

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO

BEATRIZ ARAUJO DE MORAES

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Niterói
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

BEATRIZ ARAUJO DE MORAES

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Claudio Brandão de Oliveira.

Niterói

2018

BEATRIZ ARAUJO DE MORAES

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Data de aprovação: ____/ ____/ ____

Banca Examinadora:

Professor orientador: Claudio Brandão de Oliveira

Professor: _____

Professor: _____

Niterói

2018

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD

M827a Moraes, Beatriz Araujo de
Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal / Beatriz
Araujo de Moraes ; Claudio Brandão de Oliveira, orientador.
Niterói, 2018.
40 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-
Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito,
Niterói, 2018.

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Ativismo Judicial. 3.
Democracia. 4. Direito Constitucional. 5. Produção
intelectual. I. Título II. Oliveira, Claudio Brandão de ,
orientador. III. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de
Direito.

CDD -

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata do tema Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal, tendo por objetivo compreender a atuação histórica do Poder Judiciário no Brasil. O método utilizado foi através da análise histórica do Estado Democrático de Direito e a sua estruturação no Brasil através da Jurisdição Constitucional, além disso foi de igual importância a análise da jurisprudência da Suprema Corte Brasileira em casos pontuais e polêmicos em que é possível perceber a posição ativista do Poder Judiciário. O principal objetivo deste trabalho é apresentar como é a atuação do Supremo Tribunal Federal e os impactos deste fenômeno na ordem democrática brasileira, bem como as críticas e elogios ao recente movimento de expansão do poder judiciário.

Palavras Chaves: Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial. Democracia. Direito Constitucional

ABSTRACT

This Course Conclusion Paper deals with Judicial Activism in the Federal Supreme Court, aiming to understand the historical performance of the Judiciary in Brazil. The method used was through the historical analysis of the Democratic State of Law and its structuring in Brazil through the Constitutional Jurisdiction, and it was equally important to analyze the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court in punctual and controversial cases in which it is possible to perceive the position activist of the Judiciary. The main objective of this work is to present how the Federal Supreme Court acts and the impacts on the Brazilian democratic order, as well as the criticisms and praises of the recent expansion of the judiciary.

Keywords: Federal Supreme Court. Judicial Activism. Democracy. Constitutional Law

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais que sempre estiveram ao meu lado, acreditando no meu potencial e me ajudando sempre a realizar os meus sonhos. Da mesma forma, agradeço ao meu irmão, minha avó e todos os meus familiares pelo carinho e toda torcida positiva.

Agradeço aos meus amigos da faculdade e da vida que me acompanharam durante todo o longo período acadêmico. Estes dividiram tristezas e somaram alegrias, tornando todo o caminho mais leve. Em especial, homenageio Viviane Maria, Lucas Corrêa, Gabrielle Fonseca, Nayana Gouvêa, Julya Brandt e Gabrielle Sanches, mas também a todos os colegas que fizeram parte destes durante estes 5 anos tão especiais.

Agradeço ao meu namorado, Diego Bruno Viana, pelo apoio e compreensão nesse período final da faculdade. Obrigada pelo conforto durante as diversas noites mal dormidas e por sempre acreditar em mim.

Por fim, agradeço a Deus por todas as bênçãos recebidas. Sem Ele nada disso seria possível.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1	9
O REGIME DEMOCRÁTICO BRASILEIRO	9
1.1 Evolução histórica	9
1.2 Estado Democrático de Direito	11
1.3 Separação dos Poderes	12
CAPÍTULO 2	15
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	15
2.1 Conceito e evolução histórica	15
2.2 Estrutura do Supremo Tribunal Federal	19
CAPÍTULO 3	20
ATIVISMO JUDICIAL	20
3.1 Origem e conceituação	20
3.2 O ativismo e a interpretação Constitucional	22
3.3 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal	23
3.4.1. Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)	24
3.4.2 Súmula Vinculante	25
3.4.3 Mandado de Injunção	26
3.4.4 Fidelidade Partidária	29
3.4.5 Vedação ao nepotismo – ADC 12/DF e Súmula nº13	30
CAPITULO 4	31
DIFERENTES POSICIONAMENTOS SOBRE A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO	31
4.1 Ativismo judicial como defesa da ordem democrática	31
4.2 Críticas e consequências da expansão do Poder Judiciário	33
4.2.1 Riscos para a legitimidade democrática	33
4.2.2 Decisionismo Judicial	33
4.2.3 A capacidade institucional do Judiciário	34
5. CONCLUSÃO	35
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

INTRODUÇÃO

O tema do ativismo judicial tem protagonizado a pauta das grandes discussões da teoria jurídica brasileira. A expansão do poder judiciário vem despertando, não apenas no Brasil, inúmeras teses e pesquisas que buscam explicar este fenômeno.

De pronto, para que haja maior clareza no objeto do presente trabalho, faz-se necessário diferenciar dois movimentos considerados semelhantes, tendo em vista que ambos em sua essência tratam da relação entre direito e efetivação da democracia, porém que não possuem os mesmos fundamentos. Trata-se dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Em linhas gerais, a judicialização decorre do inadequado funcionamento das instituições dentro dos parâmetros traçados pela Constituição. No âmbito do Estado Democrático de Direito sempre haverá algum grau de judicialização, uma vez que se faz necessário o pronunciamento do Poder Judiciário nos casos de violação por parte de um dos poderes à Constituição.

Em especial, no contexto brasileiro, esse processo de judicialização é ainda mais intenso, devido a diversos fatores que serão melhor delineados ao longo deste trabalho, dentre eles a Carta Magna de 1988, que possui características abrangentes e analíticas, e ao amplo sistema de controle de constitucionalidade que favorece o tratamento das questões de grande repercussão social ou política pelos órgãos do Poder Judiciário.

Diferentemente do conceito acima exposto, o ativismo judicial está relacionado à resposta do judiciário à questão objeto da judicialização. Neste sentido, o ativismo trata de algum excesso ou distorção no exercício da função jurisdicional, deixando evidente uma postura proativa e expansiva do intérprete da Constituição.

Para os fins desta monografia, o ponto nodal é a análise do crescente posicionamento ativista do Poder Judiciário, mormente no que tange ao Supremo Tribunal Federal, e os impactos deste comportamento na ordem democrática brasileira.

Desse modo, será feito um levantamento sobre o regime democrático brasileiro e os principais princípios que o regem, bem como suas estruturas e características. O objetivo é fazer uma evolução histórica do ativismo judicial no Brasil e analisar a atuação específica do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico, apontando, ao final, os diferentes posicionamentos quanto aos riscos desta atuação para o Brasil.

CAPÍTULO 1

O REGIME DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

1.1 Evolução histórica

Consoante assevera o autor José Afonso da Silva, a democracia não é um mero conceito político abstrato, mas um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. Sendo assim, a democracia não possui um valor-fim, mas é meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana.¹

O termo democracia possui sua etimologia na Grécia Antiga, originalmente da palavra *dēmokratía*, = *dêmos* 'povo' + *kratía* 'força, poder'.

Não só a palavra é de origem grega, mas também o conceito de democracia, tanto na elaboração teórica como em seu exercício. Para os gregos, o cidadão era ao mesmo tempo criador e sujeito das leis, atuando como gestor da cidade em uma relação inerente com a *pólis*². Contudo, o conceito de cidadãos era extremamente restrito a uma pequena elite, deixando a margem diversos grupos como comerciantes, mulheres e escravos.

A ideia do Estado Democrático possui suas raízes no início do século XVIII afirmando valores democráticos e modos de organização Estatal em vista a proteção daqueles valores. A fixação desses pontos iniciais se torna indispensável para a compreensão dos debates ao longo dos séculos sobre a função do estado e a

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

² A expressão grega *pólis* remete as antigas cidades-estados

participação popular, bem como a dificuldade de adequação da ideia de Estado democrático com as exigências da vida contemporânea.³

O conceito de democracia moderna surge após as lutas contra o absolutismo, em especial a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa.

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

É através de três grandes movimentos político-sociais que se transpõem do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático: o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominam de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por LOCKE e que teve sua expressão mais significativa no Bill of Rights, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de ROUSSEAU⁴

Em síntese, após as revoluções burguesas, destacam-se três princípios que nortearam a implementação do democrático nos Estados, quais sejam, a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos.

Neste ponto surgem também as formas de pelas quais o povo participa do poder dando origem a três tipos de democracia caracterizadas como direta, indireta ou representativa e semidireta.

No contexto brasileiro, adotou-se a democracia semidireta ou participativa que é um regime de governo híbrido em que há a combinação da representação política com formas de democracia direta. Nesse tipo de democracia, os instrumentos de participação direta são o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. O referendo é realizado quando a consulta à população ocorre posteriormente à elaboração da lei, ou seja, o cidadão apenas vota quanto a manutenção ou descontinuidade da mesma. Diferentemente, no plebiscito essa consulta ocorre antes da proposição de

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

determinada lei. Por fim, na iniciativa popular, a população propõe determinada lei, cabendo ao sistema legislativo aceitar ou recusar essa proposição.

1.2 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia⁵

O Constitucionalismo surge no contexto das revoluções liberais, que tiveram início no século XVIII, contra os regimes absolutistas e tornou-se modelo universal através da Revolução Francesa. A marca indelegável deste movimento é a proteção dos direitos fundamentais face a interferência do Estado.

Importa ressaltar que o constitucionalismo é a formalização da ideologia liberalista e positivista, por isso foi um dos pilares fundamentais da consolidação do Estado Liberal de Direito. Por conseguinte, esta forma Estatal é marcada pela positivação dos direitos e garantias aptos a salvaguardar os indivíduos contra o arbítrio do Estado, ou seja, o propósito final era a limitação do poderio estatal à vontade da lei.

Conforme bem explica José Afonso da Silva, o Estado de Direito passou a ser Estado de Legalidade, transformando o direito em um mero enunciado formal da letra da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social e econômica. Desse modo, todo Estado acaba sendo legitimado como Estado de Direito, ainda que seja ditatorial.

No período imediatamente após a Segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade século XX, a ética e os valores começaram a se reaproximar do direito, sob a roupagem ideológica do pós-positivismo. Por conseguinte, houve o marco histórico de reaproximação entre democracia e direito dando protagonismo a nova forma de organização política chamado de Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional Democrático.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

No caso brasileiro, esse mesmo movimento de retorno ao regime político jurídico democrático teve início com a promulgação da Constituição de 1988 e foi expressamente consagrado através do seu Artigo 1º. Vejamos:

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.(grifos nossos)

Portanto, nas palavras de Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes:

É por essas, entre outras, razões que se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio em questão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do status quo.⁶

1.2 Separação dos Poderes

A implantação dessa forma de organização através da divisão funcional do poder estatal, desde sua origem, foi planejada para evitar a centralização e absolutização do poder em apenas um órgão ou governante. O princípio da tripartição tornou-se a pilar fundamental do constitucionalismo moderno.

⁶ Ciência política e teoria do estado / Lenio Luiz Streck; Jose Luis Bolzan de Moraes. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Alguns doutrinadores como Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes, mencionam em sua obra que esse sistema de limitação do poderio estatal teve sua gênese no período da Grécia antiga através de Aristóteles.⁷

Contudo, o marco de início deste pensamento normalmente utilizado para fins de estudo da teoria política ocorreu no período das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII através de três obras principais, quais sejam, Marsílio de Pádua – *Defensor Pacis* –, Maquiavel – *O Príncipe* – John Locke – *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*.

É cediço que a consagração do princípio da tripartição dos poderes mais semelhante com os moldes atuais ocorreu através da obra *De L'Esprit des Lois* (1748) de Montesquieu.

Nas palavras do pensador francês: “Há em cada Estado três tipos de poder: o Poder Legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil.”⁸

No parágrafo seguinte, Montesquieu segue pontuando as respectivas funções dos poderes:

Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado produz as leis para um certo tempo ou para sempre e retifica ou ab-roga aquelas que são produzidas. Mediante o segundo, ele produz a paz ou guerra, envia ou recebe embaixadores, estabelece a segurança, previne as invasões. Mediante o terceiro, ele pune os crimes e julga as diferenças dos indivíduos. Chamaremos este último de *poder judiciário* e o outro simplesmente de *poder executivo do Estado*.⁹

A doutrina produzida por Montesquieu atendeu claramente aos anseios da sociedade liberal burguesa em nova fase de estruturação do Estados. Neste contexto, havia uma busca incessante por afastar quaisquer resquícios absolutistas, ou seja, a implantação da limitação do poder Estatal afastou a possibilidade dos governos tirânicos.

A Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776 foi o primeiro documento a tratar da necessária separação dos poderes do Estado, contudo foi a partir da

⁷ Ciência política e teoria do estado / Lenio Luiz Streck; Jose Luis Bolzan de Moraes. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O Espírito das leis*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Edipro, 2004. p 189.

⁹ Idem p. 189

declaração francesa que o princípio se tornou universal e indispensável a caracterização do constitucionalismo.

Através do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é possível observar o grau de importância que este princípio foi recebido no ordenamento jurídico do período:

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Em decorrência desta teoria, surge o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), assim originalmente conhecido pelos norte-americanos. A finalidade principal deste modelo é a limitação do poder pelo poder através de um controle recíproco entre os mesmos. Apesar de serem independentes em sua organização e função, o legislativo, o executivo e o judiciário trabalham de forma articulada por meio da mútua subordinação a fim de salvaguardar a liberdade e a soberania nacional.

No Direito Constitucional Brasileiro o princípio da divisão dos poderes está expresso no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 nas seguintes palavras: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Consoante definido pelo autor José Afonso da Silva, a independência dos poderes significa que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros, os titulares não precisam de autorização ou consulta para realizar as atribuições que lhes são próprias e cada órgão é livre para a organização dos respectivos serviços desde que observadas as disposições constitucionais.

Em complemento, o autor define a característica de harmonia entre os poderes como normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.¹⁰

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Em verdade, a soberania nacional é una e indivisível e pode ser manifestada por uma pluralidade de órgãos. Sendo assim, não há uma separação entre os poderes, mais um compartilhamento de atribuições, ou seja, os atos emanados de cada poder estão vinculados uns aos outros.

De fato, o sistema de freios e contrapesos implica em uma interdependência dos poderes a fim de gerar o equilíbrio necessário para a realização do bem da coletividade. Ademais, importa ressaltar que no período de estruturação dos Estados Democráticos de Direito, alcançando repercussão no Brasil após a Constituição de 1988, a atuação articulada dos poderes tornou-se intrinsecamente relacionada com a concretização dos Direitos Fundamentais.

Portanto, o princípio passa a ser o meio de realização da vontade democrática conforme palavras do doutrinador Nuno Piçarra:

O princípio da separação dos poderes deixa de se contrapor ao princípio democrático para legitimar poderes autónomos em relação a este, e passa a desenvolver a sua acção apenas no quadro do princípio democrático, como princípio de organização do poder político-estadual, todo ele democraticamente legitimado. O princípio da separação dos poderes deixa, pois, de ser chamado para balancear o princípio da legitimidade democrática e outros princípios de legitimidade, para se subordinar exclusivamente ao primeiro.¹¹

CAPÍTULO 2

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1 Conceito e evolução histórica

Nas palavras do doutrinador Hans Kelsen, a jurisdição constitucional significa “a garantia jurisdicional da constituição”, ou seja, “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”.¹² Em outras palavras, a jurisdição Constitucional surgiu como um instrumento de defesa Constituição, outorgando poderes a um órgão jurisdicional para verificar a conformidade dos atos e das leis com ao texto da Carta Magna.

¹¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação do Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 1989, p. 245.

¹² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123 e 124

A origem da jurisdição constitucional muitas vezes se confunde com o surgimento movimento constitucionalista. Antes da consolidação do Estado Constitucional de Direito, vigorava um modelo de Estado em que havia a supremacia do poder legislativo, seguindo o modelo da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. Neste ambiente, os dispositivos constitucionais não eram aplicados diretamente, tampouco existia um robusto controle de constitucionalidade.

A partir do final da segunda Guerra Mundial, inicia a disseminação de um novo modelo de funcionamento do Estado baseado na primazia Constitucional. Nele, a Constituição disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, estabelecendo limites também ao seu conteúdo, bem como delimita a atuação estatal.

No contexto brasileiro, o controle judicial tem sua origem a partir da proclamação da República em 15 de novembro de 1889, uma vez que foi necessária a criação de novos instrumentos capazes de defender a nova ordem constitucional de eventuais maiorias legislativas contrárias ao sistema republicado e ao pacto federativo.

Através da influência da jurisdição constitucional norte americana, o Brasil implementou o processo de controle judicial de constitucionalidade baseado no modelo do *judicial review*. Este sistema nasceu nos Estados Unidos e foi difundido em 1803, após o caso *Marbury v. Madison*, quando a Suprema Corte analisou a constitucionalidade de uma lei, assentando não ser de sua competência decidir o mérito da questão.

Rui Barbosa foi o responsável pela importação desse sistema de controle de constitucionalidade para o Brasil, em suas palavras:

O que sob a Constituição de 1891 lucrou em poder a Justiça, não foi a atribuição de verificar a constitucionalidade nos atos do Poder Executivo: foi a de pronunciar a inconstitucionalidade nos atos do Congresso Nacional.¹³

¹³ BARBOSA, Rui. Discurso de posse no lugar de sócio do Instituto dos Advogados. In: LACERDA, Virgínia Cortes de (seleção, organização e notas). Rui Barbosa – escritos e discursos seletos. Rio de Janeiro: Nova Aguiar, 1997

Cabe ainda ressaltar que o direito brasileiro é positivado nas leis, seguindo a escola jurídica do *Civil Law*, diferentemente do sistema norte americano de *Common Law*, que impõe força vinculante aos precedentes. Sendo assim, ao longo dos tempos foram necessárias algumas adaptações no sistema de controle difuso e concreto brasileiro.

Ademais, através da constituição de 1934, houve a introdução do primeiro esboço do sistema de controle de constitucionalidade abstrato, por meio da criação da representação interventiva, que tratava da intervenção dos poderes políticos nos Estados. Nas palavras de Gilmar Mendes e Ives Gandra:

Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, §3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, §2º).¹⁴

Outro marco importante para a estruturação do controle judicial brasileiro foi a Emenda nº 16 de 1965 à Constituição de 1946. Através desta, foi permitido o controle de constitucionalidade das leis municipais em face das constituições estaduais, a ser exercido pelos tribunais estaduais, bem como o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de leis federais, ampliando também os parâmetros de controle, antes limitados às questões referentes ao pacto federativo. Ressalta-se que esta ação só poderia ser proposta pelo Procurador Geral da República.

Luis Roberto Barroso reforça a importância dessa modificação trazida pela Emenda Constitucional:

O controle judicial de constitucionalidade por via principal ou por ação direta tem como antecedente, embora de alcance limitado, a denominada representação interventiva, criada pela Constituição de 1934. (...) Todavia, foi com a introdução da ação genérica de inconstitucionalidade, pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que o controle por via principal teve ampliado o

¹⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.39

seu objeto, dando início à trajetória que o conduziria a uma posição de destaque dentro do sistema. (BARROSO, 2009, p. 145)¹⁵

A partir da Constituição de 1988 houve a definitiva sistematização dos dois sistemas de controle judicial de constitucionalidade atualmente vigentes. As principais modificações foi a ampliação do rol de legitimados para a propositura no controle concentrado e a criação de diversos institutos para compor esta jurisdição constitucional, quais sejam, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão¹⁶, o mandado de injunção¹⁷, a ação declaratória de constitucionalidade¹⁸ e a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁹.

De fato, assevera-se que as mudanças no âmbito da Constituição de 1988 deram maior ênfase ao controle abstrato e concentrado de normas em detrimento do controle incidental de caráter difuso. Nesse sentido também aponta Gilmar Ferreira Mendes:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

(...) A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.²⁰

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2008. P.145

¹⁶ Art. 103, parágrafo 2º da CFRB/88 e Lei 12.063/2009

¹⁷ Art. 5º, LXXI da CRFB/88

¹⁸ Introduzida pela EC nº 3/ 1993 e Lei 9.868/99

¹⁹ Lei nº 9.882/1999

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. Material da 5ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG, p. 37-38

2.2 Estrutura do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal recebe o título de Corte Constitucional Brasileira e possui jurisdição em todo território nacional consoante expresso no Art. 92, parágrafo 2º, da CRFB/88. Conforme a Carta Magna, compete precipuamente ao STF a guarda da Constituição.²¹

O Supremo é composto por onze ministros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. Para preencher o cargo de ministro, indicado deve ser cidadão brasileiro, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Neste ponto, cumpre colacionar a crítica feita pelo doutrinador José Afonso da Silva:

A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal a matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades.²²

Há um segmento da doutrina constitucionalista que crítica a forma de escolha dos Ministros, principalmente pelo fato de não haver nenhum modo de participação popular na decisão. Sendo assim, há uma discricionariedade muito grande durante o procedimento de indicação para o cargo, por vezes, sem que haja motivos transparentes e justificativas jurídicas plausíveis.

²¹ Art. 102, caput da CRFB/88

²² SILVA, J.A., *curso de direito constitucional positivo*, p. 554-555

O Supremo Tribunal Federal é composto por Turmas constituídas por cinco ministros cada, com exceção do Presidente do Tribunal. A Turma é presidida pelo Ministro mais antigo de seus membros pelo período de um ano, vedada a recondução, até que todos os Ministros pertencentes à Turma tenham assumido o cargo da Presidência.

O Presidente do Supremo Tribunal é eleito pelos Ministros para o mandato de dois anos, sendo vedada a reeleição. Costumeiramente, são escolhidos os dois Ministros mais antigos que ainda não ocuparam os cargos de Presidente e Vice-Presidente.

CAPÍTULO 3

ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Origem e conceituação

O fenômeno do ativismo judicial decorre do intenso movimento de judicialização para efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, bem como da facilitação do acesso à justiça. Neste âmbito surgem as tensões entre o processo político e a interpretação da constituição, sendo o Poder Judiciário constantemente interpelado para resolver tais conflitos.

Sendo assim, o ativismo judicial está pautado no processo de expansão do poder judiciário e na sua crescente atuação como regulador e interventor das políticas públicas. Em sua busca para concretização dos valores constitucionais, o judiciário tem causado cada vez mais interferência na função dos demais poderes, como por exemplo, quando ele invalida atos dos demais poderes ou quando ele atua na ausência de manifestação expressa do legislador.

O ativismo judicial é uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, assim explica Luis Roberto Barroso:

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 Público²³

Entretanto, é cediço que o conceito de ativismo judicial está longe de ser uníssono entre os doutrinadores. Consoante Vanice Regina Lírio do Valle, esta pluralidade de conceitos está intrinsecamente relacionada com o entendimento sobre o que o Direito. Em suas palavras:

A dificuldade gritante de tal abordagem reside na controvérsia insuperável em torno do conceito de direito. A título de exemplo, citemos apenas três expoentes de diferentes escolas jurídicas e suas opiniões quanto à interpretação e a delimitação do direito: a) para Holmes,²⁴ todo direito é criado pelos tribunais; b) para Hart²⁵, a criação judicial do direito está circunscrita à zona de penumbra que envolve o núcleo de certeza das proposições jurídicas em geral; c) para Dworkin²⁶, toda interpretação do direito, embora seja criativa, está pautada não só em standards jurídicos quanto na distinção aplicativa entre regras ou princípios. Qual o comportamento adotado por uma Corte que se caracterizaria, portanto, como criar o direito sem autorização para fazê-lo?²⁷

Para maior clareza do objeto de estudo faz-se indispensável tomar como base a premissa da diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial. Posto que são conceitos próximos, muitas vezes vistos como sinônimos, mas que possuem diferentes origens e reflexos.

A Judicialização das relações políticas é contingencial e inevitável em todos os países democráticos que estejam guarnecidos de uma Constituição normativa. Isto ocorre pois, em geral, as questões de grande repercussão política ou social são transferidas dos demais poderes para a decisão do Judiciário. Diferentemente, o Ativismo Judicial é um problema comportamental e gera a fragmentação do sistema democrático, uma vez que o judiciário se substitui aos poderes que são do Legislador.

²³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista OAB. Acesso em: 01/12/2018

²⁴ HOLMES, Oliver W. Jr. O Caminho do Direito. In MORRIS, Clarence. Os Grandes Filósofos do Direito. 2002, pp.425-439.

²⁵ HART. H. L. A. O conceito de Direito. 2005

²⁶ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 2002

²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF, p. 21

Nesse sentido também explica Luiz Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance²⁸

Dentro do amplo universo de debate sobre o aditivo judicial, certo é que o fenômeno é mais criticado do que elogiado. Para grande parte dos estudiosos, ter um judiciário ativista é sinônimo de ameaça aos princípios democráticos, mormente quanto à divisão funcional dos poderes. Sendo assim, por vezes, o significado de ativismo assemelha-se a “excesso judicial” ou “arbitrariedade”. Nesta mesma linha segue o pensamento do autor Lênio Streck: “O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública.”²⁹

3.2 O ativismo e a interpretação Constitucional

A interpretação jurídica pode ser definida como um processo de atribuição de sentido aos enunciados e normas do ordenamento a fim de resolver um caso concreto. Entretanto a interpretação constitucional possui características específicas uma vez que o texto constitucional possui muitos de termos e cláusulas com sentidos genéricos.

Desse modo, apesar das técnicas interpretativas, o sistema jurídico e o intérprete da lei são essenciais para a semântica que será empregada às normas jurídicas. É ilusório crer em uma exegese completamente imparcial, pois é cediço que a compreensão do mundo e do direito indubitavelmente influenciarão no modo interpretativo.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista OAB.. Acesso em: 01/12/2018

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *ENTRE O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA*. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf> . Acesso em: 14/11/ 2018.

É importante pontuar que uma das dimensões mais importante do ativismo judicial reside na interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais. Desse modo, dentro desse modelo interpretativo, por vezes há a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não expressamente previstos na Constituição, bem como a aplicação direta de princípios vagos e imprecisos para regular condutas concretas, sem que haja qualquer intermediação do legislador.

Corroborando o acima exposto as palavras de Vanice Regina Lírio do Valle:

O problema na identificação do ativismo judicial, a partir dessa característica, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para qualificar uma decisão como expressando ou não ativismo, reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional.³⁰

Portanto, os juízes ativistas assumem a função de adaptar a Constituição com as circunstâncias sociais em permanente modificação. Sendo assim, por vezes, afastam-se do sentido literal do texto ou de seu entendimento histórico para tentar reaproximá-la da realidade social, para tanto utilizam de juízos políticos e morais subjetivos.

3.3 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

Conforme demonstrado nos demais capítulos, a promulgação de Constituição de 1988 garantir uma legitimidade e um amplo poder de atuação ao Poder Judiciário, mormente quanto ao Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, a Corte Constitucional possui competência para julgar as causas que chegam via difusa, bem como possui um rol de ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Ressalta-se que o Judiciário brasileiro tem assumido uma posição claramente ativista, facilmente comprovada por diversas decisões e entendimentos judiciais. ^oDessa mesma forma observa o autor Lênio Streck: “Igualmente é uma confissão de ativismo quando se diz que o Supremo Tribunal é a vanguarda iluminista do País, porque ele, o Supremo, teria vocação para “empurrar a história”. Decisões no plano da jurisdição

³⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*

constitucional objetiva costumam correr menos risco de ativismo, embora possam, sim, a pretexto de judicialização em face de contingências, ingressar nesse terreno.”³¹

Desse modo, passaremos a analisar algumas das matérias que foram alvo das modificações performáticas recentes da jurisdição brasileira.

3.4.1. Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

O Constituinte Originário da Constituição Federal Democrática vigente criou, dentre os mecanismos de controle judicial de constitucionalidade, a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, consoante expresso no Art. 102, §1º da CRFB/88. Esta é uma ação é caracterizada na modalidade de controle concentrado e abstrato movida em sede de processo objetivo com a finalidade de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental.

Em razão de ser uma norma de eficácia limitada, foi complementada através da Lei 9.882/99. Neste íterim, o autor Luís Roberto Barroso³² ressalta que existem muitas lacunas na referida federal, bem como na definição do conceito de preceito fundamental. Sendo assim, há um amplo espaço de conformação do instituto por via de construção jurisprudencial.

Destaca-se o papel deste instituto como instrumento para o ativismo do Supremo Tribunal federal, pois a falta de especificidade legislativa da ADPF permite ao STF moldá-la conforme as necessidades para o cumprimento das funções jurisdicionais do órgão, dando contornos não previstos por completo pelo Constituinte Originário.

Como exemplo, vejamos a ADPF nº 54 que foi uma das decisões mais polêmicas dos últimos anos. O Supremo Tribunal Federal julgou, diante da Ação Declaratória de Preceito Fundamental (ADPF 54), que não será mais crime a interrupção da gravidez quando o feto for anencéfalo, ou seja, quando apresenta uma má formação cerebral durante a gravidez, que leva inevitavelmente a morte poucas horas após o nascimento.

No ordenamento jurídico brasileiro, o crime de interrupção de gravidez é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Através do julgamento da ação, a Suprema Corte firma o entendimento que o aborto do feto

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *ENTRE O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA*. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf> . Acesso em: 14/11/ 2018

³² BARROSO, Luís Roberto Barroso. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7.ed.. São Paulo: Saraiva, 2016

anencefálico é causa de excludente de ilicitude, por ser incontestável que a gestação traz risco de vida para a mãe.

Com efeito, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 54:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.³³

A partir da supracitada decisão, resta demonstrada a posição ativista do Supremo, uma vez que o Poder Judiciário usurpou a função do Legislativo para preencher a lacuna legal referente ao caso em concreto.

3.4.2 Súmula Vinculante

As súmulas fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro desde a década de 60 como sínteses das principais decisões prolatadas pelo Tribunal. Contudo, foi a partir da Emenda nº 45 de 2004, que estas receberam o efeito vinculante conforme os moldes atuais. A reforma do judiciário acrescentou o Art. 103-A à Constituição Federal, estabelecendo que o STF poderá de ofício, ou por provocação, mediante decisão de 2/3 de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que produzirá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A partir desta inovação, as súmulas tornaram-se instrumentos de estabilização e pacificação da Corte Suprema, concedendo às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária. Ademais, as súmulas vinculantes possuem incidência do efeito erga omnes, ou seja, são de observância obrigatória e estrita não somente pela Administração Pública em sentido amplo, bem como por todos os demais membros do Judiciário, tais quais tribunais e juízes de primeiro grau.

De plano, verifica-se que, por meio deste instituto, o Poder Judiciário pode imiscuir-se em função que não lhe é originalmente cabível. Através da edição dos

³³ STF, Brasil, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

enunciados vinculantes, o STF cria regras gerais sobre matéria constitucional o que extrapola sua função típica:

Nesse âmbito, há a lição do constitucionalista José Afonso da Silva, que entende existir essa usurpação da tarefa legiferante pelos juízes:

Os assentos eram, pois, as súmulas vinculantes de outrora, com a mesma força de lei, como uma forma de interpretação oficial, impositiva, tal como as interpretações autênticas e, nesse sentido, subversivas dos princípios do direito público, já que interpretação oficial obrigatória só é legítima quando feita pelo Poder Legislativo. Apesar disso, foram elas acolhidas no art. 103-A introduzido pela EC-45/2004.³⁴

Segue o mesmo entendimento a ministra Cármen Lúcia, a qual, mesmo antes da aprovação da Emenda 45/2004, consignou seu pensamento de que as súmulas vinculantes transformariam a Corte Maior em autora de uma legislação paralela, que só poderia ser alterada por emenda constitucional.³⁵

Por fim, consoante análise de Streck, Abboud o principal ponto que caracteriza as súmulas vinculantes como instrumentos do ativismo judicial tange a não obrigatoriedade do vínculo aos precedentes que deram as bases para a sua formulação

A Súmula vinculante, por sua vez, da mesma forma que o assento português, desvincula-se dos casos que a originaram, ela se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo, duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial. [...]. Os precedentes constituem as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função primordial consiste em servir de modelo para decisões posteriores. O regime de precedentes representa o direito observando a si próprio.³⁶

3.4.3 Mandado de Injunção

³⁴ SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

³⁵ ROCHA, C. L. A. Sobre a súmula vinculante. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 34, n.133, p.51-64, jan./mar. 1997

³⁶ STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

Consoante previsto no Art. 5º, inciso LXXI, da Carta Magna de 1988, o Mandado de Injunção é um remédio constitucional que visa reparar a mora legislativa a fim de salvaguardar o pleno exercício dos direitos e garantias estabelecidos constitucionalmente.

Segundo Moraes, o Mandado de Injunção pode ser classificado considerando-se as diversas posições em relação a seus efeitos a partir de dois grandes grupos: concretista e não concretista. Pela posição concretista, o Poder Judiciário, mediante uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição se divide em dois tipos: concretista geral e concretista individual; conforme a abrangência de seus efeitos. Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos erga omnes, implementando o exercício da norma constitucional por uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo Congresso Nacional. Pela concretista individual, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercer plenamente o direito, a liberdade ou a prerrogativa prevista na norma constitucional.³⁷

Neste contexto, salienta-se que ao longo de 22 anos a Corte Suprema adotou o posicionamento não concretista, ou seja, limitando-se a declarar a mora legislativa. Contudo, este posicionamento foi modificado a partir do entendimento dado nos MI 670, 708 e 712, que solicitavam a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos federais.

Através do julgamento dos supracitados Mandados de Injunção, o Supremo Tribunal Federal mudou totalmente seu posicionamento no sentido de firmar que o Judiciário não só pode como deve exercer atividades políticas, diante do cenário de evolução do Estado Liberal para o Estado Social

Quanto ao julgamento do MI 712-8/PA, o Min. Celso de Mello esclareceu que a mudança de entendimento da Suprema Corte encontrava-se amparada na verificação da efetividade limitada de decisões anteriores que seguiam a teoria da subsidiariedade. Traz-se a colação trechos de seu voto:

[...] A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ 133/11), fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, resume-se à mera

³⁷ Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003, p. 140
Página 27 de 37

declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do writ. Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum. [...] Em suma, Senhora Presidente, as considerações que venho de fazer somente podem levar-me ao reconhecimento de que não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Daí a importância da solução preconizada pelos eminentes Ministros Eros Grau (MI 712/PA) e Gilmar Mendes (MI 670/ES), cuja abordagem do tema ora em exame não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis. Por tais razões, Senhora Presidente, peço vênias para acompanhar os doutos votos dos eminentes Ministros Eros Grau (MI 712/PA) e Gilmar Mendes (MI 670/ES), em ordem a viabilizar, desde logo, nos termos e com as ressalvas e temperamentos preconizados por Suas Excelências, o exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve, até que seja colmatada, pelo Congresso Nacional, a lacuna normativa decorrente da inconstitucional falta de edição da lei especial a que se refere o inciso VII do art. 37 da Constituição da República. (Mandado de Injunção MI 712-8 PA, Rel. Min. Eros Grau, 25 out. 2007)

Verifica-se que esta decisão reconheceu a legitimidade do direito de greve com eficácia erga omnes, ou seja, não apenas para o impetrante, mas para todos os

servidores públicos. Desse modo, o STF se afasta claramente de sua posição inicialmente firmada no sentido de se limitar apenas à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, ou seja, saltou de posição amplamente respeitadora do princípio da divisão dos Poderes para a criação de regulamentação provisória pelo próprio Judiciário.

3.4.4 Fidelidade Partidária

A problemática da fidelidade partidária resulta da aprovação da Resolução nº 22.610/07 do TSE, com a finalidade de disciplinar o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária.

Desde a sobredita Resolução, o TSE estabeleceu que a titularidade do mandato eletivo pertence ao partido político pelo qual o representante conquistou o mandato. Nesse mesmo sentido segue o voto do Ministro Cezar Peluso:

O reconhecimento, a garantia e a vivência de que o mandato pertence ao partido, não à pessoa do mandatário, têm, entre outros, o mérito de, impedindo a promiscuidade partidária, fortalecer a identificação e a vinculação ideológica entre candidatos, partidos e eleitorado, como substrato conceitual e realização histórica da democracia representativa.

Ademais, após a manifestação do TSE, o STF foi provocado, mediante os Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, em que os partidos reivindicavam as vagas que foram perdidas com a desfiliação dos parlamentares de seus quadros partidários.

O MS nº 26.604 foi parcialmente deferido e os demais indeferidos, sob a justificativa, em síntese, de que o direito das coligações e dos partidos à vaga no Poder Legislativo se encontra presente na própria Constituição Federal, o que reflete no mesmo entendimento do TSE em termos da titularidade partidária do mandato eletivo

Portanto, torna-se evidente o ativismo judicial do TSE e do STF ao positivar o instituto da fidelidade partidária, criando uma hipótese de perda de mandato eletivo não prevista no ordenamento jurídico nacional. Além disso, é questionável se o STF poderia conceder ao TSE e este exercer a competência regulamentadora da perda

do mandato como foi feito, inclusive criando hipóteses de justa causa para desfiliação partidária.

3.4.5 Vedação ao nepotismo – ADC 12/DF e Súmula nº13

A vedação ao nepotismo foi mais um caso explícito de ativismo judicial em que o STF cria uma norma não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

Na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12 o STF julgou procedente a referida ação, com base nos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, dando interpretação conforme a constituição, validando a resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça que proibia o nepotismo no Poder Judiciário.

Em seguida, no julgamento do RE 579951, foi estendida a proibição aos demais poderes com base nos princípios elencados no artigo 37 da Constituição. Posteriormente, inclusive, foi editada, conforme proposta do Ministro Ricardo Lewandowsky, a Súmula Vinculante nº 13 nos seguintes termos: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”³⁸

Cumprido ressaltar que a Súmula Vinculante não corresponde ao que foi decidido naquele RE, visto que o recurso foi julgado parcialmente procedente, exatamente porque o Ministro Relator entendia que o provimento integral feria o princípio da separação dos poderes.

Nas palavras do senhor Ministro Menezes Direito na ADC 12 “Não é necessária lei formal para aplicação do princípio da moralidade”. Todavia, esse não é o entendimento majoritário da doutrina, como é possível observar nas palavras de Luís Roberto Barroso:

³⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>

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.³⁹

CAPITULO 4

DIFERENTES POSICIONAMENTOS SOBRE A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Conforme visto nos capítulos anteriores, o ativismo judicial não é visto como virtude normativa, pelo contrário o movimento possui mais críticos do que defensores. Para grande parte dos estudiosos que se debruçam sobre o tema, o judiciário ativista é visto como uma ameaça aos valores democráticos. Entretanto, apesar da predominância do discurso negativo, há aqueles que defendem uma atuação mais assertiva da Corte Constitucional em nome dos direitos da liberdade e igualdade, bem como diante da inércia ou abuso de poder por parte dos demais poderes ou atores políticos.

4.1 Ativismo judicial como defesa da ordem democrática

Consoante Luís Roberto Barroso, o fenômeno do ativismo tem seu aspecto positivo. Para isso, o autor fundamenta-se no argumento de que a Constituição desempenha dois grandes papéis: um é estabelecer as regras do jogo democrático e o outro é proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Como o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais.⁴⁰

Nesta seara, alguns autores defendem o ativismo judicial como um instrumento para a concretização dos direitos fundamentais, como é o caso de Gesta Leal:

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, n 4. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 01/12/2018

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, n 4. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 01/12/2018

Se há migrações pendulares de concentração do Poder Estatal neste particular, por vezes encontrando-se no Legislativo a maior iniciativa de produção de normas, por ora no Executivo, (em face de suas novas feições promocionais e interventivas), e por vezes no Judiciário (em face das eventuais interpretações extensivas que imprime no sistema jurídico) isto não implica a negação (mas talvez a mitigação) do próprio modelo da democracia representativa [...] o cidadão que necessita do mínimo essencial para a sua sobrevivência, em virtude da omissão ou incompetência das autoridades públicas, não pode ser feito prisioneiro da discricionariedade e de uma visão arcaica do Princípio da Separação de Poderes. Assim, nos casos em que o Estado se mantém inerte, omissivo, o Poder Judiciário tem um papel a cumprir. Portanto, é necessária certa dose de ativismo judicial para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais ⁴¹

Os favoráveis a esta atuação proativa do poder Judiciário, defendem que o princípio da separação funcional dos poderes evolui desde sua sistematização inicial, tornando-se mais flexível. Corrobora este entendimento, as palavras de André Ramos Tavares:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários ⁴²

Ademais, é importante ressaltar que a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo tem alimentado a expansão judiciária no que tange ao ativismo; em nome da Constituição prolatam-se decisões que suprem omissões e, muitas vezes, inovam a ordem jurídica. Sendo assim, o papel do Poder Judiciário vem sendo majorado em razão do deslocamento do eixo das decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.

⁴¹ LEAL, Rogério Gesta. O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

⁴² TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008

4.2 Críticas e consequências da expansão do Poder Judiciário

4.2.1 Riscos para a legitimidade democrática

Os membros do poder judiciário não são agentes públicos eleitos. Todavia, mesmo sem o batismo da vontade popular, os mesmos exercem um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, inclusive o de invalidar atos dos demais 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 dificuldade contramajoritária.⁴³

A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial.⁴⁴

4.2.2 Decisionismo Judicial

O Doutrinador Daniel Souza Sarmiento explica sobre o fenômeno do decisionismo judicial que trata-se da negligência dos juízes nos seus deveres de fundamentar seus julgamentos devido à euforia na fundamentação principiológica.

Em suas palavras:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "obaoba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, n 4. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 01/12/2018

⁴⁴ BICKEL, Alexandre, The least dangerous branch, 1968, p.16-23 apud BARROSO, Luís Roberto, **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº23

os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos.⁴⁵

4.2.3 A capacidade institucional do Judiciário

O último tópico que merece atenção como risco inerente ao ativismo diz respeito aos limites da capacidade institucional do Judiciário inserido nesse contexto.

Consoante já detalhado nos demais capítulos, a soberania Estatal é manifestada através dos três poderes, quais sejam, Legislativo, Judiciário e Executivo. Todos os poderes interpretam e aplicam a Constituição e, no caso de divergência, a palavra final ficará com o Judiciário.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

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

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Lúmen Júris, 2007, p. 14- 27

tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.⁴⁶

Este estudo demonstra que o Judiciário, em alguns casos, deve optar por não exercer o poder respeitando a própria avaliação de sua capacidade institucional, ou seja, é uma forma de autolimitação espontânea.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente estudo, foi possível fazer um breve histórico do surgimento do Regime Democrático de Direito, desde seus primórdios na Grécia Antiga até a efetiva estruturação do Estado Democrático de Direito após o período de Segunda Guerra Mundial.

Outro importante ponto extremamente importante, que permeou toda explanação do tema principal, foi o surgimento do princípio da Separação dos Poderes e sua função basilar no Estado de Direito. Conforme detalhado, a tripartição do poder ganhou muita força como instrumento para evitar a centralização estatal.

Ademais, tratou-se da formação da Jurisdição Constitucional Brasileira, coincidente com a influência do movimento constitucionalista, bem como do surgimento e implantação dos mecanismos de controle judicial de constitucionalidade e a convivência harmônica no ordenamento jurídico brasileiro dos sistemas de controle abstrato e concentrado e incidental de caráter difuso.

Deste ponto, tratou-se também da estrutura e competência da Suprema Corte Constitucional uma vez que esta faz parte do ponto nodal da presente monografia, qual seja, o comportamento ativista emanado por suas decisões.

Tratou-se também da conceituação do fenômeno do ativismo judicial e dos impactos no Brasil, através da análise de casos e julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Em especial, detalhou-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a Súmula Vinculante, o Mandado de Injunção, a Fidelidade Partidária e a Vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº13).

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, n 4. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 01/12/2018

Por fim, foram levantados os diferentes posicionamentos sobre o movimento de expansão do poder judiciário. A principal finalidade era demonstrar o ponto de vista positivo, bem como as críticas ao comportamento ativista.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O Espírito das leis*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Edipro, 2004

PIÇARRA, Nuno. *A separação do Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 1989

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. Material da 5ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no

Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista OAB

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF

STRECK, Lenio Luiz. *ENTRE O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA*. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf>

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008

BICKEL ,Alexandre, The least dangerous branch, 1968, p.16-23 apud BARROSO, Luís Roberto, **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº2

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Lúmen Júris, 2007



Universidade Federal Fluminense
Faculdade de Direito - Coordenação do Curso de Graduação (SGD)

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE FIM DE CURSO

Em 13 de dezembro de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, reuniu-se a banca composta pelos professores abaixo-assinados para examinar e avaliar a defesa oral do trabalho Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal, do (a) graduando (a) Beatriz Araújo de Moraes

Ao final dos debates, foram concedidas as seguintes notas:

Professor (a)	Nota	Assinatura
CHRISTIAN BRANCO DE OLIVEIRA	10,0	
JULIA DO BRASIL CARVALHO	10,0	
MANOEL MARTINS JR	10,0	
Média final		

Com isto, o trabalho foi () APROVADO () APROVADO COM RESTRIÇÕES (DISCRIMINA-LAS EM ANEXO) () REPROVADO, sendo este resultado também atestado pela seguinte assinatura do graduando.

Beatriz Araújo de Moraes
Estudante avaliado