiciais**

O Poder Judiciário Brasileiro está regulamentado nos artigos 92 a 126 da Constituição Federal de 1988 (Título IV - Da Organização dos Poderes, Capítulo III - Do Poder Judiciário) e por normas regimentais de organização.

A Constituição Federal, de acordo com o regime federalista que o Estado Brasileiro adota, também separou os órgãos judiciais em Federais e Estaduais.

O Poder Judiciário Brasileiro é uma instituição com uma sofisticada, complexa, rígida e burocrática divisão de competências. Dispõem de duas Justiças Comuns (federal e estadual), de três Justiças Especiais (trabalhista, eleitoral e militar) e de um órgão Coordenador, o Conselho Nacional de Justiça.

Hierarquicamente, o Supremo Tribunal Federal é o órgão superior, na qualidade de Corte Constitucional, cujas decisões servem de diretrizes para os demais órgãos do Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, brasileiros natos, com idade superior a trinta e cinco anos e inferior a sessenta e cinco anos, com notório saber jurídico, conduta ilibada e no gozo de seus direitos políticos, todos nomeados pelo Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal possui competência originária e recursal, nos termos do artigo 102, da Constituição Federal de 1988. Originária entende-se pelo controle de constitucionalidade concentrado; e recursal, entende-se pela devolução da matéria em grau de recursos extremos (controle difuso).

Abaixo do Supremo Tribunal Federal, temos o Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição Federal de 1988, a quem compete a interpretação das normas infraconstitucionais e uniformização da jurisprudência.

É composto por, no mínimo, trinta e três Ministros e, assim como o Supremo Tribunal Federal, todos os membros são nomeados pelo Presidente da República.

Nos termos do artigo 104<sup>40</sup>, da Constituição Brasileira, diferentemente do Supremo Tribunal Federal, as indicações dos Ministros para composição do Superior Tribunal de Justiça devem observar que cada terço do número de vagas fica reservado, respectivamente, aos membros dos Tribunais Regionais Federais, membros dos Tribunais Estaduais, membros do Ministério Público e dos advogados regularmente inscritos.

As competências do Superior Tribunal de Justiça estão previstas no artigo 105, da Constituição Federal de 1988, o qual também possui competência originária e recursal, estritamente sobre matéria de Lei Federal.

Sequencialmente, no âmbito da União, encontramos a Justiça Federal – artigo 109, da Constituição Federal – de competência comum e especializada, incluindo os Tribunais Regionais Federais; os Tribunais Regionais do Trabalho; os Tribunais Regionais Eleitorais e os Juizados Especiais Federais.

A cada Estado-membro constitui uma Seção Judiciária Federal Comum, com sede na respectiva Capital. Em segundo grau de jurisdição, encontramos os Tribunais Regionais Federais – artigos 107 e 108, da CF/88.

A Justiça Federal Especializada compreende: (i) a Justiça Militar: a quem compete julgar os crimes militares devidamente definidos em lei, compreendendo os Juízes Militares, Tribunais Militares e Superior Tribunal Militar – artigos 122 a 124, Constituição Federal; (ii) a Justiça Eleitoral: a quem compete julgar matéria eleitoral; composta pelos Juízes Eleitorais, Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Superior Eleitoral – artigos 118 a 121, da Constituição Federal; (iii) a Justiça do Trabalho: a quem compete solucionar conflitos decorrentes de relação de trabalho; é formada pelas Varas do Trabalho, pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho.

---

<sup>40</sup> Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)  
I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;  
II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

Nos Estados-membros e no Distrito Federal, encontramos os Tribunais de Justiça Estaduais, os Tribunais Estaduais Militares, além das Varas Singulares ou da Justiça Estadual, comum e especializada (Militar), cuja organização inclui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais – artigos 98 e 125, da Constituição Federal.

Analisando o Judiciário Brasileiro sob o prisma cronológico constitucional, verifica-se que houve uma progressiva evolução de suas instituições com o fito de atender as necessidades políticas e sociais do Estado.

Na Constituição do Império de 1824, o Poder Judiciário era contemplado de forma contida em relação aos demais Poderes. Era tão somente composto por Juízes e Jurados.

Com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, a qual recebeu grande influência da consolidação da independência dos Estados Unidos da América, constata-se o início de uma nova organização do Estado, totalmente antagônica à realidade social vivenciada pela época, não demorando a surgirem os problemas.

A Constituição de 1891 criou o Supremo Tribunal Federal, inspirado na Suprema Corte americana, e separou as Justiças Estadual e Federal, tal como hoje conhecemos.

Em 1934, a nova Constituição criou as Justiças Militar e Eleitoral. Em 1937, a Carta Constitucional, então outorgada por Getúlio Vargas, suprimiu as garantias previstas até aquela ocasião.

A Constituição de 1937, denominada de Polaca<sup>41</sup>, foi a responsável pelas grandes mudanças no cenário político do Brasil. Com o golpe de 1964, o Governo militar foi instaurado, tendo sido editada a Constituição de 1967, que perdurou até 1946, quando a democracia foi reestabelecida.

A fim de resguardar a sociedade e impedir um novo golpe, com o fim do chamado Estado Novo, a Lei Maior de 1946, previu, expressamente, aos direitos e garantias individuais, dentre os quais, o amplo acesso ao Poder Judiciário, sendo que nenhuma lesão a direito individual poderia ser excluída de apreciação jurisdicional.

No entanto, não demorou muito tempo, foi deflagrado um novo regime político militar, totalmente ditatorial, suprimindo todas as garantias individuais e,

---

<sup>41</sup> Trata-se de uma referência à Constituição Polonesa, outorgada pelo Marechal Jozsef Pilsudski (1867-1935), líder do golpe militar que o levou ao poder na Polônia em 1921.

ainda, enfraquecendo o federalismo e a separação de poderes. Nessa ocasião, o Poder Executivo, inclusive, conduzia e fiscalizava os atos praticados pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1967 restringiu não só os direitos dos cidadãos, como fez das instituições judiciais refém de um governo despótico.

Foi então, em 1988, com o fim do regime militar e com a promulgação da “Constituição Cidadã”, que a democracia se consolidou e que a Separação de Poderes no Estado Federalista se fortaleceu.

É com a Constituição de 1988 que o Poder Judiciário ascendeu como instituição, todavia, embora tenhamos uma Justiça imensuravelmente melhor e mais eficiente, certo é que o constituinte originário não previu que, após o período de ditadura governamental, os anos de repressão e de opressão, fossem levar milhares de pessoas a invocar seus direitos – garantias individuais – junto aos órgãos judiciais.

O acesso à Justiça, o princípio da inafastabilidade, o direito de petição, passaram a ser tratados como garantias expressas no texto Constitucional, o que houve por favorecer o interesse de todos os cidadãos.

A população, quando da promulgação da Constituição de 1988, viu no Judiciário um meio de obter uma confiança antes jamais vista e, obviamente, não havida e não praticada em relação aos demais Poderes, os quais sempre foram tidos com certa desconfiança, principalmente considerando que o golpe político iniciou-se nas bancadas do Legislativo, até o alcance da liderança Executiva.

Dada à incapacidade dos órgãos do Judiciário atender às demandas, com o início do século XXI, verificou-se o declínio na confiabilidade da população em relação ao Judiciário, tendo em vista a morosidade na resolução dos conflitos.

O estabelecimento de um Estado Moderno, Social e Democrático despertou o interesse e a conscientização do exercício de cidadania. Desta forma, com a Constituição de 1988, o Estado também viu a necessidade de elaborar leis especiais de proteção a grupos específicos, tal como em proteção ao menor, ao consumidor, ao idoso, à mulher, aos homossexuais etc., principalmente para garantir a efetivação dos princípios contidos na Constituição.

A essa oposição, surgiram críticas ao modelo formalista de aplicação do direito (positivismo normativo).

O Juiz como intérprete e aplicador da lei passou a ser questionado, principalmente para compreensão de seus critérios, fundamentos e razão de decidir, senão pela leitura estrita da lei. O fato social passou a ter mais relevância do que a vontade e iniciativa do legislador.

Diante desse contexto, em que pese as garantias expressas pela Constituição de 1988, o Judiciário precisou e precisa se reinventar, de forma célere e criativa, tanto no sentido de modernizar os mecanismos judiciais, como pelo aperfeiçoamento dos juízes e servidores da justiça.

A fim de dar uma resposta ao clamor social, Leis Infraconstitucionais foram sancionadas instituindo instrumentos processuais para adequação, celeridade e a efetividade do processo.

A Lei nº 8954, de 13 de dezembro de 1994, alterou dispositivos do Código de Processo Civil, de 1973, sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.

Tratou-se de uma mudança significativa, pois a inserção da tutela antecipada contribuiu para o cumprimento imediato das obrigações, sem a necessidade do dualismo processual. Possibilitou-se a separação do processo cautelar do processo de conhecimento.

O artigo 273, do Código de Processual Civil de 1973, tornou possível a obtenção imediata de medidas satisfativas do direito material, executada durante a fase de cognição e antes da sentença.

A Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, ampliou ainda mais os critérios para a concessão de tutelas antecipadas, como também ampliou as hipóteses de execução provisória.

As cautelares passaram a ser tratadas com maior relevância pelos magistrados, inclusive pela aplicação do poder geral de cautela com o princípio da fungibilidade entre as medidas pretendida e a via escolhida.

O processo de conhecimento passou a se apropriar de medidas executivas, cujo objetivo consiste na obtenção do resultado prático que deveria ter sido produzido mediante o adimplemento pelo obrigado.

Houve a mitigação do processo de execução, eis que o mesmo passou a ser exigível, ainda que pendesse o trânsito em julgado.

Isso se consolidou com a sanção da Lei nº 11.232/2005 que aboliu de vez com o ajuizamento de ação autônoma para execução de sentença, exceto quanto aos títulos extrajudiciais, à sentença penal condenatória, sentença arbitral e sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais observam procedimento próprio.

Surgiu, assim, o sincretismo, unindo os processos de cognição e execução em um único processo, separando-os tão somente em fases, o que por si só confere celeridade e economia processual.

O sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, simpliciter et de plano (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica (e humaniza) a prestação jurisdicional.<sup>42</sup>

As reformas judiciais se fortaleceram com a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, que ratificou a necessidade de adoção de medidas para sua implementação.

Referida Emenda trouxe inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente voltado à publicidade, eficiência e transparência dos atos do Judiciário, com maior observância aos princípios constitucionais da segurança jurídica e duração razoável do processo<sup>43</sup>.

A fim de dar vazão prática à medida, criou-se com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável por fiscalizar o Poder Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça é composto por Magistrados, Promotores de Justiça, Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil e da Sociedade Civil, cuja função é a de fiscalizar e supervisionar a atuação administrativa e financeira do Judiciário.

A Constituição confere autonomia ao Poder Judiciário, de tal forma que o Conselho Nacional de Justiça está vinculado ao mesmo, a fim de evitar que a harmonia e o equilíbrio do sistema de freios e contrapesos sejam afetados.

---

<sup>42</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004. p.40-41.

<sup>43</sup> Inciso LXXVII, do artigo 5º, da CF/1988 – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Trata-se de um órgão de coordenação e planejamento das atividades administrativas do Poder Judiciário, do que um órgão disciplinador em si. Sua principal atividade é a de aperfeiçoar o ordenamento jurídico conferindo-lhe celeridade e eficiência.

As reformas, no entanto, não pararam por aí. Embora muitas Leis tenham sido sancionadas com o objetivo de alterar os instrumentos processuais de consolidação de direitos, alternativa não houve senão pela sanção de um novo diploma processual que altera substancialmente todo o sistema, conforme demonstraremos a seguir.

A finalidade primordial consistiu na consecução de um processo mais célere, no qual seja observada, dentre outras, a efetiva prestação jurisdicional com a real composição ou com a aplicação da Justiça, satisfazendo, de sobremaneira, os interesses do Estado.

Sob a função jurisdicional e seu aspecto social, prelecionava Liebman:

A função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si. (...) Na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar caso a caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas estas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações aludidas acima. (...) É, pois, natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos, construídos sobre princípios e normas diferentes, para a obtenção de finalidades muito diversas.<sup>44</sup>

A nova norma processual tende superar óbices econômicos do acesso à justiça, primando pela rapidez do andamento do processo e pela eficácia da prestação jurisdicional, surgindo uma nova linguística processual, tais como: “qualidade da prestação jurisdicional”, “meios alternativos de solução de conflitos”, “acesso à ordem jurídica justa”, entre outros.

A reforma judicial tem se tornado algo muito presente, não como projeto futuro, mas como mecanismo diário, auxiliando na eficácia da jurisdição e na resposta quanto sua efetividade no tempo e no espaço.

---

<sup>44</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

As instituições e os instrumentos processuais têm se aparelhado cada vez mais aos ideais constitucionais, traduzindo-se pela constitucionalização do processo.

Essas mudanças não se atêm somente aos instrumentos ou mecanismos do sistema.

Referidas mudanças atingem diretamente aos magistrados, que não devem mais se limitar à análise do fato social para aplicação da lei. Devem analisar o fato, observar as premissas constitucionais, fundamentar as decisões, objetivando o mérito, de forma eficiente.

Esta premissa foi consolidada pelo Legislador infraconstitucional com a edição da nova Lei Processual Civil, cujo instrumento ratifica a consolidação do ativismo no Brasil.

O desenvolvimento do Judiciário Brasileiro, hoje, representa um pressuposto para desenvolvimento do Estado-democrático, para avanço das relações sociais e para empenho das atividades da Administração Pública em favor do bem social e comum.

A segurança jurídica, a economia processual, a celeridade do processo representam avanços econômicos diretos e indiretos, reduzindo custos para todo o sistema e possibilitando maior eficiência no cumprimento das decisões judiciais, diminuindo as desigualdades, equilibrando a sociedade e fortalecendo o Estado de direito como um todo.

### **2.2.2 Das súmulas, dos precedentes e do novo Código de Processo Civil Brasileiro**

A função atípica do Judiciário consiste na autonomia administrativa e legislativa dos órgãos que o compõem, mediante a edição de seus próprios regimentos. A função típica consiste na prestação jurisdicional na solução de conflitos, com a aplicação da norma geral e abstrata, consequência de seu poder-dever e no desempenho da Jurisdição Constitucional.

No entanto, o conceito típico de jurisdição tem sido ampliado diante da nova sistemática processual adotada. Não se limitando ao mero exercício de aplicação da norma.

A judicialização da sociedade, a consagração dos direitos fundamentais e a abertura do Judiciário após a Ditadura Militar, exigiu que o órgão viesse a se adaptar, mediante transformações, interpretação da norma e aprimoramento de sua dinâmica e de seu funcionamento para a efetivação dos direitos sociais.

Como exemplo disso, tivemos a adoção das súmulas vinculantes e dos precedentes judiciais pelo sistema judicial brasileiro.

Os primeiros indícios de edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal datam do ano de 1964, tendo sido regulamentadas por lei pela primeira vez em 1973, com o artigo 479<sup>45</sup> do Código de Processo Civil – Lei nº 5869/1973.

A Súmula Vinculante somente veio a ser regulamentada pela da Lei nº 11.417/06, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que introduziu o artigo 103-A<sup>46</sup> na Constituição Federal que confere efeito vinculante às decisões reiteradas sobre matéria constitucional, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, votada e aprovada por 2/3 do plenário.

A respeito da Lei retro, André Ramos Tavares preleciona que:

(...) a essência da súmula vinculante, como criada pela EC 45/2004 e regulamentada pela presente Lei 11.417/2006, está representada como uma forma de transposição do concreto para o abstrato-geral. Isso porque os detalhes dos casos concretos, suas particularidades e interesses, apreciados pelas decisões anteriores, serão descartados para fins de criação de um enunciado que seja suficientemente abstrato para ter efeitos *erga omnes*. A abstratividade, portanto, é compreendida aqui como a

<sup>45</sup> Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

<sup>46</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

eliminação dos fatores concretos que caracterizavam as decisões anteriores que serviram de base para deflagrar (justificar) a formulação da súmula vinculante.<sup>47</sup>

Trata-se de um instituto de natureza processual correlata à duração razoável do processo<sup>48</sup> e que tem por finalidade conferir celeridade aos julgamentos, mediante orientação e uniformização do entendimento a respeito de uma determinada matéria, que tenha sido analisada repetitivamente pelo Tribunal Superior.

As súmulas registram uma interpretação jurídica sedimentada, pacífica ou majoritária do Pleno Constitucional, a partir do julgamento de casos análogos de forma repetitiva, versando, no caso, sobre a validade constitucional de uma determinada norma.

André Ramos Tavares afirma que a edição de uma súmula requer a pré-existência da análise do tema, ou seja, amadurecimento do entendimento (ou tese) que comporá o teor sumular.

A uniformização das decisões judiciais, além de conferir celeridade e segurança jurídica, objetiva evitar o acúmulo de processos, isso porque os enunciados são propostos pela Corte, conforme interpretações já consolidadas no Supremo Tribunal Federal, servindo de diretrizes para solução de conflitos idênticos ou similares pelos outros órgãos do Judiciário.

Embora não tenha força de lei, as Súmulas possuem efeito *erga omnes*, vinculando os Tribunais Inferiores e a Administração Pública, sob pena de responsabilidade e de invalidação do ato praticado em caso de inobservância da preposição.

De acordo com a Lei nº 11.417/2006, a criação, edição, revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante somente pode ser proposto pelo Presidente da República; pela Mesa do Senado Federal; pela Mesa da Câmara dos Deputados; pelo Procurador-Geral da República; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; pelo Defensor Público-Geral da União; pelo partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de

---

<sup>47</sup> TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

<sup>48</sup> Artigo 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>

classe de âmbito nacional; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

A Lei impõem requisitos para edição do enunciado: (i) decisões reiteradas e idênticas; (ii) matéria controvertidas nos demais órgãos do Judiciário ou entre estes e a Administração Pública; (iii) que a questão gere insegurança jurídica; (iv) que cause aumento temerário de causas no judiciário; e, eventualmente, (v) a matéria esteja sendo discutida pelo ente municipal.

Salvo o item (v), os demais requisitos são cumulativos para que possa ensejar a formulação da súmula.

Conforme informação obtida no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, até janeiro de 2016, foram editadas 53 (cinquenta e três) súmulas vinculantes todas elas definindo questões de aplicação e interpretação da norma sob o prisma constitucional.

Esclareça-se que a própria Constituição Federal, através do artigo 103-A, impõe requisitos para sua edição, permitindo, ainda, a sua revisão, de acordo com a evolução ou mudança do entendimento do próprio Tribunal Superior ou mediante requerimentos daqueles elencados pela própria Lei regulamentadora.

A adoção das súmulas vinculantes pelo ordenamento jurídico brasileiro não foi realizado de forma arbitrária. A legislação prevê a possibilidade da revisão e até mesmo do cancelamento da súmula.

A forma como o sistema foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro evidencia a aproximação do controle de constitucionalidade difuso do concentrado, juntando critérios da *civil law* com da *common law*.

O chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. Esse precedente, com o princípio jurídico que lhe serviria de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões

como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a ideia de súmula vinculante brasileira).<sup>49</sup>

Trata-se, para o sistema jurídico brasileiro, de um método de interpretação da norma diante de um caso em concreto, formando uma orientação de julgamento para casos similares. Consiste na verdadeira concretização da norma abstrata.

Em tese, poder-se-ia dizer que o processo de sumulação significa uma usurpação da competência legislativa pelo judiciário.

A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

O questionamento da força obrigatória das decisões judiciais diante do princípio da separação dos poderes constitui gritante falta de consciência jurídica ou ingenuidade enfadonha e inescusável. Quem vê problemas na imposição obrigatória de determinada interpretação da lei parece não ter percebido que o Judiciário, muito mais do que fixar interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental. Ora, não é preciso muito esforço para entender que se o juiz, singularmente, pode controlar a constitucionalidade da lei, os tribunais superiores evidentemente podem decidir com força obrigatória sobre todos os membros do Poder Judiciário. Nesta dimensão, aliás, obviamente também não há como afirmar que a súmula vinculante, por ter eficácia que incide além do Poder Judiciário, viola a separação dos poderes.<sup>50</sup>

A Constituição introduziu a súmula no ordenamento jurídico e a Lei regulamentou seus requisitos, autorizando sua revisão e seu cancelamento, de tal forma que o controle de constitucionalidade continuará sendo exercido, sem que os enunciados, por tanto, suprimam ou substituam a Lei. O que o Judiciário deverá fazer é emprestar entendimento e interpretação constitucional às normas.

André Ramos Tavares aduz que o instituto readequa o sistema de controle de constitucionalidade.

(...) é evidente que a súmula vinculante interferirá diretamente na posição do Senado como única instância capaz de atribuir eficácia geral às leis declaradas inconstitucionais em sede de controle difuso concreto. Doravante, não mais necessitará o STF da atuação complementar do Senado, podendo, respeitados os requisitos constitucionais, editar súmula

---

<sup>49</sup> TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

de efeito vinculante que produzirá a generalização das decisões concretas da mesma forma operaria a resolução do Senado Federal.<sup>51</sup>

Pondo fim à problemática, o legislador, com a promulgação do novo Código de Processo Civil, houve por prever, expressamente, a adoção das súmulas, vinculantes, bem como o uso dos precedentes pelos órgãos judiciais. O Legislativo reconheceu a competência do Judiciário em exercer a interpretação da norma como fonte em seus julgamentos.

Os precedentes judiciais têm origem no direito anglo-saxão e consiste atribuir uma qualidade a uma determinada decisão judicial, mediante critérios do juízo de convicção, ou seja, decisão que, partindo ou não da análise de um caso concreto, decide questão de direito a partir de uma *ratio decidendi* – fundamentos jurídicos da decisão judicial – cujo objetivo consiste em vincular e/ou persuadir.

Os precedentes judiciais são a base da *common law*, sistema jurídico que privilegia a jurisprudência à lei e têm por elementos principais os princípios e os usos e costumes aceitos pela sociedade no decorrer do tempo e que passam a ser reconhecidos como direitos pelos julgadores, ou seja, antevendo à própria jurisprudência e consolidando a prática do ativismo.

Os países que adotam a *common law* entendem que o juiz faz a lei – *judge make law* – o que pode trazer inúmeros equívocos, induzindo à interpretação de que as normas não vinculam às decisões judiciais, mas que o julgador detém poderes sobre elas, quando, em verdade, o *common law* também tem por fundamento os direitos e garantias Constitucionais, ou seja, ainda que a jurisprudência seja a primeira fonte de direito, deve sempre se orientar pela norma *mater*.

Os precedentes judiciais podem ser conceituados, segundo Karl Larenz, como “(...) resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida por um tribunal noutro caso”.<sup>52</sup>

Consiste na fundamentação jurídica adotada em caso já decidido para justificar a razão de decidir sobre um determinado caso em concreto, não

---

<sup>51</sup> TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método.

<sup>52</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodvm, 2011.

necessariamente sumulado, mas que compõe uma tese jurídica adotada pela jurisprudência majoritária.

Os precedentes, aos poucos e de forma secundária à lei, passaram a ser incorporados por países adeptos da *civil law*.

No ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes passaram a ser prolatados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, cujas decisões passam a servir de paradigmas e vinculam os órgãos hierarquicamente inferiores.

Os precedentes originários do Supremo Tribunal Federal possuem previsão no artigo 102, § 2º da Constituição Federal e no artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99; trata-se do controle abstrato de constitucionalidade, conferindo eficácia vinculante à decisão e os motivos determinantes no controle abstrato de normas e com efeitos *erga omnes*.

No controle difuso de constitucionalidade, diante da adoção dos precedentes, as decisões judiciais proferidas em recursos extremos, deixaram de vincular somente as partes envolvidas no litígio para orientar às decisões judiciais quando em casos similares.

Sob este aspecto, tem-se que as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional no controle difuso tem o dever de vincular os demais órgãos jurisdicionais, na qualidade de precedente vinculante, em sede de recurso extraordinário, ultrapassando o subjetivismo recursal.

A corroborar com isso, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, introduziu o § 3º, artigo 102, da Constituição Federal, com regulamentação infraconstitucional nos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil/1973, prevendo, como requisito essencial para conhecimento dos recursos extraordinários, a repercussão geral, isto é, pela existência, no caso concreto, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

A evidência que a solução que vier a ser dada ao conflito não se limitará às partes. A repercussão geral é um instituto que traz eficácia aos precedentes.

Seguindo os mesmos mecanismos, em 2006, a Lei nº 11.418 introduziu no Código de Processo Civil/1973, os artigos 543-B e 543-C, que autorizam o sobrestamento dos feitos nas instâncias inferiores quando pendente decisão no

Tribunal Superior, onde tenha sido reconhecida a matéria de repercussão, a fim de obstar o acúmulo de processos e, ainda, aplicação da jurisprudência, ou seja, do precedente, quando vier a ser editada naquele Tribunal.

Visando por fim à celeuma, o artigo 928 do códex supracitado, disciplinou, expressamente, a matéria quanto à jurisprudência aplicada em sede de recursos repetitivos e sobrestados a título de repercussão geral.

A metodologia dos recursos repetitivos, a rigor, objetiva à imposição da obrigatoriedade dos precedentes fixados para as causas idênticas.

Conforme já salientado, a adoção das súmulas vinculantes e dos precedentes pelo ordenamento jurídico brasileiro, coadunam-se com os princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, dando uma resposta mais eficaz e imediata aos anseios sociais no inchoque do judiciário.

Esta “padronização” da atuação do Judiciário garante ao jurisdicionado certa previsibilidade quanto à condução e decisão sobre seu litígio, o que também irá refletir no interesse processual das partes, principalmente pela expectativa havida na solução do conflito, o que irá influir no ajuizamento ou não da ação.

Em rigor, os precedentes e as súmulas vinculantes positivadas expressamente no texto da lei processual, põem fim às dúvidas e passam a compor o exercício da jurisdição, de tal forma que todos deverão ser tratados igualmente perante a lei, aos costumes, à norma jurídica em sentido amplo e, porque não dizer, às súmulas e aos precedentes.

A esse respeito, o artigo 926 do novo Código de Processo Civil, veio regulamentar, com certa clareza, o que já propugna os artigos 476 a 479, da Lei Processual póstuma, em relação à uniformização da jurisprudência.

Trata-se de uma normatização diretiva para aplicação dos precedentes, ou seja, de uma positivação, a fim de por a termo qualquer discussão acerca da legalidade de seu uso no ordenamento jurídico brasileiro e, ao mesmo tempo, de uma vinculação dos Tribunais ao seu exercício, inclusive do próprio Tribunal Constitucional.

O reconhecimento de decisões judiciais paradigmáticas e vinculativa entre os Tribunais dependia de autorização constitucional. Não há em nosso sistema autorização ao legislador infraconstitucional para tanto.

Portanto, a lei infraconstitucional tão somente consolidou e regulamentou o que já estava autorizado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, sendo os precedentes mais um mecanismo de efetivação das garantias constitucionais em observância à celeridade e segurança jurídica, afastando qualquer possibilidade de usurpação ou enfraquecimento dos Poderes.

Os termos empregados pelo próprio legislador infraconstitucional na norma em comento, deixa evidente a remessa às orientações deixadas pelo legislador constituinte, tanto no que tange às súmulas vinculantes, quanto ao inciso IX, do artigo 93, da Constituição, no que se refere à necessidade de fundamentação e justificação do julgador ao lavrar o precedente/súmula, o que serve como método de obstar que as decisões sejam lançadas de forma arbitrária, desrespeitando os limites impostos ao Judiciário.

Ao prever que os Tribunais exercitem a uniformização da jurisprudência, mediante seu próprio regimento interno, deixa evidente que a competência foi respeitada, consoante artigo 96, inciso I, alínea a da Constituição Federal, bem como o princípio da separação de poderes para que não houvesse usurpação.

A sistemática processual constitucionalmente adotada permite um diálogo do Judiciário com a sociedade e seus interesses, devendo dar publicidade às razões de decidir, observar os requisitos legais para aplicação dos precedentes (parágrafo 2º, artigo 926, novo Código de Processo Civil).

No que se refere à vinculação dos Tribunais aos paradigmas emitidos pelos Tribunais Superiores, também fica evidente que o novo Código de Processo Civil observa à hierarquia e estrutura imposta pela Constituição consoante a estrutura do nosso judiciário.

Embora o novo Código de Processo Civil deixe expresso o efeito vinculante dos precedentes, consigne-se que este não se confunde com súmula vinculante.

O efeito vinculante dos precedentes, segundo determinação legislativa, significa que a razão de decidir contida no julgado tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do judiciário que, em casos análogos, deverão aplicá-lo.

As súmulas vinculantes pressupõe interpretação constitucional conferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca de uma determinada matéria, ou seja, surgem de um precedente, mas sua formação requer, não só a prolação da decisão,

mas com a aprovação e o reconhecimento desta pelos demais membros da Corte, quando então será indicada para lavratura do enunciado, vinculando os demais órgãos jurisdicionais, o próprio Tribunal Constitucional e à administração pública, direta ou indireta.

As súmulas são originárias de um precedente, compondo o enunciado uma natureza de norma geral e abstrata, não se confundindo com os precedentes judiciais importados da *common law*.

Os precedentes, em linhas gerais, originam-se de qualquer tipo de decisão judicial e sobre qualquer matéria, com ou sem interpretação constitucional.

De acordo com o artigo 927 da norma adjetiva, as decisões jurisdicionais devem ser observadas por todos os órgãos que compõem o Judiciário e na seguinte ordem: (inciso I) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (inciso II) os enunciados de súmula vinculante; (inciso III) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (inciso IV) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (inciso V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Em seus parágrafos, o dispositivo supracitado, evidencia que os juízes e os tribunais devem justificar e fundamentar as decisões proferidas com base nos precedentes, conferindo publicidades as mesmas.

Da mesma forma, menciona a possibilidade de modulação, alteração, revisão cassação das súmulas e dos precedentes, ratificando os ditames da Lei nº 11.417/2006, viabilizando o diálogo com a sociedade e seus interesses circunstanciais e atuais, além de não estagnar a fonte.

Com efeito, o artigo 988 da norma adjetiva em comento, prevê hipóteses quanto ao cabimento de reclamação diante da inaplicabilidade e inobservância das súmulas vinculantes e dos precedentes, com especial observação ao parágrafo 4º do telado dispositivo, que trata sobre o controle concentrado de constitucionalidade.

A reclamação poderá ser ajuizada perante qualquer Tribunal e não apenas perante os Tribunais Superiores, ou seja, houve ampliação ao objeto disciplinado pela Lei Federal nº 8.038/1990 – instituiu as normas procedimentais

para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.<sup>53</sup>

De acordo com o inciso, IV, do artigo supracitado, caberá reclamação do interessado ao Ministério Público para garantir a observância de precedente (efeito vinculante) ou em incidente de assunção de competência.

Verifica-se que o instituto da reclamação foi valorizada pela norma processual em análise e, conseqüentemente, tornou mais amplo e potencial à vinculação do juiz aos precedentes e ao entendimento sumular.

A respeito da estabilidade dos precedentes em nosso ordenamento, Lenio Luiz Streck afirma que:

A estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a 'estabilidade' é um conceito autorreferente, isto é, numa relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso.<sup>54</sup>

Corroborando com o alegado, o artigo 985, § 1º, da Lei nº 13.105/15, determina que caberá reclamação quando não observada a tese adotada no incidente de resolução de demandas repetidas.

Em tese, o legislador fortaleceu o uso dos precedentes, tornando-os mais fortes que a própria lei, posto que o desrespeito a esta última, não enseja reclamação.

Referidos dispositivos importarão análise da doutrina e da jurisprudência a respeito de sua constitucionalidade, haja vista que o efeito vinculante decorre das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (artigo 102, § 2º, CF/1988), ou em razão de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante (artigo 103-A, CF/1988, conforme Emenda Constitucional nº 45/2004).

O legislador infraconstitucional consagrou o uso das súmulas e dos precedentes, valorizando e estabilizando a aplicação da jurisprudência como fonte e aplicação de direito, a partir de uma valorização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, o formalismo do sistema jurídico brasileiro não pode ser desconsiderado, especialmente sua tradição no *civil law*.

---

<sup>53</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC?* Revista Consultor Jurídico, 21.10.2013. p. 2.

O Código de Processo Civil atual, no entanto, vem atender, em parte, as necessidades da sociedade com a crise e o afogamento enfrentado pelo Judiciário.

Uma vez positivada a eficácia das decisões judiciais, fica evidente sua expansão no sistema jurídico e a potencialização do poder decisório dos juízes, em que pese a vinculação decorrente de posicionamentos já sumulados e pacificados nos Tribunais Superiores, o que por si só ratifica a consolidação do ativismo no ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.2.3 Do juiz**

Além de compreendermos a evolução histórica, a estruturação e organização do Judiciário para aperfeiçoamento do órgão no gozo de suas atribuições, necessário analisarmos os atos dos juízes, que também devem ter sua formação aperfeiçoada para melhor aplicação da Lei, pois, é cediço que são os executores do ativismo judicial.

Desde 1979, vige no Brasil a Lei Complementar nº 35, que tem por objetivo regular as funções dos Magistrados, trata-se da denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

A Constituição Federal de 1988 determinou que referida Lei fosse atualizada por iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal.

Como consequência lógica da autonomia conferida ao Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 assegurou a independência aos magistrados em seu artigo 95, garantindo, aos mesmos, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de rendimentos.

Da mesma forma, obstando atos de ingerência e no intuito de preservar a imparcialidade judicial, a Constituição veda aos Magistrados o acúmulo de função, salvo o magistério; a recepção de proventos decorrente de processo e a participação eleitoral e política.

O texto para alteração da Lei Orgânica da Magistratura Nacional foi apresentado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no final do ano de 2014, com proposta apresentada pelo Ministro Luiz Fux. O projeto prevê a ampliação de benefícios aos magistrados, maior autonomia financeira do Poder Judiciário e

restrições aos Juízes singulares e redução dos poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça.<sup>55</sup>

No Brasil, os Magistrados ocupam seus cargos mediante concurso público ou, excepcionalmente, por indicação e nomeação do Poder Executivo ou do próprio Judiciário.

Sem dúvida, culturalmente, os cargos da magistratura são cobiçados por inúmeros bacharéis em direito, especialmente pelo fato do Judiciário garantir vitaliciedade, remuneração certa, ascensão funcional, ausência de chefia e aposentadoria diferenciada, aparentando tratar-se de um paraíso tranquilo, ignorando, todavia, o corporativismo do próprio sistema.

O fato do ingresso na magistratura se dar, em regra, por concurso público, decorrente de um ideal democrático, presume-se que somente os melhores, altamente qualificados e aptos, serão investidos na função. Ou seja, serão os mais eficientes para interpretar a Lei, conhecer da doutrina e guardar a jurisprudência mais atualizada. Trata-se de uma feição aristocrática inegável, porém, ignorando-se que, em verdade, o ofício de julgar requer muito mais que isso. Quiçá da experiência humana.

Obviamente que, quanto maior os benefícios, mais atraente se tornam os cargos. “Para julgar um ser humano, o juiz precisa ser cada vez mais humano. O excesso de técnica pode ajudar a distanciá-lo desse ideal.”<sup>56</sup>

Destarte, para que haja aprimoramento das questões judiciais, não podemos ignorar que o Juiz, em sua formação, deverá acompanhar a evolução e a transformação da sociedade, não se limitando ao corporativismo e tão somente *dizer o direito*.

João Otávio de Noronha, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Diretor da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, afirmou em recente entrevista que “juiz sem experiência de vida não está preparado o bastante para julgar.”<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Fonte: Jornal “O Estado de S.Paulo”, Domingo, 8 de novembro de 2015, Caderno Política, A9.

<sup>56</sup> NALINI, José Renato. In: *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*, 2008. <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1169/1267>>. Acesso em: 3 de novembro de 2015.

<sup>57</sup> Entrevista disponível no site Consultor Jurídico (Conjur). <<http://www.conjur.com.br/2015-out-25/entrevista-joao-otavio-noronha-ministro-stj>>. Acesso em: 6 de novembro de 2015.

Tecendo duras críticas à nomeação dos magistrados, mediante concurso público, repisa o Ministro que:

Aqui você faz uma prova de decoreba, um teste psicotécnico, toma posse do cargo, faz um curso de um mês e começa a trabalhar... Como é que um jovem de 24 anos que nunca nem namorada teve direito vai julgar causas de Direito de Família? Que experiência ele tem? Como ele pode sentar com a senhora idosa que está separando, com problemas com os filhos e o marido, e conciliar?”, questiona. “O jovem juiz precisa ser preparado, aprender a medir as repercussões de suas decisões no seio social, estudar psicologia judiciária.<sup>58</sup>

Noronha esteve analisando o sistema judicial francês, onde o candidato a magistratura se submete a um curso de 27 meses que faz parte de um concurso de ingresso, onde, quem não for aprovado ao final do período, não assume ao cargo.

Segundo o Ministro:

O juiz “tem que entregar uma prestação jurisdicional justa, proferir uma sentença que resolva o conflito, que apazigue as partes. É um ato de irresponsabilidade julgar pensando que a instância superior vai reformar. Fica todo mundo fugindo da sua obrigação, que é entregar uma prestação jurisdicional justa (...) tem o poder de contribuir para a formação de uma pauta social (...).<sup>59</sup>

Obviamente que o direito e a Lei não têm como prever todos os fenômenos sociais. Ao Juiz deve ser concedida a função criativa de interpretação da norma, mas vinculado à preocupação com as consequências de sua decisão, ou seja, deve expressar com profundidade a motivação e a razão justificadora da decisão judicial tomada, alcançando os anseios sociais e não somente firmando um compromisso com a instituição que ele representa.

Trata-se do juiz ativo (e não ativista) aquele que, no empenho de suas atribuições, interpreta os fenômenos sociais, mediante uma análise evolutiva e inovadora da norma, sem alterar, no entanto, o positivismo jurídico, objetivando a consagração dos valores constitucionais e essenciais para um ideal de justiça mais próximo do indivíduo, atendendo as finalidades constitucionais especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, às liberdades, garantias sociais e dignidade da pessoa humana.

---

<sup>58</sup> Entrevista disponível no site Consultor Jurídico (Conjur). <<http://www.conjur.com.br/2015-out-25/entrevista-joao-otavio-noronha-ministro-stj>>. Acesso em: 6 de novembro de 2015.

<sup>59</sup> Idem.

Obviamente que, uma das razões que fez com que o Juiz perdesse credibilidade perante o indivíduo repousa no fato de que as decisões judiciais não são mais suficientes para atender às reivindicações e modificações das relações sociais.

Não podemos olvidar que o Brasil passa por uma crise de representatividade nas Instituições que compõem seus Poderes, especialmente no Legislativo, pela ausência de elaboração de normas que regulem a vida social e as mudanças que se instalam.

Da mesma forma, a Administração Pública não tem sido capaz de atender à demanda social, principalmente consoante a ausência de políticas públicas para alcance do bem comum, como determina a Constituição Federal.

Por sua vez, o Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, tem sido obrigado cada vez mais a se manifestar sobre questões que a ele não competia primariamente.

Verifica-se, portanto, que se está apenas diante de um mau funcionamento dos órgãos do Judiciário, senão diante de um conflito interno e entre os Poderes que compõem o Estado para alcance de suas finalidades, o que influirá na concepção e prática de ativismo. Discorreremos isso adiante com maior profundidade.

#### **2.2.4 Dos instrumentos de controle de constitucionalidade**

No Estado Democrático de Direito vigora o princípio da Supremacia da Constituição, que induz ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, como mecanismo de defesa.

O controle de constitucionalidade é um dos pressupostos da jurisdição constitucional, exercida pelo órgão competente conforme outorga da própria Constituição.

O controle de constitucionalidade originou-se nos Estados Unidos da América, na ocasião do julgamento do caso *Marbury vs Madison*<sup>60</sup>, no ano de 1803, quando Marshall reputou inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que indevidamente havia ampliado a competência originária da Corte.

---

<sup>60</sup> Disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.HTML>. Acesso em: 7 de novembro de 2015.

Em 1920, surgiu o primeiro Tribunal Constitucional, na Áustria, o qual exercia o controle de constitucionalidade concentrado voltado para a fiscalização das leis e dos atos normativos.

Na época, não havia julgamento de caso concreto. O controle era meramente formal, por interpretação das normas editadas em relação à norma *mater*.

Esse modelo foi idealizado por Hans Kelsen<sup>61</sup>, o qual deveria ser um tribunal especial, composto de juízes com conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política, dotado com sentença de efeitos gerais e vinculantes, criado para se situar fora da organização jurisdicional ordinária.

Esse Tribunal não seria destinado ao julgamento de casos concretos, mas somente controlaria a constitucionalidade das normas, de forma abstrata. Além disso, o julgamento de questões de natureza constitucional seria uma competência exclusiva.

Com o passar do tempo, diversos países adotaram o sistema de controle de constitucionalidade.

Nos Estados Modernos, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é atribuído a um Tribunal ou a uma Corte Constitucional. Esses são os dois modelos ordinários dentro desse sistema de controle. Cada um com suas características e peculiaridades, obedecendo às condições históricas, econômicas e sociais de cada país.

O modelo adotado pelo Brasil é um dos mais complexos, pois faz a combinação dos dois sistemas: (i) como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos; (ii) como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo do controle abstrato de normas.

Segundo André Ramos Tavares<sup>62</sup>, embora o Supremo Tribunal Federal exerça diversas funções típicas de um tribunal constitucional, não pode ser considerado como tal, tendo em vista que não detém exclusividade no controle de

---

<sup>61</sup> Hans Kelsen, jurista e filósofo austríaco (11 de outubro de 1881 a 19 de abril de 1973).

<sup>62</sup> TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

constitucionalidade, já que, no Brasil, o controle realiza-se também pelo método difuso.

A função é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Corte ou Tribunal Constitucional, que tem a função de zelar pela Supremacia da Constituição e fiscalizar os demais órgãos para que as decisões judiciais sejam proferidas em consonância com a mesma.

A jurisdição constitucional, em rigor, tem por objeto exclusivo a interpretação da norma constitucional e sua correta aplicação pelos demais órgãos jurisdicionais.

O controle de constitucionalidade consiste em um dos aspectos mais relevantes e importantes da jurisdição constitucional, mas não o único.

A aplicação do controle de constitucionalidade pelo Estado ratifica a rigidez da Lei Maior, que pressupõe um processo de elaboração de Leis mais complexo, permitindo um exercício de controle preventivo (realizado durante o processo de elaboração da norma, ou seja, cuja natureza é preponderantemente política), como repressivo, após sua edição, mediante medida judicial própria, que possibilita a adequação do sistema.

Importante ressaltar que a Constituição Brasileira não restringe o controle de constitucionalidade preventivo ao Poder Judiciário.

Referido controle também pode ser exercido pelo Poder Legislativo, através de suas Comissões de Constituição e Justiça, como também pelo Poder Executivo, através do veto a projeto de Lei aprovado pelo Poder Legislativo.

Já o controle de constitucionalidade repressivo é realizado pelo Poder Judiciário, mediante aplicação da jurisdição constitucional em âmbito concentrado, pela Corte Constitucional, ou em âmbito difuso, exercido por qualquer órgão do Judiciário.

O controle de constitucionalidade difuso deve ser exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário quando da interpretação da norma em consonância com as orientações e exegese constitucional.

A via difusa pode ser suscitada por qualquer interessado, por qualquer via judicial e em qualquer instância e/ou juízo, que deverá analisar a questão, aplicando ou afastando a norma se interpretá-la como sendo inconstitucional. Nesse caso, não haverá efeito *erga omnes*, somente *inter pars*.

Não se trata de uma invalidade da norma, mas sim de uma inviabilidade de sua aplicação em um determinado caso em concreto.

Note-se que a lei continuará sendo válida, possibilitando sua aplicação noutras circunstâncias ou casos em que a constitucionalidade se opere.

Já o controle de constitucionalidade concentrado, somente a Corte Constitucional irá exercê-lo. Referida competência é outorgada pela própria norma *mater* e com a finalidade específica para defesa de sua Supremacia.

O controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A Constituição Brasileira de 1988, por sua vez, atribui ao Supremo a qualidade de Corte Constitucional, tornando seu guardião e prevendo a realização do controle concentrado por via principal, ocasião em que a declaração de inconstitucionalidade da norma é realizada de forma direta, sem a necessidade de uma lide submetida a julgamento.

Via de consequência, o controle exercido terá efeitos imediatos e *erga omnes*, como forma de garantir a segurança jurídica e preservando a harmonia entre as normas e, assim, de todo o sistema jurídico.

O artigo 102, da Constituição Federal prevê os tipos de instrumentos jurídicos para exercício do controle concentrado, que podem ser propostos perante o Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103, da norma supracitada: as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade; as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão; as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Referidos instrumentos também são regulamentados por leis infraconstitucionais. A Lei nº 9.868/99 regulamenta as Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ações Diretas de Inconstitucionalidade, assim como a Lei nº 9882/99, regulamenta a Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade consiste em um instrumento de controle abstrato de constitucionalidade que tem como objeto a defesa da própria Constituição e que permite a exclusão de lei ou ato normativo que contrarie suas regras e princípios. Sua pretensão fundamental é a declaração da

inconstitucionalidade dos mesmos para que seja preservado o ordenamento constitucional.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade tem por escopo a preservação das regras e princípios constitucionais. No entanto, sua finalidade consiste na declaração da conformidade de uma determinada norma com a Constituição.

Atualmente, entende-se que as medidas possuem caráter dúplice, posto que o objeto de ambas as ações produzem resultados diametralmente oposto ao da outra, fazendo com que a procedência de uma delas signifique a improcedência da outra.

O artigo 24, da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade preceitua que “proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

A esse respeito, André Ramos Tavares afirma que:

(...) qualquer dos resultados possíveis (constitucionalidade e inconstitucionalidade) pode ser obtido por meio de qualquer uma das ações diretas (ADC ou ADI). Uma vez fixada a conclusão sobre a constitucionalidade ou não do ato impugnado, os efeitos das decisões proferidas em cada uma dessas ações serão absolutamente idênticos.<sup>63</sup>

A Emenda Constitucional nº 45, ao alterar a redação do § 2º, do artigo 102, da Constituição Federal de 1988, definiu o caráter dúplices das ações em comento ao dispor que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

As normas constitucionais podem ter eficácia plena, quando produzem efeitos imediatos, ou de eficácia limitada, que induzem à intervenção legislativa para

---

<sup>63</sup> TAVARES, André Ramos. *ADI versus ADC*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/adi-versus-adc/132>>. Acesso em: 7 de março de 2016.

que possa produzir efeitos no ordenamento jurídico, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão.

Por outro lado, não é qualquer inércia que caracteriza a inconstitucionalidade por omissão, posto que, em razão da separação de poderes e por seu poder discricionário, o legislativo não está obrigado a legislar, ou seja, a omissão é qualificada sempre que aquele deixar de se submeter às previsões constitucionais a esse respeito.

Ressalte-se que o Judiciário não pode usurpar a competência do Poder Legislativo.

J. J. Gomes Canotilho, a respeito disso, aduz que: “A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conezionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”.<sup>64</sup>

André Ramos Tavares<sup>65</sup> aduz que a ação de inconstitucionalidade por omissão só é pertinente diante de uma omissão de natureza normativa e derivada de uma inatividade do Poder Público.

Verificada a inércia do legislador, parcial ou total, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser intentada, com o escopo de atribuir eficácia às normas constitucionais, que dependem de regramento ou regulamentação própria por lei infraconstitucional.

Deve haver uma sintonia entre a técnica jurídica e a normatização de ordem política, sob pena de arbitrariedade. Caberá a medida constitucional sempre que houver uma omissão qualificada, em descumprimento da previsão constitucional, combinada com o uso do método jurídico adequado para alcance do bem almejado, conferindo não só validade formal da norma de eficácia limitada, como também executória.

Em princípio, para fins de controle de constitucionalidade, somente as medidas para retirada ou admissão da norma no ordenamento jurídico, ou seja, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade poderiam ser ajuizadas.

---

<sup>64</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2001. p. 1004.

<sup>65</sup> TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

O direito constitucional contemporâneo, no entanto, inovou ao inserir mecanismos para afastar a inércia do Poder Público, inclusive como meio de fazer prevalecer os objetivos da Constituição cidadã.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão consiste em um verdadeiro remédio de controle de constitucionalidade diante da contumácia do Poder Público. Mas esta não é única medida que poderá ser suscitada nessas situações.

A Constituição Brasileira de 1988 prevê a possibilidade de interposição do Mando de Injunção quando o Poder Público for inerte.

Trata-se de um remédio constitucional de controle abstrato, de caráter incidental, pois, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção não tem condão *erga omnes*, senão tutela dos interesses subjetivos.

O inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição de 1988, assim dispõe: “(...) conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”<sup>66</sup>

Consoante a isto, será legitimado para impetrar o Mandado de Injunção todo o titular que estiver seu direito sendo cerceado em razão de uma inércia do Poder Público, cabendo ao Tribunal daquela jurisdição dele conhecer e julgar.

A diferença entre as medidas reside no fato de que, o mandado de injunção destina-se à proteção de direitos subjetivos, em controle abstrato de constitucionalidade por omissão, passo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não induz ao interesse individual e específico, bastando a inércia do Poder Público diante da previsão constitucional com efeitos *erga omnes*.

Por fim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui, prevista no texto constitucional de 1988 e regulamentada pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, também tem por objetivo o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Consiste em uma ação autônoma, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, exclusivamente, tendo por finalidade evitar ou reparar lesão a um preceito fundamental, resultante de um ato praticado pelo Poder Público.

---

<sup>66</sup> <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 de março de 2016.

Embora seja autônoma, sua natureza é similar às ações diretas de inconstitucionalidade, uma vez que questiona a constitucionalidade de um ato praticado ou não pelo Poder Público. A norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente.

Deve ser ajuizada pelos legitimados no artigo 103, da Constituição e de forma residual, isto é, não será cabível quando existir outro instrumento jurídico suficiente para questionar o ato.

A rigidez constitucional é derivada o princípio da Supremacia da Constituição.

A rigidez do processo de alteração de seu texto permite que suas normas sejam postas em uma posição hierárquica superior a qualquer outra originária do Poder Legislativo, as quais devem buscar na Constituição seus pressupostos de validade e adequação no sistema jurídico.

Essa relação entre a rigidez e a hierarquia constitucional só é possível pelos mecanismos do controle de constitucionalidade previstas pela própria norma *mater* como meio de (auto) defesa.

As ações em comento, nesse sentido, têm por objetivo expurgar do ordenamento jurídico os atos normativos que estejam incompatíveis com o texto constitucional, e, assim, garantindo a Supremacia da Constituição.

São nas decisões do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Corte Constitucional, onde verificamos a consolidação do ativismo.

## CAPÍTULO 3 – DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é um fenômeno que se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro como medida para efetivação dos direitos fundamentais, vista à baixa produtividade legislativa e administrativa no Estado na execução de suas atribuições.

Fatores históricos aliados aos ideais democráticos são alguns dos elementos que impulsionaram a prática do ativismo, cujo termo é utilizado, equivocadamente, de forma negativa.

A atuação do Poder Judiciário se manifesta como medida para concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Não são relevantes para esse estudo, os diferentes agrupamentos temáticos que qualificam a jurisprudência ativista.

Importa, nesse capítulo, retratar a consolidação do ativismo na prática judicial brasileira.

### 3.1 Origem histórica e conceito

O termo ativismo judicial surgiu em 1947, em um artigo<sup>67</sup> publicado pela Revista Fortune sobre a Suprema Corte Americana de autoria do Jornalista Arthur M. Schlesinger Junior.

A matéria jornalística subdividia a atuação da Corte Americana em dois grupos, conforme o perfil dos Juízes em suas decisões nos anos que se sucederam ao período da Segunda Guerra Mundial (1954-1969).

Segundo Arthur Schlesinger, o primeiro grupo era composto pelos juízes ativistas, para os quais o Tribunal era um meio de tornar efetiva a Justiça Social.

O segundo grupo seria composto pelos juízes voltados para a autocontenção judicial, ou seja, aqueles que se abstinham de julgar, caso a decisão viesse a intervir no Poder Legislativo e no Poder Executivo, em respeito ao princípio da Separação dos Poderes.

---

<sup>67</sup> LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: IDP, 2008. The Supreme Court, 1947. Fortune – cit.

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.<sup>68</sup>

Verificamos que a expressão ativismo judicial era utilizada de forma pejorativa, qualificando negativamente as ações da Suprema Corte Americana.

Saliente-se que, à época, a sociedade reivindicava progressos em relação aos direitos fundamentais, clamando por transformações políticas do Estado.

Diante da inércia estatal, a Suprema Corte intervinha ativamente com o objetivo os interesses dos cidadãos.

O primeiro julgamento da Corte Americana caracterizado como ativista, ocorreu no ano de 1857, no caso denominado *Dred Scott vs Standford*.

No processo em comento, Dred Scott, escravo negro, ajuizou ação judicial pleiteando o reconhecimento de sua liberdade.

Em uma primeira decisão, Dred teve sua liberdade reconhecida, porém, sua 'proprietária' conseguiu reverter a decisão em grau de recurso.

Scott, então, recorreu à Suprema Corte Americana que manteve a decisão recorrida, sob o fundamento de que ele nunca teria sido um homem livre, em que pese a decisão local ter-lhe concedido a liberdade. Portanto, ele não seria um cidadão no gozo pleno de seus direitos individuais.

Durante o julgamento de Dred Scott, a Suprema Corte Americana entendeu por declarar inconstitucional toda norma editada pelos Estados Federados que viessem a abolir a escravidão. A jurisprudência suprimiu a lei.

Em 1905, no caso *Lochner vs. New York*, a Suprema Corte Americana iniciou uma nova fase jurisprudencial.

---

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*.

No caso referenciado, foi interposta ação com o objetivo de impugnar uma lei do estado de Nova York, a qual limitava a jornada de trabalho dos padeiros daquela região a dez horas diárias e à sessenta horas semanais.

O Tribunal entendeu que referida lei não era razoável, pois feria os direitos individuais e sociais dos indivíduos (dos padeiros). A Suprema Corte, então, houve por invalidar a norma, substituindo-a por seu julgamento.

Seguindo essa ascensão jurisprudencial, em 1937, Elsie Parrish, camareira do grupo West Coast Hotel Company, requereu um aumento salarial através de uma ação judicial. A interposição da medida tinha por fundamento o piso salarial mínimo previsto pelo governo.

A Corte Americana reconheceu o direito à adequação salarial da camareira, editando uma orientação intervencionista às ordens do Estado (*West Coast vs. Parrish*).

Em todos os casos, verifica-se uma atividade progressista exercida pelo Tribunal Constitucional Norte-Americano como reflexo de seu ativismo, embora a conotação dada fosse totalmente negativa.

E não foram os únicos. Nos meados dos anos de 1950, as decisões judiciais-sociais se intensificaram: (i) *Brown vs. Board of Education* de 1954 – o Tribunal declarou inconstitucionais leis estaduais que estabeleciam distinção entre negros e brancos em escolas públicas; (ii) *Griswold vs Connecticut* de 1965 – o Tribunal reconheceu o direito à privacidade da mulher, em caso que envolvia a vedação a uso de medicamentos contraceptivos; (iii) *Miranda vs. Arizona* de 1966 – o Tribunal reconheceu o direito do acusado de ser acompanhado por um advogado durante as investigações criminais; (iv) *Richardson vs Frontiero* de 1973 – o Tribunal reconheceu a igualdade entre homens e mulheres para obtenção de benefícios, em razão de prestação de serviço militar; (v) *Roe vs Wade* de 1973 – o Tribunal legalizou o direito ao aborto por qualquer mulher, por qualquer motivo, se durante o primeiro trimestre, com possíveis restrições para a saúde materna, ressaltando risco à saúde da genitora.

Embora a revista tenha qualificado o Tribunal Norte Americano de forma pejorativa, em uma breve análise, verificamos que o ativismo objetivava atender os anseios sociais da época, principalmente pela vacância legislativa.

O tema é complexo, adotando diversos conceitos e critérios de interpretação, seja histórico, social, jurídico ou filosófico.

O ativismo judicial pode ser analisado sob as seguintes concepções:

Positivista: o ativismo judicial consiste em um ato benéfico, no qual o juiz profere uma decisão positiva em prol da sociedade. O Judiciário não pode se abster de julgar.

O Legislador não têm meios de legislar sobre todas as transformações sociais em tempo hábil. As transformações são imprevisíveis. Mas o Juiz não pode deixar de conhecer e julgar um litígio com base na ausência de uma norma reguladora.

A inafastabilidade da jurisdição indica um monopólio estatal na distribuição da justiça e o amplo acesso à justiça, da qual o juiz não pode se abster.

Leonardo Sarmiento, segundo a concepção positivista afirma que:

Ao se perpetrar uma Constituição fortemente principiológica (com abertura axiológica), repleta de mandamentos de otimização nos termos dos ensinamentos de Alexy e Dworkin, abriu-se espaço a um maior ativismo do Tribunal Constitucional que, como função precípua, deveria tutelar a supremacia da constituição, efetivando-a, realizando-a, não mais como mero legislador negativo (expressão cunhada de Kelsen), mas como agente implementador último, capaz de no momento que fosse provocado a sair de seu estado de inércia pela ineficiência das demais Funções de Poder (Legislativa e Executiva) pudesse restabelecer a vontade constitucional de um Estado socialdemocrata que deve efetivamente assegurar ao cidadão os direitos fundamentais constitucionalizados, a partir da tábua rasa do mínimo existencial, em respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>69</sup>

Para os negativistas, o ativismo seria um ato que fere os princípios do Estado de Direito, especialmente à Separação dos Poderes.

Entendem que o ativismo judicial é uma “anomalia” da atividade jurisdicional, ou seja, desvirtuamento da atividade típica conferida ao Poder Judiciário, que ultrapassaria os limites de sua autonomia e prerrogativas, atentando contra a ordem e à soberania do Estado.

Ronaldo Dworkin define a concepção negativa como um pragmatismo jurídico cujo juiz:

---

<sup>69</sup> SARMENTO, Leonardo. *Ensaio: ativismo judicial interpretado à luz da constituição republicana de 1988*. JusBrasil, jan. 2015. Disponível em: <http://leonardosarmiento.jusbrasil.com.br/artigos/155481120/ensaio-ativismo-judicial-interpretado-a-luz-da-constituicao-republicana-de-1988>. Acesso em: 3 de novembro de 2015.

(...) ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.<sup>70</sup>

Os Juízes não podem decidir sobre questões que dependam diretamente de regulamentação do Estado, principalmente porque não representariam a vontade popular. Estaria ausente a legitimidade, o que representaria um despotismo judicial.

Para a corrente moderada, o ativismo judicial deve ser utilizado com equilíbrio.

O Juiz, livre em suas convicções, deve exercê-la dentro da lei e não somente perante a lei, dentro de parâmetros mínimos de segurança jurídica, adequando o ativismo ao ideal democrático, sem que haja usurpação de função.

Verificamos que a expressão ativismo judicial é neutra, não comportando afirmações absolutas quanto aos seus efeitos.

O ativismo, na prática, irá depender do caso a caso e da forma como será manifestado nas razões de decidir do julgador.

Diante destas considerações, ativismo judicial pode ser compreendido como um meio adotado pelo julgador que, na análise do caso em concreto, profere um julgamento que lhe soe adequado, desde que em consonância aos princípios, à ética, à moral, aos costumes e valores da época, quando ausente norma regulamentadora.

Ou, ainda, como meio de atuação e adaptação jurídica que tem por finalidade a proteção e a efetivação dos direitos sociais.

### **3.2 Ativismo judicial, constitucionalismo e a interpretação da norma jurídica**

Em breve análise, o ativismo judicial consiste em um fenômeno inevitável para o Estado Democrático, devendo ser analisado sob dois aspectos: (i) sua relação com o processo democrático (soberania e separação de poderes) e (ii) instrumentalização dos direitos fundamentais e sociais.

De acordo com Luiz Flávio Gomes:

---

<sup>70</sup> DWORCKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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). 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.<sup>71</sup>

Trata-se de uma manifestação tanto de caráter institucional como também de caráter eminentemente político. É um fenômeno que deriva do neoconstitucionalismo.

Neoconstitucionalismo é o novo método de analisar, compreender e interpretar a Constituição dentro de um determinado ordenamento jurídico, cujos paradigmas não foram, de forma geral, assimilados.

A expressão neoconstitucionalismo, precisamente, surgiu na década de 1990, cuja menção foi realizada pela Filósofa genovesa Susanna Pozzolo, durante a realização do *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*, realizado em Buenos Aires e La Plata.

Segundo ela, neoconstitucionalismo era o termo utilizado para denominar às novas formas de “pensar a Constituição”:

(...) embora seja certo que a tese sobre a especificidade da interpretação constitucional possa encontrar partidários em diversas dessas disciplinas, no âmbito da Filosofia do Direito ela vem defendida, de modo especial, por um grupo de jusfilósofos que compartilham um modo singular de conceber o Direito. Chamei tal corrente de pensamento de neoconstitucionalismo. Me refiro, particularmente, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e, em parte, Carlos Santiago Nino<sup>72</sup>

A terminologia passou a ser adotada na Europa, especialmente pela Espanha e Itália, até se expandir pela América, sempre designando a nova forma de pensar e dizer a Constituição.

A expressão neoconstitucionalismo pode-se dizer ambígua, já que o constitucionalismo em si pertence ao léxico político, tratando-se de uma verdadeira ideologia, sinônimo de Estado.

<sup>71</sup> GOMES, Luis Flávio Gomes, “O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?” Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes/3853>>. Acesso em 3 de novembro de 2015.

<sup>72</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*. In: DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Espanha: Alicante. n° 21 – II, 1998, p. 339-353. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2\\_25.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf)>. Acesso em: 14 de março de 2016.

Os constitucionalistas têm enfrentado a questão na tentativa única de explicar os fenômenos jurídicos derivados das transformações pós-guerras.

Foi após as Grandes Guerras que muitos dos textos constitucionais foram editados, condicionando a atuação do Estado aos interesses sociais, permitindo que novos paradigmas se instalassem o que veio a refletir em novos métodos de pensar e interpretar a Constituição para fins dos direitos fundamentais.

Para o Luigi Ferrajoli<sup>73</sup>, tem-se o constitucionalismo jurídico, argumentativo, que equivale ao próprio Estado Constitucional e tem-se o constitucionalismo político, que corresponde ao Estado Legislativo, partindo da reformulação do positivismo.

A respeito da nova hermenêutica constitucional, André Ramos Tavares salienta a necessidade da concretização dos enunciados constitucionais, especialmente consoante à efetivação dos direitos fundamentais e sociais.

Para tanto, o autor sugere a necessidade de definir-se com precisão o significado das expressões aplicação, concretização e interpretação, a fim de elucidar com clareza o texto constitucional, seu fim e alcance. Isso porque os conceitos e os significados podem alterar o método hermenêutico.

A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermediário, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta concretização normativa é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado ‘técnico’ do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual a interpretação, do texto da norma, é sim a construção de uma norma jurídica (CANOTILHO, 2003. p. 1.201)<sup>74</sup>

O constitucionalismo contemporâneo está diretamente relacionado à “constitucionalização” das normas infraconstitucionais, ou seja, deve a lei se subordinar aos princípios constitucionais, aos ideais de justiça e aos direitos fundamentais, modificando, substancialmente, o método do julgador.

A concretização possibilita, a partir da nova hermenêutica, a análise de uma situação em concreto para compreensão do direito e da qualidade, por assim dizer, da norma jurídica. Isso por si só reafirma o ativismo judicial com um fato.

<sup>73</sup> FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>74</sup> TAVARES, André Ramos. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Editora Fórum. Ano 2, nº 7. Julho/setembro de 2008.

Embora a norma seja certa e determinada, o conteúdo extraído da mesma, não será. A interpretação dada à lei cria um imperativo, ou uma normatividade. Daí a razão da função do Juiz que não deve se limitar a um mero aplicador da lei.

O Juiz, ao julgar, deve guardar consigo a relação entre o fato social analisado e a norma jurídica em abstrato, para que haja eficácia em suas decisões.

Outrossim, o Juiz, no exercício de suas atribuições, não pode se abster de conhecer do fato e de se pronunciar a respeito do direito, ainda que inexista norma reguladora. Para tanto, deve-se valer de mecanismos e instrumentos que o próprio sistema disponibilizar.

Esse poder conferido ao magistrado, tendo em vista à situação de cada caso, é um poder essencialmente discricionário, considerando a oportunidade e a conveniência para adoção de medidas para solução do conflito de interesses. A discricionariedade pode aferir diversas possibilidades de solução para cada caso em concreto.

O que se deve levar em conta é se o Juiz pode decidir com liberdade plena ao exercer sua discricionariedade, principalmente na ausência de norma específica que regule determinada matéria. Em tese, não haveria um erro ou uma arbitrariedade na decisão proferida, pois esta estaria intimamente ligada à interpretação, motivação e convicção do julgador.

Isso decorre da existência do Direito como fato social, que não deve ficar adstrito a uma mera interpretação literal da lei em si. Deve-se, antes, ater-se à finalidade da norma e ao seu conteúdo.

A partir das teorias de Herbert Lionel Adolphus Hart, Ronald Dworkin, Robert Alexy, é possível uma compreensão e distinção entre os princípios e as regras, a fim de compreender a discricionariedade atribuída ao Judiciário.

Hart é considerado um dos maiores defensores do positivismo jurídico. Segundo ele, as normas jurídicas são identificáveis por uma regra social de reconhecimento, cabendo ao juiz, na análise dos fatos, encontrar, a partir das regras sociais pré-existentes, a norma jurídica aplicável.

Ele mesmo afirma que a possibilidade de exaurimento das regras sociais, ocasião na qual o julgador partiria de suas convicções e valores subjetivos para decidir. Haveria discricionariedade diante da omissão da lei.

É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes.<sup>75</sup>

Ronald Dworkin, já na metade do século XX, afirmava que o positivismo não seria suficiente para atender o interesse dos homens, sendo necessário distinguir as regras dos princípios (este último contemplaria a natureza das coisas).

O modelo distingue entre direito positivo – o direito nos livros, o direito apresentado nas declarações evidentes das leis e das decisões passadas das cortes – e o direito como um todo, que aceita a estrutura dos princípios da moralidade política, tomados em conjunto como a melhor interpretação do direito positivo.<sup>76</sup>

O texto constitucional por si só possui natureza principiológica, autorizando a extensão de sua interpretação e aplicação. Para Dworkin, a interpretação da norma deve atender ao construtivismo social. Sua concepção deontológica, equipara regras e princípios a mesma natureza normativa.

Robert Alexy também faz a distinção entre norma e princípios, salientando, no entanto, que a primeira deriva da segunda, em uma relação de precedência e condição.

Entende ele que, da análise de um caso em concreto, diante dos princípios que o regem, nascerá a lei determinante. Ainda assim, havendo colisão

<sup>75</sup> CELLA, José Renato Gaziero. *Legalidad y Discricionariedad: la discusión HART y DWORKIN*. Disponível em: <[http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_27.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

<sup>76</sup> DWORKIN, Ronald. *As ambições do direito para si próprio*. Trad.: Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

entre a mesma norma e outro princípio em uma circunstância fática que a precedeu, deve haver uma ponderação entre os princípios de forma proporcional.

O ponto de distinção entre normas e princípios, é que princípios são regras que exigem que seja feito algo maior em relação às possibilidades legais e factuais. Os princípios são, por consequência, orientações de otimização, aplicados em diferentes graus, cujo cumprimento depende não só das possibilidades de fato, como também das possibilidades jurídicas de aplicação. O campo das possibilidades jurídicas são determinadas por princípios e normas que estão em oposição. Ao contrário, as normas são regras que exigem o cumprimento integral. Se uma norma é válida, então é obrigatório fazer o que ela ordena, nem mais, nem menos, mas na sua exata medida. As normas, portanto, contém determinações em matéria de fato e juridicamente possível. O que importa, portanto, não é o grau de adequação da norma para seu efetivo cumprimento. Se houver somente uma medida para sua observação e cumprimento, trata-se de uma norma. (tradução livre)<sup>77</sup>

Neste contexto, os princípios não seriam imperativos, mas fundamentos de e para orientação, cuja aplicabilidade está condicionada aos fatos e às condições jurídicas. Trata-se de um valor moral, subjetivo, interpretativo segundo os critérios de ponderação e proporcionalidade.

Já a norma, parte-se do pressuposto que não requer interpretação. É uma regra de aplicação imediata, de obediência, subsumindo-se aos fatos.

Alexy faz uma diferenciação pelos graus de sua aplicação, sendo a norma uma ordem imediata, passo que os princípios dependeriam de uma interpretação subjetiva.

Toda colisão entre princípios pode ser expressa como uma colisão entre valores e vice-versa. A única diferença consiste no fato de que esta colisão não é definitiva, passo que a solução de uma colisão entre valores é mais fácil de alcançar. Princípios e valores são iguais. Um sob o aspecto deontológico e o outro sobre o aspecto axiológico. (tradução livre)<sup>78</sup>

As concepções axiológicas propostas por Robert Alexy, dão cotejo a inúmeras possibilidades de decisão pelo julgador no exercício de sua discricionariedade.

Vale-se dizer, ainda, que quanto mais uma decisão judicial se aproximar desses ideais, mais haverá ruptura com o positivismo jurídico meramente finalista.

A discricionariedade só pode ser aceita ou rejeitada, a partir da concepção da natureza jurídica dos princípios, se é normativa ou não. Os princípios

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, 1988.

<sup>78</sup> Idem.

sempre vieram a ser um alicerce ou solução quando normas de interesses de mesmo valor colidiram.

Se considerarmos que os princípios, formados por valores morais, éticos e políticos, compõem para todos os seus fins o ordenamento jurídico, o juiz a eles estará vinculado, não havendo que se falar em discricionariedade em suas decisões. Estará aplicando uma norma como fundamento em suas razões de decidir.

Independente da existência dos princípios, considerando que o sistema jurídico não é pleno e sendo limitado para atender todas as formas de relações sociais no tempo e no espaço, opera-se a discricionariedade.

Juan Carlos Bayón<sup>79</sup>, ao discorrer sobre o constitucionalismo, evidencia que, na filosofia moral e política contemporânea, os direitos básicos fundamentais somente se definem a partir de concorrência de suas particularidades.

Os direitos básicos dos indivíduos, em primeiro lugar, são os limites para adoção de medidas pelo Estado, os quais devem permanecer assegurados de forma incondicional. Noutras palavras, constituem limites para adoção de procedimentos e tomada de decisões. Servindo, tal como Dworkin afirma, como vetos ou base de orientação.

As concepções de justiça (altamente subjetivas) representam o objeto central dos direitos básicos, invocando, muitas vezes, por ações determinantes que divergem do próprio sistema.

Esta peculiaridade atrai a tese da moral substantiva, específica de determinado grupo sob a compreensão do que é e qual o valor de justiça, ou seja, sempre incorrendo concepções antagônicas e diversas daquela que, eventualmente, venha a ser adotada.

A combinação da Supremacia da Constituição e de mecanismos de controle constitucional e jurisdicional permite o equilíbrio. As diversas formas de constitucionalismo dependem da flexibilidade da própria Constituição.

O controle de constitucionalidade reportará à legitimidade que detêm os juízes para fins de invalidação da norma redigida pelo legislador. A invalidade da norma pelos juízes, em sede de controle de constitucionalidade, faz valer a vontade democrática do constituinte originário.

---

<sup>79</sup> BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, Democracia y Constitución*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008.

Os juízes, de certa forma, dão a última palavra sobre o conteúdo da norma, sendo que: (i) o legislador, criador da norma, possui representatividade popular; (ii) o juiz tem a prerrogativa de realizar o controle constitucional da norma, cuja competência é outorgada pela Constituição.

Fato é que as decisões judiciais também se submetem ao crivo do controle de constitucionalidade.

Por isso se pode afirmar que a justiça constitucional deve ser compreendida, atualmente, como aquela que processa toda atividade de poder, do ponto de vista de sua constitucionalidade.

Esse último conceito de justiça constitucional não impede o reconhecimento de sistemas que se baseiam no controle de constitucionalidade concentrado exercido por um Tribunal Constitucional.

Em verdade, caberia ao Tribunal Constitucional analisar se decisão proferida pelo juízo viola ou não a constituição, independente de sua qualidade (certa ou não).

A decisão deve ser preservada quando não incompatível com a constituição. Deve-se considerar que há várias soluções para um mesmo caso, há várias formas de dizer ou interpretar, podendo, independente da forma adotada, guardar compatibilidade com a constituição.

A lei, como expressão da própria democracia, guarda suas peculiaridades bem definidas.

O juiz não pode incidir sobre a vontade política da norma, mas somente sobre o texto, caso este não se adeque com a Constituição.

Os ideais morais partem dos princípios e das regras, sendo que ambas compõem o direito, portanto, o constitucionalismo não seria uma consequência natural.

O constitucionalismo, nestes moldes, colidiria com o ideal democrático, por outro lado, ele deriva do mesmo e de seus valores principiológicos.

Desta forma, a posição de Dworkin parece a mais aceitável, já que os direitos fundamentais iriam além daquele positivados, dependendo, por vezes, de uma análise subjetiva e moral.

Há uma distinção entre como se decide e sobre o que se decide. O valor subjetivo poderá ser maior ou menor diante do fato subjudice, o que irá influenciar sobre a interpretação da norma e a decisão que será adotada.

Afirma Francisco J. Laporta<sup>80</sup> que a relação entre constituição e lei se estabelecem através de dois modelos: (i) modelo constitucionalista judicialista: a constituição determina normas de conduta plenamente eficazes; os juízes podem aplicar a constituição, em detrimento da lei; (ii) modelo democrático legalista: a constituição não pré-determina a solução de todos os conflitos; determina a competência política (quem manda; como manda; onde manda); o legislador ordinário determina as normas do sistema jurídico, cabendo ao sujeitar-se à legalidade, observando se a lei excede ou não os limites políticos.

O modelo judicialista, embora apresente-se mais técnico-jurídico, distancia-se dos vieses democráticos, pois a função da jurisdição não consiste em substituir o legislador, mas sim em controlar o sistema jurídico, retirando do ordenamento decisões e normas que estejam em desconformidade com a constituição, mediante o exercício interpretativo. No caso, o juiz atuaria como um legislador negativo.

O Tribunal e/ou Corte Constitucional não deve agir de forma a influir nas orientações políticas do Estado. Sua função e finalidade deve ser preventiva, somente.

Consoante a isto, o juízo não deve optar por uma ou outra forma de interpretação judicial, se uma metodologia é melhor ou pior que a outra, se ambas atenderem às finalidades e forem consideradas constitucionais.

O princípio da Supremacia da Constituição e a primazia de sua interpretação para coesão do sistema reivindica uma atuação quase que legislativa do Tribunal e/ou Corte Constitucional. Eventuais reflexos políticos derivariam, em tese, da própria outorga constitucional e assunção de competências.

A atuação do Judiciário, nesse sentido, seria expansiva ou proativa, de caráter político, conjugando as finalidades do Estado, a proteção dos direitos constitucionalmente garantidos e a interpretação normativa, diante de uma contumácia do legislador.

---

<sup>80</sup> LAPORTA, Francisco J. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid, Espanha: Editora Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

O ativismo judicial deve ser analisado e compreendido a partir da hermenêutica, diante dos novos meios de interpretação (ou de concretização) para integrar e alcançar soluções mais satisfatórias aos anseios sociais, desde que a sua forma seja constitucional.

Como consequência da concretização ou interpretação técnica-jurídica, é possível maior efetividade na aplicação do conteúdo da norma, ou seja, resultado do processo, através do qual se aplica o direito real.

A solução está na nova Hermenêutica Constitucional postula por uma criatividade na atividade judicial, afastada do mero silogismo jurídico. Daí a razão do magistrado deter um elevado saber jurídico combinado com as máximas da experiência humana.

A constitucionalização e a nova hermenêutica jurídica resguardam os interesses do Estado Constitucional, defensor das garantias individuais, dos direitos sociais e fundamentais, mediante um juízo de valoração criativo, baseado na ponderação dos princípios.

O ativismo judicial, assim compreendido, consistirá em um instrumento de defesa do Estado Democrático de Direito.

### **3.3 Ativismo, judicialização e autocontenção judicial**

A ascensão do Poder Judiciário como reflexo das transformações sociais tem como consequência a construção de uma nova concepção de Democracia.

Questões relevantes de caráter social, moral, ético e político, têm sido debatidas e decididas pelo Judiciário, principalmente e muitas vezes em decorrência da falta de regulamentação legal.

O fenômeno da judicialização, conjuntamente com o ativismo e à autocontenção judicial, devem ser analisados, compreendidos e diferenciados, principalmente para definir os atos da jurisdição em suas decisões.

Ativismo Judicial, consoante verificado até aqui, consiste em uma ação, um método proativo de interpretar a Constituição Federal e dar efetividade as suas prerrogativas.

Judicialização, por sua vez, consiste no fato em si. Trata-se de um reflexo social. Um Estado contraproducente induz à judicialização das relações sociais. O ativismo é resultante da judicialização.

No Brasil, segundo os critérios adotados pela Constituição Federal de 1988, o Judiciário recebeu *status* de Poder do Estado, não se limitando, portanto, a somente dizer o direito. O Judiciário possui competência para agir politicamente, controlando a constitucionalidade das normas e arbitrando soluções para os conflitos de interesses do próprio Estado.

Houve tempos, porém, ao começo da idade constitucional moderna, em que o Poder Judiciário, sem embargo do princípio da separação de poderes, que devera fortalecê-lo, era, todavia, pelas taras do *ancienrégime*, o mais fraco dos Poderes que emergiram da Revolução Francesa. Poder desarmado é ele, de natureza, poder débil. Mas, de necessidade, urge que seja poder forte, apto a dirimir grandes conflitos políticos e sociais cuja profundidade afeta a manutenção das estruturas institucionais.<sup>81</sup>

Sob este entendimento, não se pode olvidar que há a necessidade de uma atuação ativa do Judiciário. Nisto consiste a judicialização, como um reflexo direto de redemocratização do país.

Com a promulgação da Constituição de 1988, não só os direitos e garantias fundamentais foram consagrados, como também o Judiciário deixou de ser um órgão aristocrata, aplicador da técnica-jurídica, passando a um gestor público e político, a fim de fazer prevalecer os valores supremos constitucionais.

A Constituição ampliou o seu texto, de tal forma que nenhum conteúdo ficou fora de seu alcance e tratamento, política e socialmente. Isso possibilitou um maior acesso ao Judiciário pela sociedade.

Oscar Vilhena Vieira aduz que a Constituição Brasileira é *ambiciosa* e *analítica*<sup>82</sup>, duvidando e desconfiando das ações do legislador, que transforma política em direito e direito em política.

Embora direito e política sejam conceitos distintos, guardam em si íntima relação. Na política impera a soberania popular e o princípio democrático majoritário. No Direito, o primado é a lei, ou o Estado de Direito. Cabe à Constituição Federal o equilíbrio entre os institutos.

---

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade*: algumas observações sobre o Brasil. Vol. 18, n° 51. São Paulo: Revista Estudos Avançados, 2004.

<sup>82</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito do Estado. 12° ano, 2008.

A redemocratização, combinada com uma Constituição completa e com um sistema de controle de constitucionalidade híbrido, com o passar dos anos, acelerou o processo de judicialização, autorizando a intervenção do Judiciário sobre questões políticas, sociais e morais, independente da existência ou não de uma norma positivada.

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.<sup>83</sup>

A judicialização é um fato no sistema judicial brasileiro reflexo do próprio modelo constitucional adotado. Não se cinge, portanto, em ato deliberadamente político. É político na exata medida da outorga Constitucional.

O ativismo judicial aparece como consequência desta participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos direitos e garantias fundamentais, cuja conduta inclui: (i) expansão das diretrizes constitucionais, mediante interpretação das normas, independente da existência ou não da manifestação do legislador acerca da matéria abordada; (ii) declaração de inconstitucionalidade das leis, de forma difusa, pelo juízo originário, ou concentrada, pelo Tribunal Supremo; (iii) imposição de condutas e abstenções pelo Poder Público, por ordem emanada pelo Judiciário.

Consigne-se que o fenômeno, em regra, é positivo, na exata medida da eficiência judicial, em conformidade com a Constituição e em substituição a uma omissão Legislativa, sem que, no entanto, a sociedade fique sem uma resposta.

A qualidade da decisão e seu conteúdo deve ser analisada em consonância com os demais instrumentos fornecidos pelo próprio sistema quando da adoção do método pelo julgador, cujos critérios advêm de uma interpretação da norma e do próprio ordenamento jurídico.

---

<sup>83</sup> Entrevista concedida Lenio Luiz Streck. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oabudia.qps/Ref/QUIS-7W4SZ6>>. Acesso: 22 de março de 2016.

Repise-se que inexistente um órgão de controle que possa fazer essa medição, isto é, aferir se o julgador foi pouco ou muito interveniente.

Os atos dos juízes também guardam relação com o objeto subjudice e com a própria atuação ou omissão do legislador, seja porque esse redigiu a norma em desrespeito à Constituição, seja porque esse deixou de redigi-la.

O Judiciário deve adotar, por vezes, a postura da autocontenção judicial, isto é, enquanto na judicialização e no ativismo tem-se um Poder Judiciário proativo, a autocontenção evita que decisões interfiram na atuação dos demais Poderes.

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.<sup>84</sup>

A baixa produção normativa autoriza que o julgador amplie seu método interpretativo, sem considerar a própria inviabilidade de se definir um mecanismo único de interpretação da norma.

A autocontenção objetiva obstar que o juiz intervenha em matérias politicamente controvertidas, deixando ao crivo do legislador a solução da matéria. Consiste em um autocontrole judicial.

(...) a *self restraint* desemboca na deslegitimação da Justiça Constitucional em extensas áreas nas quais sua atuação tem sido decisiva e legítima. E essa desqualificação não é uma mera opção teórica; em muitos ordenamentos, especialmente quando a Constituição, como a brasileira, oferece sinais de adoção de uma atuação material da Justiça Constitucional como implementadora da Constituição, a referida exclusão da Justiça Constitucional seria inadmissível (...) Isso significa que a autocontenção deve ser considerada mais como elemento co-legitimador da Justiça Constitucional na aplicação e implementação dos direitos fundamentais do que como argumento pró-exclusão dessa Justiça, desde que concebida adequadamente, ou seja, numa vertente minimalista (...)<sup>85</sup>

<sup>84</sup> BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>85</sup> TAVARES, André Ramos. *O discurso dos Direitos Fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva*. In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Ano 1, nº 2, abril/junho 2007. São Paulo: Ed. Fórum.

O julgador que se afastar das diretrizes constitucionais, da coesão do sistema, da própria principiologia jurídica ou que reformular as leis, usurpará competência e ainda ultrapassará os limites definidos constitucionalmente.

Independente do ativismo e da judicialização, do qual um é gênero e outro é espécie, cabe ao juiz, através da autocontenção, encontrar o equilíbrio, exercendo um juízo de moderação. Se a decisão estiver em conformidade com a Constituição, não deverá, portanto, ser censurada.

### **3.4 Ativismo judicial no Brasil: causas centrais de sua consolidação**

No Brasil, tem-se entendido por ativismo o protagonismo que vem sendo assumido pelo Direito e pela Justiça, como consequência dos crescentes movimentos sociais e pela crise das instituições que compõem o Estado, para fins de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

#### **3.4.1 Fatores determinantes do ativismo judicial no Brasil**

O primeiro fator relaciona-se com o modelo de Estado democrático-social, instituído pela Constituição Federal que prevê um Estado atuante em todas as áreas, autorizando o intervencionismo judicial para prover as necessidades do titular de um direito.

Os direitos fundamentais estão intimamente associados e derivam do princípio democrático, que traz consigo a ideia de governo do povo, pelo povo e para o povo.

Os Direitos Fundamentais têm sua origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. São os princípios proclamados por esta declaração, consagrados em nossa Constituição.

O filósofo escocês, Alasdair Macintyre, faz uma crítica à filosofia moderna, a qual estaria apartada de valores éticos e morais para alcance do ideal de Justiça, o que jamais poderia prosperar.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Extraído do texto: FIGUEIREDO, Marcelo. *The universal nature of human rights: the Brazilian stance within latin america's human rights scenario*. In ARNOLD, Rainer. *The universalismo f human rights*. London: Springer, 2013. p. 81-102.

Segundo ele, os direitos humanos não podem ser tratados de forma igualitária, tendo em vista a formação histórica, sociológica e antropológica de cada povo, calcado em seus próprios princípios e costumes.

Os direitos humanos, durante o nazismo e demais governos déspotas havidos durante a década de 1930 e 1940, bem como durante e após as Grandes Guerras, sofreram crise para sua consolidação.

Daí a necessidade de uma proteção internacional, independentemente dos costumes havidos em cada região. Tem-se uma proteção de ordem moral geral, portanto. Os Direitos Humanos devem ser considerados universais e transculturais, principalmente para alcance da justiça.

O Universalismo Tradicional deve prevalecer diante do Universalismo das Linhas Paralelas, que procura impor um modo único de ver o mundo. Um modelo não pode prevalecer diante do outro, como imposição, mas cada um deve moldar-se a sua própria formação.

Os Direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos subjetivos positivados na Constituição Federal, ou em normas infraconstitucionais...

...intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.<sup>87</sup>

Na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais estão agrupados em quatro categorias, subdivididas em: (i) direitos políticos (nacionalidade, capacidade eletiva e eleitoral); (ii) direitos individuais (das liberdades públicas de afirmação da personalidade humana, relativos à vida, à segurança, à dignidade, à propriedade, que limitam o poder político); (iii) direitos sociais (econômicos, sociais e culturais, que reivindicam a atuação do Estado para melhoria das condições de vida, promoção da igualdade etc.); (iv) direitos difusos e coletivos (ambiente, história etc.).

A Constituição Brasileira, portanto, está nitidamente comprometida com a realização dos Direitos Fundamentais, deixando expresso qual deve ser o papel desempenhado pelo Estado, a fim de garanti-los.

---

<sup>87</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

Entretanto, não basta a garantia e o enunciado expresso dos direitos. É preciso concretizá-lo.

Os órgãos estatais, no caso, Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, estão vinculados à concretização dos Direitos Fundamentais. O Poder Público está vinculado à sua efetivação.

O objetivo dos Direitos Fundamentais é o de proporcionar um mínimo existencial ao indivíduo como pressuposto da dignidade humana.

O constituinte originário não indicou, expressamente, como esse mínimo existencial seria garantido, mas é sabido que, por meio da adoção de políticas públicas, é possível a efetivação destes direitos.

Por outro lado, o não desenvolvimento de políticas públicas não podem ser opostas aos interesses individuais. Uma vez que o mínimo existencial é inobservado pelo Estado, torna-se pertinente e necessária a intervenção pelo Poder Judiciário.

Ao Judiciário compete a defesa dos Direitos Fundamentais. Cinge-se na essência da sua função.

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, (...) de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É neste contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo que definem, para si mesmo e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido “correto” dos direitos fundamentais.<sup>88</sup>

Consiste em uma supremocracia<sup>89</sup> ou na democracia à luz do entendimento da Suprema Corte.

A ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal passou da esfera jurídica para a política, inclusive passando a discutir questões como moral, ética, relativização dos direitos fundamentais, delimitando as atribuições federais, influenciando sobre a economia, afastamento do legislativo negativo afirmado por Kelsen.

André Ramos Tavares aduz que:

<sup>88</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual. e ampl.; 2.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 372-373.

<sup>89</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV nº 8. p. 441-464.

Essa concepção envolve, invariavelmente, como mencionado, certo idealismo democrático, atacando as posturas mais recentes de um *judicial review* ou de um Tribunal Constitucional como posturas equivocadamente ativistas. Isso é feito, contudo, sem maiores esclarecimentos acerca de qual concepção democrática se está a defender. Uma prova disto é a chamada democracia deliberativa, cujos postulados indicam a necessidade de que as decisões socialmente relevantes (seja qual for o órgão próprio para impô-las) respeitem os pressupostos dialógicos de racionalidade por ela exigidos. Essa concepção de democracia parece preocupar-se menos em apontar um específico órgão (parlamentar) que teria legitimidade supostamente democrática para ratificar e impor (coercitivamente) essas decisões do que com a efetiva adoção de decisões vinculantes que implementem esses pressupostos (e que, nessa medida, bem poderiam advir do Judiciário). Com isso acaba por deixar em aberto o problema de como obter o efetivo atendimento desses pressupostos pelo órgão parlamentar.<sup>90</sup>

E continua:

(...) a consagração dos direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do legislador (...) Essa contraposição entre democracia e direitos fundamentais acabaria por legitimar ainda mais uma atuação menos circunstancial da Justiça Constitucional (...)<sup>91</sup>

Justifica a prática do ativismo judicial como mecanismo de tornar efetivos os direitos fundamentais.

O ativismo está albergado também no cumprimento dos Direitos Fundamentais, a fim de garantir sua concretização, bem como compelir os demais órgãos estatais ao seu cumprimento. Se o agente público quedar-se inerte, é a partir da jurisdição que a efetivação dos direitos estará garantida.

Embora o ativismo a respeito dos direitos fundamentais seja um fato, o Poder Judiciário deve observar certos requisitos ao se manifestar a respeito das Políticas Públicas, a saber: (i) a medida deve ser adequada para o fim almejado; (ii) o meio adotado deve ser o menos oneroso; (iii) a adoção da medida deve ter por objetivo a preservação de um direito fundamental maior do que o direito que o limitou.

Noutras palavras, a decisão judicial deve ser proporcional, razoável e fundamentada, atendendo aos princípios da democracia, para que não incorra em

<sup>90</sup> TAVARES, André Ramos. *O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva*. In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Ano 1, nº 2, abril/junho 2007. São Paulo: Ed. Fórum.

<sup>91</sup> Idem.

ofensa aos demais Poderes Públicos, de tal forma que a ordem seja pedagógica e os órgãos reconheçam que a medida foi justa e deve ser acatada.

A atitude do Poder Judiciário está baseada no dever de tutelar os direitos fundamentais, aliado ao reflexo da retração da administração pública.

A Constituição privilegia o indivíduo em detrimento das vontades do Estado. Leia-se Estado em todas as suas esferas: órgãos, entes e Poderes que o compõem.

Cabe aos Poderes a observância da vontade e dos princípios Constitucionais, obstando excessos e mitigação dos interesses do próprio povo.

Vale repensar que a Constituição de 1988 trouxe muitos avanços, ampliando o rol dos direitos fundamentais e autorizando, em toda sua sistemática, uma ampliação interpretativa, concedendo meios para que o Judiciário exerça suas prerrogativas sempre em proteção dos direitos e interesses do indivíduo diante do Poder Público, viabilizando a dignidade da pessoa, fundamento da República.

Somente é viável a interferência do Judiciário nos demais poderes quando, de fato, o determinado direito fundamental vier a ser violado, para que não aja além de suas competências.

Arbitrariedades judiciais ocorrerão sempre que o Judiciário avançar sobre prerrogativas exclusivas do Executivo e do Legislativo, abusando do seu poder e indo ao encontro da vontade do constituinte originário. Eis aí o limite para a atuação pró-ativista.

A esse respeito, Elival da Silva Ramos faz uma análise crítica e sistemática ao fenômeno na obra “Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos”, subdividindo-o em quatro aspectos.

Primeiramente, o autor traz uma nova análise da teoria positivista, alegando, em síntese, que esta guarda compromisso com a moral e a argumentação jurídica. No entanto, repudia o uso do moralismo jurídico o que consubstanciaria um retrocesso desmedido ao jusnaturalismo.

Segundo Ramos alude, o ativismo judicial à hermenêutica constitucional, caracteriza-o dogmaticamente, a fim de examinar sua incidência no Supremo Tribunal Federal, o qual critica veementemente.

É neste sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando os

juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente<sup>92</sup>

Terceiro, aduz o autor que o ativismo extrapolaria os limites criados pela Constituição Federal e pelas leis. As decisões judiciais oprimiriam ainda mais o Poder Legislativo, que já se encontra esmagado pelo excesso de Medidas Provisórias editadas pelo Poder Executivo.

Por fim, Ramos apresenta a interpretação jurídica criativa, alicerçada na hipótese de inexistência das lacunas do direito, como solução para o problema. Segundo ele, a adequação das normas vigentes à realidade social, consiste em meio eficaz para cumprimento das finalidades do Estado sem comprometimento das instituições.

A tese do autor, ainda que não seja absoluta, mostra-se viável no que concerne ao cumprimento da jurisdição constitucional para que a atividade judicial não invada competência dos demais Poderes, servindo como base de aprimoramento do próprio ativismo judicial.

Não há dúvida que a própria norma constitucional outorga medidas judiciais para que o indivíduo possa exercer seus direitos, mas é imprescindível que o Judiciário não aja com excessos sob pena de desequilibrar o sistema.

Todavia, o ativismo judicial é um fato consolidado na prática jurídica. É incogitável que o juiz retorne ao *status* de mero aplicador da lei. Inclusive a própria lei autoriza expressamente que o juiz exerça seu juízo de convicção de forma ampla, a exemplo das disposições da nova sistemática processual brasileira.

Reflexo da própria interpretação constitucional e como outro fator determinante do ativismo, temos o sistema de controle de constitucionalidade das leis. Embora a norma seja editada pelo Congresso Nacional, sua validade e sua eficácia no ordenamento jurídico ficam condicionadas à análise do Poder Judiciário, mediante declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade atenua a distinção entre legislação e jurisdição, ampliando a capacidade do intérprete, no caso, do julgador, a respeito da motivação e discricionariedade da norma subjudice.

---

<sup>92</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 268 a 271.

Paralelamente a isso, temos as novas formas de dizer e interpretar o Direito Constitucional, cujas mudanças de ideias têm criado novas percepções acerca da Constituição e de suas finalidades em geral.<sup>93</sup>

Essas novas concepções permitem um maior subjetivismo nas decisões judiciais, autorizando que o magistrado não só aplique a letra da lei como fundamento legal, mas também como discorra sobre ela, segundo seus valores e ideologias, afastando-se da vontade do legislador, contida na literalidade da norma.

Outro fator de impulsão tem sido a própria divisão e crise institucional dos demais Poderes em relação ao Judiciário.

A este respeito, afirma Gilmar Mendes que o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal não é uma manifestação de desprezo pelo Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição na medida em que pretende pressionar o Legislativo a atender aquilo que é preconizado na Constituição.<sup>94</sup>

Conforme já mencionado, cuida-se da prerrogativa atribuída ao Judiciário, em caráter atípico, no que se refere à atividade normativa, mediante edição de súmulas vinculantes, nos termos da Constituição Federal e também, recentemente, nos termos do Código de Processo Civil vigente.

A norma processual supracitada, ratifica que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”<sup>95</sup>.

Embora haja menção quanto aos limites da força de lei da decisão, certo é que os precedentes, as súmulas, as súmulas vinculantes e, especialmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle constitucional, vigerá com força de lei com efeitos *erga omnes*.

Independente dos fatores que determinem uma atuação proativa do Judiciário, a verdade é que a censura desta atividade advém somente do Executivo e do Legislativo, justamente porque as decisões judiciais têm lhes afetado como instituição e não em decorrência de uma quebra da harmonia do princípio de

---

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 29 de março de 2016.

<sup>94</sup> Idem.

<sup>95</sup> Artigo 503, Código de Processo Civil – Lei Federal nº 13.105/2015.

Separação dos Poderes, pois, consoante visto, todas as razões encontram justificação legal no agir de nossos Tribunais.

Diferentemente dos demais poderes, a população tem se mostrado, por ora, satisfeita, seja porque os anseios e garantias individuais têm sido atendidos, seja porque, sob o contexto político, diante de corrupção e outros escândalos, o Tribunal tem se manifestado de forma contundente.

O poder emana do povo e se este entende que o mesmo poder tenha que se subsumir ao judiciário, assim tem sido feito. O povo é o primeiro juiz a aferir a necessidade da atuação judicial e a qualidade da administração pública.

Fato é que as liberdades têm sido reavivadas. O princípio da informação cresceu e o cidadão tem se abdicado de sua inércia, interessando-se mais, reivindicando mais e politizando-se mais. Trata-se de um processo de amadurecimento democrático, do qual o Judiciário tem participado ativamente, de forma ampla e sólida.

### **3.4.2 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**

O fenômeno do ativismo é verificado independente de instância judicial. Os magistrados singulares também podem ser ativistas em suas razões de decidir.

Entretanto, principalmente em decorrência da tutela do princípio da Supremacia da Constituição e do Controle de Constitucionalidade, é no Supremo Tribunal Federal que se evidencia a consolidação do ativismo.

Conforme já estudado, a Constituição Federal de 1988, a partir do artigo 102, determina as atribuições e competências da Corte Constitucional, outorgando-lhe, precipuamente, a função de guardião da *norma mater*.

Nelson Nery Junior, ao discorrer sobre o dispositivo supracitado, afirma que a função e a finalidade do Supremo Tribunal Federal vai além da simples guarda da Constituição, devendo cumprir a missão da justiça constitucional, mesmo que não haja previsão expressa de como efetiva-la.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. rev., ampl. e atual com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 27

José Renato Nalini repisa que o cumprimento da justiça constitucional se consolida a partir da verificação da compatibilidade de uma norma com o texto constitucional, antes mesmo de sua concretização.<sup>97</sup>

Por corolário lógico, para aplicação homogênea da lei, é necessária a análise e a interpretação do texto Constitucional, tanto para extrair de si o intuito da norma, como para consolidação da harmonia do sistema e para solução do caso em concreto, subsumindo à norma ao crivo da constitucionalidade.

Mas, em se tratando de ativismo, deverá ser analisada, além da interpretação, a metodologia adotada, a fim de verificar se foram ultrapassados os limites da jurisdição.

Quando esse fato ocorre nas instâncias judiciais singulares, o efeito devolutivo dos recursos permite que os Tribunais exerçam o juízo de revisão sobre o direito aplicado e da razão subjetiva de decidir do julgador.

A análise crítica do Tribunal permite, se verificado que o julgador ultrapassou os limites do exercício da jurisdição, que a decisão seja decotada do sistema, obstando seus efeitos na órbita jurídica.

A preocupação ocorre, no entanto, quando o fato se dá na Instância Suprema, cuja decisão não está sujeita a qualquer juízo de revisão, repercutindo e gerando efeitos políticos, jurídicos, sociais e econômicos.

A crise das instituições tem induzido o Supremo Tribunal a conhecer e julgar temas polêmicos. O Estado necessita de uma atuação parlamentar e administrativa mais eficiente. Daí a necessidade do Poder Judiciário intervir, solucionar e decidir sobre temas polêmicos, diante do enfraquecimento dos demais Poderes.

O Supremo Tribunal Federal,

(...) vai assumindo o risco de um ativismo exacerbado, que complica seu posicionamento no contexto federativo e, como efeito colateral, serve de alibi para as instâncias faltosas ou lenientes que, não querendo assumir os riscos e os ônus das decisões nos grandes temas, de largo impacto para a coletividade, folgam ao saber que eles foram judicializados.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> NALINI, José Renato. *A função política da Magistratura*. Scribd, [S.l.], mar. 2009. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/51181134/artigo-A-FUNCAO-POLITICA-DA-MAGISTRATURA-JOSE-RENATO-NALINI>>. Acesso em: 29 março de 2015.

<sup>98</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

A utilização do Tribunal de forma desvirtuada ou até mesmo sob acúmulo de função, aumenta o risco da prática ativista, a qual seria inevitável, até mesmo por omissão legislativa e pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que põe em questão a autonomia e a harmonia da tripartição de poderes.

Eventual omissão ou ingerência de um ou outro órgão, não pode ser oposta ao povo, detentor do poder e titular de direitos que precisam ser observados e atendidos pelo Estado.

Daí a razão e a necessidade de uma postura ativa do Poder Judiciário como mecanismo de efetivação dos interesses sociais. Trata-se de uma medida inerente ao Estado Contemporâneo e Social de Direito.

Se a soberania é popular e os fins do Estado consistem no atendimento do interesse do povo, cabe aos Poderes essa observância e obediência, passo que a inércia de um, por uma vontade única da constituição do Estado, autoriza a sobreposição do outro.

Neste aspecto, considerando que o Legislativo e o Executivo têm sido omissos e ingerentes, tem-se que a prática do Supremo Tribunal Federal, ainda que se considere ativista, não consiste em um ato de usurpação.

É notório que o Legislativo tem deixado de atuar, inclusive negando a vontade da própria Constituição de 1988 que determinou que medidas regulamentadoras viessem a ser editadas, ferindo a soberania popular e a vontade do Poder Constituinte.

Trata-se de uma medida emergencial, cuja finalidade é dar resposta efetivas aos interesses da sociedade, em decorrências das lacunas deixadas pelos demais Poderes no exercício de suas funções.

Neste sentido, para José Adércio Leite Sampaio “o ativismo seria decorrência de uma inércia dos poderes políticos, um vácuo deixado por eles que tem de ser ocupado, sob pena de degradação da normatividade constitucional”.<sup>99</sup>

Inúmeros são os casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal em decorrência de uma omissão legislativa, sendo certo que os Ministros têm demonstrado que, além do princípio da inafastabilidade, politicamente não podem

---

<sup>99</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Críticas ao ativismo judicial*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 31 de março de 2016.

aderir às lacunas dos demais entes, sob pena do perecimento do próprio ideal do Estado Democrático de Direito.

Inequívoco que, por vezes, através de sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal interprete e regule matérias levadas a sua análise, seja pelo juízo de revisão, através da repercussão geral, seja mediante edição de súmulas vinculantes, cujo objetivo consiste em atender as necessidades do povo, em substituição à vacância deixada pelo legislador.

A compreensão do contexto teórico em que aparece essa silenciosa e profunda reforma nas fundações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é imprescindível para que se possa entender o material com que trabalham essas Cortes Supremas no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais, a função paradigmática que desempenham na nossa ordem jurídica e a eficácia que se deve outorgar aos seus julgados. Enquanto as Cortes de Justiça – os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais – assumiram o posto de cortes de controle e de jurisprudência, cuja preocupação é voltada para a prolação de uma decisão justa e para o fomento do debate a respeito dos mais diversos significados que o discurso do legislador pode assumir no âmbito interpretativo, as Cortes Supremas galgaram o posto de cortes de interpretação e de precedentes, cuja missão está não apenas na guarda da Constituição e do direito federal, mas na sua efetiva reconstrução interpretativa, decidindo-se quais os significados devem prevalecer a respeito das dúvidas interpretativas suscitadas pela prática forense, e na sua vocação de guia interpretativo para todos os envolvidos na administração da Justiça Civil e para a sociedade como um todo.<sup>100</sup>

Embora se trate de um requisito processual, a repercussão geral criou uma nova realidade, tornando pública a matéria subjudice, sobrestando causas análogas, até que o Supremo se manifeste e dê uma orientação para solução dos conflitos similares.

A publicidade tem exigido que o Supremo Tribunal Federal se dedique à interpretação constitucional de forma prudente e cautelosa. São realizadas audiências públicas, principalmente em razão dos temas que vem sendo abordados no Tribunal, o que demonstra respeito à democracia.

Aqui, democracia deve ser considerada como forma de garantir a efetivação dos direitos fundamentais em detrimento da ineficiência dos demais Poderes.

---

<sup>100</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

A tutela dos direitos fundamentais tem sido apontada como fator predominante e justificável do ativismo judicial. Este é o efeito da judicialização diante da omissão legislativa.

Porém, deve haver cautela, na exata medida do que for exigido para a solução do caso, para que o Poder Judiciário não interfira injustificadamente no âmbito de atuação dos demais Poderes.

Posto isto, a jurisdição constitucional assume papel de fundamental importância para a preservação dos direitos constitucionais, sendo a Corte Constitucional o órgão mais indicado para defendê-los.

O Supremo Tribunal Federal consolida sua postura ativista, com o objetivo de fazer valer os preceitos constitucionais e como mecanismo para cumprimento das finalidades do Estado.

A seguir, serão apresentados, a título exemplificativo, alguns casos nos quais podemos verificar como o fenômeno do ativismo judicial tem se consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

#### **a) Aborto de fetos portadores de anencefalia**

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, discutiu-se a plausibilidade da realização de aborto de fetos anencefálicos.

O objeto principal da ação consistia em tornar possível, para mulheres gestantes de fetos com anencefalia, a interrupção terapêutica de parto para evitar lesões aos preceitos fundamentais de sua dignidade, o sofrimento, danos à saúde e ao princípio de autodeterminação. A ação não se prestou a uma excludente de ilicitude (aborto), senão a análise de uma situação concreta e em caráter de exceção.

Foram realizadas audiências públicas tendo por objeto esclarecer em que momento da gestação o feto pode ser considerado um humano completo. Foram ouvidas entidades religiosas, cientistas, parlamentares, entre outros, com o fito de se discutir em que momento tem início a vida humana.

Após sete anos de tramitação, em abril de 2012, foi proferido o julgamento, na qual o Supremo Tribunal Federal, por oito votos a dois, declarou a

legitimidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, reconhecendo, nessa hipótese, a inconstitucionalidade dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro.

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma República Laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.<sup>101</sup>

Do ementário supracitado, veja-se que a Corte houve por interpretar os dispositivos penais sobre o viés da liberdade constitucional em relação à gestante e à laicidade do Estado, afastando as teses religiosas sobre o momento da concepção da vida. Por não haver um consenso absoluto a respeito do início da vida, o princípio do direito à vida do nascituro foi relativizado em relação aos direitos da gestante.

O Supremo Tribunal Federal concedeu a oportunidade para que essas mulheres se submetessem a um tratamento com a certeza de um amparo legal e legítimo, já que inexistia previsão legal que autorizasse o ato.

A Corte considerou a importância da matéria para o interesse público e a urgência da medida, que sempre demandava a concessão de liminares. Houve um juízo de ponderação entre a ausência de regulamentação e a relativização de princípios em colisão, que mereceram a guarida do Poder Judiciário de forma ativista.

Havendo conflitos de interesses, a regra constitucional afirma que a questão deve ser solucionada pelo Judiciário.

Destaque-se que direito à vida é um primado dos direitos humanos, positivado na Constituição Federal como fundamental, mas que deve estar consubstanciado ao princípio da Dignidade Humana. O Supremo Tribunal Federal considerou que, inexistindo hipótese legal para o aborto terapêutico, de que adiantaria a vida se esta vida não puder ser digna?

<sup>101</sup> ADPF 54 / DF - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Publicação 30/04/2013, REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS.

O Supremo Tribunal Federal, no telado caso, agiu com muita cautela, realizando audiência pública com o objetivo de analisar, precisamente, questões técnicas que envolviam a saúde e a vida, antes de exercer seu juízo de ponderação.

Ao tornar legítimo o aborto terapêutico, a Corte Constitucional protegeu os direitos da gestante na dimensão de sua integridade física, pois ao obrigar a mãe a levar a gestação até o final, estaria sendo violada a higidez psíquica da mulher, que teria de lidar com o fato de estar carregando praticamente um natimorto.

A decisão foi de suma importância, pois enfraquece os argumentos de que a Corte Constitucional substituiu o legislador, desbordando dos limites do ativismo judicial.

Ao interpretar evolutivamente o Código Penal conforme as garantias Constitucionais, o Supremo Tribunal Federal harmonizou o sistema na hipótese de aborto lícito, autorizando o aborto de anencéfalos.

Foi exercido o juízo de ponderação, através da interpretação da norma jurídica, atendendo os interesses sociais, sem que fosse usurpado as competências do legislador.

#### **b) Constitucionalidade da Lei de Biossegurança: uso de células embrionárias para pesquisas científicas**

A Lei 11.105, de 24 de março de 2005, também chamada de Lei de Biossegurança, permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e que não foram transferidos para o organismo materno, desde que observadas algumas condições:

Art. 5º: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus

projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica em crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A esta prática, foi proposta pelo ex-Procurador da República, à época, Cláudio Fonteles, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, sob o argumento de que o artigo supracitado fere os direitos constitucionais de proteção à vida e à dignidade da pessoa.

No entanto, a legislação deixa evidente que somente serão utilizados embriões inviáveis para pesquisas com células tronco embrionárias.

Ao proceder o julgamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal deixaram evidente a necessidade de distinguir a pessoa humana, sujeito completo detentor de direitos e deveres, do embrião.

Parte do entendimento adveio da jurisprudência consolidada na votação da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, na qual o Ministro Marco Aurélio ponderou:

(...) as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana (...) O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implantado é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.<sup>102</sup>

Ambos os julgados traçaram posicionamentos acerca da vida e da dignidade da pessoa humana.

A Corte Suprema entendeu que a fase em que se iniciam as pesquisas com as células-tronco embrionárias, por anteceder o processo de formação do sistema neural do feto, não implicaria em desrespeito à vida do embrião, vista aos critérios adotados pelo legislador.

Neste sentido, o artigo 5º, da Lei de Biossegurança foi declarado constitucional, permitindo assim a pesquisa com as células tronco embrionárias e, conseqüentemente, salvar vidas já completas em detrimento daquelas sem formação, julgando improcedente o pedido.

---

<sup>102</sup> Extraído do voto proferido no julgamento da ADPF nº 54. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.<sup>103</sup>

O ex-Ministro e à época Relator da ação, Carlos Ayres Britto, afirmou inexistir violação ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, afastando qualquer interpretação em sentido contrário.

Segundo sua interpretação, células-tronco embrionárias compõem conjunto celular de embrião humano com até 14 (quatorze) dias de formação e que a Lei de Biossegurança caminha ao encontro dos preceitos constitucionais que garantem o direito à saúde, na medida em que o próprio texto Constitucional, em seu art. 199, § 4º, incorpora à seção normativa que trata da “saúde” e da “pesquisa com substâncias humanas para fins terapêuticos”, o que transforma a referida lei em instrumento de encontro do direito à saúde com as ciências médica, biológica e correlatas<sup>104</sup>.

Verifica-se, novamente, um ativismo judicial positivo, nos exatos limites da adequação da norma ao sistema constitucional, mediante juízo de interpretação. A legitimidade do julgado decorre da própria vontade da Constituição.

### **c) Da união estável e dos demais direitos dos homoafetivos**

Questões polêmicas envolvendo interesses das pessoas homoafetivas, tais como direito à união, adoção, sucessão, inserção em plano de saúde na qualidade de dependente, entre outros, têm sido levadas constantemente ao

<sup>103</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 29/05/2008.

<sup>104</sup> Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 de abril de 2016.

Judiciário, situação que por si demonstra a improdutividade do Congresso Nacional acerca de regulamentação legal sobre referidos interesses.

Ao contrário da inércia do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tem se manifestado proativo aos interesses da comunidade homoafetiva.

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Constitucionalidade nº 4.211 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e, por votação unânime do Pleno, foi reconhecido o direito à união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Ao proferir seu voto, o ex-Ministro Ayres Britto, declarou que:

A Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva<sup>105</sup>.

Os homossexuais são sujeitos de direito como quaisquer outros. Vítimas de preconceito e discriminação, reclamam por planejamento e implementações de políticas públicas incisivas, mediante leis e atos administrativos.

Conquanto, a inexistência de normatização para reconhecimento expresso de direitos e obrigações gera insatisfações, elevando o número de ações judiciais para obtenção de uma resposta imediata.

A decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal afastou parte da insegurança jurídica instalada.

Cuidou-se de uma verdadeira jurisdição constitucional, fundamentada nos princípios de direitos humanos em uma “função contra majoritária”, como assim se referiu o Ministro Celso de Mello em seu voto:

(...) relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica (...)

---

<sup>105</sup> Supremo Tribunal Federal reconhece União Homoafetiva em 5 maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 5 de abril de 2016.

Segundo o Tribunal, a união estável entre homossexuais não é essencialmente diferente da união estável entre pessoas de sexo biológico diverso. O instituto jurídico da união estável deve ser interpretado como único e independente da orientação sexual dos indivíduos. As uniões homoafetivas e heteroafetivas devem ser consideradas iguais em sua essência, reconhecendo a entidade familiar como aquela formado pela afeição, unindo os indivíduos em um fim comum.

O Supremo Tribunal Federal fundamentou sua decisão nas normas principiológicas e fundamentais, tais como: a dignidade da pessoa humana; o direito de cidadania; direito à liberdade e à igualdade. O julgamento permitiu a plenitude da cidadania pelos homossexuais.

Referida decisão alicerçou o conhecimento de outras causas que versavam sobre interesses da comunidade homoafetiva pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Por meio do Recurso Extraordinário nº 846.102, a questão sobre a adoção de menor por pessoas conviventes do mesmo sexo foi levada ao Pleno, por ter sido reconhecida a repercussão geral sobre a matéria.<sup>106</sup>

A Ministra Carmem Lucia, relatora do recurso em testilha, com fundamento na ADIN nº 4.277, reconheceu o direito à adoção de criança por pessoas do mesmo sexo, afirmando que “(...) a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser”.<sup>107</sup>

Nos julgados em referência, verifica-se que houve interpretação e adequação da norma à realidade social diante da vacância legislativa.

Nas palavras de Ayres Britto: “(...) a essa inércia ou inapetência legislativa corresponde um ativismo judiciário francamente autorizado pela Constituição”.<sup>108</sup>

O Ministro Celso de Mello define o ativismo judicial do Supremo, “como um remédio para combater a omissão do poder público”.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Camem Lúcia reconhece a adoção sem restrição de idade por casal gay. Revista Conjur em 11 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/carmen-lucia-reconhece-adocao-restricao-idade-casal-gay>>. Acesso em: 5 de abril de 2016.

<sup>107</sup> Íntegra da decisão do RE 846.102. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-reconhece-adocao-restricao-idade.pdf>>. Acesso em: 5 de abril de 2016.

<sup>108</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Op. cit., p. 537.

Indiscutível que, em se tratando de direitos não regulamentados por lei, mas que guardam consonância com os princípios fundamentais, as decisões da Corte trouxeram segurança jurídica, na exata medida em que a população anseia pelo tratamento igualitário jurídico e social.

#### **d) Da Saúde**

Outras medidas judiciais envolvendo Políticas Públicas, diz respeito ao direito à saúde, direito fundamental consequente do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Com base nesses princípios (e outros), o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no Recurso Extraordinário nº 271.286 e no Agravo Regimental nº 271.286, a obrigação do fornecimento gratuito de medicação aos portadores do vírus HIV pelo Estado, sob o fundamento de que é dever do Poder Público a prática de políticas sociais e econômicas que visem alcançar os objetivos invocados no artigo 196 da Constituição Federal, conforme ementário:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO [CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196] - PRECEDENTES [STF] - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

(...)

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

(...)<sup>110</sup>

<sup>109</sup> RECONDO, Felipe; SAMARCO, Christiane. *MPs afetam processo democrático livre*. Estadão, [S.l.], abr. 2008. Disponível em:

<[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080424/not\\_imp161943,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080424/not_imp161943,0.php)>. Acesso em: 29 de março de 2015.

<sup>110</sup> RE 271286 AgR / RS. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 271.286. Agravante: Município de Porto Alegre, Agravado: Dina Rosa Vieira. Relator [a] Min. Celso de Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 12/09/2000, Data da Publicação/Fonte. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 de maio de 2016.

Inúmeras são as ações correlatas a respeito da integralidade à assistência à saúde pelo Estado.

Embora possa haver críticas, sob a alegação de que o Supremo Tribunal Federal age deliberadamente, sem que aja pronunciamento do Estado, a bem da verdade é que a situação de prévia necessidade e emergência tem recebido solução oportuna e adequada em favor do interesse público.

Em se tratando de direito fundamental, o Supremo Tribunal Federal, ativamente, manifesta-se favorável ao controle de Políticas Públicas, desde que se observe o mínimo existencial, a razoabilidade/proporcionalidade da pretensão, seja ela individual ou social deduzida em face do Poder Público, e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva a medida.

Os Tribunais, em regra, estão muito cautelosos em relação ao controle das Políticas Públicas, cientes, inclusive, que nem sempre a interferência será possível.

Por exemplo, somente depois de muitos impasses e de inúmeros julgados e de uma massifica jurisprudência, que o fornecimento de fosfoetanolamina, medicamento experimental utilizado para tratamento de câncer, foi regulamentado por lei<sup>111</sup>.

Veja-se que, antes da edição da norma pelo Congresso Nacional, precisaram ser concedidas inúmeras liminares para que os interesses individuais viessem a ser atendidos. Somente no Estado de São Paulo foram concedidas mais de treze mil liminares para obtenção gratuita do medicamento.<sup>112</sup>

O Judiciário agiu conforme a Constituição Federal, assegurando o acesso e o direito à saúde. Cabe ao Poder Público regular as medidas para atendimento da demanda, cuja responsabilidade sobre a capacitação é alheia aos poderes do Judiciário.

Com a sanção da lei, restou a autorização do uso da substância por pacientes com câncer, desde que comprovado o diagnóstico e mediante termo de consentimento e responsabilidade.

A lei autoriza a produção, importação, prescrição, posse ou uso da substância independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca do produto.

---

<sup>111</sup> Lei Federal nº 13.269/2016.

<sup>112</sup> FONTE: Jornal "O Estado de S.Paulo", de 14 de fevereiro de 2016, p. A18.

Uma vez regularizada, as medidas judiciais serão descartadas pelo indivíduo.

A evolução das relações sociais e o conhecimento de seus direitos pelo indivíduo exigem que medidas ativas sejam tomadas pelo Poder Público, a fim de corresponder às expectativas na concretização dos direitos fundamentais.

Se isso não ocorre cabe ao Poder Judiciário, como mecanismo de controle, a intervenção direta e a solução prévia.

A interpretação constitucional têm sido fatores determinantes para cumprimento das finalidades do Estado na efetivação dos direitos constitucionais e, ainda, como método de controle das ações do Poder Público.

### **e) Da Execução Penal**

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal houve também por modificar a própria jurisprudência.

A alteração ocorreu nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292–SP<sup>113</sup>, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado de 17 de fevereiro de 2016, onde se discutia o termo inicial para início da execução penal.

Em seu voto, declarou o Ministro que deve ser observada a efetividade da função jurisdicional penal, em atenção aos valores da sociedade na realidade atual do sistema criminal, devendo ser autorizada a execução da pena de prisão quando confirmada pelo Tribunal, antes do trânsito em julgado da decisão.

O Plenário da Corte, por sete votos a quatro, então, alterou o entendimento literal contido no inciso, LVII, artigo 5º, da Constituição Federal, alegando, em síntese, que a confirmação da sentença condenatória não violaria o princípio da presunção de inocência, posto que a análise das provas, os fatos e a materialidade criminal estariam esgotadas, restando às instâncias especiais somente a análise de direito aplicado.

---

<sup>113</sup> HC 126292 - Relator MIN. TEORI ZAVASCKI - Decisão de Julgamento - 17/02/2016 - Denegada a ordem: TRIBUNAL PLENO - Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário. – inteiro teor não disponível. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 8 de abril de 2016.

Houve extravagância da Corte Constitucional, pois, no caso, embora o relator saliente a existência do interesse social como reivindicador de medidas penais mais severas, isto vai ao encontro do direito fundamental de não culpabilidade, tornando evidentes duas situações: (i) conflito de interesses e princípios; (ii) existência de um julgado de ordem legislativa negativa, já que altera substancialmente o texto constitucional.

Diz o inciso LVII, artigo 5º, da Constituição Federal que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Seguindo o entendimento e a alteração jurisprudencial, o texto supracitado teria sido substancialmente alterado, para constar que ninguém será considerado culpado até confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de Segundo Grau, o que ultrapassaria os limites intrínsecos da norma constitucional.

Por outro lado, é inegável o avanço das relações sociais e da evolução da criminalidade, que exigem um aprimoramento do direito, principalmente com o objetivo de coibir a prática delituosa e pela imposição de medidas que a reprimam ou o combatam.

A mitigação do conceito de presunção de inocência, no caso, teria sido readequada pelo Supremo Tribunal Federal à realidade vivenciada. Aqui, o ativismo representa uma medida proativa e expansiva na exata medida da outorga de competência constitucional e de sua interpretação, sob o crivo da evolução social.

Este é o liame e os limites que devem ser observados pelos órgãos jurisdicionais para adequação de conceitos aos tempos modernos. Cabe ao julgador interpretar à norma ao crivo dos anseios sociais adequadamente à dinâmica temporal.

#### **f) Nepotismo**

A partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 12, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, o Plenário da Corte declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que proibia a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, até o terceiro grau, para cargos em comissão e funções gratificadas. A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal foi direta.

O Pleno entendeu que, independentemente de lei específica, a proibição deveria ser extraída dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade estendendo a vedação do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo. Na ocasião do julgamento, foi aprovada a Súmula Vinculante nº 13<sup>114</sup>.

Diante da escassez normativa a respeito do assunto, o Tribunal viu-se compelido a se manifestar, principalmente pelos desentendimentos havidos no Conselho Nacional de Justiça, no Conselho Nacional do Ministério Público, Regimentos Internos de Tribunais e Estatutos de Servidores Públicos de entes Federativos, sobre a matéria. O julgamento conferiu um entendimento uníssono.

O objeto da questão reside no fato de inexistir lei local impeditiva da prática do nepotismo, exigida pelo inciso II, do artigo 37 da Constituição da República.

O tema teve destaque no Poder Judiciário especialmente pela legalidade e constitucionalidade do nepotismo.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 579.951-4, precedente para a Súmula Vinculante nº 13, o Ministro Carlos Britto, declarou:

Então, quando o artigo 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. Portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC nº 12, porque o próprio Capítulo VII é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como, por exemplo, os de Secretário Municipal, são de agentes do Poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do artigo 37. Somente os cargos e funções singelamente administrativos – é como penso – são alcançados pela imperiosidade do artigo 37, com seus lapidares princípios. Então, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior os Secretários Municipais, que correspondem a Secretários de Estado, no âmbito dos Estados, e Ministros de Estado, no âmbito federal.<sup>115</sup>

O Tribunal definiu seu posicionamento, de forma ampla e geral, impondo restrições à prática do nepotismo, ou seja, ‘regulamentando’ a questão, mediante uma nova interpretação do dispositivo constitucional citado.

---

<sup>114</sup> “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. Fonte: <www.stj.jus.br>.

<sup>115</sup> Recurso Extraordinário nº 579.951-4, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 de março de 2016.

Os Ministros entenderam que o artigo 37 da Constituição Federal, que determina a observância dos princípios da moralidade e da impessoalidade na administração pública, é autoaplicável.

A vedação ao nepotismo dá margem a uma interpretação a um dos princípios mais abertos e controvertidos, o princípio da moralidade administrativa.

A aceitação da ideia de que o Supremo Tribunal Federal possa criar deveres concretos para a Administração Pública, sem a precedência de um debate político, denota a consolidação e revolução dos métodos da interpretação constitucional no Brasil.

A Corte Suprema passou a aceitar a incumbência de regular os mais importantes temas do país, proativamente. O resultado da Súmula, correto do ponto de vista ético, é prova concreta desta função que lhe foi atribuída.

#### **g) Questões Políticas**

O Supremo Tribunal Federal tem sido constantemente inquerido a se manifestar no cenário político, servindo de lugar para os maiores embates entre Poder Executivo e Poder Legislativo.

Por exemplo, já se pronunciou a respeito da inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos, mediante julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144 – DF.

Na referida ação, argumentava-se a ampliação da exigência de moralidade, através da análise da vida pregressa do candidato, o que violaria o preceito fundamental da presunção de inocência. No julgamento do Supremo Tribunal Federal, por maioria, foi declarada a improcedência do pedido, ADPF, ou seja, reconhecendo a afronta à garantia constitucional, de tal forma que, somente após trânsito em julgado de decisão que reconhece a improbidade do candidato, é que os juízes eleitorais poderão negar o registro de candidatura.

O Ministro Celso Mello, na ocasião, declarou que não é possível invocar a moralidade em afronta aos direitos fundamentais e que, na ausência de lei complementar disposta sobre o assunto, não é possível impor judicialmente a perda deste direito, pois o judiciário estaria substituindo o legislador. Segundo ele, necessária a tipicidade legal, um juízo normativo sobre a hipótese de inelegibilidade.

Em sentido contrário, o Ministro Carlos Ayres Britto argumentou que o princípio da presunção de inocência não é absoluto e que a lógica dos direitos políticos seria diferente da dos direitos individuais, pois decorrem da soberania popular e do Estado Democrático de Direito.

Mas, por maioria de votos, a Corte entendeu por declarar que só seria possível negar o registro ao candidato, mediante condenação criminal transitada em julgado.

Verificamos que o Tribunal aplicou seus limites funcionais de forma contundente e dentro alcance da própria norma constitucional.

O mesmo ocorreu quando o Supremo se manifestou a respeito da Fidelidade Partidária.

Por nove votos a dois, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou improcedentes os pedidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3.999 e 4.086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão e pela Procuradoria-Geral da República contra a Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral, que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

Na decisão, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da resolução do Tribunal Superior Eleitoral, a qual deve ser observada até que o Congresso Nacional exerça a sua competência legislativa e regule a matéria por lei específica.

Independente da crise política instalada, o Supremo Tribunal Federal tem reafirmado os limites de sua conduta, bem como enfatizado o dever dos demais Poderes no exercício de suas funções, sem, no entanto, compeli-los.

Embora haja um ativismo concretizante, verifica-se o cuidado do agir da Corte, a qual age com transparência e com publicidade às razões de decidir.

O Judiciário Brasileiro está cumprindo sua função. O ativismo representa uma medida expansiva na exata medida da outorga de competência constitucional.

A opção em intervir visa atender ao interesse público, mediante um controle judicial efetivo.

A consolidação do ativismo, sob esta premissa, consiste em um dever jurisdicional de proteção e de concretização dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

## **CAPÍTULO 4 – O MOMENTO “PÓS-ATIVISMO”: CONSEQUÊNCIAS DO FENÔMENO DA CONSOLIDAÇÃO**

A evolução do Estado Democrático de Direito e sua adequação aos tempos hodiernos trouxe, como consequência, a ampliação do controle constitucional pelo Poder Judiciário. Esse recente protagonismo ativista, tornou-se problemático para o Princípio da Separação dos Poderes e da suposta neutralidade política do Poder Judiciário.

Necessário compreendermos, no entanto, que a participação política do Poder Judiciário sempre existiu e está legitimada pela Constituição Federal. Essa participação política é um reflexo da nova jurisprudência que se consolida em nosso sistema.

O ativismo e a politização da justiça possibilitam compreender os novos contornos do Estado, com o objetivo de concretizar os Direitos Fundamentais.

Será analisado neste capítulo, que o fenômeno pode coexistir com o princípio da Separação de Poderes, sem que um se contraponha ao outro, afetando o ideal democrático.

### **4.1 Legitimação do ativismo judicial**

O entendimento de que a cláusula constitucional da Separação de Poderes e do ideal democrático estariam em risco diante do ativismo judicial, fundamenta-se, essencialmente, na consideração, amplamente aceita, de que a intervenção “política” do Poder Judiciário comprometeria a institucionalidade e a estrutura funcional dos demais Poderes.

Considero, porém, que inexistirá rompimento com o ideal democrático pela mera circunstância de a decisão judicial objetivar a aplicação dos direitos e garantias constitucionais. Neste caso parece restar evidenciado que esse perfil decisório harmoniza e equilibra a atividade do Estado conforme interesses do povo.

Ainda que se entenda que os magistrados não estão revestidos de representatividade popular, a legitimidade democrática do Poder Judiciário está presente por outras vias, além do que a legitimidade das demais estruturas de

“Poder” não se encontra automaticamente em risco pela falta daquela origem popular dos juízes.

A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal advém de sua qualidade de Corte Constitucional, instituído pelo poder constituinte, representante direto da soberania popular. Mas isto, apenas, não é suficiente.

No sistema democrático, o governo pertence ao povo, que o exerce por meio de seus representantes, eleitos democraticamente através do voto, cujos representantes eleitos integram os Poderes Legislativo e Executivo. Passo que a designação dos membros do Tribunal, em regra, se dá por indicação e aprovação dos demais Poderes.

De outro modo, a Corte Suprema recebeu poderes para, por meio do controle de constitucionalidade abstrato (expressamente contemplado na Constituição), anular decisões produzidas pelos representantes do povo, quando estas se mostram incompatíveis com a lei fundamental do Estado, a Constituição Federal.

Verificamos que, independente da legitimidade, há legitimação constitucional. Uma porque os integrantes da Corte Constitucional não são eleitos pelo povo; duas, porque o constituinte outorgou poderes ao Judiciário para validar ou invalidar atos eivados de vícios elaborados pelos demais Poderes.

Isso vale também para a designação dos juízes constitucionais. Eles também recebem a sua legitimação democrática do sufrágio universal, embora indiretamente, através da intervenção dos diretamente eleitos no processo de designação dos juízes. O sufrágio universal está, portanto, na origem de toda decisão democrática, mas ele não assegura o caráter democrático da decisão.<sup>116</sup>

A Constituição do Brasil, ao outorgar e definir as competências do Poder Judiciário, legitima suas funções e autoridade, através dos instrumentos de fiscalização e de controle para garantia do cumprimento dos direitos fundamentais.

O ativismo judicial, no caso, estaria caracterizado pela função de concretização da Constituição. É certo que esta atividade acaba assumindo conotação política e intencional. Ademais, no seio da sociedade, é corrente o

---

<sup>116</sup> BRITO *apud* TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 72.

sentimento de que o povo não pode ficar à mercê da inatividade dos demais Poderes.

As marcas históricas das desigualdades sociais foram exponenciais para o avanço e para a busca da chamada Justiça Social. A judicialização das relações sociais é um reflexo desse fato.

André Ramos Tavares aponta que “o sistema de justiça deve integrar a solução para os problemas brasileiros. Para isso o Poder Judiciário deve, inicialmente, superar algumas dificuldades próprias, déficits históricos e concepções abstratas (...)”.<sup>117</sup>

Sugere o autor que, diante do elevado número de ações que se acumulam, sejam tomadas medidas mais céleres na solução de conflitos, consolidando um sistema de justiça brasileira além do aparelhamento estatal, judiciais e não judiciais.

O ativismo deriva de intensos fatores: omissão legislativa; leis inconstitucionais; crise institucional; crise de representatividade, crise política e de legitimidade.

A Constituição brasileira em vigor legitimou, como antecipei anteriormente, *as diretrizes do agir* do Supremo Tribunal Federal. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o Mandado de Injunção, as Súmulas Vinculantes, o instituto da Repercussão Geral, entre outros mecanismos de controle, oferecem e permitem que a Corte Constitucional aja com liberdade no ato de interpretar as leis e efetivar a vontade do constituinte.

A inatividade dos demais Poderes é que põe em risco a democracia e não a atividade judicante.

O Estado Democrático de Direito, que tem por objetivo garantir o respeito das liberdades civis, autoriza, em meu entendimento, a proteção jurídico-judicial imediata, ainda que em detrimento dos “interesses” dos demais órgãos estatais.

Se um dos Poderes deixa de desempenhar sua função ou o faz com ingerência, por certo, a fim de manter a unidade, é necessário que um dos demais lhe faça as vezes de forma circunstancial.

---

<sup>117</sup> TAVARES, André Ramos. *Um olhar sobre o sistema de justiça para o Brasil*. In: Juiz Constitucional – Estado e Poder no Século XXI. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 42-43.

O Poder Judiciário age na falta da lei. Uma vez que o Poder Legislativo supra essa vacância e o Poder Executivo atue com eficiência, o ativismo pode ser superado ou mitigado como medida excepcional.

Outrossim no Brasil atual, não podemos fazer uma leitura simplória do modelo puro de Separação de Poderes.

A Constituição de 1988 confere ao Poder Judiciário *status* de Poder do Estado. Sua institucionalização não se limita à mera aplicabilidade da lei.

O Judiciário possui *status* de agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Referida evolução ocorreu, justamente, pela necessidade de fortalecimento dos ideais democráticos do Estado Brasileiro e, com efeito, delineando os novos contornos do princípio da Separação dos Poderes, adequando-os à realidade moderna.

Os Poderes do Estado, em verdade, são formas de expressão da *unidade* do estado, que se divide em funções para consecução de seus fins. Portanto, o Poder Judiciário na qualidade constitucional de Poder do Estado, tem o dever de fazer política na vida em sociedade, através dos mecanismos que lhe são legítimos.

Seguindo esse entendimento, Ada Pellegrini Grinover aduz que:

(...) no Estado democrático de direito o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.<sup>118</sup>

Sob este prisma, não há que se falar em afronta no agir do Tribunal. Inexiste usurpação ou ultrapasse de limites. Seu agir encontra respaldo constitucional.

O Estado Democrático de Direito Contemporâneo não admite que o Judiciário quede-se passivo e/ou silente.

Requer-se uma participação ativa dentro dos pressupostos e limites existentes no próprio sistema, de forma coesa, em respeito às diretrizes normativas e, em especial, pela segurança jurídica e pelas medidas constitucionais para

---

<sup>118</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista de Processo, São Paulo, ano 33, nº 164, p. 9-28; out. 2008, p. 12.

proteger e promover os direitos fundamentais, resguardando, assim, as regras do ideal democrático.

A atuação do Poder Judiciário na vida política estatal, com o intuito de se atingir os fins do Estado, é evidenciada pela consolidação do ativismo judicial e pela judicialização das Políticas Públicas.

No entanto, essa atuação não fere a cláusula constitucional da Separação dos Poderes, desde que observados os requisitos constitucionais. A participação política do Judiciário é legítima e em total consonância com o ideal democrático, nos exatos limites da atribuição feita pela Constituição Federal.

#### **4.2 A mudança de paradigmas: novas funções desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal**

A concepção de Estado Democrático de Direito está associada à vontade popular e à busca da justiça pela aplicação de um direito que não seja apenas expressão da vontade unilateral, arbitrária e, por isso mesmo, imprevisível, de um monarca, de um governante do momento.

Para se adequar à modernidade do Estado, a sistemática da Separação de Poderes deve se reestruturar para tais fins, principalmente para que o Poder Judiciário conjuntamente com os demais Poderes, possa dar concretude aos direitos e às garantias constitucionais como uma das estruturas direcionadas primacialmente a essa finalidade nobre e constitucionalmente definida, na atualidade.

Historicamente, o Poder Judiciário visou acompanhar a evolução social, principalmente pela conhecida abertura do acesso à jurisdição pelos cidadãos. Posteriormente, esse acesso pela abertura, transformou-se em acesso ampliado, ou seja, abertura e capacitação para que se pudesse efetivamente acessar (via defensoria pública e outras políticas de Estado no Brasil). Finalmente, veio a etapa de acesso à Justiça Constitucional, na proposta de André Ramos Tavares, no sentido de não apenas acessar, ser ouvido, mas também de obter decisões que realizassem o pacto fundamental, a Constituição em vigor. E é justamente esse caminho que parece não ter sido observado na totalidade pelos demais órgãos do Estado.

A possibilidade de o cidadão acionar o Poder Judiciário para efetivação, individual ou coletivamente, dos direitos fundamentais consiste em uma inovação do próprio Estado Democrático de Direito.

O desafio dos novos contornos do Estado consiste em estabelecer o equilíbrio entre as instituições, já que a simples separação de funções não é mais suficiente para estabelecer o equilíbrio.

No Brasil, como efeito do próprio ativismo judicial, essa realidade já tem sido desmitificada. Conforme adverte André Ramos Tavares, a divisão tripartite acontece a partir de uma nova sistemática: decisão política, execução da decisão e controle político.<sup>119</sup>

Podemos verificar esses novos paradigmas, em diversos mecanismos de controle contidos no sistema político brasileiro.

Nos termos da Constituição Federal, o Poder Executivo possui a prerrogativa de vetar as leis e nomear os membros do Poder Judiciário. Passo que o Poder Legislativo pode rejeitar o veto do Poder Executivo, rejeitar os tratados assinados pelo Estado, julgar o Chefe do Executivo no processo de *impeachment* e organizar o Poder Judiciário. Ao Poder Judiciário compete instituir as regras para o próprio funcionamento e organizar o seu quadro de servidores, além de exercer o controle sobre atos dos demais Poderes.

Verificamos que sempre existiu a possibilidade de fiscalização entre os órgãos, exercendo um controle sobre as atividades e decisões dos demais.

Contudo, a independência entre os órgãos está aliada ao fato de não poder haver a substituição da função de um pela do outro. Não pode haver o impedimento de um sobre a decisão tomada pelo outro, o que consubstanciaria usurpação e/ou excesso de poder.

O Poder Judiciário está assumindo uma nova postura. Além de desempenhar a função jurisdicional, assume sua postura política como autoridade do Estado.

Esta função está sendo evidenciada pelo ativismo judicial, consolidado na órbita jurídica e derivado da inércia dos demais Poderes. Sendo que este fenômeno, embora substitutivo, não impede que as decisões ou as atividades do Poder Legislativo e do Poder Judiciário sejam exercidas.

---

<sup>119</sup> TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

Conforme já mencionado, a consolidação da jurisprudência ativista consiste em um mecanismo para concretização dos direitos fundamentais, diante da ausência da tomada de medidas efetivas pelos demais Poderes.

Observamos que a Constituição autoriza o sistema de controle entre os Poderes, de tal forma que a assunção de competências por um em detrimento do outro, pode ser entendido como mecanismo de cooperação para cumprimento das finalidades do Estado.

Ocorre que o protagonismo do Poder Judiciário é consequência de uma ação efetiva em implementar medidas, através das decisões judiciais, cuja atitude e eficiência não observamos nos demais Poderes.

O Supremo Tribunal Federal tem ocupado seu espaço no cenário político nacional, principalmente por servir de palco para os mais diversos debates, principalmente em razão do sofisticado mecanismo de controle constitucional que está sob sua égide.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro evoluiu assumindo um caráter preponderantemente repressivo em função do Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário brasileiro, sobretudo, veio assumindo novas funções, desempenhando e desenvolvendo mecanismos destinados ao exercício da Justiça Constitucional. O princípio da Supremacia da Constituição ganhou destaques, demonstrando ser a razão do controle político desempenhado pela Corte Suprema.

Assim, as questões de compatibilidade entre os atos do governo e os atos legislativos têm sido submetidas e decididas pelo Poder Judiciário, cujas ações têm sido destaques de âmbito nacional. O fortalecimento das garantias na Constituição de 1988 permitiram a ascensão do controle abstrato e concentrado dos atos públicos.

Sobre isto, afirma Gilmar Ferreira Mendes que:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante

processo de controle abstrato de normas.<sup>120</sup>

Conferindo mais autoridade ao tema, André Ramos Tavares declara que:

(...) tem-se assinalado a tendência que, a partir de 1988, manifesta-se no Direito brasileiro no sentido de intensificar o controle concentrado da constitucionalidade, sem prejuízo do método difuso. Denotam essa tendência, no texto original de 1988, a ampliação da legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a ampliação dos próprios instrumentos de controle abstrato-concentrado da constitucionalidade.<sup>121</sup>

O Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, tem assumido uma posição muito além de um órgão superior judicante.

No cumprimento da Justiça Constitucional, André Ramos Tavares aduz que a Suprema Corte assume função estruturante, tendo por objetivo a adequação do sistema em proteção a sua estrutura normativa. As medidas judiciais seriam equiparadas às funções legislativas, contrapondo-se, segundo o autor, ao “legislador negativo” da teoria Kelseniana.

A eliminação de uma lei, é verdade, prescinde de uma força (status) constitucional do ato de eliminação. Basta ao próprio legislador editar normas posteriores revogando (explicitamente ou implicitamente) as leis anteriormente editadas. É o critério cronológico que se aplica na base da superação dessas antinomias, sendo todos os atos envolvidos de idêntica posição na hierarquia das normas. Contudo, no caso em que as leis são eliminadas por serem incompatíveis com a Constituição (hierarquia) ou por invasão de competências próprias de outros órgãos ou entidades, essa eliminação está assentada em uma base exclusivamente constitucional, no sentido de que o conflito entre fontes do Direito de estatura diferenciada é resolvido por um ato de estatura idêntica àquela do ato hierarquicamente superior violado. No caso da Justiça Constitucional, a norma violada, sendo a Constituição, é reposta em sua integridade normativa, contra a lei ou ato normativo violentador, por meio de uma decisão que se deve considerar da mesma estatura da norma constitucional, e não da norma legal ou infralegal violentadora.<sup>122</sup>

Afirma o autor, ainda, que uma “decisão do Tribunal Constitucional pode ser, materialmente falando, idêntica àquela adotada pelo Poder Legislativo, assim como àquela decisão tomada normalmente pelo Executivo. A diferença está em que

<sup>120</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 89.

<sup>121</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 308.

<sup>122</sup> TAVARES, André Ramos. *Direitos fundamentais & justiça*, nº 7 – abril/junho de 2009. *Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional*. p. 173.

a primeira deve exclusivamente direcionar-se para a aplicação da Constituição. O motivo-finalidade (aspecto formal do ato, na lição de MALBERG, 2001) é diferenciado. O legislador edita atos normativos para regular a vida em sociedade. O Tribunal Constitucional pode editar atos (decisórios) com cunho normativo, mas com a exclusiva finalidade de defesa da Constituição.”<sup>123</sup>

O ativismo, ainda que sofra críticas, pode ser superado pela própria produção legislativa. Seja no sentido de revogar normas, seja no sentido de editar medidas regulamentadoras, tornando desnecessária a decisão judicial ou ultrapassada aquela anteriormente formulada.

Tem-se que à Corte Constitucional compete a aplicação da Constituição e para que isso se efetive inúmeras outras atividades devem ser desempenhadas pelo Judiciário.

As funções desenvolvidas pelo Tribunal devem ir além da mera interpretação da norma. Cumpre a ele a função de adequar todo o sistema aos fundamentos da Justiça Constitucional.

Assim, o acesso ao judiciário, a regulamentação processual dos mecanismos de controle, o crescente número de ações constitucionais, têm tornado o Supremo Tribunal Federal palco deliberativo das questões fundamentais, principalmente políticas e legislativas, desempenhando novas funções.

É dentro deste cenário que constatamos os novos paradigmas na Separação de Poderes proposta por Montesquieu.

O Judiciário deixou de ser mero expectador político e aplicador da lei para, indo além dos limites de parâmetros funcionais clássicos, desenvolver os mecanismos para exercício do constitucionalismo, seja no viés político, econômico ou social.

---

<sup>123</sup> TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional e suas fundamentais funções*. Brasília, 43, nº 171, jul./set. de 2006. p. 21.

## CONCLUSÃO

O presente estudo não pretendeu definir o conceito de ativismo judicial, tão pouco pretendeu definir seu conteúdo e alcance. O tema polêmico, cujo sentido e significado irá variar de acordo com o sistema ou critério adotado, ou mais, com os efeitos da decisão prolatada.

Sob esta premissa, soa inviável apontar a atuação do Judiciário como sendo correta ou incorreta. O conceito de justiça é indefinido, subjetivo, mas que se opera na aplicação do direito conforme a situação enfrentada.

Possível, no entanto, chegarmos a algumas conclusões.

Primeiramente, que a terminologia ativismo judicial é utilizada desde a metade do século passado para definir uma conduta praticada pelos juízes, principalmente quando estes intervinham em questões que não seria de sua competência (ordem política), colocando em risco o princípio da Separação dos Poderes.

Sob outro enfoque, a medida é plausível, pois está fundamentada no dever de controle constitucional, seja no sentido de conter atos ilegítimos praticados pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, seja no sentido de satisfazer os interesses da população, como forma de concretizar os direitos e garantias fundamentais.

A primeira suposição é a mais facilmente compreensível, eis que se baseia nos limites adotados pelo sistema jurídico. A segunda posição, objeto do estudo, fundamenta-se na interpretação das leis e dos valores para alcance de uma solução juridicamente possível, principalmente quando ausente de norma reguladora, mas em consonância com os primados constitucionais.

No entanto, essa atuação será legítima se o magistrado observar os limites impostos pela própria Constituição, por meio de autocontenção, a fim de impedir que suas decisões ultrapassem a vontade do constituinte originário. Eventual discricionariedade desvinculada seria medida arbitrária.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal recebeu *status* de guardião da ordem constitucional, tendo recebido, pela Constituição Federal de 1988, aperfeiçoamento de suas funções com o fito de atender à nova ordem democrática, principalmente como autoridade política.

Em relação aos demais Poderes, por exemplo, os mecanismos de controle constitucional identificam as hipóteses em que o ativismo permeia uma função legislativa do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, o uso das medidas provisórias, que alargam a competência legislativa do Poder.

Ressalte-se que a culpa pelo enfraquecimento do Legislativo se deve a sua inoperância, sendo, ainda, manifesto o abuso do Executivo na edição de Medidas Provisórias.

O artigo 62, da Constituição Federal, determina que as Medidas Provisórias sejam editadas sob o critério de relevância e urgência, ou seja, condições vazias, subjetivas, permitindo que a Autoridade Pública abuse da competência atípica de legislar.

Se há uma manifesta ingerência do Poder Executivo ou se este abusa de seu poder de legislar, em total afronta à função típica do Legislativo, que se queda omissa, necessário que, de algum modo, a Constituição Federal seja aplicada em favor daquele que detém o poder, já que seus representantes não o fazem.

O Judiciário, ao assim agir, observa de forma efetiva e eficaz a vontade do constituinte originário, sem que haja um rompimento do Estado.

Poder-se-ia dizer em abuso de competência se, ao invés de decidir juridicamente, os órgãos jurisdicionais passassem a impor ordens e comandos aos demais Poderes, de como estes deveriam agir, ou seja, impondo uma obrigação. A autonomia e a independência estão sendo respeitadas.

O ativismo, nas condições aventadas nesse estudo, consiste em uma expressão legítima da democracia, primando pelo poder do povo, por sua liberdade e, acima de tudo, em resposta temporal as suas reivindicações.

Por seu turno, importante considerar o critério temporal. No Brasil, principalmente, por muito tempo o Poder Judiciário manteve-se distanciado das discussões políticas.

No entanto, diante de um cenário de corrupção em longa escala, de vacância legislativa, de inércia executiva, sua postura e participação mudaram, tornando-se um órgão assiduamente participativo.

A função atualmente desempenhada pelo Judiciário Brasileiro vai além da distribuição de Justiça.

Pretende-se uma unidade social, mediante a efetividade das garantias individuais e das demais normas previstas na Constituição Federal, tal como a forma e as funções desempenhadas pelo Estado em prol do principal interessado, que é o povo.

É cediço que o Poder Judiciário não possui competência para editar normas ou regular os atos da administração pública, mas como guardião da Constituição pode questioná-las, decotá-las dos sistemas se inconstitucionais ou confrontá-las mediante decisões que possam atender aos fins sociais, remetendo eventuais questões ao poder competente.

Obviamente que não haverá solução judicial para todas as questões suscitadas pela sociedade, mas cabe ao Judiciário, uma vez indagado, o alcance de medidas que preencham as lacunas havidas no Estado, suprindo omissões, falhas, desde que de forma fundamentada na Constituição.

Referidas decisões, no entanto, devem observar a interpretação, a argumentação, a estrutura do sistema jurídico, a fim de conferir segurança, previsibilidade e legitimidade democrática, adequando o julgamento às normas legais e constitucionais, evitando que se pratique uma discricionariedade arbitrária, subjetiva e sem critérios.

Constata-se que, se assim observado, o ativismo será uma medida de solução para os problemas apontados no estudo, especialmente pela crise política e institucional, garantindo ao povo a efetividade constitucional de seus direitos em total manutenção aos ideais democráticos.

O Supremo Tribunal Federal não é mais mero guardião da Constituição. A ele incumbe a interpretação da Constituição para fins de adequação do sistema e como meio de efetivação dos direitos fundamentais diante de uma retração do Poder Legislativo.

Desta maneira, o estudo visa contribuir com reflexões sobre a consolidação do ativismo e a necessidade de uma reestruturação do Estado, especialmente ao sistema de Tripartição de Poderes.

O protagonismo do Poder Judiciário é um fato irreversível, consolidado por sua própria jurisprudência, principalmente em decorrência da judicialização e do controle das políticas públicas.

Avulta como relevante causa, a omissão do Poder Legislativo em dimensão funcional e a ineficiência do Poder Executivo, que se encontram desqualificados e em total descompasso com os objetivos da representatividade popular.

A falta de confiança do administrado na administração pública induz a judicialização e, via de consequência, prática do ativismo.

Se a administração pública agisse com compromisso e responsabilidade, haveria uma menor invasão do judiciário, até mesmo porque, este último age quando provocado pelo indivíduo. Se há confiança do administrado, este moverá menos a máquina judicial.

É manifesto o descompromisso com a concretização de mudanças sociais difusas, de interesse nacional.

Há uma relação de causa e efeito no ativismo. A ingerência administrativa induz a sua consolidação.

Ademais, o ativismo é um fato e não atual. Embora esteja em ascensão, há muito está presente em nosso ordenamento. Veja-se, a exemplo, pela existência de uma jurisprudência inovadora e legislativa na Justiça do Trabalho, em que a normatização advém de súmulas e orientações dos Tribunais do que da própria lei.

A função legislativa do Judiciário também vem se consolidando e, agora, fortalecida a prática, nos termos das disposições do novo Código de Processo Civil. Diante disso, o ativismo não está só consolidado, como também legitimado pelo próprio Congresso Nacional. A problemática está nas funções que não estão sendo exercidas por quem de direito, tornando o Tribunal um mecanismo subsidiário que atua em substituição para que o Estado possa cumprir suas finalidades, tanto políticas, como sociais.

Por fim, concluímos que faz necessária uma reestruturação do sistema, com maior integração entre os Poderes, principalmente para minimizar o ativismo judicial em atendimento e cumprimento dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. “O Supremo Tribunal Federal, Senhores, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isto é humano.”<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> Rui Barbosa, Obras Completas, XLI, 1914. p. 259

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade clássica ao feudalismo*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2000.
- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*, 1988.
- ALTHOFF DECAT, Scheyla. *Direito processual desportivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004. p.40-41.
- ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.
- ARANHA, Maria Lucia de Arruda. *Maquiavel: a lógica da força*. São Paulo: Moderna, 1993.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*.  
\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*.  
\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.  
\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.  
\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitución*. Espanha: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Vol. I, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil*. São Paulo: Revista Estudos Avançados, Vol. 18, nº 51, 2004.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1.004.

CELLA, José Renato Gaziero. *Legalidad y discricionariedad: la discusión HART y DWORKIN*. Disponível em: <[http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_27.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf)>.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *O Poder dos Juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER, Fredie Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. V. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

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

\_\_\_\_\_. *As ambições do direito para si próprio*. Tradução: Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. *The universal nature of human rights: the Brazilian stance within latin america's human rights scenario*. In: ARNOLD, Rainer. *The universal nature of human rights*. London: Springer, 2013. p. 81-102.

GOMES, Luis Flávio Gomes. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes/3853>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Revista de Processo, ano 33, nº 164, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Apresentação: Isaac Kramnick. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira

- Mendes. Porto Alegre/RS: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Limitada, 1987.
- LAPORTA, Francisco J. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid, Espanha: Editora Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: IDP, 2008.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília, 2003. Catálogo Coletivo - Coleção Biblioteca Virtual.  
<[http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc\\_library=SEN01&doc\\_number=000664910](http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000664910)>.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol.1. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1ª ed. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- MAQUIAVEL. *O príncipe*. Apud ARANHA, Maria Lucia de Arruda. *Maquiavel: a lógica da força*. São Paulo: Moderna, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo 3. 10ª ed. Lisboa, Portugal: Editora Coimbra, 2014.
- MIRANDA, Pontes. *Democracia, liberdade, igualdades: os três caminhos*. Campinas/SP: Bookseller, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NALINI, José Renato. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*, 2008. <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1169/1267>>.
- \_\_\_\_\_. *A Função Política da Magistratura*. Scribd, [S.I.], março de 2009. Disponível em:  
<<http://pt.scribd.com/doc/51181134/artigo-A-FUNCAO-POLITICA-DA-MAGISTRATURA-JOSE-RENATO-NALINI>>.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación Constitucional*. In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Espanha: Alicante. nº 21 – II, 1998, p.339-353; Disponível em:  
<[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2\\_25.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf)>.
- RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RECONDO, Felipe; SAMARCO, Christiane. *MPs afetam “processo democrático livre*. Estadão, [S.I.], abril de 2008. Disponível em:  
<[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080424/not\\_imp161943,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080424/not_imp161943,0.php)>.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte/MG: Editora Del Rey, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.
- SARMENTO, Leonardo. *Ensaio: ativismo judicial interpretado à luz da Constituição Republicana de 1988*, 2015.  
<<http://leonardosarmento.jusbrasil.com.br/artigos/155481120/ensaio-ativismo-judicial-interpretado-a-luz-da-constituicao-republicana-de-1988>>.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Denis Coitinho. *Os sentidos da justiça em Aristóteles*. Porto Alegre/RS: Coleção Filosofia 121, EDIPUCRS, 2001.

STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Disponível em:

<<http://www.leniostreck.com.br/>>

\_\_\_\_\_. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC*. Revista Consultor Jurídico, de 21 de outubro de 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed, 7ª tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

Manual do Poder Judiciário Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Nova Lei da Súmula Vinculante – Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

\_\_\_\_\_. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. São Paulo: Editora Fórum, Ano 2, nº 7, julho/setembro de 2008.

\_\_\_\_\_. *Constituição do Brasil Integrada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

\_\_\_\_\_. *ADI versus ADC*. Disponível em:

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/adi-versus-adc/132>>

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais & justiça*, nº 7, abril/junho de 2009. *Justiça constitucional*: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional.

\_\_\_\_\_. *Justiça Constitucional e suas fundamentais funções*. Brasília: 43, nº 171 jul./set. 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Revista Sínteses de Direito Civil e Processual Civil.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Teoria geral do processo de conhecimento*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva.

VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional*. São Paulo: Editora Forense,

2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito do Estado 12, 2008.