



**FACER FACULDADES – UNIDADE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

LUIZ ANTONIO SANTOS TRINDADE

O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS RISCOS AO ESTADO BRASILEIRO

Monografia de conclusão de curso apresentada à Facer Faculdades – Unidade Rubiataba (FACER), para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutoranda Erival de Araujo Lisboa Cesarino.

5-0514733

Tombo n°:	20486
Classif:	
Ex:	1
Origem:	d
Data:	25-05-15

**RUBIATABA-GO
2014**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Luiz Antonio Santos Trindade

O ativismo judicial e seus riscos ao Estado brasileiro

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO
PELA FACER FACULDADES - UNIDADE DE RUBIATABA

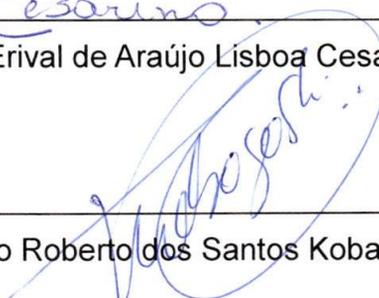
RESULTADO: APROVADO

Orientadora:



Doutoranda Erival de Araújo Lisboa Cesarino

1º Examinador (a):



Mestre Cláudio Roberto dos Santos Kobayashi

2º Examinador (a):



Especialista Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende

RUBIATABA

2014

DEDICATÓRIA

Sem jamais objetivar aqui retribuir àqueles que, direta e indiretamente, contribuíram comigo nesta longa e extenuante caminhada, quero, com muita humildade, gratidão e felicidade, dedicar este trabalho a Deus, meu sustentáculo, meu refúgio e sempre fiel amigo, dedicar também aos meus pais, pessoas que, incansavelmente, sempre me apoiaram nas batalhas que a vida tem me imposto, além de minha avó materna (uma segunda mãe que Deus me deu) bem como à minha irmã, seres humanos que palavras não podem descrever e mensurar o quão importantes são na minha vida, isso em todos os seus sentidos; dedico também estes escritos a todos os meus Professores, sacerdotes da educação que me doaram mais que ensinamentos teóricos, mas experiências de vida e valores a serem seguidos, em especial à minha orientadora, a Senhora Erival de Araujo Lisboa Cesarino, uma distinta e comprometida docente que, de modo ímpar, me ajudou e me motivou nestes anos de batalhas acadêmicas, em especial nesta fase final de minha graduação, bem como a todos aqueles que, de qualquer forma, contribuíram para meu crescimento nesta longa empreitada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, a Deus, que tem me guiado e abençoado, agradeço também a meus pais, irmã e minha avó materna, que foram um grande anteparo ante às dificuldades que a vida me apresentou nesta saga acadêmica, além de minha Orientadora e Professora, a Senhora Erival de Araujo Lisboa Cesarino, uma grande Docente, exímia Advogada e pessoa acima de tudo distintamente humana, humilde e sensata, que muito me motivou e inspirou nestes 5 (cinco) anos de luta. Derradeiramente e para jamais cometer aqui injustiças, agradeço aos demais Professores e colegas que, cada qual a seu modo, colaboraram para que hoje aqui estivesse findando minha graduação; a todos, minha sincera gratidão.

"Bem aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão fartos". Mateus, Capítulo 5, versículo 6.

"O trabalho, pois, vos há de bater à porta dia e noite; e nunca vos negueis às suas visitas, se quereis honrar vossa vocação, e estais dispostos a cavar nos veios de vossa natureza, até dardes com os tesouros, que aí vos haja reservado, com ânimo benigno, a dadivosa providência." Rui Barbosa in Oração Aos Moços.

RESUMO

O trabalho em tela objetiva analisar o fenômeno jurídico e político pela maioria da doutrina chamado de Ativismo Judicial, buscando descobrir em que consiste, basicamente, este instituto, sua eventual incidência em solo brasileiro bem como os riscos que representa a nosso Estado. Para a consecução das finalidades perseguidas, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, bem como a perquirição de material bibliográfico, de artigos científicos, de artigos jurídicos de opinião, além de normas pátrias e decisões pretorianas. Importante reconhecer que todo o trabalho não busca dar uma solução pronta e acabada à questão chamada à baila, mas sim aventar o problema, demonstrando sua existência, eventuais dimensões e perigos de sua existência, sem, todavia, jamais impor algo como pronto e acabado, dada a sua dimensão, complexidade e profundidade do tema. É, antes de tudo, um debate, não a busca por uma possível solução, pois cremos que esta não seria a via adequada, eis que urgiria uma maior e adequada análise a questão de tamanha envergadura teórica.

Palavras-chave: ativismo judicial, Estado, riscos, legitimidade, democracia, competência, poderes estatais, Judiciário.

ABSTRACT

The work aims to screen analyze the legal and political phenomenon by most of the doctrine called Judicial Activism, trying to figure out what is basically this institute, its possible impact on Brazilian soil and the risks involved in our state. To achieve the objectives pursued, will be used the method of deductive research, as well as the perquisition of publications, scientific articles, legal opinion articles, and homelands and praetorian decisions standards. Important to recognize that all work seeks not give a solution ready and finished the question called to the fore, but suggest the problem, demonstrating its existence, any dimensions and dangers of its existence, without, however, never impose something like ready and finished, given their size, complexity and depth theme. It is, above all, a debate, not the search for a possible solution, because we believe that this would not be the appropriate way, behold urgiria greater and proper analysis the issue of such theoretical scale.

Keywords: judicial activism, State, risks, legitimacy, democracy, competence, state powers, judiciary.

LISTA DE SIGLAS, ABREVIATURAS e SÍMBOLOS

Art. - artigo

Nº - número

Vol. - volume

DF - Distrito Federal

P. - página

STF - Supremo Tribunal Federal

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

EC - Emenda Constitucional

DJ-e - Diário da Justiça Eletrônico

PEC - Proposta de Emenda à Constituição

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Rel. - Relator

HC - Habeas Corpus

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

DF - Distrito Federal

SP - São Paulo

Min. - Ministro

RE - Recurso Extraordinário

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 CONSTITUCIONALISMO: HISTÓRIA E REVOLUÇÃO	14
1.1 Influências do Iluminismo na deflagração das revoluções constitucionais modernas	15
1.2 Conceito de Constitucionalismo.....	17
1.3 O amadurecimento do processo constitucionalista: fatos históricos relevantes	18
1.4 Constitucionalismo do amanhã: quais são as possibilidades?.....	20
1.6 Distinção entre Judicialização da Vida e Ativismo Judicial. Contornos doutrinários e constitucionais	23
1.7 A Judicialização da Vida.....	24
1.8 Ativismo Judicial. Uma análise política e constitucional	25
2 ATIVISMO JUDICIAL	28
2.1 Delineações teóricas	30
2.2 A tripartição de “poderes” no contexto ativista: estaríamos diante de uma ruptura na CRFB/88?	31
2.3 Efeitos e riscos do Ativismo Judicial no ordenamento jurídico brasileiro.....	33
2.4 Riscos quanto à legitimidade democrática	34
2.5 Riscos de politização da justiça	35
2.6 Riscos quanto à capacidade institucional do Judiciário	37
2.7 As recentes manifestação populares e sua possível relação com o Ativismo Judicial.....	38
3 DISTINÇÕES ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA E O ATIVISMO JUDICIAL.....	43
3.1 A CRFB/88 e sua relação com a judicialização da vida.....	46
3.2 O inchaço no quantitativo processual brasileiro e sua inter-relação com a Judicialização da Vida.....	48
3.3 O papel constitucional do judiciário brasileiro no quadro jurídico e político da Judicialização.....	50
4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO ATIVISTA.....	54
4.1 Grandes julgados do STF: uma análise sobre a postura da corte face à conjuntura institucional atual.....	54
4.2 Pesquisas com células-tronco embrionárias	56
4.3 Nepotismo nos três Poderes	57
4.4 A Questão do uso de algemas.....	58
4.5 Breves ponderações	60
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O Ativismo Judicial é um fenômeno de matiz jurídico e ao mesmo tempo político, consistindo, em linhas gerais, na transposição, pelo Estado Juiz, das rígidas barreiras funcionais previamente fixadas pelo constituinte originário para, com tal ação, aplicar diretamente a Constituição a situações não nitidamente previstas em seu bojo formal e independentemente de manifestação do constituinte originário; a declarar a inconstitucionalidade de atos normativos provenientes do legislador, isso com espeque em critérios não tão estáveis como os de patente e ostensiva violação da Constituição e, derradeiramente, na imposição de ações ou omissões ao Poder Público, principalmente em se tratando de políticas públicas (Barroso, 2009, p. 6).

A questão é que Magistrados, como mui bem se sabe, não foram sufragados pelo voto, não possuiriam capacidade institucional em dadas matérias e ainda haveria o risco de politizar-se o Judiciário, isso conforme também anota Barroso. Nestes pontos peculiares consiste a problemática a ser trabalhada nestes escritos, ou seja, nos riscos que, a longo prazo, representaria o Ativismo Judicial para o Estado brasileiro.

Quanto aos objetivos precípuos das análises que serão feitas, são basicamente três, quais sejam: definir o que vem a ser o Ativismo Judicial, demonstrar a sua existência no Brasil e, derradeiramente, evidenciar os riscos que representa para a nossa organização política e administrativa.

Já no que refere-se à metodologia utilizada nesta pesquisa para a consecução das finalidades buscadas, será o método dedutivo o utilizado, o qual consiste, sinteticamente, em uma análise que, partindo das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares (Lakatos, 2005, p. 65). Por outro lado, quanto a fontes, serão utilizadas obras bibliográficas, artigos científicos e de opinião jurídica, bem como julgados das mais notórias cortes brasileiras, mormente o STF.

Adentrando agora no trabalho propriamente dito, é importante frisar que este é composto por 4 (quatro) capítulos, partes estas em que foram apostas, de modo progressivo, as questões a serem versadas em seu todo.

Na parte primeira, ou seja, no capítulo I, será feita uma abordagem de natureza histórica, na qual se falará, em síntese, das bases do Constitucionalismo, seu surgimento, conceito, além de feitas breves ponderações acerca do processo neoconstitucional.

Ato contínuo, será trabalhado o Ativismo Judicial propriamente dito, de modo a conceituá-lo em termos teóricos e já tratar-se, em suas ideias centrais, acerca dos riscos que representa ao Estado brasileiro. Já no próximo capítulo, que é o III, será feita uma distinção do fenômeno ativista da chamada Judicialização da Vida.

Parte derradeira, no capítulo IV, já em sede de conclusão, será construída uma abordagem baseada em clássicos exemplos ativistas brasileiros, de modo a também evidenciar os riscos que o Ativismo Judicial representa, sendo que isso será erigido, reiterar-se, através da citação e comentário de grandes julgados ativistas prolatados pelo STF.

Sobre as ideias centrais dos capítulos, urge anotar, no que diz respeito ao capítulo I que, para que houvesse o constitucionalismo e, tempos depois, hoje tivéssemos os mais variados fenômenos constitucionais, dentre eles o Ativismo Judicial, houve, ainda no século XVIII, a deflagração do fenômeno Iluminista, o qual revolucionou as ciências, dentre elas a Jurídica, eis que foi nesse período que tivemos a deflagração da onda constitucionalista contemporânea.

O Constitucionalismo pós iluminismo seria, em linhas gerais, a proclamação de novos valores políticos pelo povo ocidental, valores estes consubstanciados na construção de uma Constituição escrita, documento criado pelo elemento humano do Estado, que é o povo, com vistas a finalidades garantísticas buscadas em seu próprio interesse.

Já no que refere-se à matéria propriamente dita deste trabalho e falando do Ativismo Judicial, tema do capítulo II, pode-se conceituá-lo, na visão trazida a estes escritos e que é a feita por Barroso, como a maior e mais intensa interveniência do Órgão Jurisdicional, que é o Estado-Juiz, em matérias afetas às suas funções típicas e atípicas, mas de modo a, com sua atuação, aplicar a constituição a casos não expressamente contidos no texto constitucional, a declarar, com base em parâmetros não tão rígidos, a inconstitucionalidade de atos normativos bem como obrigar o Poder Público a determinadas posturas em matéria de políticas públicas, o

que seria, como de fato o é, um risco ao Estado brasileiro, eis que, conforme o próprio autor que fornece as bases do que seria o Ativismo Judicial para este trabalho (Barroso), Magistrados não foram sufragados pelo voto popular, lhes faltando legitimidade democrática, não possuem capacidade técnica em dadas questões bem como há ainda o risco de transformar-se os palcos judiciais em arenas políticas.

É também interessante ser feita uma consideração, qual seja, a distinção entre Ativismo Judicial e Judicialização da Vida, objeto do capítulo III.

Em linhas simples e concisamente, pode-se ter por Judicialização, no caso a brasileira, como uma tendência, a qual decorre da própria vontade constitucional originária, de reservar ao povo uma maior gama de direitos, prerrogativas ou mesmo faculdades, as quais, quando violadas, ensejam o ajuizamento das competentes e respectivas ações (Barroso, 2009, p. 03), donde vem o termo Judicialização, que parte do verbo judicializar, que é tornar judicial.

Derradeiramente, agora no Capítulo IV, fala-se sobre os grandes casos brasileiros de julgados ativistas, frisando-se, até de modo meio crítico, o risco que cada qual, exemplificativamente, representa ao Estado brasileiro, à nossa organização política, enquanto ato ilegítimo. Opta-se por citar, até pela maior visibilidade que possuem, grandes e notórios casos julgados pelo STF.

Assim, já em sede de arremate ao que se propõe neste introito, é de se frisar que o objetivo basilar deste trabalho de conclusão de curso é determinar o que é, de fato, o Ativismo Judicial, demonstrar sua ocorrência no Brasil e, de modo crítico, evidenciar os riscos que este fenômeno representa para o Estado brasileiro e, de forma consecutória, para o seu povo.

1 CONSTITUCIONALISMO: HISTÓRIA E REVOLUÇÃO

Na história universal do homem não se verifica, via de regra, fenômenos que nascem e findam isoladamente, seja no aspecto geográfico, social, filosófico ou político. O constitucionalismo, ou, mais tecnicamente, os “movimentos constitucionais”, como prefere Canotilho (Lenza, 2013, p. 66), é exemplo dessa afirmação. Em nenhuma das épocas em que se verificou a deflagração de tendências constitucionalistas, foi visto o nascimento destes rompimentos jurídicos e políticos de modo apartado e descontextualizado, até porque todas as tendências constitucionalistas promanaram de uma mesma fonte, que foi o Iluminismo¹.

Voltando um pouco na história universal, percebe-se, com nitidez, que o processo de desenvolvimento dos movimentos constitucionalistas remontam, em verdade, a acontecimentos e contextos que antecedem, até mesmo, ao próprio nascimento do Iluminismo², eis que o substrato jurídico, político e sociológico que serviu de base para o questionamento do Antigo Regime³ antecede a Filosofia das Luzes⁴. Desse modo, falar em constitucionalismo na sua vertente mais moderna, eis que este processo é verificado desde a antiguidade, conforme anota Lenza citando Canotilho (2013, p. 59), é afirmar que a parte ocidental do continente europeu bem como outras isoladas nações, tais como Inglaterra e o, na época, nascente Estados Unidos da América, transpuseram os limites políticos, filosóficos e jurídicos do período compreendido entre final do século XVIII e início do século XIX, isso por forte influência do Iluminismo⁵, para fundarem, cada qual em seu território e ao seu

¹ Iluminismo: (...) um movimento intelectual que correspondia aos interesses daqueles que desejavam mais liberdade política e econômica. Os pensadores iluministas defendiam, além da não intervenção do Estado na economia, a igualdade jurídica entre os homens, a liberdade religiosa e de expressão e outros direitos. Com isso, o iluminismo abriu caminho para as revoluções que combateram as estruturas do Antigo Regime (grifo nosso). Cotrim, Gilberto, 1995 -. História Global – Brasil e Geral – Volume único / Gilberto Cotrim – 8. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2005, p. 266.

² Ibid., p. 266.

³ Antigo Regime: segundo Cotrim, seria um sistema jurídico, político e econômico baseado em um tripé, o qual, em suas palavras, seria composto pelo “(...) absolutismo monárquico, que protegia a nobreza e mantinha seus privilégios, impedindo o predomínio da burguesia e de seus ideais; (...) mercantilismo, baseado na intervenção do Estado na economia, que era considerado prejudicial à livre iniciativa e ao desenvolvimento do capitalismo; (...) poder da Igreja, que se baseava em verdades pela fé, contrariando a autonomia da razão, ou seja, a liberdade do indivíduo para elaborar conceitos, normas, ideias e teorias. Segundo o pensamento iluminista, só com a autonomia da razão seria possível estimular o avanço da ciência e das técnicas aplicadas aos transportes, às comunicações, à medicina etc.”, Ibid., p. 267.

⁴ Filosofia das Luzes: para Cotrim, termo que, de igual modo, designa Iluminismo. Ibid., p. 267.

⁵ Ibid., p. 266.

modo, uma nova ordem interna, ou melhor, um novo e moderno Estado, instituição esta agora desarraigada do umbilical liame que a unia à Igreja e que passou, com o conseqüente surgimento dos direitos de primeira dimensão ou como prefere Mendes (2014, p. 168), geração, a ser impingido a respeitar o indivíduo como ser autônomo e dotado de prerrogativas intangíveis, que eram, repise-se, os direitos negativos dos cidadãos, por Lenza (2013, p. 1201) também chamados de direitos de primeira dimensão⁶.

1.1 Influências do Iluminismo na deflagração das revoluções constitucionais modernas

Para melhor se compreender como, de que modo e embasado em que foram deflagrados os movimentos constitucionalistas mais recentes, impreterível mostra-se a análise do Iluminismo⁷, haja vista ser este último evento o maior espeque teórico das alavancadas constitucionalistas mais recentes; passemos a uma análise mais detida.

O Iluminismo não foi um fato isolado da história universal do homem, em especial da história do Ocidente. Seu desenvolvimento se deu ao mesmo tempo em que tomava corpo o regime Capitalista, nos séculos XVII e XVIII, fase em que, também, a burguesia ascendia econômica e socialmente, isso em distintas nações europeias, tais como Inglaterra e França. Desse modo, o avanço do regime Capitalista e o predomínio daqueles que o dominavam fez com que esta casta social crescente fosse adquirindo consciência de seus interesses, passando a atacar, em nome destes, as bases do Antigo Regime⁸ e a defender que o Estado não deveria interferir tanto na economia privada, o que foi um dos pontos teóricos mais relevantes do Iluminismo (Cotrim, 2005, pp. 266/270). Nesse aspecto peculiar, nota-se que, nessa busca por liberdade econômica, surge a teoria do Liberalismo

⁶ Lenza, ao dissertar sobre os direitos de primeira geração ou melhor, de primeira dimensão, assevera que, *in verbis*: " Os direitos humanos de 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal. O seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII". LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático / Pedro Lenza – 17ª. Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷ *Ibid.*, p. 266.

⁸ *Ibid.*, p. 267.

Econômico⁹, estabelecida e difundida por Adam Smith, teórico que revolucionou a forma de pensar a economia e sua relação com a intervenção estatal.

Outro fato que merece destaque quando se fala em Iluminismo é a influência que teve a obra *O Espírito das Leis*, de Charles Secondat Montesquieu. Nesta teorização foram lançadas umas das principais bases para o nascimento do Estado moderno, que é a separação orgânica dos poderes, leia-se órgãos (Lenza, 2013, p. 605), tal como a que conhecemos hodiernamente. Para Montesquieu a razão de ser dessa tripartição seria que, com isso, evitar-se-iam arbitrariedades, eis que as funções estatais, ao contrário do que ocorria no absolutismo existente no Antigo Regime, estariam fracionadas e não mais na mão de um monarca.

Derradeiramente, sem muitas elucubrações de ordem histórica, deve ser observada a distinta obra de Jean-Jacques Rousseau, na qual estão firmadas, com clareza, as bases de criação da quase totalidade dos estados mais recentes, eis que este filósofo defendia em sua obra *Do Contrato Social*¹⁰ que, em síntese, os cidadãos ou povo integrante de dado território, no afã de terem certas garantias salvaguardadas, sediam parte de sua liberdade e prerrogativas individuais a fim de dar forma a um ser maior, mais forte e soberano, que pusesse fim a qualquer forma de ameaça ou arbitrariedade decorrente de força física, que seria o Estado.

Conforme se infere da análise das breves asseverações acima delineadas, o Iluminismo guarda intrínseca relação com a eclosão das tendências constitucionalistas mais modernas, tendo em vista que foi ele que serviu de campo fértil para o nascimento das mais influentes e essenciais teorias que embasariam a criação das futuras Constituições bem como dos seus respectivos Estados e ordenamentos jurídicos. Assim, em linha de conclusão, falar em Constitucionalismo,

⁹ Para Adam Smith, autor da teoria do Liberalismo econômico, esta consistiria, conforme Cotrim, citando Smith, na plena liberdade que os particulares deveriam ter para desenvolver suas atividades, regulando-se o mercado por suas próprias regras, sem a ingerência estatal, que seria prejudicial. Cotrim, Gilberto, 1995 -. *História Global – Brasil e Geral – Volume único / Gilberto Cotrim – 8. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2005, p. 270.*

¹⁰ Rousseau desenvolveu, com grande maestria, a obra chamada *Do Contrato Social*, escritos em estes que se enquadram nas chamadas teorias contratualistas. Neste livro, Rousseau afirma, em síntese, que, com objetivos de auto proteção, determinada gente cederia parcela de suas liberdades e direitos a fim de se criar um ente maior e soberano, que seria o Estado. Este, por sua vez, através de sua organização, seria incumbido de dirigir e proteger a nação, valendo-se, justamente, dos poderes que lhe foram outorgados. Rousseau, Jean-Jacques. *Do Contrato Social / Jean-Jacques Rousseau – tradução de Pietro Nassetti, 3ª Edição, Martin Claret, São Paulo, 2011.*

em direitos de primeira dimensão e em Estado moderno é, sobretudo, falar de Iluminismo e de seus mais proeminentes pensadores.

1.2 Conceito de Constitucionalismo

Quando se fala em Constitucionalismo, um ponto merece destaque, qual seja: não podemos definir a existência de um Constitucionalismo, haja vista ser este fenômeno verificado desde a antiguidade e, no que diz respeito às mais atuais épocas, o é detectado em várias partes do ocidente e não em um local isolado (Lenza, 2013, p. 66). Desta afirmação, conforme assevera Lenza (ibid.) citando Canotilho, pode-se notar a existência de vários constitucionalismos modernos, como o inglês, o americano e o francês, razão pela qual fala-se em "*movimentos constitucionais*" (Lenza, ibd).

No que tange à definição de Constitucionalismo, variadas são as formas de fazer o seu enfrentamento teórico, entretanto, é consenso na doutrina pátria e alienígena que este fenômeno versa, ou melhor, tratava, quando de sua deflagração mais recente, de uma busca de delimitação e limitação estatal com fins que tangenciam os direitos humanos de primeira geração ou dimensão. Lenza (2013, p. 66) ainda citando Canotilho, o especifica como sendo uma, *in verbis*:

teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo

Ante à breve transcrição, pode-se concluir, conceitualmente que, o Constitucionalismo não foi e não é um fato, mais sim um processo, o qual ainda está, conforme defendem alguns doutrinadores, em pleno avanço. Desse modo, não se pode, na discussão de um fenômeno jurídico tão proeminente, reduzir-se sua análise, criando conceitos e dogmas tidos como inarredáveis, até porque o desenvolvimento do constitucionalismo se deu em distintas etapas históricas e em

peculiares partes do globo terrestre. A reduzida conceituação a que se propôs formular visa única e tão somente elucidar, em termos linguísticos, o Constitucionalismo enquanto objeto da Ciência Jurídica.

1.3 O amadurecimento do processo constitucionalista: fatos históricos relevantes

Para melhor compreensão do constitucionalismo e falando um pouco da questão histórica, que possui íntima ligação com o seu amadurecimento, mostra-se como muito conveniente a análise de fatos que colaboraram ou mesmo deram ensejo para que o processo constitucionalista progredisse.

Ao contrário do que comumente se pensa, o constitucionalismo possui suas raízes cravadas em tempos que em muito antecedem à Revolução Francesa de 1789. Ainda na Antiguidade clássica verificava-se, entre os Hebreus, mesmo que de forma tímida, o nascimento do constitucionalismo, pois havia naquela organização social, de cunho marcadamente teocrático, a possibilidade de os profetas fiscalizarem os atos governamentais que extravasassem os limites bíblicos, conforme anota Lenza (2013, p. 59), citando *Karl Loewenstein*.

Outro fato que a historiografia jurídica dá grande ênfase e que foi de ímpar saliência para o engendramento das revoluções constitucionais, foi, durante a Idade Média, a Magna Carta de 1215, do rei inglês conhecido por João Sem Terra (Lenza, 2013, p. 59). Esse documento inaugurou o avanço mais recente do amadurecimento do processo constitucionalista, sendo um dos primeiros atos em que um soberano reconhece alguns dos futuros direitos de primeira geração, razão pela qual afigura-se como um marco na busca por sua guarida jurídica.

Já na idade Moderna verificaram-se o *Petitions of Rights*, 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights* e o *Act of Settlement*, de 1701 (Lenza, 2013, p. 67), instrumentos que, tais como a Magna Carta inglesa, albergaram a proteção individual face o Estado daquela época, além dos pactos e forais, estes últimos adotados pelas 13 (treze) ex-colônias que hoje constituem os Estados Unidos da América.

Derradeiramente, agora na Idade Contemporânea, nota-se como fatos marcantes dessa fase evolutiva do aprofundamento do constitucionalismo e nesse ponto a doutrina trata com distinta atenção, o surgimento do Constitucionalismo Moderno, em especial com a criação das Constituição norte-americana de 1787 e da francesa, de 1791, sendo notório o fato de que esta última teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (Lenza, 2013, p. 69).

Lenza¹¹, ainda tratando do Constitucionalismo, leciona que, *in verbis*:

Chegamos, então, ao constitucionalismo moderno, destacando -se as constituições escritas como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente do poder. Dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a Constituição norte -americana de 1787 e a francesa de 1791 (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), movimento este deflagrado durante o Iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o povo como o titular legítimo do poder. Podemos destacar então, nesse primeiro momento, na concepção do constitucionalismo liberal, marcado pelo liberalismo clássico, os seguintes valores: individualismo, absentéismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Essa perspectiva, para se ter um exemplo, influenciou profundamente as Constituições brasileiras de 1824 e 1891. Conforme falamos, a concepção liberal (de valorização do indivíduo e afastamento do Estado) gerará concentração de renda e exclusão social, fazendo com que o Estado passe a ser chamado para evitar abusos e limitar o poder econômico

Da análise do excerto, aduz-se que esta fase do constitucionalismo foi a mais profícua e a que maior relação guarda com a presente quadra jurídica e política, eis que foi a partir desse período que se proliferaram as constituições escritas e a conseqüente cristalização, nos ordenamentos jurídicos respectivos, dos direitos humanos de primeira dimensão. Entretanto, é importante observar que foi justamente esta significativa vitória do constitucionalismo, implodindo as bases do Antigo Regime, a responsável pelas futuras desigualdades sociais nas nações onde se instalaram as doutrinas constitucionais modernas, em especial a liberalista, o que levantou os clamores pelos hoje conhecidos direitos humanos de segunda geração.

¹¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático / Pedro Lenza – 17. Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Entretanto, como não é este o objetivo deste tópico, não será discorrido sobre tal ponto, qual seja: a segunda fase evolutiva dos direitos humanos.

1.4 Constitucionalismo do amanhã: quais são as possibilidades?

O constitucionalismo, conforme se pode inferir do quanto afirmado anteriormente, é, antes de tudo, não um fato, mas um processo, e como tal encontra-se em pleno desenvolvimento, isso nas mais variadas partes do globo, podendo-se verificar algumas que nem chegaram a alcançar os direitos de primeira dimensão, o que confirma essa assertiva.

Como notório é, em solo pátrio, vimos a consolidação inarredável dos direitos de primeira e segunda dimensão, os quais foram, de forma paulatina, sendo cristalizados em nossas passadas constituições e hoje estão consagrados em nossa CRFB/88¹². Entretanto, quando falamos nos direitos alocados na terceira geração evolutiva, a situação muda de figura, eis que ainda há muito o que fazer quando o assunto é este.

Lenza (2013, p. 69) afirma, citando Dromi, que o constitucionalismo hodierno será orientado pela fraternidade e solidariedade, sendo um marco de equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e contemporâneo. E continua, afirmando que o constitucionalismo do por vir, ou melhor, as constituições futuras, seriam orientadas pelos seguintes valores, quais sejam: verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação, integração e universalização

É de se reconhecer, desse modo, que o futuro do constitucionalismo enquanto processo obedecerá a dados dogmas, bases que, de forma uníssona, convergirão para o aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos e, numa última análise, para a total implementação de nossa constituição, sendo esse ponto também muito discutido no neoconstitucionalismo (Martins, 2014, p. 37).

1.5 O surgimento do Neoconstitucionalismo

¹² CRFB/88 é uma sigla que, pela doutrina mais abalizada, designa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, termo mais preciso tecnicamente do que simplesmente Constituição Federal de 1988.

A história constitucional de muitas nações e o avanço social e político destas mesmas mostrou que não mais era suficiente o constitucionalismo levantar como bandeira única e maior a limitação dos poderes estatais com fins garantísticos, até porque essa fase há muito foi ultrapassada. Nesse ínterim é que nasceu o que a doutrina chama de neoconstitucionalismo, tendência que, segundo ensina Padilha (2014, p. 38), possui como traços marcantes as seguintes características:

o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância no processo de aplicação do direito, sendo este principialismo o lócus da junção entre direito e moral no neoconstitucionalismo; atenção maior à ponderação do que à simples subsunção; a participação, cada vez mais frequente, da filosofia nos debates jurídicos; judicialismo ético-jurídico, exigindo dos operadores do direito a comunhão de técnicas subsuntivo-jurídicas e ética; estatalismo garantista, fazendo com que a democracia se dê no direito e a partir do direito; a onipresença da Constituição, ou seja, a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do direito (constitucionalização do direito); o pós-positivismo; a judicialização.

A substancial guinada que a evolução política dos estados modernos deram acarretou uma nova forma de se pensar o constitucionalismo, eis que o desenvolvimento deste mostrou que a preocupação política e jurídica também deveria migrar para outros pontos, eis que as bases mínimas de organização institucional já estavam fincadas, sendo necessário, de outro modo, dar cumprimento às prolixas constituições e já estatuídas constituições, que, cada vez em maior medida, passaram a guardar direitos e prerrogativas inerentes ao homem e, de modo diametralmente oposto, não criaram meios dessas prerrogativas serem materializadas, sendo nosso pacto social (CRFB/88) um grande exemplo dessa realidade.

O neoconstitucionalismo surge, portanto, como uma voz que pugna agora não pela feitura ou aperfeiçoamento de novas constituições, mas sim pela efetivação das já existentes, de sua aplicação verificável, justa e legítima na vida do povo do Estado fundado juridicamente por ela.

Lenza (2013, p. 72) citando Waber Moura Agra, afirma que, *in verbis*:

o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva

Conforme o excerto trazido acima, pode-se concluir que o neoconstitucionalismo veio para suprir as lacunas teóricas e materiais deixadas pelos processos constitucionalistas modernos, além de objetivar, para além do formalismo reinante nos documentos constitucionais, implementar os direitos constantes dos pactos sociais¹³ hodiernos.

O neoconstitucionalismo foi uma doutrina que muito revolucionou a forma de se pensar uma constituição, eis que passou-se a verificar que a mera previsão constitucional não era mais suficiente, sendo necessária a aplicação concreta e eficiente dessas normas. Ocorre que, após essa constatação e nessa busca cega por implementação constitucional, alguns abusos ou desequilíbrios são verificados, dentre ele pode-se citar o Ativismo Judicial, o qual será discutido abaixo. Entretanto, antes de adentrar-se no tema em retro aludido, cumpre transcrever o fragmento infra, que mui bem descreve, mesmo que em apertada síntese, em que consistiria o Ativismo Judicial. Este se consubstanciaria, segundo Barroso (2009, p. 06) em:

[...] uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas

¹³ Pacto social é um termo que, de forma neológica, deriva da concepção de Estado concebida por Jean-Jacques Rousseau, significando, em linhas simples, Constituição enquanto ato fundante do ordenamento jurídico e do Estado.

públicas.

Nas palavras do autor acima citado, o Ativismo Judicial seria não uma consequência fático-jurídica emanada da própria sistemática da constituição, mas sim uma posição proativa do Judiciário e, mormente do STF, no sentido de, agindo aquele órgão de forma mais ativa e politizada, interferir na inter-relação funcional dos entes que exercem o poder soberano-democrático, isso a fim de dar maior efetividade ao texto constitucional.

Tal postura jurídico e política do Judiciário brasileiro promanaria de uma reformulação da teoria dos freios e contrapesos (*Checks and Balances*¹⁴), pois este evento - o Ativismo Judicial - e suas consequências, baseiam-se, justamente, nesta postura mais interveniente e ativa do Órgão Jurisdicional sobre questões estranhas à sua função primacial e que também não se enquadram na categoria das atividades atípicas, o que segundo seus críticos, seria inconstitucional, vez que estariam os Magistrados deslegitimados a tal postura, pois não foram eleitos democraticamente e também, muitas das vezes, não teriam capacidade institucional e técnica que os permitissem decidir sobre dadas matérias (Barroso, 2009, pp. 10/16).

Desse modo, sintetizando o pensamento acima desenvolvido, é de se concluir que o Ativismo Judicial seria, coeso ao Neoconstitucionalismo, a teoria ou mesmo postura adotada pelo Judiciário pátrio a fim de melhor dar cumprimento aos preceitos constitucionais, eis que haveria, ao que tudo indica, flagrante inércia dos outros dois órgãos no sentido de cumprir a Carta Magna patria, o que, mesmo sendo teoricamente plausível e razoável, não o justifica de nenhum modo.

1.6 Distinção entre Judicialização da Vida e Ativismo Judicial. Contornos doutrinários e constitucionais

É fato notório que, nos dias que correm, o STF vem galgando, cada vez em maior medida, uma posição institucional e jurídica de proeminência na sociedade

¹⁴ Trata-se, segundo Santos (2013), de sistema criado por ingleses e americanos e que consiste, em síntese, na fórmula dos freios e contra pesos adotada no Brasil. Nesta sistemática, os Órgãos do Estado desempenham funções e exercem atos que, a rigor, seriam de outro poder, de modo que um limite, com essa interveniência, o outro. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=22242.37374>, acesso em 13/12/2014, às 23h02min.

política brasileira. Reiteradamente, decide tal corte sobre temas de elevado interesse social, tais como a questão da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, a vedação do nepotismo nos três Poderes, a restrições ao uso de algemas, dentre outros, o que demonstra a proeminente interferência que tal tribunal exerce sobre o país. Esta concreta atuação, que abrange até mesmo temas que teriam cunho marcadamente político, não é característica única e tão somente da corte brasileira, mas de diversas outras de nações estrangeiras, tendo em vista que trata-se de uma tendência mundial que tem se propagado na nova ordem no cenário político do pós segunda grande guerra¹⁵. A exemplo do afirmado, pode-se arrolar como fato corroborativo a validação de planos econômicos de larga escala aprovados pelas cortes da Argentina e Hungria ou mesmo a restituição de mandato presidencial, pela corte Sul Coreana, a presidente que o perdeu por *impeachment*. Além do aspecto prático e social, esses fatos evidenciam que, cada vez em maior medida, as fronteiras entre a *política* e a *justiça* se tornam mais fluídas e tênues. (BARROSO, 2009, pp. 1/2).

Para melhor compreender o que acima foi dito, é relevante estabelecer uma distinção entre *Judicialização da Vida* e o *Ativismo Judicial*. Vejamos.

1.7 A Judicialização da Vida

Tratemos do conceito de *Judicialização* operado pelo autor de cuja obra tem-se extraídos os principais elementos da presente análise.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o

¹⁵ A Segunda Guerra Mundial, iniciada em setembro de 1939, foi a maior catástrofe provocada pelo homem em toda a sua longa história. Envolveu setenta e duas nações e foi travada em todos os continentes, de forma direta ou indiretamente. O número de mortos superou os cinquenta milhões havendo ainda uns vinte e oito milhões de mutilados. É difícil de calcular quantos outros milhões saíram do conflito vivos, mas completamente inutilizados devido aos traumatismos psíquicos a que foram submetidos (bombardeios aéreos, torturas, fome e medo permanente). Outra de suas características, talvez a mais brutal, foi a supressão da diferença entre aqueles que combatem na frente e a população civil na retaguarda. Essa guerra foi total. Nenhum dos envolvidos selecionou seus objetivos militares excluindo os civis. Disponível em: <http://www.sohistoria.com.br/ef2/segundaguerra/> - acesso em 13/12/2014, às 23h17min.

Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a Judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2009, p. 3).

Ao analisar as causas eficientes de tal processo, podemos arrolar como tais: a redemocratização brasileira, tendo como ponto máximo a promulgação da CRFB/88, a recuperação pela qual passou a Magistratura com um todo, tendo muitas garantias ripristinadas, a remodelação do Judiciário, o qual deixou de ser um setor técnico-especializado, alçando-se, novamente, à função de poder (leia-se órgão) forte e independente e também a maior abrangência, tanto no aspecto quantitativo quanto qualitativo, dos direitos albergados em nossa carta constitucional (CRFB/88), além, claro, de nosso amplo e eclético sistema de controle de constitucionalidade, que contem tanto elementos do sistema americano (estadunidense) quanto do Europeu, ampliando as formas de se acionar o Estado para que corrija lacuna ou falha constitucional, além de que o número dos agentes legitimados a tanto foi substancialmente majorado.

É, contudo, importante destacar, que em todas as suas manifestações, isso no plano da Judicialização, o Judiciário e principalmente o STF, não possui a faculdade de se manifestar, sendo-lhe vedada a inércia, pois possui, por função e obrigação, o agir concretamente, o que desabilita qualquer crítica, repise-se, nesse âmbito, de que os tribunais e seus membros estão perseguindo certa hegemonia judicial, tendo em mente que, conforme dito retro, a Judicialização decorre de tendências jurídicas, ou melhor, de um desenho constitucional, não consubstanciando uma vontade ou voluntarismo por parte do Órgão Judiciário, características estas do *Ativismo Judicial* (BARROSO, 2010, p. 06).

1.8 Ativismo Judicial. Uma análise política e constitucional

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior

interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

Especado no trecho transcrito acima, de autoria do jurista e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, passemos às minúcias da questão chamada à consideração.

É fato inegável que, conforme afirmado, o Judiciário brasileiro, e nisso lembremo-nos da representatividade que possui nossa corte maior (STF), vem adquirindo, cada vez em maior medida, notoriedade política e, precipuamente, destaque social, decorrência de sua abrangente atuação e, conforme veremos, de sua pré-disposição em agir, muitas das vezes, para além de suas fronteiras jurídicas e até mesmo capacidade institucional.

Em que pese o Judiciário ser o lugar onde desaguam praticamente toda e qualquer pretensão, tendo em vista que, no sistema administrativo brasileiro, o ordenamento não emite decisões em âmbito administrativo com força de coisa julgada material (Netto, 2014¹⁶), não pode tal poder, a despeito de sua função jurisdicional centralizadora, emitir posicionamentos que transcendam seus limites legais, funcionais e até mesmo capacidade institucional, o que teria o condão de lesionar indivíduos, grupos, instituições privadas e até mesmo o próprio Estado de

¹⁶ Todavia, não há que se confundir a função administrativa com a função jurisdicional do Estado, vez que, dentre outros motivos, a forma como atua o Estado é absolutamente diversa. Ora, quando do exercício da função jurisdicional, o Estado não toma parte da relação, chamada triplíce (as partes e o Estado-juiz representam cada um dos vértices do triângulo). Não sendo, o Estado-juiz, parte da relação, o exercício da função tem que ocorrer de forma imparcial e definitiva, produzindo coisa julgada. Já no exercício da função administrativa, a Administração Pública figura como parte na relação, de forma que a função é parcial, não podendo, por isso mesmo, ser definitiva, mas sempre com a possibilidade de ser apreciada pelo Poder Judiciário, se causar lesão ou ameaça a direito subjetivo, haja vista que ninguém, nem mesmo a Administração Pública, pode ser parte e juiz ao mesmo tempo. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4215 - acesso em 13/12/2014, às 23h:38min.

forma irreparável, razão pela qual, em dadas matérias, principalmente nas que versem sobre políticas públicas que deveriam adotar certo órgão, por exemplo, ou que versem questões orçamentárias, deve o Judiciário ser parcimonioso e cauteloso no agir, sob pena, não atentando para tais influentes, incorrer no risco de prolatas atos ilegítimos, temerários e potencialmente lesivos.

Não raramente, críticas são feitas sobre esse alargamento do campo de atuação pelo qual vem passando o Judiciário brasileiro. Uma delas refere-se ao fato de que os Magistrados, elemento humano do Poder Judiciário, não foram sufragados pelo povo (CRFB/88, art. 1º, § único¹⁷), para exercerem papéis de natureza congênere aos exercidos pelos representantes eleitos.

Noutro giro, critica-se o fato de que o órgão jurisdicional e, por conseguinte, seus integrantes, não teriam capacidade institucional e técnica de decidirem dadas matérias, eis que fugiriam à esfera de conhecimento e capacidade daqueles, donde surgiriam potenciais riscos aos jurisdicionados, além do conseqüente e não menos relevante risco de se politizar os palcos pretorianos.

Neste capítulo foram analisadas as bases históricas do surgimento do próprio Direito Constitucional enquanto ciência, sendo ele de grande relevância ao passo que estabelece as bases para os posteriores e conseqüentes fenômenos constitucionais. Logo em seguida, no capítulo II, superada a fase histórica aqui desenvolvida, serão feitas considerações propriamente ditas ao Ativismo Judicial, tecendo-se ponderações teóricas acerca de suas mais relevantes questões, eis que é o cerne deste trabalho.

¹⁷Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm - acesso em 13/12/2014, às 23h47min.

2 ATIVISMO JUDICIAL

Reconhecendo o Ativismo Judicial como uma atuação mais proativa e interveniente do judiciário na quadra institucional em que este “Poder” – leia-se órgão – atua, deve-se, antes de qualquer perquirição deste que é um dos fenômenos jurídico e políticos mais relevantes da atualidade, definir o que é, ou melhor, seria, o ideal quando o assunto é a divisão orgânica das funções estatais.

Ao contrário do que comumente se propala, a verificação da subdivisão das funções estatais, atribuída a Montesquieu, foi feita em tempos que em muito antecedem a este teórico contemporâneo. Desde a Antiguidade grega, Aristóteles, em sua clássica obra *A Política*, afirmava que existiam três funções distintas exercidas por um soberano. Desse modo, em que pese ser de grande valia os escritos aristotélicos, Montesquieu revolucionou não porque também identificou as mesmas funções discriminadas por Aristóteles, mas sim por afirmar que, por razões variadas, estes deveres estatais deveriam ser exercidos por pessoas políticas distintas, sob pena de se comprometer a ordem institucional do próprio Estado (Lenza, 2013, p. 601).

Pela quadra exposta, identifica-se a existência basilar de três funções estatais principais, quais sejam: a função jurisdicional, a função executiva e a função legislativa. Estas, por sua vez, seriam exercidas por órgãos¹⁸, e não por poderes, até

18

Moraes (2014, p. 453), ensina que: A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra *“Política”*, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2a da nossa Constituição Federal. Interessante citar a lição de Ives Gandra da Silva Martins, ao dizer que “O que Locke e a Inglaterra ofertaram para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada do poder. Hoje, estamos convencidos - quanto mais lemos os autores modernos - de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Políbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel - historiador, filósofo, político e sociólogo - Rousseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontra na Grécia e o do Direito em Roma. Ora, com a tripartição equilibrada de poderes de Montesquieu, chega-se à

porque o poder é uno e indivisível, promanando do povo, seu único e soberano titular. Entretanto, como bem se nota no modelo institucional brasileiro, nem mesmo a teoria de Montesquieu foi adotada por nosso Estado, eis que há, em dados casos, o exercício de uma função por um Órgão distinto daquele a que é dado o ônus de fazê-lo, nos casos em que um ente exerce, de modo atípico, as atribuições do outro. Feita essa breve consideração, pode-se passar à análise do que é, de fato, o Ativismo Judicial.

Estando a cargo do Órgão Judiciário a aplicação da Constituição e das leis com o fim de pacificar a sociedade, este deve, ou menos deveria, conforme determina a própria Constituição Federal de 1988, agir dentro do espectro que a própria carta magna delimita, exercendo sua função primacial, que é a jurisdicional, isso nos moldes também da Constituição. Assim, por exemplo, quando da declaração de inconstitucionalidade de dada lei, o Órgão Judiciário deve pautar-se por critérios rígidos e consistentes, eis que o instrumento normativo fustigado foi produzido por legítimos representantes da vontade popular. Agindo de modo diverso, estaria ele operando de modo ativista, eis que ultrapassaria as delimitações institucionais feitas pelo constituinte originário.

Em resumidas palavras e reiterando citação feita em outros pontos deste trabalho, o Ativismo Judicial consistiria em, *in verbis*:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: I - a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; II - a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; III - a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2009, p. 06).

Ante à breve transcrição, é de se concluir que o ativismo judicial seria, ao contrário da Judicialização da Vida, uma postura institucional adotada pelo Órgão Jurisdicional no sentido de interferir com maior intensidade em assuntos alheios a sua competência principal, avançando para além das fronteiras existentes entre ele

discussão do sistema de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas."

e os demais Poderes da República.

2.1 Delineações teóricas

De nossa mais remota formação política à atualidade, assistimos a feitura de 7 (sete) constituições, quais sejam: a de 1824, a de 1891, a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967 e a de 1988. Ante a tal verificação, uma indagação surge: porque tivemos tantas constituições em um espaço de tempo proporcionalmente tão curto? Não que se queira dar uma resposta pronta e acabada à esta perquirição, mas uma das principais razões para esta realidade é a ineficácia constitucional das normas constitucionais, ou seja, o fato de que nenhum destes documentos magnos foram integralmente implementados.

Ante à esta realidade, qual seja, a flagrante falta de eficácia de nossas constituições pátrias, é que Marcelo da Cunha Neves engendra uma das mais brilhantes teorias sobre a razão de ser de tantas constituições terem sido feitas em solo brasileiro, que é a chamada por ele Constitucionalização Simbólica. Esta, por sua vez, consistiria, basicamente, em produzirem-se normas material ou formalmente constitucionais com o fim de: *“a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”* (Neves, 2011, pp. 31/42).

Dessa conjuntura, qual seja, a reiteração na ineficácia de todos os documentos constitucionais já produzidos no Brasil somada aos ditames programáticos insculpidos no atual pacto social de 1988, surge um dilema, que é necessidade de materialização das prerrogativas humanas constantes da CRFB/1988. Tamanha é a preocupação em implementá-las, que o próprio constituinte originário instituiu meios para buscar-se a sua eficácia. A título de exemplo temos o Mandado de Injunção¹⁹. Entretanto, sem adentrar com profundidade nesta questão, já há muito debatida na doutrina constitucionalista

¹⁹ O mandado de injunção é a ação constitucional que tem por finalidade, na falta de norma regulamentadora, implementar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, ou seja, o objetivo dessa ação é suprir a lacuna legislativa. legitimidade é universal. Pode ser o mandado interposto por qualquer pessoa que deseje implementar norma constitucional e conseqüentemente suprir a lacuna do sistema jurídico infraconstitucional referente a um dos objetos previstos no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. (Júnior, 2012, p. 275).

moderna, quer-se, com esta verificação de ineficácia de nossas constituições, buscar, ou melhor, identificar, a causa do surgimento do fenômeno jurídico político nomenclaturado de Ativismo Judicial.

Não é objetivo deste escritos a perquirição de imbrólios jurídicos e suas respectivas soluções, entretanto, é de se reconhecer que o Ativismo Judicial, na conjuntura acima delineada, seria, como o querem seus defensores, o remédio ou melhor, a cura para o problema da falta de efetividade e concretude do texto constitucional, ao passo que a postura ativista do órgão judiciário coadunaria, com perfeição, à problemática exposta, indo à solução ou amenização do problema que seria a Constitucionalização Simbólica²⁰, o que não merece prosperar pois, conforme já exaustivamente citado e debatido anteriormente, o Ativismo Judicial representa um perigo ao Estado Democrático de direito, não podendo, sob qualquer égide, ser tido como a saída para qualquer imbrólio institucional brasileiro.

2.2 A tripartição de “poderes” no contexto ativista: estaríamos diante de uma ruptura na CRFB/88?

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apregoa, em seu art. 2º, *caput*, que, *in verbis*: Art. 2º : *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Ante a esta breve transcrição, podemos concluir, com facilidade, que o constituinte originário dividiu o exercício das funções executiva, legislativa e jurisdicional entre estes órgãos, os quais, numa última análise, atuam em nome do poder soberano democrático, o qual emana do povo, conforme preceitua também o § único do art. 1º de nosso pacto social.

Conforme já dito alhures e inobstante o teor da citação constitucional acima feita, não se adota, em solo brasileiro, a ideia de tripartição de poderes pura e simples, fortemente propalada por Montesquieu, mas sim a dos *Check And Balances*, ou seja, a dos freios e contrapesos. Nesse sentido, Mello (2011, p. 32), em sua clássica obra Curso de Direito Administrativo, anota que:

²⁰ Sobre a Constitucionalização Simbólica, ensina Neves (2011, p. 33) que esta seria a feitura de normas formalmente constitucionais de modo a, *in verbis*: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios

Dentro desta construção ideológica, que ganhou enorme e proveitosa aceitação, é fundamental dividir-se o exercício destas aludidas funções entre diferentes órgãos. Sem embargo, nos vários Direitos Constitucionais positivos – e assim também no brasileiro – sua distribuição não se processa de maneira a preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome. Esta solução normativa de estabelecer contemporaneamente resultaria, ao menos no início, do explícito propósito de compor os chamados “freios e contrapesos”, mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritivamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados “poderes”, isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno.

Partindo, desse modo, dos elementos trazidos, podemos, já nessa fase analítica, fazer uma breve conclusão, qual seja: há, mesmo que em hipóteses restritas, a interferência de um poder nas atribuições do outro. Ocorre que, no contexto do Ativismo Judicial, tal intersecção interveniente se majora, havendo maior predomínio do Órgão Judiciário. Ante a essa verificação, uma indagação deve ser feita, qual seja: agindo o Judiciário de modo Ativista, estaria ele quebrando a organização institucional delineada pela Constituição Federal de 1988? Antes, porém, ressalte-se, que não se pretende, neste tópico e conforme já dito reiteradamente acima, dar uma resposta pronta e acabada a tal indagação, mas, de modo diverso, debater esta que, com certeza, é uma das questões que mais interessam à nossa organização política, ligando-se, numa última análise, à falta de legitimidade e representatividade política bem como ao agigantamento funcional do Órgão Jurisdicional. Assim, ante aos riscos do Ativismo Judicial, já repetidamente tratados anteriormente, dúvida não resta que tal postura macula a Constituição Federal, não porque o Judiciário estaria agindo sem competência formal para tanto, mas material, eis que não seria, como não o é, legitimado para, em certas controvérsias, emitir o seu *decisum*²¹.

Sobre os riscos que uma postura ativista representaria para dada organização política, sua essência consiste no fato que, qualquer desregulação institucional desta magnitude pode colocar em xeque toda a organização estatal, pois, ao passo que

²¹ Vocábulo derivado da língua latina que significa Decisão, Sentença. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/993/Decisum> - acesso em 14/12/2014, às 11h:47min.

um Órgão se sobrepõe de forma ilegítima aos outros, temos aí uma clara e inequívoca quebra do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, deve-se observar, antes de uma resposta conclusiva ao caso brasileiro, de que ele difere, de modo diametralmente oposto, de qualquer outro, eis que a realidade política, social e econômica do Brasil possui características ímpares, não encontráveis em nenhum outro lugar. Assim, para se falar em uma eventual ruptura, como o título deste tópico sugere, teríamos de verificar e constatar se as instituições estão ou estariam em perfeito funcionamento, cada qual desempenhando sua função constitucional de modo preciso, pois só assim poder-se-ia falar em um agigantamento funcional do Judiciário enquanto órgão.

Partindo desse pressuposto e tendo em mente que os órgãos Executivo e Legislativo claudicam quando de sua atuação, para não dizer que representam, muitas das vezes, interesses escusos e nem sempre claros, não se pode, no contexto ativista, falar-se em uma ruptura propriamente dita, pois o Judiciário, quando de sua atuação ativista, estaria, como o querem alguns, justamente tentando colmatar as lacunas institucionais deixadas pelos seus pares estatais. Todavia, essa consideração é feita para melhor compreensão da questão, eis que não existe escusa que legitime o Ativismo Judicial, considerando a ameaça democrática que representa.

Desse modo, em linha de conclusão e sem jamais, repise-se, objetivar dar uma resposta pronta e acabada a esta fundamental questão suscitada, deve-se ter em mente que não estamos diante de uma quadra institucional perfeitamente justa, de cujas engrenagens funcionam em perfeita simetria, mas sim diante de uma nascente ordem jurídica, fundada em 1988 com a CRFB/88, na qual muitas instituições ainda buscam se amoldar a seu desenho constitucional e outras, de modo diverso, já sabendo de sua função, o desempenham de modo fraco, insuficiente, diminuto, razão pela qual cremos ser o ativismo judicial uma ruptura constitucional, e não uma solução encontrada pelo poder judiciário para reequilibrar a atuação estatal no cumprimento de seus deveres essenciais.

2.3 Efeitos e riscos do Ativismo Judicial no ordenamento jurídico brasileiro

Tendo em vista o Ativismo Judicial ser, como de fato o é, um desregulamento institucional do Estado, no caso o brasileiro, críticas variadas são feitas a esse fenômeno de viés jurídico e político. Dentre elas, afiguram-se entre as mais consistentes e que mais atenção merecem as feitas pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, já citadas anteriormente nestes escritos e sobre as quais discutir-se-á logo abaixo.

2.4 Riscos quanto à legitimidade democrática

Luís Roberto Barroso, em artigo que trata sobre a questão do Ativismo Judicial, fala, do mesmo modo, sobre os riscos que apresentaria o Ativismo para o Estado brasileiro. O jurista adverte, em seus escritos, sobre os rumos que uma postura ativista poderia desaguar, começando suas críticas falando sobre a questão da legitimidade democrática, a qual faltaria aos julgadores, eis que não foram sufragados pelo voto popular. Vejamos, *ipsis litteris*, a lição de Barroso (2009, p. 10), *in verbis*:

Os membros do Poder Judiciário – Juízes, Desembargadores e Ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como *difficuldade contramajoritária*. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?

Face o excerto, percebemos a sensível preocupação do constitucionalista com um que é, quem sabe, o mais relevante fator em um Estado Democrático de Direito, que é a representatividade política. Ademais, a própria CRFB/88 afirma, de modo inequívoco, em seu art. 1º, § único, que, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os

valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Da comparação dos fatos levantados se pode, em linha conclusiva, afirmar que o postulado maior ou um dos maiores, em nossa República, é a soberania popular, que se materializa, conforme já dito, na maioria das vezes pelo voto dos governados, ou seja, pela representação política, razão pela qual a crítica operada pelo hoje Ministro Luís Roberto Barroso ser de tamanha relevância, pois o Ativismo Judicial estaria, ao revés de suas intenções, obstaculizando a concretização da vontade popular, que é soberana. Assim, estaria faltando, às decisões dos julgadores pátrios, legitimidade política, jurídica e social, eis que, reiterar-se, não foram sufragados pela vontade popular.

Não sendo aqui contraditório, mais sim justo e sensato, também é de se reconhecer que, em que pese o brilhantismo e inovação da crítica feita por Barroso, deve-se ter em mente, por outro lado, que em parte razão assiste aos julgadores em suas decisões ativistas pois, se por um lado não o foram eleitos através do voto, desempenham, cada qual o seu mister, legitimados pelo mérito que tiveram em galgar os respectivos cargos; uns ingressando através do quinto constitucional e outros, que são a quase totalidade, via concurso público. Assim, não o são, a nosso ver, integralmente deslegitimados a decidir, mesmo que de modo ativista, pois se amoldaram às exigências do ordenamento jurídico, conjunto de leis este que o foi, numa última instância, criado e validado pelo povo. Assim, falar-se em falta de representatividade e legitimidade o é, nos moldes que o fez Barroso, verídico, porém não se pode deixar de olvidar que os Magistrados, quando de suas atuações e até mesmo nas ativistas, agem dentro de suas respectivas competências e no afã de melhor dar concretude às leis à Constituição das quais provem.

2.5 Riscos de politização da justiça

Dentre as consistentes críticas feitas por Barroso em seus ensinamentos, uma delas circunda a questão do risco de, atuando o Órgão Judiciário de modo ativista, politizar-se a justiça. Entretanto, antes de qualquer comentário a este ponto, é

necessário relembrarmos aqui a distinção entre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Vida, ponto também levantado por Barroso e que é de grande relevância à melhor compreensão da crítica que ele constrói.

Ativismo Judicial, conforme já dito exaustivamente no decorrer destes escritos, é uma postura, uma ação do Poder Judiciário de modo a, agindo para além de suas fronteiras institucionais, interferir de modo mais incisivo nas esferas de atuação dos outros Órgãos, ou seja, trata-se de uma opção institucional, em nada coadunando com a quadra jurídica delimitada na Constituição Federal. Por outro lado e de modo diametralmente oposto, a Judicialização da Vida é, nos dizeres de Barroso (2009, p. 03), *in verbis*:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a Judicialização envolve uma transferência de poder para Juízes e Tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria. A primeira grande causa da Judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

Conforme transcrito acima, a Judicialização promana de causas outras que não a mera opção política do Judiciário, sendo, no caso brasileiro, a redemocratização com a conseqüente promulgação da Constituição Federal de 1988 uma das maiores ocasionadoras da atual proliferação de ações nos Órgãos Judiciários. Desse modo, nesta hipótese, o Judiciário não opta por ser atuante ou não e nem mesmo em que medida o será, mas tão somente atende aos

jurisdicionados na proporção que lhes é devida. Por outro lado, no ativismo, sua maior atuação, repise-se, decorre de uma decisão política do órgão, a qual provem, na maioria das vezes, da ineficiência dos demais poderes, todavia isso não justifica o Ativismo, ao menos cremos que não.

Adentrando na temática que é objeto deste tópico, que é o risco de politizar-se a justiça, tem-se que este risco consiste, resumidamente, no perigo de, sendo ativista em suas decisões, o Judiciário transformar as cortes em casas das quais se emanem não decisões jurídicas, mas políticas, maculando a impreterível imparcialidade, que lhe é inerente e chamando pra si responsabilidades e atribuições estranhas às suas. Desse modo, dentre os riscos dos quais Barroso fala, este, com certeza, é um dos mais relevantes, eis que coloca em cheque a própria essência de atuação institucional do órgão jurisdicional.

2.6 Riscos quanto à capacidade institucional do Judiciário

Por fim, tratando do último ponto no qual Barroso critica o Ativismo Judicial, o eminente jurista fala acerca do risco inerente à questão da capacidade institucional do órgão Judiciário, eis que, para ele, faltaria, em muitos casos, conhecimento institucional para decidir. Nesse sentido, afirma Barroso (2009, p. 15), *in verbis*:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Nas palavras do jurista, em determinadas matérias, dadas as suas peculiaridades ou mesmo complexidades, há que se aferir se aquele órgão, no caso o Judiciário, estaria apto a decidir sobre, questionando sua capacidade institucional.

Isso, em sede de ativismo, tem grande relevância, eis que, se agindo dentro de suas limitações constitucionais há riscos de se produzir decisões anômalas e temerárias, quão mais haverá operando de modo ativista sobre matérias complexas e que carecem, para seu enfrentamento, de conhecimentos e dados técnicos específicos. A título de elucidação, podemos citar o caso hipotético em dada corte constitucional, a exemplo do STF, que não é uma corte constitucional²² mas lhe faz as vezes, em uma decisão, declara inconstitucional um plano econômico relevante para o país e estudado a anos. Os efeitos dessa decisão, dada a natureza do tema, poderão ser catastróficos, trazendo, eventualmente, uma séria crise financeira ao país, eis que, nesse caso, poderá faltar capacidade institucional do Judiciário, o que, em termos simples, seria a falta de conhecimento da matéria.

Assim, já em linha conclusiva, devemos observar que razão assiste ao jurista quando da construção de suas críticas pois, conforme analisado, questões variadas e complexas circundam a temática que envolve o ativismo, estando intimamente ligadas à organização institucional do Estado e, numa última análise, ao próprio funcionamento deste. Desse modo, não podemos, em tão diminuta análise, precisar se o Ativismo é algo bom ou ruim, mas tão somente reconhecer que, de forma inequívoca, representa um perigo ao Estado, nocividades estas que podem se tornar realidade ou não.

²² Uma corte constitucional é, por definição, um órgão do judiciário ou diverso, cuja principal função é julgar a constitucionalidade de leis, emitindo pareceres sobre elas e decretos dos poderes Executivo e Legislativo, em consonância com correta aplicação da Constituição. Já uma suprema corte tem caráter de última instância, de corte de apelação. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF – não é autêntica corte constitucional, pois acumula funções de corte constitucional e suprema corte. Em 1803, ocorreu nos Estados Unidos o famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado pelo Chief Justice Marshall, primeiro a ensejar a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis em face da Supremacia da Constituição. Foi o nascimento do *Judicial Review*, que impõe ao juiz a verificação da harmonia entre a lei aplicada ao caso concreto e à Constituição. Uma importante discussão acerca do controle de constitucionalidade realizada no século passado ocorreu entre Carl Smith e Hans Kelsen. O primeiro, defensor do estado totalitário, apontou para a idéia de que o controle de constitucionalidade ficaria a cargo do chefe do Estado, pois caso tal tarefa fosse dada a uma corte constitucional, esse controle implicaria uma politização da justiça e uma judicialização da política. Hans Kelsen, criador da Teoria Pura do Direito, inspirou a redação da Constituição Austríaca de 1920, na qual foi criada a primeira corte constitucional que instituiu a tese de validade das leis atuando como “legislador negativo”: não criar leis, mas ter a competência de julgá-la e retirá-la do ordenamento jurídico, revogando-a total ou parcialmente. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte-constitucional> - acesso em 17/01/2015, às 12h47min.

2.7 As recentes manifestações populares e sua possível relação com o Ativismo Judicial

O Estado, como é notório, não existe para si e por si. Sua razão de ser encontra-se no fato de que foi criado, primitivamente, para conter os abusos decorrentes da desigualdade de força física entre os indivíduos, passando de Estado protetor²³ a Estado provedor, isso mais recentemente. Assim, passa realizar a dita

²³ Os Direitos Fundamentais, sob uma perspectiva clássica, consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. Sistematizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há quem se limite ao elenco de seu artigo 5º, no qual estão previstos os direitos e deveres individuais e coletivos. De certa forma, ali está descrito um vasto rol de Direitos Fundamentais, mas a isso não se restringem, e nem sequer à Constituição Federal ou à sua contemporaneidade. A definição do que sejam os Direitos Fundamentais mostra-se ainda mais complexa quando os mesmos são colocados sob uma perspectiva histórica e social. Uma das principais problemáticas dos Direitos Fundamentais é a busca de um fundamento absoluto sobre o qual respaldá-los, de modo a garantir seu correto cumprimento ou até mesmo como meio de coação para sua observância de maneira universal. Bobbio (1992) aponta quatro dificuldades para a busca do fundamento absoluto dos Direitos Fundamentais. A primeira delas seria o fato de que a expressão "direitos do homem" é mal-definível, porque desprovida de conteúdo e, quando este aparece, introduz termos avaliativos, os quais são interpretados de modo diverso de acordo com a ideologia assumida pelo intérprete. A segunda dificuldade consiste na constante mutabilidade histórica dos Direitos Fundamentais. O rol de direitos se modificou e ainda se modifica, pois as condições históricas determinam as necessidades e interesses da sociedade. São, portanto, direitos relativos, não lhes cabendo a atribuição de um fundamento absoluto. Outra dificuldade na definição de um fundamento absoluto para os Direitos Fundamentais é a heterogeneidade dos mesmos, ou seja, a existência de direitos diversos e muitas vezes até mesmo conflitantes entre si. As razões que valem para sustentar alguns não valem para sustentar outros. Alguns Direitos Fundamentais são até mesmo atribuídos a categorias diversas, enquanto outros valem para todos os membros do gênero humano. A última dificuldade apontada por Bobbio (1992) consiste na existência de Direitos Fundamentais que denotam liberdades, em antinomia a outros que consistem em poderes. Os primeiros exigem do Estado uma obrigação negativa, enquanto os segundos necessitam de uma atitude positiva para sua efetividade. Assim, é impossível verificar a existência de um fundamento absoluto idêntico para ambas as espécies, não havendo como construir um liame entre direitos antagônicos, pois, segundo Bobbio, "quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos." (1992, p. 21) Não obstante tais dificuldades, observamos que a busca do fundamento absoluto, em todo o transcorrer da história dos Direitos Fundamentais, é questão inerente à sua defesa, ou seja, serve como respaldo para garantir a sua efetividade. Isto demonstra porque os Direitos Fundamentais transformaram-se em uma preocupação filosófica, sociológica e política, e não apenas jurídica. Primordial ao estudo do tema, faz-se necessária a definição da terminologia adequada a ser utilizada. Bonavides (2002) faz severas críticas ao uso "indiferente" das expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais. Pelo vocábulo "fundamental", em seu significado lexical, compreende-se tudo aquilo "que serve de fundamento; necessário; essencial." Tal conceito não se afasta do sentido real do termo na esfera jurídica. Assim, como entende Vladimir Brega Filho, direito fundamental "é o mínimo necessário para a existência da vida humana." (2002, p. 66) Ressaltando-se que o mínimo essencial deve garantir a existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana. No tocante à expressão "Direitos Humanos", o significado atribuído é o mesmo, ou seja, são direitos essenciais à manutenção de uma vida humana sustentada pelo princípio da dignidade a ela inerente. Entretanto, Vladimir Brega Filho (2002) faz distinção entendendo serem os Direitos Fundamentais aqueles positivados em uma Constituição, enquanto os Direitos Humanos são os provenientes de normas de caráter internacional. Diante disso, Canotilho (1998) sugere um argumento para a distinção. Para ele, direitos do homem são aqueles derivados da própria natureza humana, enquanto os Direitos Fundamentais são os vigentes em uma ordem jurídica concreta. In literis: Direitos do homem são

provisão, e nisso nos referimos ao fornecimento de serviços públicos indispensáveis, esse mesmo Estado adota políticas, criando, através de atos legais e infra legais, meios de atuação. No caso particular brasileiro, esse agir decorre, de modo majoritário, senão integral, da CRFB/88, que apregoa, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme dito acima, o Estado brasileiro tem obrigações positivas para com os governados, sendo que estas obrigações possuem fundamento na CRFB/88. Por outro lado, trazendo esta verificação às recentes ondas de manifestações públicas ocorridas no Brasil, as quais tinham e tem, na maior parte das vezes, por clamor principal a questão da eficiência na prestação de serviços públicos, infere-se que, nessa relação entre Executivo e Legislativo fracos na prestação dos referidos bens, surgiria a necessidade de ação interveniente do órgão judiciário, mormente que de sua atuação ativista, sendo esta uma das possíveis justificativas à existência do fenômeno Ativista. Todavia, sem objetivar jamais exaurir a questão, é de se reconhecer que, mesmo as manifestações populares atuais possuírem certo vínculo com o Ativismo Judicial, pois os órgãos aos quais cabem executar as prestações estatais positivas estão falhando neste mister, isso não pode ser escusa para a

direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. (CANOTILHO, 1998, p. 359) Ressalte-se que a ordem jurídica citada por Canotilho (1998) não se restringe à Constituição, pois ele separa os Direitos Fundamentais em "formalmente constitucionais", que são os enunciados por normas com valor constitucional formal, e "materialmente fundamentais", sendo estes os direitos constantes das leis aplicáveis de direito internacional não positivados constitucionalmente. Neste mesmo sentido versa Comparato, para o qual os Direitos Fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos Tratados Internacionais. (COMPARATO, 2001, p. 56) Não obstante o debate, no presente estudo adotaremos a expressão "Direitos Fundamentais", pois trataremos de Direitos positivados, seja no direito interno ou no direito internacional, bem como por ser este o termo mais amplamente utilizado pela doutrina, bem como pela Constituição brasileira. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffenseller_rev85.htm - acesso em 17/01/2015, às 13h04min.

recepção passiva dessa desregulação institucional que representa o Ativismo Judicial. Uma falha estatal não pode justificar outra, pois se é falha é inconstitucional e afrontando a Constituição não pode produzir efeitos.

Por outro lado, em nenhuma hipótese podemos falar que, em solo brasileiro, exista qualquer forma de autocontenção judicial, pois este, conforme preceitua Barroso (2009, p. 07), seria, *in verbis*:

O oposto do ativismo é a auto contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (I) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (II) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (III) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, Assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

Desse modo, ante à realidade social brasileira, hodiernamente, o Judiciário não tem se auto contido mas, pelo contrário, tem adotado postura marcadamente ativista, conforme podemos concluir das recentes decisões de nossa Suprema Corte (STF), que cada vez em maior medida tem prolatado decisões não fora de sua competência constitucional, mas fora de sua legitimidade, decisões estas que influem grandemente na vida do país, razão pela qual, cada vez em maior medida,

estes atos tem tomado notoriedade na mídia.

Concluindo, tudo o que se tem visto na atual quadra política brasileira é decorrência de uma má gestão dos recursos públicos, o que gera sérios danos à prestação dos serviços estatais essenciais à sociedade. Desse modo, não se pode deixar de olvidar que, nessa inter-relação sistêmica, o órgão Judiciário possui essencial relação. Entretanto, este problema estrutural do Estado brasileiro não pode, sob a alegação de que o Judiciário estaria colmatando a lacuna funcional deixada por quem teria o dever de fazer e não o fez, justificar um outro impasse, que é a existência do Ativismo Judicial. Quanto à análise mais profunda desta interrelação entre ineficácia do Executivo e Legislativo e sua relação com a postura do Judiciário, é de se aduzir que isto é tema para outra espécie de análise, perquirição esta mais complexa e que não é objeto destes escritos.

Considerando que a partir desta fase do trabalho já foi ultrapassada a questão teórica e principalmente conceitual que cerca o Ativismo Judicial, é interessante, no capítulo próximo, que é o III, distingui-lo da conhecida Judicialização da Vida, eis que são um tanto quanto parecidos, porem diametralmente diferentes. Desse modo, logo abaixo será tratado acerca da Judicialização da Vida, conceituando-a e, mormente, a distinguindo do Ativismo Judicial, isso no afã de melhor precisar a problemática do Ativismo.

3 DISTINÇÕES ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA E O ATIVISMO JUDICIAL

O homem, sempre atento às suas próprias necessidades atuais e futuras, buscou e busca o que melhor lhe sirva. Quando o assunto é organização política do exercício do poder estatal e sua consequente subdivisão, tal premissa ganha proeminência, eis que podemos observar, nas várias eras históricas do ocidente, uma pujante busca por novas formas de administração do poder do Estado, e nisso nos referimos à postura deste no que tange a direitos fundamentais e sua relação com o seu detentor, que é o próprio ser humano.

Inicialmente, conforme já falamos em outro ponto destes escritos, ainda no limiar do processo de evolução do constitucionalismo, anota a melhor doutrina que o controle dos atos estatais consistiam, no seio da sociedade hebraica da época, em uma verificação do amoldamento dos mesmos aos limites bíblicos, o que era feito pelos profetas daquelas comunidades (Lenza, 2013, p. 68). Há também o caso das Cidades Estado gregas, mas cremos ser o exemplo judaico mais preciso para ilustrar a deflagração do processo que se pretende tecer alguns comentários. Mais adiante tivemos o clássico exemplo da Magna Carta de 1215, bem como o *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, o *Act of Settlement*, de 1701, a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Francesa de 1791 (Lenza, 2013, p. 67).

Todos estes clássicos exemplos fazem-nos concluir que a evolução do pensamento jurídico e seus processos consecutórios fizeram com que o Estado, mormente o moderno, alternasse, repetidas vezes, sua forma de relacionar-se com seus governados, isso com vista, ao menos na contemporaneidade, a se garantir um mínimo existencial àqueles.

Trazendo o quanto brevemente desenvolvido acima para a temática a que se pretende tratar, percebemos que o Órgão Jurisdicional - Poder Judiciário -, também oscilou no seu trato para com o jurisdicionado. Grande parte dessa mudança decorre, conforme já se afirmou, das oscilações no *modus operandi*²⁴ estatal.

²⁴ *Modus operandi* quer significar, no contexto acima referido, simplesmente modo de agir. Na sua origem, é um termo utilizado nas ciências criminais, tendo como sentido o modo peculiar que dado

A Revolução Iluminista trouxe inúmeros ganhos ao homem enquanto detentor de direitos e, quando o assunto são direitos humanos, isso ganha destaque. Contudo, essa mesma guinada na forma de pensar o direito, até então de matiz jusfilosófico e que desaguou, posteriormente, no pensamento positivista de Augusto Comte²⁵, culminaria a propiciar o acontecimento de um dos crimes contra a humanidade mais bárbaros e estarrecedores, que foi o Holocausto Nazista²⁶, eis que a barbárie cometida majoritariamente contra o povo judeu possuía espeque no ordenamento jurídico alemão, o que tinha por fundo teórico último, a concepção positivista de Comte, ou seja, a referida teoria revolucionária do direito de que a positividade dos estatutos seria justa, perfeita e conduziria o homem a bons rumos.

Desse modo, sendo flagrante a ineficácia das formulas hermenêuticas até então em voga, o Direito enquanto ciência foi repensado, tendo retroagido, de certo modo, à formula jus naturalística, o que teve e possui grandes interferências nos ordenamentos jurídicos modernos e na forma de o Judiciário atuar; a tal estágio a mais precisa doutrina chama de neoconstitucionalismo. Nesta quadra, chega-se, finalmente, ao ponto em que se pretende discorrer, que é a Judicialização da vida, tendo em vista que este último fato evolutivo resulta, em análise derradeira, do processo neoconstitucional, que é uma consequência do abandono do positivismo puro. Antes, todavia, de entrarmos no ponto Judicialização da Vida, necessário mostra-se lembrar aqui a definição do que vem a ser o citado processo neoconstitucional. Vejamos o que o Lenza (2013, p. 71) leciona sobre a temática; *in verbis*:

sujeito agiu com seu intuito criminoso. Disponível em: <http://direito.folha.uol.com.br/blog/modus-operandi> - acesso em 14/12/2014, às 14h:50min.

²⁵ O positivismo é uma linha teórica da sociologia, criada pelo francês Auguste Comte (1798-1857), que começou a atribuir fatores humanos nas explicações dos diversos assuntos, contrariando o primado da razão, da teologia e da metafísica. Segundo Henry Myers (1966), o "Positivismo é a visão de que o inquérito científico sério não deveria procurar causas últimas que derivem de alguma fonte externa, mas, sim, confinar-se ao estudo de relações existentes entre fatos que são diretamente acessíveis pela observação". Em outras palavras, os positivistas abandonaram a busca pela explicação de fenômenos externos, como a criação do homem, por exemplo, para buscar explicar coisas mais práticas e presentes na vida do homem, como no caso das leis, das relações sociais e da ética. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/sociologia/positivismo.htm> - acesso em 14/12/2014, às 14h:57min.

²⁶ Holocausto foi uma ação sistemática de extermínio de judeus, em todas as regiões da Europa dominadas pelos alemães, nos campos de concentração, empreendida pelo regime nazista de Adolf Hitler, durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). A palavra holocausto é de origem grega *holos* (todo) e *kaustro* (queimado). Do hebraico *Shoá* (a catástrofe). Disponível em: <http://www.significados.com.br/holocausto/> - acesso em 14/12/2014, às 15h:15min.

o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) posituação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva

Esse progresso evolutivo do Estado enquanto ente distribuidor de bens da vida e garantidor dos direitos fundamentais culminou no Brasil, motivado, obviamente por razões outras que não jurídicas, na feitura de nossa Constituição Federal de 1998, que trouxe um extenso rol de direitos fundamentais bem como uma também grande gama de possibilidades de concretização dos primeiros, donde surge, ou surgiria, a Judicialização da Vida, conforme defende o constitucionalista e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso. Para este, a Judicialização da Vida seria, *in verbis*:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria (Barroso, 2013, p. 03).

Em escólio à noção de Judicialização trazida por Barroso, podemos ter este processo como o agigantamento funcional do Órgão Judiciário, no caso o brasileiro, decorrente de fatos inerentes à nova quadra jurídica, política e social pátria, tudo com vistas a se cumprir, numa última análise, o maior postulado constitucional brasileiro, que é a dignidade da pessoa humana. Assim, repise-se, a Judicialização não é um fato isolado ou mesmo uma opção política dos julgadores, mas sim a consequência de uma visão garantística do constituinte originário. Se há ou não

liame qualquer deste fenômeno para com o Ativismo Judicial, isto não se discute, ao menos nesta ocasião, mas fato é que o Judiciário enquanto Órgão não possui interferências ou mesmo uma opção institucional própria no que tange ao surgimento e materialização deste fenômeno de caracteres jurídicos e políticos.

Já em linha conclusiva e adentrando na temática ativista, temos que reconhecer que o Ativismo Judicial, ou melhor, a forma de julgar ativista, em nada coaduna com as ideias da Judicialização, tão bem tratadas por Barroso, pois, ao passo que a Judicialização é a consequência de um processo evolutivo constitucional, o Ativismo Judicial é a opção, ou melhor, forma de julgar que extravasa, em muitos momentos, a legitimidade dos Órgãos Jurisdicionais.

Pelo quanto já exposto, urge reconhecer, já em linha de arremate que, entre os fenômenos Judicialização da Vida e Ativismo Judicial há um abismo teórico de colossal magnitude, eis que o primeiro caracteriza-se por ser um agigantamento numérico das querelas judiciais consequente de uma nova moldura constitucional ao passo que o segundo seria uma transgressão, pelo julgador, de seus limites institucionais, com vista à solução de um caso concreto ou abstrato, no caso de uma ADI, por exemplo. Desse modo, é de se concluir que a distinção basilar entre os institutos retro mencionados encontram-se na forma em que se dão suas ocorrências, sendo constitucional e legítima no caso da Judicialização e política, no caso do Ativismo.

3.1 A CRFB/88 e sua relação com a judicialização da vida

Quando a temática é, em sentido amplo, Direito Constitucional, muitos fatores naturalmente cercam a discussão. Neste sentido, ao falarmos da Constituição Federal de 1998, um documento flagrantemente prolixo, eclético e revolucionário, muitas considerações devem ser feitas, mormente considerando o fato de que é ela, com suas diretrizes, a responsável maior pela deflagração do fato conhecido e nomenclaturado por Barroso como Judicialização da Vida. Antes, porém, de vislumbrarmos este possível liame, devemos analisar os precedentes sociais e históricos que desaguaram neste que é um dos pactos sociais mais completos do planeta.

O Brasil, como é notório a todos, vivia, antes da CRFB/88, sob o jugo da ditadura militar, ou seja, o governo não era composto por cidadãos democraticamente sufragados pelo povo, mas por uma cúpula militar integrada pelos comandos das Forças Armadas. Desse modo, vivíamos em um Estado de Exceção, em que muitos direitos e garantias fundamentais estavam suprimidos ou mesmo condicionados à livre arbitrariedade das autoridades que se auto constituíram (Cotrim, 2008, p. 557).

Em 1964, a direção das forças armadas assumiu o controle político do governo e passou a decidir, efetivamente, quem ocuparia o cargo de presidente da república. Nesse regime militar, que durou até 1985, cinco generais sucederam-se na presidência: Castelo Branco, Costa e Silva, Médici, Geisel e Figueiredo. As diferenças entre o regime representativo, vigente entre 1945 e 1964, e o regime militar são claras. Quem manda agora não são os políticos profissionais, nem o congresso é uma instância decisória importante. Mandam a alta cúpula militar, os órgãos de informação e repressão, a burocracia técnica do Estado (ibidem).

Recorrendo a esse período histórico, chamamos à discussão um fato, qual seja: a ditadura enquanto realidade social e política de nossa história moderna, trouxe diversas consequências para o país, dentre elas, com a redemocratização constitucional, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, isso como decorrência direta do trauma político e social deixado pelo regime militar. Desse modo, podemos inferir, por razões lógicas, que o fato de termos vivido sob a dominação militar, o que resultou em muitas violações aos Direitos Humanos, fez com que o movimento de redemocratização e reforma constitucional desse atenção, até de certo modo demasiado, ao item direitos e garantias fundamentais, elencando extenso rol de possibilidades constitucionais de materialização de direitos fundamentais, o que, numa última consideração, desaguou no que hoje conhecemos por Judicialização da Vida, que é esse inchaço institucional, porem delineado na própria CRFB/88 e que vivemos hodiernamente.

Comprovando o fato de que há íntima ligação entre a Judicialização e o modelo constitucional brasileiro, temos o nosso mui conhecido art. 5º e seus 78 (setenta e oito) incisos. Para além de o ser, indiferentemente de qualquer fator, um artigo extenso, dada a sua quantidade de incisos, o artigo 5º de nossa constituição

federal é, sobretudo, o melhor exemplo que pode ilustrar, de modo cristalino, o fato de que a nova roupagem constitucional dada quantitativa e qualitativamente à questão dos direitos fundamentais tem ligação com a atual quadra institucional do Judiciário brasileiro e que se denomina de Judicialização.

Assim, conforme infere-se, no artigo supra mencionado podemos vislumbrar os mais diferentes e complexos bens constitucionais sendo tutelados, a começar pelos previstos no próprio *caput* do artigo, que faz alusão à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros. Desse modo, pela forma e contexto, além dos próprios desdobramentos que a prescrição constitucional de um direito traz, pode-se concluir que a moldura constitucional dada às faculdades fundamentais, sobretudo, às garantias fundamentais e à postura institucional do Órgão Judiciário frente estas, o é, como quis Barroso e conforme já citado anteriormente neste trabalho, a causa da Judicialização verificada em solo pátrio.

3.2 O inchaço no quantitativo processual brasileiro e sua inter-relação com a Judicialização da Vida

Quando falamos em Judicialização, torna-se proeminente um fato específico desta temática, qual seja, o inchaço processual dos tribunais brasileiros. Segundo o relatório Justiça em Números de 2014²⁷, elaborado pelo CNJ, hoje o Judiciário brasileiro conta com 95,14 milhões de processos judiciais (noventa e cinco milhões e quatorze mil), ou seja, considerando que a população brasileira hoje orbita em torno de 200.000.000,00 (duzentos milhões de habitantes)²⁸, segundo dados do IBGE, há no Brasil um feito judicial para cada 2 (dois) habitantes, o que é algo preocupante, quão mais se consideradas as dificuldades e limitações práticas que muitas vezes obstaculizam a atuação jurisdicional de forma eficiente.

Gilmar Mendes, Ministro de nossa Suprema Corte (STF), em um seminário sobre reforma do Órgão Judiciário, realizado em 25/03/2013, criticou o inchaço no Poder Jurisdicional, fazendo sugerir que outras saídas, que não a via jurisdicional tradicional, deveriam ser criadas, isso a fim de, pelo que se pode inferir de sua fala,

²⁷ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29705-numero-de-processos-baixados-cresce-93-em-cinco-anos-mas-nao-alcanca-demanda>. – Acesso em 12/10/2014, às 15h35min.

²⁸ Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-ja-tem-mais-de-200-mi-de-habitantes-mostra-ibge,1069159> - Acesso em 12/10/2014, às 15h:45min.

oportunizar o surgimento de uma segurança jurídica mais eficaz e barata aos cofres estatais²⁹. Vejamos o que o jurista e Ministro do STF afirmou na ocasião; *in verbis*:

Será que precisamos de uma Justiça eleitoral desse tamanho? E a Justiça do Trabalho?”, questionou. É necessário, segundo ele, incentivar soluções para os conflitos fora dos tribunais. O Judiciário brasileiro tem 91 cortes, mais de 300 mil servidores e aproximadamente 16 mil juízes.

Em que pese a situação verificada pelo hoje também Ministro do STF Luiz Roberto Barroso quando tratou, em precioso Artigo, sobre a Judicialização da Vida e também as críticas feitas pelo também Ministro Gilmar Ferreira Mendes, é de se verificar que, factualmente, existe a realidade jurídica e social alcunhada de Judicialização, todavia não acreditamos que saídas extrajudiciais possam representar ganhos efetivos à nação pois, convenhamos, se até o próprio Judiciário, entidade tradicional e estruturada constitucionalmente não tem uma satisfatória confiabilidade dos jurisdicionados, conforme atesta o Índice de Confiança na Justiça Brasileira - ICJBrasil³⁰, pesquisa anual realizada pela Fundação Getúlio Vargas, que afirma que somente 32% (trinta e dois por cento) da população brasileira confia no Poder Judiciário, como poderemos conceber que, por exemplo, tribunais arbitrais ou bancas conciliatórias gozarão de boa aceitação pela população; simplesmente, na atual faze de nossa evolução social e política, em que valores antes sólidos estão esfacelando, não é crível que isso ocorra.

Ante ao que foi exposto, duas conclusões claras podem ser retiradas, quais sejam: existe sim o fenômeno Judicialização da Vida, sendo isto fato incontroverso e que as razões de seu surgimento são multifacetadas, sendo a roupagem constitucional dada aos direitos fundamentais bem como à elevação de muitos direitos e prerrogativas outrora infraconstitucionais a causa principal do fenômeno. A segunda conclusão é que, decorrente da Judicialização, provem o inchaço físico dos pretórios pátrios, eis que colocou-se ao cidadão uma gigantesca gama de direitos e prerrogativas tuteladas constitucionalmente e que podem ser materializadas via

²⁹ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-26/ministro-gilmar-mendes-critica-tamanho-judiciario-brasileiro> Acesso em 12/10/2014, às 16h:09min.

³⁰ Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12024/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%205.pdf?sequence=1> – Acesso em 12/10/2014, às 16h59min.

procedimentos jurisdicionais sem, contudo, dar ao Órgão Judiciário estrutura e planejamento adequados à nova realidade, donde vem, em grande parte, o acúmulo processual nas mais variadas instâncias e tribunais.

3.3 O papel constitucional do judiciário brasileiro no quadro jurídico e político da Judicialização

Em Estados democráticos, em que se divide o exercício do poder soberano, que é uno e que, no caso da República Federativa do Brasil, emana do povo, conforme determina o artigo 1º, § único da CF/88, as funções Executiva, Legislativa e Judiciária são exercidas, cada qual, por um Órgão distinto.

Ao Judiciário coube constitucionalmente, no Estado brasileiro, conforme prescreve a tradicional fórmula de Montesquieu, a manutenção da atividade jurisdicional no Poder Judiciário; esta determinação encontra-se insculpida no Capítulo III do Título IV da CRFB/88, a partir do art. 92.

Conforme já se demonstrou anteriormente, existe em solo pátrio o fenômeno da Judicialização da Vida e nisso não se discute mais. Todavia, uma indagação deve ser feita face a esta realidade: qual seria o papel constitucional do Órgão Judiciário face ao contexto da Judicialização? isso considerado o fato de que muitos doutrinadores buscam, ao revés do que prescreve a própria CF/88, uma solução tangencial ao inchaço processual brasileiro, consequência da Judicialização. A busca por esta resposta é o objeto deste tópico.

O Judiciário pátrio passou por grandes transformações conjunturais após a edição da EC 45/2004, que criou, dentre outras coisas, o polêmico Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Este órgão visa, ou ao menos visava, quando de sua criação, ao controle administrativo externo deste poder, contudo, por razões que não cabem aqui declinar, passou por uma profunda reinterpretação no seu modo de atuar, o que teve, de modo conseqüente, implicações sobre a atuação não administrativa do Estado-Juiz, primordialmente quando a questão é o quantitativo de feitos julgados.

Conforme já se disse, dada a problemática do inchaço jurisdicional e as conseqüentes buscas por saídas institucionais, sendo uma delas a criação do CNJ,

existe hoje uma grande preocupação com a questão quantitativa quando a temática é a relação entre feitos deflagrados e arquivados, donde surge um outro possível problema, que seria, ao revés da pura simples busca por uma justiça efetiva e concreta, a preocupação desmedida de uma em números, a qual tem se sobreposto à real e material. Ante a este contexto, novamente vem à tona uma pergunta, qual seja: qual seria, na quadra jurídica e política da Judicialização, a função Constitucional do Órgão Jurisdicional?

Em preciosos escritos publicados na revista Eletrônica Jus Navigandi, Fernandes (2012), ao tratar de interessante tópico sobre a Judicialização e que refere-se à Judicialização da Política, afirma, em seu artigo intitulado A ascensão do Poder Judiciário no Brasil democrático³¹, que, *in verbis*:

A presença do Poder Judiciário, como via de acesso ou instrumento de transmissão das reivindicações coletivas e individuais, consiste em um fator de grande transformação social no Estado brasileiro. Entretanto, é necessário flexibilizar ou relativizar essa atuação inovadora, posto que pode levar à conversão do processo e dos tribunais, em uma arma na mão de partidos políticos para alcançar seus objetivos institucionais e, com isso, se manterem no poder. Tal hipótese compromete a legitimidade e independência daquele poder, necessárias para a manutenção da democracia e a proteção dos direitos fundamentais. Enfim, a Judicialização da política não pode trazer consigo a ideia de substituição das instâncias majoritárias pelos órgãos judiciais, posto que eles não devem se apoderar dos espaços deliberativos institucionalmente atribuídos aos poderes públicos, segundo a lógica democrática. Sob essa diretriz, o Poder Judiciário não deve se transformar no único canal apto para processar os pedidos e reivindicações da sociedade brasileira; porém, lhe compete promover o acesso dos cidadãos às instâncias de poder no sentido de fomentar um debate público sobre temas relevantes e conciliar os interesses divergentes no espaço político.

O distinto jurista chama a atenção para interessante questão, qual seja: com a nova conjuntura jurídica e política instalada em solo brasileiro, estaríamos diante de um sério risco, que seria, com a Judicialização da Vida e, sobretudo, da política, transgredirmos as delineações instrumentais da subdivisão orgânica do poder previstas na CRFB/88, ao inverter a ordem de atuação das vias tradicionais pelas decisões pretorianas. Assim, é de se concluir que revisões devem ser feitas sobre

³¹ Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22620/a-ascensao-do-poder-judiciario-no-brasil-democratico/3> - Acesso em 13/10/2014, às 11h45min.

essa acentuação da atuação jurisdicional do Estado-Juiz no Brasil, de modo que ela não se transforme em palco de legitimação de interesses escusos.

Ante a esta problemática particular aventada pelo autor acima citado, novamente somos instados a considerar e perquirir qual seria, não tão somente na quadra Ativista, mas na da Judicialização, a estrita função constitucional do Judiciário brasileiro, indagando se ele, mesmo quando instigado via procedimentos judiciários, estaria ou não rompendo com nosso pacto social.

A resposta a esta questão é negativa, pois, conforme já se disse em momentos anteriores, no contexto da Judicialização o Órgão Judiciário não possui a mera opção de agir desta ou daquela forma, tendo em vista que a quadra constitucional lhe impinge, fato este que é a maior diferenciação entre a Judicialização e o Ativismo Judicial.

Outro ponto interessante e não menos proeminente, refere-se à questão da verdadeira efetivação de uma justiça material ou formal quando da feitura de vereditos judiciais em um mar de ações que incham o Órgão Judiciário e são a consequência do fenômeno Judicialização da Vida. O que se quer indagar é que: estaria o Judiciário cumprindo seu papel constitucional ao, atendendo, por exemplo, às metas do CNJ, realizando justiça ao emitir decisões tão somente justas no aspecto formal? Isso é constitucional?

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*). A Constituição brasileira de 1946 consagrou o princípio, que hoje vem expresso pelo art. 5º, inc. XXXV da CF: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Mas o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa), significando também que o processo deve se desenvolver de uma determinada maneira que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação, implicando o direito de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem sobre o convencimento do juiz. Corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional são todas as garantias do devido processo legal, que a Constituição brasileira detalha a partir do inc. LIV do art. 5º, realçando-se, dentre elas, o contraditório e a ampla defesa (inc. LV do mesmo artigo).

Do excerto reproduzido acima e face à indagação aventada, por óbvio, podemos inferir que não cabe ao Judiciário tão somente, no cumprimento do seu mister constitucional, dar vazão às queixas que nele desaguam, cumprindo unicamente no plano formal sua missão institucional; é necessário, para além do cumprimento de metas e programas de administração judiciária, a efetivação concreta de uma justiça real, confiável e palpável, com o que ficará solidificado, de forma inarredável, a tarefa democrática confiada ao Órgão Jurisdicional.

Não podemos deixar de olvidar, quando a temática é justiça nos seus mais variados aspectos, fatores que são, na maior parte das vezes, alheios diretamente a esta realidade e que perfazem uma grande gama de influentes. No que tange à Judicialização da Vida, do mesmo modo, para seu enfrentamento teórico, não podemos excluir da discussão pontos como democracia, política, equilíbrio das funções estatais e representatividade popular. Assim, grosso modo e isso não pretende ser jamais uma fórmula pronta e acabada, podemos ter como perfil constitucional do Órgão Julgador aquele que considere em seu agir elementos como justiça efetiva, confiabilidade do judiciário, segurança jurídica e celeridade processual, fatores que, como sabemos, muitas das vezes andam apartados das famigeradas metas do Conselho Nacional de Justiça, o que é preocupante e quiçá inconstitucional.

A nação brasileira, na nova era jurídica inaugurada por nosso pacto social, auspicia novos anseios e objetivos, metas estas bem atreladas ao que pretende assegurar a CRFB/88. Assim, ante a esta nova realidade deflagrada, caberá ao julgador uma reformulação nos tradicionais moldes de prolação de vereditos, que devem, cada vez em maior medida, estarem atrelados à realidade social, aos seus valores, objetivos e anseios mais prementes, pois só assim estará o dito Poder Judiciário andando nos trilhos da CRFB/88 e cumprindo o seu papel constitucional.

Derradeiramente, já construída as noções do surgimento do Direito Constitucional, delineado o Ativismo Judicial e o distinguido da Judicialização, interessante mostra-se analisar casos específicos de julgados que comprovam ser o Ativismo um risco ao Estado Brasileiro, bem como que também aferem sua existência em solo pátrio, e é isso que será feito no capítulo último desta pesquisa, que é o IV.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO ATIVISTA

O Supremo Tribunal Federal possui como finalidade precípua a guarda da Constituição Federal, conforme apregoa o caput do artigo 102 deste mesmo diploma, sendo que os incisos do próprio artigo 102 discriminam espécies outras de competências desta corte.

Ocorre que, conforme já dito alhures, o STF, em muitos de suas decisões, as quais factualmente se amoldam ao rol de suas competências, atua de modo ativista, transpondo, não no plano jurídico, mas no da legitimidade ou mesmo capacidade institucional, aquilo que o Poder Constituinte Originário³² quis reservar àquele tribunal.

Várias foram as situações em que o STF, instado a falar sobre dadas matérias, proferiu decisões ativistas. Barroso (2012, pp. 23/28), cita exemplos de julgados ativistas. Dentre os mais emblemáticos temos a questão da constitucionalidade das pesquisas com células tronco-embrionárias, vedação ao nepotismo nos três poderes, prisão por dívida, além de outros.

Em todos os exemplos que Barroso cita, há uma grande particularidade, qual seja: a de que uma corte decidiu uma questão relevante à nação e que as referidas problemáticas demandavam juízos que iriam talvez um pouco além das limitadas competências jurisdicionais, faltando até mesmo, conforme já inferido, legitimidade para tanto, eis que deveriam ser resolvidas via feitura de leis, por representante eleitos pelos jurisdicionados, o que, cabalmente, conduziria a uma espécie de Estado constitucional mais evoluída e materialmente democrática.

4.1 Grandes julgados do STF: uma análise sobre a postura da corte face à conjuntura institucional atual

³² Poder Constituinte Originário, também é denominado de poder genuíno ou poder de 1º grau ou mesmo inaugural. É aquele capaz de estabelecer uma nova ordem constitucional, isto é, de dar conformação nova ao Estado, rompendo com a ordem constitucional anterior. Disponível em: http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Constitucional/Poder_Constituinte.htm - acesso em 14/12/2014, às 17h:24min.

O STF, conforme se pode concluir da análise da atual quadra institucional atual, vem tomando uma posição de maior relevância e, diríamos, proeminência, quando o assunto é a efetivação das funções estatais mais elementares, que são a executiva, a jurisdicional e a legislativa.

A mídia, cada vez em maior medida, vem dando visibilidade e atenção à atuação dos Órgãos Jurisdicionais, e nisso há um distinto destaque ao STF, que tem alargado sua importância, independência e força de atuação institucional e política. A busca pela resposta a esta indagação não é o fim deste trabalho, mais cabe aqui uma crítica: qual seja, a de que o Judiciário vem se agigantando e tomando espaço dos outros Órgãos estatais ao agir de modo ativista, sendo preocupante e até mesmo incomensurável imaginar em que este processo resultará.

Evidenciando o matiz ativista que tem assumido nossa suprema corte e contrariando opinião própria emitida à época em que não era julgador, Barroso (2014)³³, afirma, em defesa ao ativismo judicial, que o padrão de Magistrado inerte e alheio à realidade que o cerca está superado, tendo o Juiz moderno que sopesar também fatores de ordem social, cultural e política.

Outro exemplo que demonstra e confirma que o STF é, hodiernamente, um tribunal ativista, é a fala do Ministro Celso de Mello na posse do também Ministro Gilmar Mendes, na ocasião, como Ministro Presidente do STF. Em seu discurso, Mello (2008)³⁴, ressalta a relevância do STF como guardião da CRFB/88³⁵, afirmando que não se pode, para que este mister seja exercido com proficiência razoável, censurar eventual ativismo judicial da corte, o qual, pela fala do Jurista e Ministro, seria inerente às funções da Corte, o que é uma inverdade.

Derradeiramente, cumpre aqui trazer excerto de Britto (2013), que afirma, em defesa a ataques ao STF de que aquela corte estaria exacerbando suas funções constitucionais e sendo ativista que, *in verbis*³⁶: “o Legislativo não pode ser obrigado

³³ Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2014/abril/ministro-roberto-barroso-defende-ativismo-judicial-na-abertura-de-seminario> - acesso em 21/11/2014, às 14h46min.

³⁴ Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/5909/Ministro-Celso-de-Mello-defende-ativismo-judicial-do-STF,%20acessado%20em%2003.03.2012> - acesso em 21/11/2014, às 15h40min.

³⁵ CRFB/88 é a abreviatura mais precisa e técnica que a doutrina constitucional vem utilizando para Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁶ Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2013/05/ayres-britto-rechaca-acusacao-de-ativismo-judiciario-e-defende-atuacao-do-stf-6629.html> - acesso em 21/11/2014, às 15h49min.

a legislar, mas o Judiciário não pode não julgar". Desse modo, Brito não nega ou tenta ocultar o caráter ativista do STF, mas o justifica na inércia e ineficácia dos outros poderes, argumentando, conforme se pode inferir, que a maior atividade do Órgão Jurisdicional decorreria de lacunas funcionais deixadas pelo, por exemplo, Legislativo.

À guisa de conclusão, com os exemplos acima expostos e considerando ainda grandes demonstrativos de distintos julgados do STF, citados no item imediatamente anterior a este, é de se concluir que, na atual quadra de desenvolvimento político brasileira, em que há uma clara ineficácia da atuação dos outros dois órgãos estatais, que o STF, cúpula do Judiciário pátrio, tomou e vem reiterando uma postura claramente ativista. A grande questão, ou melhor, o grande problema, é que os efeitos dessa conjuntura se irradiam Brasil à fora, nas mais variadas instâncias, sendo suas consequências mais profundas ainda desconhecidas, o que é grave para um Estado que se auto proclama democrático e de direito.

Logo abaixo, serão citados e comentados alguns casos clássicos em que o STF, de modo nítido, agiu de modo ativista. O objetivo destas transcrições será demonstrar o quão arriscado é o acomodo com esta situação de interferência incisiva do Judiciário, de modo ilegítimo, nos mais sérios e profundos interesses nacionais. Vejamos.

4.2 Pesquisas com células-tronco embrionárias

O STF, conforme inferido acima, vem tomando uma postura incisiva no que diz respeito à tomada de decisões, por parte da corte, e que interferem de modo relevante na vida dos brasileiros. Exemplo disso foi o julgamento da ADIn 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto³⁷. Em resumida síntese, nesse julgado a Suprema Corte brasileira declarou constitucional o artigo 5º da lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, isso para fins de pesquisa e terapia.

³⁷ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> – acesso em 23/11/2014, às 12h21min.

Não se está aqui a questionar a competência ou não do STF para decidir, *in abstracto*, a constitucionalidade de dada norma que eventualmente afronte nossa Constituição Federal, mas é de se reconhecer que, na matéria objeto da ADIn 3.510, agiu o STF de modo Ativista, prolatando decisão temerária e até mesma ilegítima pois, como um tribunal ou mesmo um Magistrado pode deliberar sobre uma questão que, na mais acertada visão, careceria de uma análise científica, social, religiosa e cultural profunda? Simplesmente não lhe cabe fazer isso, mesmo que haja, como há nas ADIs de competência do STF, a participação da sociedade e suas instituições, através da figura do *amicus curiae*³⁸.

É perigoso ao Estado Democrático de Direito admitir juízos deste quilate, eis que se está, com esta postura institucional Ativista do Judiciário, a permitir um potencial desequilíbrio entre as funções estatais Legislativa, Executiva e Jurisdicional, pois se ao judiciário é dada, por exemplo, a faculdade de declarar inconstitucional ou mesmo constitucional lei ou parte dela, norma esta criada legitimamente por representantes do povo, a quem caberá rever ou fiscalizar juízo de tamanha importância, ainda mais se sopesado o fato de que em dados casos, por faltar competência técnica, deveria o julgador abster-se de analisar. Fica o questionamento.

4.3 Nepotismo nos três poderes

Segundo prescreve a súmula vinculante número 13³⁹, a nomeação de parentes, nos graus e condições nela estabelecidos, viola a constituição federal. Ademais, prescreve a CRFB/88, em seu artigo 103-A, dispositivo este incluído pela EC 45/2004, que as súmulas vinculantes obrigam aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

³⁸ *Amicus cùriae*, ou amigo da corte: trata-se de instituto criado para que a sociedade e suas entidades possam participar e manifestar seus posicionamentos ou mesmo expor conhecimento técnico por elas detidos, em dados julgados de nossa Suprema Corte (Moraes, 2014, p. 770).

³⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227> – acesso em 23/11/2014, às 13h34min.

municipal a seu integral cumprimento, cabendo, em caso de inobservância, Reclamação Constitucional ao STF, conforme prevê a lei 8.038/1990⁴⁰.

Conforme sintetizado, o Órgão Jurisdicional, valendo-se da prerrogativa ou melhor, da determinação feita pelo art. 103-A da CRFB/88, inovou na ordem jurídica lavrando a Súmula Vinculante número 13, a qual, repise-se, obriga à sua observância todo o aparelho estatal, o que, em que pese ser um colossal ganho à moralidade e legalidade na administração pública, mostra-se como um, diríamos, distanciamento da paridade funcional dos poderes, eis que, somada à essa competência do STF, há ainda a incidência da forma de atuação Ativista bem como a nomenclaturada Judicialização da Vida (Barroso, 2008, p. 23).

Pela exposição feita supra, um fato salienta-se aqui e que é objeto deste capítulo, qual seja, a preocupante superposição institucional que o Judiciário vem adquirindo, mormente por sua cada vez maior atuação ativista e, outrossim, pelas inovações trazidas pela EC 45/2004.

Não se está aqui, tal como no tópico anterior, a se perquirir a eficácia das decisões judiciais ditas ativistas ou mesmo sobre ganhos sociais que possam trazer, mais algo mais profundo e complexo: quais os efeitos que isso trará para a democracia brasileira, para o Estado, para as instituições e para a solidez da atuação dos Órgão Executivo e Legislativo.

Assim, sobre a questão propriamente chamada à baila do nepotismo no aparato estatal, mais uma vez agiu o STF de modo cabalmente ativista, considerando a magnitude de efeitos que sua decisão trouxe, além do próprio fato de que legislou, mesmo que em sede de súmula vinculante.

4.4 A Questão do uso de algemas

À guisa de exemplo derradeiro, cumpre falar aqui também sobre distinto julgamento de lavra do STF e que refere-se à restrição ao uso de algemas em caso de prisões. Neste precedente, a Suprema Corte brasileira, através do precedente

⁴⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm - acesso em 14/12/2014, às 19h03min.

HC 91.952⁴¹, julgado por seu pleno, deferiu ordem de HC em que o paciente fora julgado pelo tribunal do júri algemado, o que teria causado prejuízo a sua defesa e maculado o julgamento. Assim, com base neste caso *in concreto*, reconheceu o STF, posteriormente, via a súmula vinculante número 11⁴², que a utilização de algemas só seria lícita caso amoldasse a prisão e a constrição via algema nos termos do teor da referida súmula.

Assim como nos exemplos acima transcritos, mais uma vez o STF, valendo-se de sua privilegiada posição constitucional, não tão somente agiu de modo ativista, mais legislou, inovando na ordem jurídica, em que pese o objetivo maior ser o da uniformização jurisprudencial vinculação das demais instâncias a fim de se evitar que casos iguais ou semelhantes abarrotassem, com os respectivos recursos, os tribunais pátrios. Todavia, volta-se a ponto anteriormente levantado, qual seja: em que pese mais uma vez o STF agir de modo legítimo no plano jurídico, operou ele, com este julgamento, um desequilíbrio entre as funções estatais, eis que inovou na ordem jurídica de modo profundo, tendo em vista os mais variados e complexos efeitos que podem advir do cumprimento ou mesmo descumprimento da já citada súmula vinculante número 11.

É importante considera-se aqui também que a feitura de súmulas vinculantes, muitas prolatadas com espeque em decisões ativistas, além de representarem uma clara ameaça à democracia, eis que dá ao STF uma concentração de poderes, é também perigosa sob o plano jurídico e prático, ao passo que obriga, por exemplo, todos os membros do poder judiciário a lhe obedecer. Sobre tais pontos, Torres (2011)⁴³, assevera, *in verbis*:

Critica-se a súmula vinculante pelo fato dela atentar contra a livre convicção dos magistrados, isto é, contra sua independência, ou até mesmo contra o princípio da separação dos poderes, na medida em que através de sua adoção estaria o poder judiciário "*legislando*" ao estabelecer uma interpretação correta de determinada norma jurídica, interpretação esta dada *a priori* que regularia as futuras decisões jurisdicionais e até mesmo os atos da Administração Pública, invertendo assim, nas palavras de Rodolfo Camargo Mancuso, o nosso "*modelo jurídico político*", pois a partir de então

⁴¹ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157> – acesso em 13/12/2014, às 15h33min.

⁴² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220> – acesso em 23/11/2014, às 15h35min.

⁴³ Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19861/apontamentos-criticos-sobre-a-sumula-vinculante> – acesso em 23/11/2014, às 15h:57min.

não mais deveríamos fazer ou deixar de fazer alguma coisa somente em virtude de lei.

Assim, não só pelo quanto argumentado aqui mais também nos itens anteriores, independentemente do fator considerado, é de se reconhecer que o ativismo judicial, seja ele materializado através de uma sentença monocrática ou de uma decisão do pleno do STF, em nada tem, a longo prazo, a trazer benefícios a nossa democracia, eis que compromete a solidez da organização de nosso Estado, pondo em xeque sua paridade ou mesmo a segurança jurídica dos jurisdicionados.

4.5 Breves ponderações

O Supremo Tribunal Federal possui, por força do que dispõe o artigo 101 e seguintes da CRFB/88, um papel fundamental à organização político-administrativa brasileira. A ele cabe, no que diz respeito à função jurisdicional, das mais elementares às mais complexas competências, sendo que também não se pode omitir o caráter até de certo modo político que a corte desempenha. Entretanto, como acima se quis demonstrar, hodiernamente, em solo pátrio, tem se verificado uma disfunção no que diz respeito ao exercício da jurisdição por parte desta corte, eis que surgiu e tem alargado seus tentáculos, ao que tudo indica, via ativismo judicial.

O que se objetiva questionar, conforme já dito, não é se as atuações do STF tem sido ou não eficazes ou mesmo se aquele Órgão do Judiciário tem atuado dentro de seu espectro de competência jurisdicional, mas se suas decisões, mormente as de cunho marcadamente ativista, são legítimas, se poderia ele decidir sobre dadas temáticas e quais os efeitos que isso pode gerar em um interregno temporal considerável.

Falando sobre a legitimidade do STF para agir sobre a égide de salvaguardar as opções feitas pelo constituinte originário, Romaniuc (2014)⁴⁴, afirma, em precisa lição que:

⁴⁴ Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11081 - acesso em 23/11/2014, às 18h12min.

O Supremo Tribunal Federal é um órgão de proteção e fiscalização do respeito à Constituição, devendo respeito aquele documento estruturante do Estado, de modo que, para que se mantenha dentro dos limites de atuação legítima, deve, logicamente, não afrontar preceitos constitucionais. É o mínimo que podemos esperar de um órgão com essas atribuições.

Coeso ao que fora dito anteriormente e pelo exposto pelo autor acima citado, é imperioso verificar que, repise-se, a questão ou mesmo problemática brasileira constitucional atual é, para além de uma simples questão de competência de atuação, uma que refere-se à essência de toda a organização estatal, eis que se verifica na atualidade, e nisso não se pode falar unicamente do STF, uma atuação ativista deliberadamente institucionalizada pelos julgadores e que compromete a estabilidade de todo o Estado brasileiro, ao passo que um Órgão sobrepõe-se em importância e atuação em relação aos demais outros.

Um outro grande risco, e este ameaça o próprio Judiciário, seria o de o ativismo judicial com seus consectários efeitos, transformar as cortes judiciais em verdadeiras arenas políticas, politizando esta função estatal e fazendo migrar da instâncias administrativas tradicionais e legítimas, debates alheios às funções jurisdicionais para os Órgãos Julgadores. Sobre esse perigo, argumenta Boeira (2013)⁴⁵, que, *in verbis*:

A separação de poderes tem como foco a ideia genuína de "limitar o poder", de estabelecer um "controle" recíproco entre os poderes a fim de garantir a liberdade. A limitação do poder é algo inerente ao Estado de Direito. Porém, o que estamos assistindo no Brasil é a progressiva flexibilização do "controle", sua superação para um regime institucional inteiramente novo, estranho aos modelos imaginados pelo direito constitucional nos últimos dois séculos. De fato, o alargamento do poder judiciário no Brasil para além de suas competências, está a demonstrar que o atual cenário da jurisdição constitucional, entre nós, não se dá mais no campo do "tipicamente jurídico", mostrando-se, de fato, que o poder judiciário está a realizar uma autêntica "jurisdição política", segundo o qual aparece como "ultima ratio decidendi" no Estado de Direito democrático brasileiro. Não obstante isso, subsistem Constituições que alargam funcionalmente o papel da jurisdição para além de atribuições anteriormente desconhecidas, ora em razão do aumento de competências das Cortes Constitucionais européias- órgãos de

⁴⁵ Disponível em: <http://www.formacaopolitica.com.br/artigos/os-riscos-da-politizacao-do-judiciario-e-do-ativismo-judicial-marcus-boeira/> - acesso em 23/11/2014, às 18h25min.

jurisdição especializada-, ora em Supremas Cortes do Poder Judiciário- órgãos de última instância do poder judiciário- que, em sistemas de "stare decisis", por vezes encampam para si matérias relativas ao campo político. Assim, a politização da justiça, ou a judicialização da política, pode ser fenômeno previsto pelos sistemas jurídicos existentes. Por politização da justiça ou seu revés, judicialização da política, entende-se o ingresso do poder judiciário na área da política governamental, isto é, no conjunto de matérias próprias da governabilidade e da política propriamente dita, tendo por base uma previsão normativa que propicie essa ampliação funcional.

Conforme infere-se da análise do excerto acima transcrito, é preocupante os rumos para os quais o Judiciário como um todo tem tomado, eis que caminha, com o agigantamento do ativismo judicial, para um claro desequilíbrio funcional, o que coloca em risco, conforme já dito, não tão somente a isonomia entre os poderes, mas o próprio Judiciário, que, com suas inovações ao julgar, transforma pretórios em locais politizados.

Ainda sobre essa alarmante questão da politização do Judiciário, afirma Britto (2010)⁴⁶ que:

Escrevendo em outras palavras, o Judiciário, com as sua contradições e acertos que não cabem aqui aprofundar, se tomou o último responsável pela ratificação executória de toda política pública, federal, estadual ou municipal. Basta que se observe que fora o Judiciário quem definiu a secular questão indígena, a autorização para as pesquisas com as células-tronco embrionárias, a quebra do monopólio da PETROBRÁS sobre o exploração e refino do petróleo, a amplitude da liberdade de imprensa, a proibição do nepotismo, a transformação do refúgio político em simples ato administrativo, o asilo em ato judicialmente controlável, a tortura em crime banal, a fidelidade partidária como impositivo constitucional, os limites legais e éticos das campanhas eleitorais, o papel dos correios e das agências reguladoras, as restrições ao constitucional direito de greve, os tetos e pisos remuneratórios dos servidores públicos, as isenções fiscais ou legalidade dos tributos, o uso de algemas nas atividades policiais, a importância do direito de defesa, os confiscos salariais e milhares de outras. Não custa lembrar que já consta da pauta do Judiciário a ratificação ou rejeição da política de inclusão social (quotas sociais ou raciais), os contornos e alcance da saúde pública, os investimentos em infraestrutura (obras públicas, licitações), a política fiscal (inconstitucionalidade ou ilegalidade de tributos e incentivos).

⁴⁶ Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-do-judiciario> - acesso em 24/11/2014, às 10h23min.

O autor acima referenciado confirma algo veementemente propalado nos tópicos anteriores, o que seja: de que o Judiciário como um tudo vem fazendo as vezes do administrador e do legislador, atuação esta que, no que diz respeito à organização dos poderes, poderá trazer consequências gravosas a longo prazo.

A título de exemplo e servindo aqui dos casos citados pelo jurista acima referido, pode-se fazer uma pergunta, ou melhor, varias: com que legitimidade o Judiciário, corporificado neste caso no STF, impõe e afirma ser a fidelidade partidária como impositivo constitucional? Sabe-se que, quando prolata decisões neste sentido, o Supremo estaria, ao mesmo na finalidade, buscando dar a melhor interpretação e leitura ao texto constitucional, dando guaridas às pretensões do constituinte originário, todavia, em muitas situações, age ele para além das próprias fronteiras constitucionais, se transformando num superpoder, ao passo que fita e faz prevalecer sobre milhões de indivíduos, sua vontade sumária e impositiva, isso em caso que, no entendimento mais democrático, deveria ser equacionado pelos diretamente representantes populares, que são os legisladores.

Já em se de conclusão, vale citar aqui o que Carmona (2014)⁴⁷ descreve como Ativismo Judicial e seus subtipos. Vejamos, *in verbis*:

(...) o ativismo judicial possui quatro dimensões: O ativismo contra-majoritário que significa a relutância dos tribunais em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos, o fortalecimento da jurisdição constitucional, bem como o poder judiciário atuando como legislador negativo. A segunda dimensão é chamada pelo autor de ativismo jurisdicional, que consiste na ampliação dos limites jurisdicionais do poder judiciário e na correção, modificação ou complementação de leis e atos administrativos. Como terceira dimensão o autor cita o ativismo criativo que segundo ele consiste na utilização da hermenêutica como forma de novos direitos ou afirmação jurídica de direitos morais e na hermenêutica concretista e princípio da proibição da proteção insuficiente, bem como na fundamentação em conceitos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. E por fim o ativismo remedial que seria a imposição pelo Poder Judiciário de obrigações positivas aos poderes eleitos e na determinação de políticas públicas, criação ou remodelação de órgãos e regulamentações legais.

⁴⁷ Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605 – acesso em 24/11/2014, às 11h09min.

Da análise do trecho, pode-se concluir que o autor faz a mais precisa definição do que seria o ativismo judicial, bem como quais seria suas subespécies. Interessante notar que estas estão postas em dimensões ou tipos de atuação ativista. Mas um ponto em comum todas possuem: há a atuação ilegítima e temerária do Órgão jurisdicional, agir este que muitas vezes compromete, conforme já afirmado reiteradamente, a estabilidade da organização político administrativa brasileira, que é, no melhor análise, o maior risco oferecido pelo ativismo judicial.

O Brasil evoluiu substancialmente no plano político nas últimas 2 (duas) décadas quando o assunto é democracia, e isso é consequência de sua redemocratização e feitura da CRFB/88. Todavia ainda não chegou no amadurecimento jurídico-político pleno, eis que ainda lhe falta, em muitos aspectos da vida organizacional, ajustes institucionais. A melhor realocação das funções estatais constitucionais é um destes. Não se pode admitir que um Órgão como o Judiciário, sob qual égide seja, aja de modo a sobrepor-se aos demais, mesmo que essa atuação seja benéfica e legal. Se há falhas e lacunas nos Órgãos Executivo e Legislativo, deve-se buscar a resolução destas falhas e não paliativos imediatistas que, além de equacionarem e darem a melhor e mais democrática saída à sociedade brasileira, comprometem, repise-se, a estabilidade política do Estado como um todo.

CONCLUSÃO

Conforme se pôde notar no quanto discorrido, o Ativismo Judicial é, de fato, um fenômeno e não algo isolado na atual quadra política e jurídica brasileira, fenômeno este que, na contemporaneidade, tem sido verificado com constante frequência nos julgados dos pretórios pátrios. O principal a se reconhecer e se sopesar nesta fase deste trabalho conclusivo de curso, é que, conforme se disse, o Ativismo é uma desregulação, por parte do Judiciário, no exercício de sua função, anomalia esta que, coeso ao que se afirmou, representa sérios riscos ao Estado brasileiro, eis que compromete a segurança jurídica e a solidez da democracia brasileira. Conforme fora feito no introito deste trabalho, será operada, logo abaixo, a breve conclusão de todos os tópicos ou, melhor, capítulos aqui trabalhados, de modo a proporcionar uma melhor compreensão da proposta da pesquisa.

Nenhum fato nasce isolado ou mesmo apartado da realidade que o circunda ou mesmo precede. Com o Ativismo Judicial está premissa também é verdadeira, eis que este só nasceu porque houve, no limiar da era histórica chamada de Idade Contemporânea, a Revolução Iluminista que, com suas influências, oportunizou o surgimento do Constitucionalismo, fato este que, tempos depois, ensejaria emergir fenômenos jurídicos outros, como o próprio Ativismo Judicial. Este ponto foi tratado no capítulo I deste trabalho.

Quanto ao Ativismo Judicial propriamente dito, tópico trabalhado com maior amplitude e precisão no Capítulo II, é de se concluir que este fato, que em verdade é um fenômeno de matizes variados, passando do aspecto jurídico ao político, além do social, que este é, indubitavelmente, uma desregulação sistêmica deflagrada pelo Judiciário no plano não da competência, eis que as decisões ativistas, no plano da formalidade, em sua maioria não afrontam a lei e a CRFB/88, mas no da legitimidade democrática, técnica e institucional para julgar determinadas matérias, o que é mais grave que eventual exercício fora das hipóteses expressas de competência, pois no caso do Ativismo o combate à decisão é mais complexo e difícil, além de ser os seus efeitos mais gravosos e imprevisíveis ao Estado Democrático de Direito.

No que orbita a questão da Judicialização da Vida, tema do Capítulo III, a conclusão que se deve ter é que este fato, que decorre da própria vontade

constitucional originária, decorre não do intuito livre e espontâneo dos julgados, mas da externada pelo constituinte originário, que reservou uma maior gama de direitos e possibilidades de exigência estatal, passando a reservar uma infinita quantidade de possibilidades de aforamento de ações judiciais. Assim, deve-se reconhecer, em sede conclusiva, que o Ativismo Judicial é uma opção do Magistrado por jogar para além dos limites constitucionais, podendo optar por posturas outras. Já a Judicialização é um tendência constitucional, a qual, inclusive, não é verificada tão somente no Brasil, mas em outras nações, tendência esta que não dá ao Magistrado a mesma discricionariedade do Ativismo, devendo agir, por impulso constitucional, caso instado.

Por derradeiro, o IV capítulo evidencia o quão comum e grave é o Ativismo Judicial no Brasil, mostrando grandes exemplos de julgados ativistas e aclarando os riscos que representam para a democracia brasileira. A conclusão que se pode tirar deste particular capítulo é que o Ativismo Judicial, conforme já reiteradamente afirmou-se supra, existe em solo brasileiro, sendo uma grave ameaça à estabilidade das instituições democráticas. Sua principal finalidade é, com os casos concretos discorridos, demonstrar, de modo reiterado, a existência do fenômeno ativista e a sua gravidade.

Ante ao que foi exposto durante todo o trabalho, bem como às resumidas conclusões feitas acima, pode-se chegar à concepção que o Ativismo Judicial de fato existe e de que vem alargando seu território de incidência no Brasil, sendo ele uma desregulação funcional promovida pelo Judiciário ao julgar para além de suas fronteiras não de competência, mas da legitimidade e capacidade técnica, sendo um grande risco ao Estado brasileiro, ao passo que têm sido prolatadas decisões sobre assuntos que ao Órgão Jurisdicional não caberia emitir vereditos, pondo em xeque a segurança jurídica, a credibilidade das instituições e do próprio Judiciário, além de criando uma sensação aparente de proeminência deste órgão em relação ao Legislativo e Executivo.

Assim, conforme já reiteradamente dito, não se pode dizer se o Ativismo Judicial será bom ou ruim para nossa organização política, mas fato é que representa risco a ela, ao passo que a compromete de modo sistêmico e orgânico, razão pela qual as críticas e elucubrações aqui feitas merecem distinta relevância, tendo em vista não sabermos para que rumos institucionais estamos caminhando.

REFERÊNCIAS

Livros

- ___Barbosa, Rui – **Oração Aos Moços** / Rui Barbosa – Editora Martin Claret, 2003.
- Bíblia Shedd**/ editor responsável Russell P. Shedd; traduzida em português por João Ferreira de Almeida. – 2. ed. ver. e atual. no Brasil. – São Paulo: Vida Nova; Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1997.
- Cegalla, Domingos Pascoal, 1920 - **Novíssima gramática da língua portuguesa** : (com numerosos exercícios) / Domingos Paschoal Cegalla. – 43. ed. – São Paulo : Companhia Editora Nacional, 2000.
- Comentários à Constituição do Brasil** / J. J. Gomes Canotilho...[et al.]. – São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013. Outros autores e coordenadores : Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes.
- Cotrim, Gilberto, 1995 -. **História Global – Brasil e Geral** – Volume único / Gilberto Cotrim – 8. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2005.
- Houaiss, Antônio (1915-1999) e Villa, Mauro de Salles (1939-). **Dicionário Houaiss da língua portuguesa** / Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1. ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- Júnior, Paulo Hamilton Siqueira. **Direito Processual Constitucional** / Paulo Hamilton Siqueira Júnior. 6ª ed. – São Paulo-SP : Editora Saraiva, 2012.
- Lakatos, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica** / Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. – 6. Ed. – São Paulo : Atlas 2005.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza – 17º. Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de, 2010 – **Curso de Direito Administrativo** / Celso Antônio Bandeira de Mello, 28ª Edição – São Paulo-SP: Malheiros Editores.
- Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.
- Moraes, Alexandre de - **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 30ª. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.
- Neves, Marcelo. **A constitucionalização simbólica** / Marcelo Neves. – 3ª ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2011. – (Biblioteca jurídica WMF).

Padilha, Rodrigo, 1976 - **Direito constitucional** / Rodrigo Padilha. – 4. ed. - Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

Reis, Leonardo - **Direito constitucional facilitado** [recurso eletrônico] / Leonardo Reis e Renato Braga. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2011. recurso digital. - (Provas e concursos).

Rousseau, Jean-Jaques. **Do Contrato Social** / Jean-Jaques Rousseau – tradução de Pietro Nassetti, 3ª Edição, Martin Claret, São Paulo, 2011.

Tratado de direito constitucional, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

Vade Mecum Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 17. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

Endereços eletrônicos

Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> –
 acesso em 23/11/2014, às 12h21min.

Disponível em: <http://www.formacaopolitica.com.br/artigos/os-riscos-da-politizacao-do-judiciario-e-do-ativismo-judicial-marcus-boeira/> - acesso em 23/11/2014, às 18h25min.

Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157> –
 acesso em 13/12/2014, às 15h33min.

Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=22242.37374>, acesso em 13/12/2014, às 23h02min.

Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12024/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%205.pdf?sequence=1> – Acesso em 12/10/2014, às 16h59min.

Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> -
acesso em 23/11/2014, às 15h35min.

Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/19861/apontamentos-criticos-sobre-a-sumula-vinculante>> -
acesso em 23/11/2014, às 15h57min.

Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11081> - acesso em 23/11/2014, às 18h12min.

Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4215> -
acesso em 13/12/2014, às 23h:38min.

Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605> - acesso em
24/11/2014, às 11h09min.

Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/22620/a-ascensao-do-poder-judiciario-no-brasil-democratico/3>> - Acesso em 13/10/2014, às 11h45min.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-26/ministro-gilmar-mendes-critica-tamanho-judiciario-brasileiro>> - Acesso em
12/10/2014, às 16h09min.

Disponível em:
<<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-ja-tem-mais-de-200-midehabitantes-mostra-ibge,1069159>>. - Acesso em 12/10/2014, às 15h45min.

Disponível em:
<<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2013/05/ayres-britto-rechaca-acusacao-de-ativismo-judiciario-e-defende-atuacao-do-stf-6629.html>>- acesso em 21/11/2014,
às 15h49min.

Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/blog/modus-operandi>> - acesso em 14/12/2014, às 14h:50min.

Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/5909/Ministro-Celso-de-Mello-defende-ativismo-judicial-do-STF,%20acessado%20em%2003.03.2012>> - acesso em
21/11/2014, às 15h40min.

Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/993/Decisum>> - acesso em
14/12/2014, às 11h:47min.

Disponível em:
<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>- acesso
em 13/12/2014, às 14h52min.

Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29705-numero-de-processos-baixados-cresce-93-em-cinco-anos-mas-nao-alcanca-demanda.>> -
Acesso em 12/10/2014, às 15h35min.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm - acesso
em 11/12/2014, às 11h:25min.

Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> -
acesso em 12/12/2014, às 15h26min.

Disponível em:
<http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Constitucional/Poder_Constituinte.htm> -
acesso em 14/12/2014, às 17h:24min.

Disponível em: <<http://www.significados.com.br/holocausto/>> - acesso em
14/12/2014, às 15h:15min.

Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte-constitucional>>- acesso em 17/01/2015, às 12h47min.

Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffenseller_rev_85.htm> - acesso em 17/01/2015, às 13h04min.