

ATIVISMO JUDICIAL E INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS: legitimidade de atuação

Diêgo de Souza Amorim¹

Breno Inácio da Silva²

RESUMO

Esta pesquisa teve como objetivo buscar entender o fenômeno ou instituto que a doutrina moderna conceitua como ativismo judicial. Na análise do instituto buscou-se verificar se a ocorrência do referido fenômeno é capaz de trazer algum tipo de instabilidade para um sistema democrático. Ainda se objetivou a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, nos casos mais polêmicos onde segundo boa parte da doutrina há a manifestação do ativismo judicial. Buscou-se ainda a análise aprofundada dos motivos para a ocorrência do ativismo judicial e suas causas justificantes. O motivo que legitimou a pesquisa sobre a temática foram as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em casos onde houve a ocorrência da chamada omissão constitucional, que conforme é detalhado na presente pesquisa trata-se de uma verdadeira inconstitucionalidade a mora legislativa em regulamentar casos que possuem direitos fundamentais em confronto. A pesquisa realizada neste trabalho pode ser classificada quanto à natureza como pesquisa básica, pois objetiva gerar conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista e envolve verdades e interesses universais. Da forma de abordagem do problema a pesquisa se classifica como qualitativa por utilizar conteúdos já publicados para a análise do problema. Quanto aos objetivos é uma pesquisa exploratória porque envolveu levantamento bibliográfico, análise de exemplos que estimulam a compreensão e explicativa porque visou identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência do problema. Quanto à metodologia o trabalho em mãos fez-se a opção pelo método hipotético-dedutivo. Esta opção se justifica porque o método escolhido permite ao pesquisador propor uma hipótese e parte, por meio da dedução, para a sua comprovação ou não. Enquanto procedimento, este trabalho realizou-se por meio da pesquisa bibliográfica, pois foi desenvolvido a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações, teses e atualmente na internet. O trabalho não buscou afirmar de forma categórica que o ativismo judicial é algo totalmente negativo, mas apenas demonstrar as correntes doutrinárias e seus argumentos contrários e favoráveis ao ativismo judicial. A presente pesquisa objetiva exclusivamente a tratar de uma forma expositiva do ativismo judicial, apresentando de forma plena a manifestação do instituto, sem, contudo, fazer um juízo de valor absoluto sobre a temática, sobretudo pelo fator de que tal tema é extremamente controvertido.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Constituição. Direitos Fundamentais. Legalidade. Hermenêutica jurídica. Supremo Tribunal Federal. Judicialização.

1 INTRODUÇÃO

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

² Mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho, Brasil (2004).
Professor da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, Brasil.

O presente trabalho tem como objetivo um dos temas que mais estão em voga atualmente, qual seja, o ativismo judicial. Tratar do instituto, ou fenômeno, conforme alguns doutrinadores se posicionam, não é tarefa fácil, pois, o mesmo exige um estudo histórico, jurídico e filosófico.

O ativismo judicial, embora seja um tema da atualidade e o termo tenha surgido há poucas décadas, já é um fenômeno que se desenvolve a séculos, surgindo com o exercício da atividade jurisdicional, por isso o presente trabalho buscou abordar o assunto desde sua gênese até o atual cenário nacional e mundial, partindo da análise de jurisprudência das Cortes Supremas.

A idealização de um sistema de repartição de competências, onde há uma separação orgânica entre os Poderes, é o ponto basilar para a compreensão do ativismo judicial, pois o instituto traz impactos sobre o funcionamento e independência dos mesmos, por tal fato este é um dos paradigmas do presente trabalho.

Esta pesquisa tem como objetivo entender o papel do Poder Judiciário e, sobretudo do juiz, que é o agente que manifesta a vontade do órgão (Poder). Assim sendo, parte-se de uma análise da hermenêutica para compreender como o juiz aplica a lei ao caso concreto e, sobretudo quando ele não a aplica.

O presente trabalho se debruça sobre a legitimidade de atuação do Poder judiciário diante de determinados casos que não possuem previsão normativa acerca do objeto da relação processual em litígio, e se as decisões sobre tais casos possuem validade, não simplesmente validade por advirem de um órgão constitucional, mas se possuem validade normativa, constitucional e principiológica.

O trabalho não tem como pretensão definir se o instituto do ativismo judicial é válido ou não, mas demonstrar o entendimento doutrinário e filosófico acerca da temática, pois, conforme se demonstra ao longo do presente trabalho os doutrinadores que defendem o instituto possuem seus argumentos que são válidos, assim como os doutrinadores que criticam o instituto, ambos os pensamentos possuem argumentos fortes.

A pesquisa realizada neste trabalho pode ser classificada quanto à natureza como pesquisa básica, pois objetiva gerar conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista e envolve verdades e interesses universais.

Da forma de abordagem do problema a pesquisa se classifica como qualitativa por utilizar conteúdos já publicados para a análise do problema.

Quanto aos objetivos é uma pesquisa exploratória porque envolveu levantamento bibliográfico, análise de exemplos que estimulam a compreensão e explicativa porque visou identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência do problema.

Quanto à metodologia o trabalho em mãos fez-se a opção pelo método hipotético-dedutivo. Esta opção se justifica porque o método escolhido permite ao pesquisador propor uma hipótese e parte, por meio da dedução, para a sua comprovação ou não.

Enquanto procedimento, este trabalho realizou-se por meio da pesquisa bibliográfica, pois foi desenvolvido a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações, teses e atualmente na internet.

Obedecendo ao exposto, este trabalho foi estruturado tal como apresentado a seguir.

No capítulo primeiro são analisadas questões propedêuticas acerca do ativismo judicial e a sua distinção com outros institutos que possuem correlação, fazendo assim uma delimitação da temática para melhor compreensão dos leitores.

O segundo capítulo trata das ingerências institucionais, que consistem nas intervenções de um Órgão sobre o funcionamento do outro e ainda abordou o sistema de freios e contrapesos.

No terceiro capítulo o presente trabalho analisa o sistema constitucional de repartição de competências de cada um dos Poderes, para que durante o desenvolvimento da pesquisa seja possível visualizar de forma mais nítida a ocorrência do ativismo judicial.

Já no quarto tópico é analisado o papel de uma Corte Constitucional em um Estado Democrático de Direito e qual a real função que tal órgão deve desempenhar, ainda objetiva a análise de uma forma particular do papel do Supremo Tribunal Federal para assim poder delimitar mais à frente o estudo de seu papel ativista.

No quinto capítulo se estuda a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo e negativo e com enfoque na atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo e negativo, para tanto analisa-se sua jurisprudência mais

relevante no que diz respeito à possibilidade de ocorrência do fenômeno do ativismo judicial.

O sexto capítulo aborda o ativismo judicial como um fator de risco a democracia, onde busca-se demonstrado se tal fenômeno produz algum impacto nas estruturas que compõem o Estado e se tal fator contribui para fragilização das organizações democráticas.

No sétimo capítulo analisa-se o ativismo judicial sob o enfoque do maior fator que legitima sua atuação, qual seja, o argumento da efetivação dos direitos fundamentais. Neste capítulo busca-se demonstrar o choque teórico entre aqueles que demonstram a legitimidade de atuação ativista nestes casos e aqueles que de uma forma ortodoxa defendem que mesmo em tais casos o judiciário não possui legitimidade para atuação.

Por fim, na conclusão são apresentados os resultados decorrentes das análises realizadas em todo conteúdo do trabalho.

2 ASPECTOS PROPEDEÚTICOS DO ATIVISMO JUDICIAL: INSTITUTOS CORRELATOS

Para uma parcela doutrinária há distinções acerca do conceito de ativismo judicial e judicialização (Luiz Werneck Vianna, Lênio Streck), existindo alguns autores que entendem que embora sejam fenômenos contrapostos os mesmos proveem da mesma fonte.

Malgrado discussões doutrinárias, prevalece o entendimento de que os institutos são de fatos diferentes em determinados pontos.

Streck (2016, p. 23) que é defensor da ambiguidade dos fenômenos esclarece que:

Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda recentemente viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que

existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência — por motivo de inconstitucionalidades — de poderes ou instituições.

Para o doutrinador a judicialização pode ou não ser benéfica, por sua vez, o ativismo judicial sempre será prejudicial a um regime democrático.

Contudo, há percepções doutrinárias divergentes acerca das decisões judiciais que seriam provenientes da judicialização ou do ativismo judicial. Para Lênio Streck, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADI 4277 e na ADPF 132 que reconheceu a união homoafetiva é fruto de um papel ativista da Suprema Corte, por seu turno, o Ministro Luís Roberto Barroso entende que essa decisão é um fruto do papel iluminista que é as Cortes Superiores possuem, entrando, portanto no conceito de judicialização e não na definição de ativismo judicial.

O grande cerne dos embates reside na forma de interpretação dos dispositivos legais/constitucionais e os limites das decisões judiciais. Há uma parcela doutrinária conservadora que entende que os juízes são simplesmente intérpretes literais das normas, devendo aplicar a letra fria da lei, uma interpretação gramatical dos dispositivos legais. Os principais juristas que defendem essa teoria de interpretação são juristas norte-americanos, ganhando visibilidade o já falecido juiz da Suprema Corte Norte Americana, Antonio Scalia.

Criou-se um movimento de juristas chamados “Os Originalistas”, entendimento que visa preservar o real sentido das normas. Para os adeptos da teoria é preciso preservar o sentido que o Constituinte quis dar ao texto constitucional, para o movimento a constituição não é mutável em seu sentido, devendo ser preservada a pureza do idealismo do Poder Constituinte Originário.

Contudo, o entendimento majoritário entre os constitucionalistas, é de que a Constituição é um organismo vivo (*living constitution*) e que ao seu texto deve ser dada uma interpretação atual, conforme o presente, e não adstrita a literalidade gramatical de suas palavras, sendo esse o entendimento do ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Stephen Breyer.

Corroborando o entendimento de que, o grande problema acerca do ativismo judicial reside na interpretação constitucional à professora Vanice Regina Lório do Valle (2009, p.19) ressalta que,

o problema na identificação do ativismo judicial, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.

Conforme já vislumbrado, não há consenso acerca do instituto do ativismo judicial, sobretudo se o mesmo é benéfico ou não. O professor e então ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2011, p. 10) possui um entendimento mais atenuado do que seria o fenômeno constitucional do ativismo judicial, asseverando que:

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.

Para Barroso (2011, p. 10) e jurista o ativismo judicial não é um mecanismo de usurpação de competência ou de ingerências institucionais, para o mesmo o ativismo judicial é uma forma de intervenção mais ampla e intensa do Poder Judiciário na consecução e efetivação dos valores e fins que a constituição visa assegurar e implementar. Barroso (2011, p. 12) então assevera que,

o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Ao interpretar o posicionamento do autor é possível chegar-se a conclusão de que, o ativismo judicial é apenas uma forma de ampliar o alcance das normas constitucionais, dando as mesmas maior eficácia e aplicabilidade.

Isto posto, não há unanimidade doutrinária acerca dos fenômenos constitucionais, e tão pouco pretensão de chegar-se a uma verdade absoluta acerca dos mesmos. Há forte viés contrário, contudo, não se podem negar os avanços sociais que se obteve com determinadas decisões judiciais consideradas por alguns como ativistas.

3 Ingerências Institucionais: Sistema de Freios e Contrapesos - *Checks and Balances*

A separação entre os Poderes sempre foi um assunto debatido entre os estudiosos das ciências jurídicas e algo almejado em uma democracia, pois, possibilita o pluralismo jurídico e a manifestação da vontade popular.

No âmbito do Poder Judiciário vigora a máxima da supremacia da Constituição e das leis dela emanada, por outro lado, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Executivo vigora a máxima da soberania popular, a vontade do povo, de forma direta e indiscutível.

A delimitação da atuação de cada um dos Poderes não é algo consensual entre os doutrinadores e a jurisprudência, e por este fato o tema não comporta unidade de pensamento entre os teóricos do assunto.

Com o passar das décadas e o surgimento de uma nova ordem constitucional, bem como a evolução social, a atuação do Poder Judiciário tem deixado de ser algo tímido e a cada vez mais tem caminhado a passos largos para uma atuação proativa, buscando, segundo alguns, efetivar as normas constitucionais.

O grande problema que se passou a questionar foi sobre os limites dessa atuação jurisdicional, tendo em vista que o judiciário, via de regra, detém a competência para apreciar todas as questões que lhe são suscitadas por meio do processo, isso por decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, sendo direito e garantia fundamental de todo indivíduo.

O idealismo de separação de Poderes é uma teoria proposta por Aristóteles que posteriormente foi sistematizada por Montesquieu. A ideia visa basicamente repartir a competência material entre vários órgãos para assim evitar o monopólio do poder. Sistematizado o ideal Montesquieu (2000, p. 167) prediz:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

A perspectiva de Montesquieu repercute não somente na liberdade das instituições, mas, sobretudo na liberdade social. O idealismo é evitar a cumulação de competência em um único órgão ou pessoa, para que assim seja possível a existência de uma democracia real.

Quando o barão de Montesquieu propôs a teoria da separação de Poderes vivia-se em um período absolutista onde, o rei Luís XIV era o detentor das atribuições de legislar, julgar e administrar. Dessa forma o monarca não era apenas o ser mais poderoso existente no reino, mas o detentor de toda a fonte e aplicação das normas. A autoridade do rei era tamanha que o mesmo chegou a dizer “*Je suis laLoi, Je suis l'Etat; l'Etatc'est moi*” (Eu sou a Lei, eu sou o Estado; o Estado sou eu).

O Rei Sol, como Luís XIV se auto intitulou, foi à fonte de inspiração de oposição para Montesquieu em o Espírito das Leis, opondo-se assim ao absolutismo monárquico. Montesquieu também estava sendo inspirando pelo movimento iluminista que pairava sobre a Europa, e esse movimento buscava um estado democrático de direito. Nesse ponto percebemos a linearidade entre democracia e a separação de Poderes, sendo que é a democracia que permite que os mesmos sejam harmônicos e independentes entre si. A separação entre os Poderes é fruto de um governo democrático e de uma Constituição Popular.

Comumente fala-se em separação de poderes, contudo, a doutrina tem preferido a utilização do “termo separação de funções”. Conquanto haja vaidade doutrinária não há incongruência na utilização do termo separação de poderes, aja vista que a própria Constituição utiliza o termo separação de Poderes.

Adentrando no tema propriamente dito, qual seja, a teoria de pesos e contrapesos, *CHECKS AND BALANCES*. Montesquieu a propôs para que um órgão venha intervir no outro para que assim haja um controle da legalidade de cada um

dos Poderes, isso visando o bem-estar social e a supremacia da do estado democrático de direito que estava nascendo no berço do iluminismo.

Intervir em outro órgão, leia-se Poder, não é algo que ultrapassa os limites da legalidade e invade regras de competências, pelo contrário, a intervenção de um órgão na independência de outro visa a garantia da harmonia que deve existir entre os mesmos. O próprio constituinte de 1988, entendendo a necessidade de separação dos poderes elevou esse assunto ao nível mais alto que uma constituição rígida pode ter, qual seja, elevou o tema ao nível de Cláusula Pétrea, que é o núcleo intangível da Constituição Federal, estatui o art. 60, parágrafo 4 da Constituição Federal de 1988: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III- a separação dos Poderes”.

A existência da separação dos poderes visa à garantia da supremacia Constitucional, a qual é norma vinculante e erga omnes em relação a todos, não havendo espaços para discricionariedades. Prediz Mello (1999):

[...] Nesse contexto, torna-se essencial reconhecer a soberania da Constituição e a supremacia da ordem político-jurídica nela plasmada, proclamando-lhe, sempre, a superioridade sobre todos os atos do poder público e sobre todas as instituições do Estado, a significar que parlamentares, administradores e magistrados devem-lhe incondicional e permanente reverência.

É importante ter presente que o Judiciário, quando intervém para conter os excessos do poder e, também, quando atua como intérprete do ordenamento constitucional, exerce, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por tal razão, projetando-se no plano da prática hermenêutica – que constitui a província natural de atuação do Poder Judiciário –, não transgredir o princípio da separação de poderes.

Torna-se fácil concluir, pois, que o normal desempenho, pelos Poderes do Estado, das prerrogativas institucionais que lhes foram legitimamente atribuídas não implica qualquer gesto de desrespeito ou de transgressão aos postulados maiores fundados na Constituição da República.

Nisso reside a essência do princípio da separação de Poderes em qualquer regime democrático sujeito ao império da lei [...] (MS. 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário) (grifo nosso).

A existência da separação dos poderes é necessidade genética da própria existência de um estado, chegando se ao ápice de que sem a separação orgânica dos mesmos, não há Estado. Chega se a essa conclusão pelo fato de que, o art. 16 da Declaração da Revolução Francesa de 1789 prediz, “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Não existindo constituição não existe estado, pois, conforme a teoria constitucional, um estado passa a existir com a entrada em vigor

de sua constituição, seja esta promulgada ou outorgada. Apenas a existência de uma constituição traz à tona a existência de um estado, sobretudo um estado democrático de direito.

Trazendo à baila a sistematização da matéria, os constitucionalistas estruturaram a chamada tripartição de poderes, *nomem iurisdado* a separação dos Poderes. Contudo, a melhor doutrina entende que há uma atecnia na utilização desta expressão, tendo em vista que o poder é uno. O termo técnico a ser utilizado deve ser “tripartição de funções”, pois o poder é apenas um, mas é exercido de diversas formas. O poder é o Estado, que detém diversas funções ou competências, que são desenvolvidas por órgãos.

Dissertando sobre a temática o Silva (2005, p. 110) leciona:

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

O fato da existência da separação entre os poderes por si só não significa a não ocorrência de arbítrios estatais, pois, o Estado permanece sendo um só, embora suas funções tenham sido deslocadas para órgãos, e esses mesmos órgãos por sua vez podem cometer algum excesso. Assim sendo, cabe a cada órgão intervir no exercício da função do outro caso ocorra algum excesso de poder que ultrapasse o exercício habitual de suas funções.

A sistemática foi desenvolvida com esse propósito, pois, se um órgão não pudesse intervir de forma excepcional no exercício de outro órgão o que teríamos era uma separação legal que visa a repartição de funções para que não haja absolutismos, mas que de fato não impediria o exercício de arbítrios estatais. Dentro dessa temática, Celso de Mello observa que:

[...] A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho do Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela constituição. Esse princípio, que tem assento no artigo 2º da Carta Política, não pode constituir e nem se qualificar como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários,

por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal [...]. (MS. 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário).

O objetivo do constituinte de 1988 era exatamente este, de trazer o postulado da separação dos poderes e ao mesmo tempo trazer possibilidades de interferência de um poder sobre o outro, para que assim a democracia fosse implementada e os arbítrios fossem evitados.

Evidentemente como é de muita abstratividade o postulado da inafastabilidade da jurisdição, todos os holofotes voltam-se para a intervenção do poder judiciário sobre os demais poderes e por muitas vezes o mesmo deixa de adentrar no mérito de diversos assuntos por entender não ser de sua competência decidir sobre aquele determinado tema. Mas, com o avançar da ciência processual os juízes têm entendido que todos possuem direito, nas condições normais de um processo, a um julgamento de mérito – princípio da primazia do julgamento de mérito – onde sempre se visa a postular o direito requerido na exordial por meio do efeito processual da coisa julgada material. Assim sendo, alguns juízes, sobretudo as cortes constitucionais, tem passado a enfrentar matérias políticas que tecnicamente deveriam ser resolvidas pelo parlamento e avocando para si a competência, digamos, residual para resolver os litígios que lhe são suscitados.

A título de exemplo, para maior aprofundamento da temática é possível trazer ao bojo do presente trabalho normas onde o constituinte previu casos de intervenção de um poder sobre o outro. O art. 52, I da Constituição Federal prevê que compete privativamente ao Senado Federal, órgão que compõe a estrutura do legislativo federal, processar e julgar Presidente e o Vice-Presidente da República, representação máxima do poder executivo, nos crimes de responsabilidade. O artigo 66,§1 da Constituição Federal prevê que, o chefe do poder executivo pode sancionar ou vetar projetos de lei aprovados pelo parlamento (legislativo) e por sua vez o artigo 66,§4 a 6 prediz que o legislativo poderá “derrubar” o veto lançado pelo chefe do Poder Executivo, por último, mas não menos importante a constituição prevê em seu artigo 101, I, alínea “a” que compete ao Supremo Tribunal Federal, órgão Máximo do poder judiciário, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, conceito esse que abarca os atos praticados pelo poder legislativo e executivo (medida provisória e decretos autônomos).

Os casos de freios e contrapesos previstos na constituição não se exaurem nestes outrora mencionados, existem diversos casos em que o constituinte previu a

aplicação do instituto para que nenhum poder venha a cometer arbítrios e assim trazer de volta as sombras do absolutismo e da ditadura da qual recentemente viemos.

3.1 O sistema de repartição de competência

Uma das características de um sistema republicano, de uma democracia, é a existência de repartições de competências que deve ser distribuída entre órgãos (Poderes) de forma que nenhum órgão detenha todo o Poder, isso visa impedir arbítrios estatais.

Uma constituição, basicamente, cuida da estrutura do estado, separação de poderes e direitos e garantias fundamentais. Geralmente a maioria das constituições ao redor do mundo segue necessariamente essa sequência, mas a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 decidiu estruturar sua composição de forma diferente, tratando logo no título II sobre os direitos e garantias fundamentais, isso por decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tal fato demonstra a sobreposição dos direitos e garantias fundamentais sobre os demais institutos.

A maioria dos Estados modernos adota a chamada teoria da “tripartição” de poderes sistematizada por Montesquieu, mas já visualizada por Aristóteles. Poucos são os Estados Soberanos que não são adeptos de tal teoria, a título de exemplo o Vaticano, onde o Sumo Pontífice detém as três atribuições estatais básicas de um Estado, quais sejam, legislar, julgar e administrar (executivo).

A República Federativa do Brasil, nascida da Constituição de 1988, pois, conforme teoria geral do direito constitucional um Estado só passa a existir após a promulgação de sua constituição e com o advento de uma nova ordem constitucional a anterior se dissipa, nascendo a partir daquele momento um novo Estado Soberano. Com o advento da nova Constituição Cidadã passamos a ter o mais puro sistema republicano possível, isso após vivenciarmos períodos sombrios de uma ditadura que estava espalhada por toda a América latina. A Assembleia Constituinte de 88 sabendo de tais fatos buscou distanciar a ingerência estatal da vida privada o máximo possível, uma das formas de impedir arbítrios estatais e regimes totalitários foi à separação entre os Poderes.

Sabendo que a separação entre os Poderes é algo vital a sobrevivência de um Estado Democrático de Direito o poder constituinte originário, manifesto em

1988, postulou tal regra no artigo 2º da Constituição e o elencou como cláusula pétrea no artigo. 60, §4, III da Constituição Federal.

Ocorre que, atualmente os Estados Modernos postularam o princípio da separação de Poderes, mas não de forma tão rígida como proposto por doutrinadores clássicos. As constituições passaram a prever que embora cada Poder desempenhe uma função típica, nada impede que os mesmos venham a desenvolver funções atípicas, ou seja, funções que não são propriamente suas. Caminhando nesse entendimento a Constituição de 1988 passou a prever que cada Órgão (Poder) possui funções atípicas em sua composição.

Conforme dispõe a regra do artigo 44 da Constituição Federal, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Essa estrutura é em âmbito nacional, sendo um sistema bicameral, o que não ocorre em âmbito estadual e municipal. Uma forma de demonstrar a função atípica pelo Legislativo é o fato de que, ele dispõe sobre sua organização, prevendo cargos e concedendo licenças a servidores, assim ele está desempenhando típica função administrativa que é do executivo. Outra demonstração do exercício de uma função atípica é o fato de que o Senado Federal que julga o Presidente da República nos casos de crime de responsabilidade, conforme artigo 52, II da Constituição Federal.

Sobre o Poder Executivo esclarece o artigo 76 da Constituição Federal que este é exercido pelo Presidente da República com auxílio dos Ministros de Estado. A função típica do Poder Executivo é a prática de atos de chefia de Estado, de Governo e atos da Administração. Mas, a constituição passou a prever funções atípicas a serem desempenhadas pelo Executivo à título de exemplo temos o fato de que o Presidente da República pode adotar medidas provisórias que possuem força de lei, embora lei não seja; assim ele exerce atipicamente a função legislativa. A função judiciária é exercida pelo fato de que o Poder Executivo julga apreciando defesas e recursos administrativos.

No que toca ao Judiciário, estabelece o artigo 92 da Constituição a composição do Poder Judiciário é mais ampla, sendo o órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal. A função típica do Poder Judiciário é julgar, exercendo sua função jurisdicional. Mas, a constituição também prevê para ele funções atípicas como legislar, quando os tribunais editam seus regimentos internos e a função executiva

quando procede na contratação de seus servidores por meio de concursos públicos e quando concede férias aos magistrados e serventuários.

Assim sendo é possível visualizar que embora a regra seja a separação absoluta entre os poderes, os mesmos exercem funções atípicas e isso visa gerar a harmonia entre eles e ao mesmo tempo manter a independência funcional de cada um.

3.2 Análise do papel de uma Corte Constitucional

Talvez o grande cerne do ativismo judicial e do fenômeno da judicialização da política resida na cumulação de poderes(competências) que detém as cortes superiores, sobretudo as Supremas Cortes ao redor do mundo. Antes mesmo de tentar entender os institutos outrora mencionados, faz-se necessário conhecer o protagonista do ativismo judicial, qual seja, o Poder Judiciário, em especial a estrutura, história e atuação da Corte Superior, que no nosso caso é o Supremo Tribunal Federal.

Desde a Constituição do Império de 1824 havia a previsão da existência de uma corte superior, não com a estrutura e competência da que conhecemos hoje, aja vista principalmente por decorrência da existência do chamado “Poder Moderador”, que o rei detinha o que jogava por terra qualquer manifestação de separação de Poderes. Mas, retornando ao tema, na égide da Constituição de 1824 não havia a previsão expressa na mesma da criação de uma Suprema Corte, contudo a Lei 18.09.1828 passou a prever a existência do chamado “Supremo Tribunal de Justiça”, que era composto pelo número de 17 Juízes letrados, nessa época não havia previsão de aprovação dos membros por um órgão legislativo (senado).

Antes mesmo da Constituição de 1824, havia a existência de um órgão chamado “Casa da Suplicação do Brasil”, que seria o primeiro órgão de cúpula do judiciário. A criação desse órgão fazia referência a existência da chamada “Casa de Súplica de Lisboa” e dada a vinda da família real para o Brasil, Dom Pedro I criou o referido órgão, isso em 1808. O referido órgão era composto de 23 membros, não havendo requisitos expressos para a nomeação dos mesmos, nem tão pouco “sabatina” por um órgão legislativo. (Lenza, 2018).

Em 11 de outubro de 1890 pela primeira vez protagonizou-se a nomenclatura “Supremo Tribunal Federal”, que foi criado por meio de um decreto de número 848/1890. A medida foi tomada pelo chamado Governo Provisório da República, que trouxe a existência o órgão de cúpula do Poder Judiciário. A composição do órgão era de 15 juízes que deveria ser cidadãos de notável saber jurídico e reputação, elegíveis pelo Senado, devendo haver a aprovação por este órgão. Pela primeira vez na história passamos a ver a regra que hoje nos familiarizamos, qual seja, a chamada aprovação ou sabatina feita pelo Senado Federal. A Constituição Republicana de 1891 em seus artigos 55 e 56 passaram a prever a existência do órgão, momento esse importante para a história do Constitucionalismo, sendo o marco inicial da previsão constitucional de uma Corte Suprema. (Lenza, 2018)

Sob a égide da Constituição de 1934 a denominação Supremo Tribunal Federal passou para “Corte Suprema”, passando a prever o órgão em seu artigo 73, que exigia como requisitos para investidura no cargo a necessidade de ser brasileiro nato de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35 anos e mais de 65 anos de idade e necessitando de aprovação pelo Senado Federal.

A Constituição de 1937 resgatou de forma definitiva, até a atual constituição de 1988, a nomenclatura “Supremo Tribunal Federal” e assim como a constituição de 1934 trouxe a previsão de 11 ministros para compor a corte, devendo ser brasileiro nato de notável saber jurídico e reputação ilibada alistado eleitores, não devendo ter, com exceção dos magistrados, menos de 35 anos e mais de 58 anos de idade. Sob o governo da constituição de 1937 não havia a necessidade de aprovação dos ministros pelo Senado Federal, somente havia aprovação do Conselho Federal, suprimindo assim o controle político da investidura dos membros do órgão de cúpula do poder judiciário.

A constituição de 1946 em seu artigo 98 continuou com a tradição das constituições anteriores e manteve a existência do órgão de cúpula com o mesmo *nomem iuris*, somente inovando com o número de membros que passou para 16. A constituição de 46 resgatou a supressão feita pela constituição de 1937 e pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas (03.11.1930 a 20.07.1934) passando a prever novamente o controle político realizado pelo Senado Federal dos candidatos ao Supremo Tribunal Federal.

Em termos significativos a única mudança substância trazida pela Constituição seguinte, qual seja, a de 1967, foi o retorno do número de 11 ministros para a composição da corte, mantendo os requisitos para investidura e a aprovação previa pelo Senado Federal.

A Emenda Constitucional de 1969 manteve a existência do Supremo Tribunal Federal com os mesmos requisitos para a nomeação da ordem constitucional anterior.

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 101, trouxe a previsão do Supremo Tribunal Federal como conhecemos hoje, qual seja, a composição de 11 ministros indicados pelo Presidente da República, sendo cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, devendo haver aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal.

Conforme falado, o cerne provável do ativismo reside na vasta competência do Supremo Tribunal, que segundo a doutrina é uma competência originária (art. 102, I, “a” a “r”), competência recursal ordinária (art. 102, II) e competência recursal extraordinária (art. 102, III). Via de regra, um tribunal constitucional não possui, pela história constitucional, uma cumulação de competências tão abrangentes. Vale destacar que, conforme própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o mesmo é regido pelo princípio da reserva constitucional de competência originária, ou seja, toda a competência do Supremo está prevista taxativamente e exhaustivamente no artigo 102 da Constituição Federal, não havendo possibilidade de ampliação das matérias de sua competência por meio de lei.

O constituinte de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal à guarda da Constituição, o que significa dizer que o órgão de cúpula do poder judiciário é o responsável por velar pela supremacia da constituição e que o mesmo é o intérprete máximo não somente da constituição, mas das leis.

Exercendo o papel de corte constitucional ao Supremo Tribunal compete a análise da constitucionalidade das normas infraconstitucionais e das emendas à constituição.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal não analisa apenas a constitucionalidade ou inconstitucionalidade direta a constituição, a chamada inconstitucionalidade *in abstracto*, mas também o controle de constitucionalidade incidental, que é o poder de análise da constitucionalidade das leis por qualquer juiz

ou tribunal, inconstitucionalidade *in concreto*. Isso ocorre pelo fato de que a suprema corte não possui um sistema único de competência, qual seja, o papel de corte constitucional, mas também exerce a função de corte penal e recursal. Asseverando acerca da temática, Barroso (2017, p. 6) aduz:

[...] O Brasil adota um próprio de controle de constitucionalidade, que combina aspectos do sistema americano e do sistema europeu. Do sistema americano, colhemos o controle incidental e concreto: todo juiz ou tribunal interpreta a Constituição ao julgar os casos que lhe são submetidos, podendo inclusive deixar de aplicar norma que considere inconstitucional. Do sistema europeu temos a possibilidade de ajuizamento de ações diretas perante a Suprema Corte, nas quais se discute em tese (isto é, independentemente de um caso ou controvérsia) a constitucionalidade ou não de uma lei. [...].

Da narrativa é possível observar que o Supremo Tribunal Federal possui ambas as competências, a da análise *in abstrato*, via ações diretas de inconstitucionalidade/constitucionalidade, e a da análise *incidente tantum* que é chamado de controle difuso.

O fato de existirem vários meios e diversos legitimados para a propositura das chamadas ações diretas de constitucionalidade faz gerar um acúmulo de ações discutindo a validade de determinados atos normativos frente à constituição, frisa-se a nomenclatura atos normativos, dada a possibilidade de questionamento até de portarias e resoluções frente à constituição, isso via arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação essa subsidiária que possibilitou o questionamento de até mesmos atos normativos anteriores a constituição, que conforme a regra básica para o controle de constitucionalidade, que é a contemporaneidade das normas, serão ao final do julgamento recepcionados ou revogados por incompatibilidade material frente a nova ordem constitucional. Com precisão da matéria o professor Barroso (2017, p. 13) prediz

[...] Da existência de ações diretas com amplo direito de propositura resultam duas consequências importantes. A primeira é que toda e qualquer questão de algum relevo pode ser levada à discussão perante o Supremo Tribunal Federal. A segunda é que o Tribunal muitas vezes tem de apreciar matérias em primeira mão, sem que tenha havido prévia discussão nos outros graus de jurisdição. E não há como o Tribunal recusar jurisdição nestes casos, pois ações diretas não estão sujeitas a juízos discricionários de admissibilidade (para os recursos extraordinários exige-se “repercussão geral”, que é *prima distante do writ of certiorari*). A única coisa possível de se fazer – e o Tribunal por vezes faz – é retardar o julgamento da matéria [...].

Por análise é possível observar que não há muitas possibilidades de filtros das matérias levadas a questionamento perante a Suprema Corte, isso decorre do fato de que possuímos uma constituição analítica, que cuidou da análise não apenas dos elementos essenciais do estado, quais sejam, estrutura do estado, direitos e garantias fundamentais e separação dos poderes. Nossa constituição, fruto de um poder constituinte democrático, buscou introduzir em seu texto interesses de diversos grupos e setores sociais, sem mencionar o fato de que, embora seja uma constituição rígida que pressupõe um sistema mais dificultoso para a alteração de suas normas, já possui mais de 100 (cem) emendas.

O novo código de processo civil, com a sistemática dos precedentes judiciais buscou minimizar o acúmulo de matérias levadas ao conhecimento da suprema corte, sobretudo, o conhecimento inicial de temas não conhecidos por instâncias inferiores. Com o chamado sistema vinculante ou obrigatório dos precedentes os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, isso faz com que seja dispensada a análise de determinados temas já apreciados pelo supremo tribunal federal bem como pelas demais cortes superiores. Interessante ressaltar, sem, contudo, aprofundar-se no tema, é o fator de que não apenas as decisões em controle concentrado de constitucionalidade acarretam a dispensa de análise de determinados temas pelo próprio STF quanto pelas demais cortes, mas também a análise de recursos repetitivos, resolução de demandas repetitivas e assunção de competência.

Partindo para uma análise doutrinária filosófica, por assim dizer, do papel das cortes superiores ou tribunais constitucionais o professor e então ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, leciona que as cortes constitucionais exercem pelo menos três funções que são o papel “contramajoritário”, “representativo” e “iluminista”.

O chamado papel contramajoritário descrito por Barroso prevê que as Cortes Constitucionais possuem o poder-dever de invalidarem atos normativos do Poder Legislativo e Executivos quando eivados de inconstitucionalidade. A crítica dos opositores da sistemática proposta pelo autor reside no fato de que, o colegiado que compõe as cortes supremas não foi eleito democraticamente e assim sendo não possui legitimidade para invalidar atos normativos advindos dos representantes do povo, que possuem a chancela popular e pelo menos em tese com uma presunção de legitimidade representam o interesse popular.

Malgrado a divergência das pequenas vozes contrárias, esse papel de contramajoritário exercido pelo Supremo Tribunal Federal é legítimo, legal e possui previsão constitucional. O constituinte entendeu por bem, dar a Suprema Corte a guarda máxima de proteção a higidez constitucional, portanto, constitucionalmente todo e qualquer dispositivo contrário a constituição deve ser retirado do mundo jurídico, isso decorre da chamada força normativa da constituição e a sua supremacia. Tal fato é vislumbrado através do movimento chamado “constitucionalização do direito”, que hoje é algo que aos olhos dos mais embrionários estudantes de direito é regra lógica, de que todo o direito deve ser interpretado através da constituição. Asseveram Sarmiento e Souza Neto (2007, p. 15):

[...] A constitucionalização do Direito, por sua vez, está associada ao efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com sua ordem, unidade e harmonia —, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos com base em uma ótica constitucional.

O papel representativo gera grande discussão entre os constitucionalistas e estudiosos da teoria geral do direito pelo fato de que, nesse papel as Cortes Constitucionais, em especial o STF, reverte uma função que constitucionalmente é do legislativo e passa a atuar para criar a norma ou integralizá-la, dada a inércia do órgão competente. O problema da crítica na falta de legitimidade para essa atuação do Supremo Tribunal Federal reside no fator de que, a Constituição de 88 prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição que assevera que o juiz não pode se escusar de apreciar a as matérias a ele levada, bem como pelo fato de que no ordenamento jurídico brasileiro a ausência de norma acarreta em inconstitucionalidade.

Outro papel desenvolvido pelas Cortes Constitucionais, segundo Barroso, é o papel “iluminista”, neste papel as cortes supremas possuem a função de alavancar e impulsionar a história rumo ao avanço social. A particularidade desse papel reside

no fator do não retrocesso constitucional, dissertando sobre o assunto o professor Barroso (2017, p. 8) prediz:

Por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contra majoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos. Situa-se nessa categoria a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, deslegitimando a discriminação racial nas escolas públicas, e a da Corte Constitucional da África do Sul proibindo a pena de morte. No Brasil, foi este o caso do julgado do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo [...].

O professor observa que esse papel é excepcional e deve ser exercido com a maior ponderação possível, mas que em determinados momentos históricos deve ser efetivamente desenvolvido, sobretudo para resguardar valores humanísticos e não apenas constitucionais.

Criticando o papel iluminista proposto por Barroso, Streck diz que a decisão do supremo tribunal federal, quando equiparou a união homoafetiva às uniões convencionais, agiu como ativista, contudo o autor preferiu não adentrar no mérito da questão. Dar-se a entender que talvez a decisão seja válida, mas não fosse o judiciário o órgão responsável para o exercício desse papel. Ora, a discussão sobre o papel iluminista baseasse exatamente no fator de falta de credibilidade que o legislativo atualmente possui, esperar o legislativo legislar sobre assuntos polêmicos em um país conservador é ficar à mercê da ausência normativa, que ressalta-se novamente é inconstitucional.

3.3 Atuação legislativa do Poder Judiciário: O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo e negativo

Ao Poder Judiciário foi dado o poder de interpretar a lei e trazer ao mundo fático o sentido da norma, numa visão ortodoxa do direito o juiz seria simplesmente a boca da lei, o aplicador do direito e escravo da lei. Ao poder judiciário, em uma visão positivista não cabe de modo algum complementar a lei ou a integralizá-la de

alguma forma, cabe-lhe apenas a aplicação gramatical do texto legal, juízes são simplesmente aplicadores mecânicos das vontades do poder legislativo, seria meramente “menino de recado” do poder legislativo, portanto, para esse entendimento não caberia ao juiz inovar no mundo jurídico.

Opondo-se ao modelo de que, ao juiz é dado apenas o poder de aplicar a lei trazendo norma objetiva dos textos legais ao mundo fático, surge o jurista Hans Kelsen com sua teoria “Positivismo Normativista”. Para o autor a lei não possui uma interpretação objetiva, cabendo ao juiz interpretá-la e dar-lhe o real sentido que o legislador buscou dar.

Para Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito” o direito seria um complexo de normas jurídicas válidas isenta de paixões políticas ou morais e a validade das leis estava fundada em um raciocínio teórico puro, sem sentimentalismo ou discricionariedades emotivas. Portanto para Kelsen o juiz aplica de fato a lei, mas confere a mesma a interpretação normativa adequada, sem, contudo, profaná-la com a moral ou a política pessoal.

Cumprido ressaltar que pelo modelo de Kelsen a norma (lei) de hierarquia inferior sempre deve buscar seu fundamento de validade em uma norma de hierarquia superior, até chegar-se ao vértice do ordenamento jurídico que é a Constituição, de onde emana ou deve emanar toda a validade para o ordenamento jurídico.

No entender da corrente filosófica de Hans Kelsen, todo juiz ou tribunal deve agir exclusivamente como legislador negativo, garantindo apenas a supremacia da constituição e a higidez do ordenamento jurídico que, sempre se complementa e jamais se contradiz, devendo o poder judiciário salvaguardar a hegemonia do texto constitucional.

Assim sendo, o juiz garante a supremacia constitucional através do sistema de controle abstrato de constitucionalidade onde não há direitos subjetivos em confronto, sendo um processo objetivo, buscando se extirpar do ordenamento jurídico a síndrome da inconstitucionalidade.

Na sistemática de Kelsen há um sistema de escalonamento das normas onde no vértice encontra-se a constituição que possui um sistema rígido de mutabilidade e núcleos intangíveis de alteração, assim sendo o Tribunal Constitucional enfrenta a inconstitucionalidade para que esse sistema de escalonamento das normas mantenha-se íntegro. Sendo dado ao tribunal constitucional apenas o dever-poder

de cassar as normas incompatíveis com a materialidade e procedimentos da constituição. O juiz não cria normas, aplica a lei dando-lhe uma interpretação conforme a constituição.

Avançando na função de garantir a validade suprema da constituição sobre os demais textos normativos, buscando dar aos mesmos o sentido que vise garantir a hegemonia da constituição nasce o sistema de controle difuso de constitucionalidade, que tem origem no sistema jurídico norte-americano no famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803, onde demonstrou-se de forma embrionária a supremacia da constituição sobre os demais textos normativos advindos do poder legislativo. Neste caso, há uma sobreposição da vontade do poder judiciário sobre a vontade popular, que é representada pelo legislativo, mas com um fim não particular, mas de salvaguardar a pureza da Constituição.

Esse papel de supremacia constitucional é o que Barroso (2017, p. 5) chama de papel Contramajoritário que as cortes constitucionais exercem, ponderando da seguinte forma:

[...] O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobrepor a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contramajoritária”.

O professor Luís Roberto Barroso (2015, p. 29), assevera que com a evolução social e, sobretudo com a redemocratização que ocorreu no Brasil alguns conceitos clássicos foram aos poucos perdendo forças e adeptos, de forma sistemática ele prediz:

Superação do formalismo jurídico. O pensamento jurídico clássico alimentava duas ficções: a) a de que o Direito, a norma jurídica, era a expressão da razão, de justiça imanente; e b) que o Direito se concretizava mediante operação lógica e dedutiva, em que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma, meramente pronunciando a consequência jurídica que nela já se continha. Tais premissas metodológicas na verdade, ideológicas — não resistiram ao tempo. Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em dado momento e lugar; e b) em grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete [...].

O idealismo de que o direito é a manifestação da justiça foi sendo abandonado, tendo em vista que comumente ele é apenas a manifestação de vontade de uma classe sobre outra, esse fato é mais vislumbrado quando analisa-se a composição do legislativo, com propriedade e com a notoriedade a composição do Congresso Nacional onde há conchaves para a aprovações e obstruções de propostas legislativas.

Outro fator que tem sido abandonado segundo o autor é o idealismo de que o direito se concretiza mediante operação lógica e dedutiva, onde o juiz simplesmente faz a subsunção dos fatos à norma, ledo engano.

Adentrando na temática do judiciário como legislador positivo temos um fenômeno constitucional chamado de “criatividade judicial”, que decorre do sistema da jurisdição constitucional pós moderno ou neoconstitucionalismo e tem por pressuposto os fatores de que as normas constitucionais possuem um grande grau de indeterminação e ambiguidade e que tal fato favorece a discricionariedade do juízo constitucional, ao argumento de maior efetividade das normas constitucionais.

Outrora os princípios que hoje servem de base para atuação das cortes constitucionais como legislador positivo eram vistos apenas da perspectiva negativa, no sentido de que não deveria ser violado o postulado da dignidade humana e da igualdade, ao passo que hoje serve de meios para sobreposição de regras sob a justificativa da ampliação dos princípios constitucionais. Canotilho assevera que, “Concretizar a Constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais”. Assim sendo o processo de jurisdição constitucional não mais se limita a erradicar as inconstitucionalidades, mas ampliar o alcance dos princípios esculpidos na constituição.

Dworkin (2002, p. 36) demonstrando a sobreposição dos princípios sobre as regras, prediz:

Princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Sob essa perspectiva princípio não deve ser visto como tudo aquilo que o poder legislativo produz, mas um núcleo que visa uma exigência de justeza ou equidade ou algum outro postulado de moralidade.

Observando que as regras (leis) possuem um grau de abstração e que podem ser interpretadas de várias formas Dworkin (2002, p. 59) assevera:

As regras criadas por leis estão sujeitas à interpretação e reinterpretação, por vezes mesmo quando disso resulta à não execução daquilo que é chamado de “intenção do legislador”. Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito [...] existe padrões, obrigatórios para os juizes, que estabelecem quando um juiz pode e quando ele não pode revogar ou mudar uma regra estabelecida.

Dentro da atividade criativa do judiciário ou de sua atuação como legislador positivo Dworkin entende que existem postulados que autorizam o juiz a alterar uma regra ou não, embora não recomendável, na visão de Dworkin (2005, p. 101) os princípios possuem a legitimidade de criação judiciária e assevera sua visão acerca das decisões dos tribunais:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política — decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promover melhor o bem-estar geral — e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.

Na perspectiva do autor a atuação judicial deve ser pautada em princípios e não em embasamentos de cunho moral, o que muitas vezes ocorre em casos de atuação do judiciário como legislador positivo. O embasamento em princípios possibilita ao julgador, a depender do caso, valer-se deles e não das regras pré-estabelecidas, mas não são quaisquer princípios que por si só justificam o afastamento de determinadas normas.

A atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo tem ganhado força tendo em vista enunciados de textos legais que possuem interpretações vagas, as chamadas lacunas legais, que possibilitam ao juiz a integralização dos textos em conformidade com a constituição.

O direito é fluido, constante, evoluiu conforme a sociedade avança na história, contudo não é capaz de acompanhar de forma precisa esse avanço da vida pelo tempo. O constituinte e o legislador não foram e não são capazes de acompanhar esse avanço evolutivo da sociedade, e tendo em vista tais fatos o juiz diante de determinados casos não possui normas a aplicar, tendo que valer-se de meios de

integralização e de criação de normas. O direito não consegue acompanhar a evolução de questionamentos como, uniões homoafetivas, interrupção da gestação em caso de anencefalia, transfusões de sangue em pacientes testemunhas de Jeová, dentre outros. Barroso (2015, p. 31) tratando sobre a temática conduz a conclusão:

[...] Nenhuma dessas questões é teórica. Todas elas correspondem a casos concretos ocorridos no Brasil e no exterior, e levados aos tribunais. Nenhuma delas tinha uma resposta pré-pronta e segura que pudesse ser colhida na legislação. A razão é simples: nem o constituinte nem o legislador são capazes de prever todas as situações da vida, formulando respostas claras e objetivas. Além do que, na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas ao enunciado abstrato do texto, mas é produto da interação entre texto e realidade. Por essa razão, há crescente promulgação de constituições compromissórias, com princípios que tutelam interesses contrapostos, bem como o recurso a normas de textura aberta, cujo sentido concreto somente poderá ser estabelecido em interação com os fatos subjacentes. Vale dizer: por decisão do constituinte ou do legislador, muitas questões têm a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito.

Diante de tais casos que não possuem respostas pré programáticas caberá ao juiz, sob o crivo argumentativo jurídico estabelecer a norma a ser aplicada a cada caso. Segundo Barroso o que o juiz faz diante dessas ausências de lei não é a criação de um direito, mas uma busca pelo fundamento normativo que deve existir no ordenamento jurídico. O juiz não se utiliza de fundamentos vagos ou imprecisos, ele apenas busca o fundamento da decisão em regras de postulados como princípios constitucionais. A interpretação das normas não é tarefa fácil para o juiz, sobretudo em uma sociedade que evoluiu a cada segundo, entendendo a problemática, Barroso (2015, p. 33) mais uma vez prediz:

[...] O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria — que fique bem claro —, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

Portanto, ao decidir determinado caso que não possui previsão normativa o juiz apenas traz para esse caso uma resposta de fundo valorativo e principiológico, que retira sua validade do ordenamento jurídico como um todo, são valores que permeiam a validade das normas, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade dentre outros.

Opondo essa ideia de princípios aplicáveis a casos não previstos pelo legislador, por razões de segurança jurídica, Streck (2010, p. 10) criou a teoria que ele chamou de “pamprincipiologismo”, para o autor os princípios devem ter densidade deontológica e prediz:

Não devem ser criados *ad hoc*, sem vínculos históricos, pois, não são passíveis de um controle intersubjetivo de seus sentidos juridicamente possíveis. Basta ver, para tanto, a algaravia gerada pelo pamprincipiologismo, em que princípios são inventados pela doutrina, jurisprudência ou pelo legislativo, sem haver, no entanto, nenhuma preocupação com a sua imperatividade e sua legitimidade.

Streck preocupa-se com a segurança jurídica causada pela aplicação abstrata de princípios, para ele, princípios possuem força normativa e valorativa, não podem e não devem ser aplicados de forma alegórica a caso que precisam de integralização. Há uma historicidade dos princípios e isto deve ser observado, os princípios não possuem sentidos vazios e abrangentes que podem ser usados de forma discricionária para todo o qualquer caso, há de se analisar a comum unidade que possuem. Trazendo completude à temática, Sarmento (2010, p. 200) prediz:

[...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça - , passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgados. Esta euforia com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os 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 que quiser.

A utilização desarrazoada de princípios, segundo Sarmento, é prejudicial ao estado democrático de direito, porque permite que juízes, que não são eleitos pelo povo criem normas a serem aplicadas aos jurisdicionados e suas preferências venham sobrepor às intenções do legislador.

Streck dissertando sobre o papel hermenêutico, parte de uma premissa daquilo que ele chama de “a busca por resposta adequada à constituição”, onde objetivamente o hermeneuta não pode recriar o direito e distorcer a realidade conforme sentimentos solipistas, basicamente o que Streck prediz é que “nenhum homem é uma ilha em si”, ou seja, não posso partir de paradigmas solipistas, que advenham estritamente das minhas realidades e experiências, é preciso manter incólume a higidez da Constituição e preservar seus núcleos; há um paradigma e é necessário respeitá-lo. Streck (2017, p. 11) Dissertando sobre a temática prediz

[...] Resposta correta não quer dizer verdade apodítica, ma significa que, se dois mil juízes virem um barco, eles estão vendo um barco, não um ônibus, não uma onça, não uma bicicleta. Então, não é um conto. É um romance em cadeia. Se nós tivermos 5, 10 autores, os capítulos vão mudar, mas o personagem é o mesmo, de modo que, se ele foi morto no capítulo anterior, o próximo autor que escrever vai escrever com esta responsabilidade. Então, nós não fazemos contos, nem repsódias, nós fazemos um romance em cadeia [...].

Streck entende que o objeto de análise dos hermeneutas é apenas um, a lei, e mesmo que os intérpretes sejam vários não é possível alterar o objeto em sim. Assim sendo, faz-se necessário a preservação desse paradigma em comum. O juiz pode e têm experiências pessoais, mas essas experiências pessoais não podem mudar aquilo que o juiz enxerga, se assim fosse ele passaria a aplicar a lei de forma solipista, e reitera-se, o paradigma é apenas um.

Streck, de forma ferrenha, destaca que o juiz é um agente público e assim sendo deve atuar de forma a seguir a estrita legalidade, e isso não importa necessariamente de seguir a lei de forma cega, pois, por obvio ele fará a análise de legalidade das normas e exercerá o controle difuso, mas como agente público que é deve separar-se do seu pessoalismo. Assim, Streck (2017, p. 14) leciona:

[...] os juizes devem-se dar conta de que eles não escolhe, mas que eles decidem, bem como que eles não devem resolver dilemas morais, de que isso não importa. Eu tenho trabalhado isso atraves da ideia dos “dois corpos do rei”, exatamente para mostrar que há o “corpo representação”, a coisa-juiz, que se apresenta em público, que profere decisões, e há p juiz em sua vida privada, em suas concepções pessoais. [...] Todavia, quando ele vai decidir no exercicio de sua atividade jurisdicional, o direito vai lhe dar criterios, ou seja, ele sempre vai ter um modo de se inserir no direito sem as suas escolhas pessoais , morais, porque escolha não são questões democraticas, e os criterios postos pelo direito não estão a disposição dele, de nenhum juiz.

O juiz possuindo “dois corpos”, no exercício da jurisdição deve afastar-se do seu pessoalismo (solipismo) e vestir a toga da jurisdição constitucional, para manter a integridade da Constituição.

O grande cerne da atuação das cortes constitucionais como legislador positivo reside no fator de ausência normativa e a legitimação do judiciário para assim agir no fator de que a ausência de norma gera a chamada inconstitucionalidade por omissão.

Existem determinados casos que ganharam notoriedade na atuação do Supremo Tribunal Federal que, para alguns foram casos de atuação do judiciário como legislador positivo em um nítido papel ativista, mas para outros foi apenas uma atuação contramajoritária e ao mesmo tempo iluminista.

Um dos casos mais emblemáticos da atuação do Supremo Tribunal Federal foi na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, onde foi debatida a possibilidade de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico onde o legitimado ativo requereu que tal conduta não fosse abarcada pelos tipos penais dos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal. Nos idos de 2012 a temática revirou-se sobre diversos temas, como a laicidade do estado, conceito de vida e ausência de norma específica sobre o caso.

No caso sob judice a atuação do Supremo seria uma atuação de ativista judicial, onde agiria como legislador positivo ou o mesmo deixaria de enfrentar o mérito da questão sob o argumento de incompetência para tratar do assunto, tendo em vista a ausência normativa para o caso em questão. Malgrado entendimento contrário, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico é conduta atípica, não sendo abarcada por nenhum tipo penal.

No caso em comento a decisão que ficou por 8 x 2 sendo que o ministro Dias Toffoli se declarou impedido, o julgamento em questão ficou marcado pelos debates ideológicos, morais e constitucionais. Sob judice estava um caso que não possui manifestação do parlamento brasileiro, o Congresso Nacional há décadas vem se se eximindo de legislar sobre assuntos polêmicos, e talvez seja melhor a sua neutralidade dada a sua composição e o produto da lei que porventura viessem a criar.

O judiciário como órgão sem viés político, em tese, decidirá seus conflitos baseados na Constituição, na lei e nas demais fontes de interpretação do direito e

assim sendo as decisões por ele tomadas irão visar a máxima ampliação dos direitos e garantias fundamentais de cada ser humano abarcado por suas decisões com eficácia vinculante e erga omnes.

Em casos como este é árdua a tarefa do juiz desvincular-se de seus conceitos morais, éticos, filosóficos e políticos. O juiz não é um ser ausente de emoções e sentidos, o mesmo possui convicções íntimas, mas deve visar ao máximo afastar-se tais concepções ao julgar e buscar aplicar a lei ao caso concreto, quando há, ou aplicar os princípios constitucionais ao caso. Entendendo a complexidade da temática o ministro Marco Aurélio asseverou:

[...] Na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, (...) a resposta é desenganadamente negativa. (2008, p. 4. Voto Min. Rel. Marco Aurélio de Mello, ADPF 54, STF)

Sobre a questão havia intenso clamor social, sobretudo religioso, que visava à criminalização da conduta, mas entendendo que a religião e o estado devem estar em lugares antagônicos o relator do caso então ponderou:

[...] Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. (...) Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro. (2008, p. 11. Voto Min. Rel. Marco Aurélio de Mello, ADPF 54, STF).

Tais situações somente são citadas para fim de visualização de como a decidibilidade é algo complexo e por isso pode ocorrer casos de ativismo judicial, seja para o progresso ou não.

Votando de forma contrária a dos demais pares, o Ministro Lewandowski asseverou:

[...] Nessa mesma direção, o já mencionado Paulo Bonavides, forte no magistério da Corte Constitucional alemã, adverte “que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca lhe dar sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição”. Logo depois acrescenta: “Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois

‘isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional’ (Das ist Sache des Gesetzgebers, nicht des BVerfG)”. De fato, como é sabido e ressaltado, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno [...]. (LEWANDOWISKI, 2008, p. 12, ADPF 54 STF)

O ministro atrelando-se aos conceitos tradicionais de limitação da atuação do poder judiciária filia-se ao entendimento de que, ao judiciário cabe apenas a função de legislador negativo e não positivo. Não pode o poder judiciário atuar de forma a inovar no mundo jurídico, as decisões, via de regra, só atingem aqueles que fazem parte da relação jurídica-processual, não podendo ser utilizada como forma de usurpar a função típica do poder legislativo.

Entendendo que o judiciário não possui a legitimidade que os parlamentares possuem o então ministro Lewandowski prediz:

[...] Destarte, não é lícito ao mais alto órgão julgante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envolver as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem [...]. (LEWANDOWISKI, 2008, p. 13, ADPF 54 STF).

O então professor de teoria geral do estado da USP, que neste caso pautou-se por critérios ortodoxos, entendeu que não competiria a Corte decidir sobre a questão, tendo em vista que lhe faltaria legitimidade para tratar do assunto, somente aqueles que possuem a chancela da população poderiam decidir sobre o caso, ou seja, apenas o Congresso Nacional teria legitimidade popular para legislar sobre a temática.

A decisão da corte pautou-se em princípios constitucionais e não apenas constitucionais, mas universais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação. Seguindo a teoria proposta por Streck, tal decisão seria fruto do pamprincipiologismo, dada a abstratividade e grau de imperatividade de tais princípios, que segundo alguns doutrinadores não são capazes de fundamentar decisões, assim sendo essas decisões padeceriam de ausência de fundamentação.

Demonstrando a gama de princípios aplicados ao caso sob judge o então relator assevera:

[...] Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz [...]. (MELLO, 2008, p. 47/48, ADPF54).

A decisão da Suprema Corte foi fundamentada sob fundamentos principiológicos e nem por isso padece de validade, pois, a própria Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro preveem em seu artigo 4º que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. A aplicação de princípios possui forma normativa, sendo suficiente para fundamentar uma decisão, sobretudo pelo fato de que dado o postulado da inafastabilidade da jurisdição ao judiciário não é dada a recusa da prestação jurisdicional sob o fundamento de ausência de norma.

Afastar-se da análise de um determinado caso sob o fundamento de ausência normativa é algo que não se coaduna com as características da prestação jurisdicional. Nessa sistemática o Código de Processo Civil de 2015 trouxe de forma postulada o princípio da primazia do julgamento do mérito, isso em seus artigos 4º e 6º. A previsão do princípio prevê que as partes possuem direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito e que a decisão de mérito deve ser justa e efetiva. Esquivar-se de enfrentar o mérito da questão sob o argumento de ausência de fundamentação válida a ser aplicada é conduta que fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Segundo Lenza (2018, p. 183) a decisão da suprema corte no caso da ADPF 54, antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, houve o que a doutrina chama de “sentença aditiva ou manipulativas de efeito aditivo”. Neste caso o que ocorre é que, a Corte Constitucional pronuncia a inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal não pelo que ele expressa,

mas em decorrência do que ele omite, assim a suprema corte alarga o texto da lei ou o seu âmbito de incidência.

A decisão torna-se aditiva, pois, a Suprema Corte passa a ampliar o âmbito de incidência da norma, contemplando circunstância que o legislador não estabeleceu isso por razões principiológicas, mas que são abarcadas por direitos fundamentais tais como o da isonomia, dignidade da pessoa humana e no caso em comento a autonomia da mulher, seus direitos sexuais e reprodutivos, integridade física e psíquica da gestante.

Outra temática que gerou inquietação entre os juristas foi a decisão do STF na ADI 4277 e na ADPF 132, onde a Corte por unanimidade reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. No caso em questão a corte utilizou-se da interpretação conforme a constituição para excluir qualquer significado do artigo 1.723, do Código Civil, que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Tal decisão entra no conceito da atuação da Corte Constitucional em seu papel iluminista proposto por Barroso. Neste caso a corte suprema atua de forma a impedir o retrocesso constitucional, a supressão de direitos e garantias fundamentais bem como busca a máxima efetivação das normas constitucionais. A expressão usada por Barroso (2015, p. 11) é de que neste caso as cortes constitucionais “impulsionam a história e o avanço social”. Faz se necessária essa atuação, sob os mesmos argumentos outrora já mencionados.

O ministro Luiz Fux tratando da mora legislativa, que se esconde sobre o manto das concepções pessoais assevera:

[...] De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação. Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia [...] (FUX, 2011, p. 16, ADI 4.277/ DF, STF).

No caso em tela, a fundamentação da decisão pauta-se no instituto já mencionado da interpretação conforme a constituição, que visa trazer para as normas infraconstitucionais uma interpretação semântica conforme os parâmetros constitucionais. Por ser a constituição dotada de eficácia irradiante e força normativa todo o ordenamento jurídico devem convergir para o centro de sua vontade. Assim sendo, o STF deu essa interpretação conforme a constituição para ampliar o conceito tradicional de família, isso visando à dignidade da pessoa humana, que não possui gênero, raça, cor ou sexualidade.

Outro fundamento justificador da atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo é a chamada *inertia deliberandi* das casas legislativas. Essa inércia intencional é atentatória as normas constitucionais postuladas pelo constituinte originário, o estado de mora legislativa é situação extremamente grave diante de deveres que a constituição prevê, tais como o princípio do Estado de Direito previsto no artigo 1º da Constituição Federal e, sobretudo a cláusula que assegura a imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 5º, §1 da Constituição Federal/1988).

4 O ativismo judicial como fator de risco à Democracia

A atuação do Poder Judiciário de forma ativista, como já mencionado, segundo alguns autores poder gerar danos a um Estado Democrático de Direito, por em crise uma democracia e inverter a ordem jurídica e constitucional das Instituições.

De um lado doutrinário temos aqueles que sustentam que não há risco à democracia pelo fato da atuação do poder judiciário, pois, não há o que se falar em ativismo judicial, mas sim em um avanço social onde o grande protagonista é o Poder Judiciário; segundo tais autores a história mundial vivenciou tempos em que o grande protagonista inicialmente era o Poder Executivo, seja em um estado democrático seja em um estado absolutista, pois, o poder executivo interliga-se com o fator de soberania nacional exercido por uma autoridade que representa um Estado em suas relações internacionais. Posteriormente teríamos uma era onde o protagonismo passou a ser do Poder legislativo que absteve o Estado das relações particulares, vivenciando-se uma era de liberalismo. E por fim passamos a vivenciar, nos meados do século XX e início do século XXI, uma era dos Direitos, onde o

grande protagonista passou a ser o Poder Judiciário. Lewandowski (2009, p. 02) dissertando a respeito da obra de Bobbio, “A Era do Direitos”, leciona

[...] Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. Por isso, ao invés de “ativismo judicial” ou “ativismo do Supremo Tribunal Federal”, prefiro utilizar a expressão “protagonismo” do Supremo Tribunal Federal e/ou, também, em conjunto, “protagonismo do Poder Judiciário”, como um todo, neste limiar do século XXI. Por quê? Porque nós estamos entrando na era do direito.

Para o professor de Teoria Geral do Estado da USP e ministro do Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu com o avançar dos séculos foi um processo de ampliação das competências do Poder Judiciário, que deixou de ser aquele “tribunal de fachada”, como ocorreu durante a ditadura militar, onde tínhamos uma Suprema Corte que continuava funcionando formalmente, mas que não declarava o “estado de inconstitucionalidade” que a sociedade vivenciava, pois tínhamos flagrantes transgressões a direitos e garantias fundamentais, como a retirada da garantia fundamental do Habeas Corpus do ordenamento jurídico. Nesta perspectiva de Protagonismo do Judiciário, Lewandowski (2009, p. 2) prediz

A era dos direitos a que se referia Bobbio é a era do Poder Judiciário. E a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade.

A contrário senso desse ideal de protagonismo do Poder Judiciário e posicionando se de um modo mais ortodoxo, uma linha doutrinaria assevera que este momento que vivenciamos é na verdade um momento de ditadura do Poder Judiciário, e intitulou tal fase histórica de “Ditadura da Toga” em contra partida a recente ditadura da farda que o Brasil e a América Latina vivenciaram. O professor Luís Alves de Melo (2016) dissertando sobre a temática assevera:

Não há muita diferença entre uma ditadura da farda e uma ditadura da Toga. O que difere é que esta última não precisa fechar o Congresso, basta declarar as suas leis inconstitucionais. Não precisa derrubar o Executivo, basta declarar os seus atos ilegais. Não precisa de tribunal de exceção, pois já possui a estrutura que pode ser manipulada. Não precisa de órgãos de censura, pois pode condenar por danos morais e difamação. Não precisa fazer tortura física, pois sabe como fazer a psicológica, principalmente unindo seus argumentos com respaldo de serem representantes da divindade.

A sistemática de atuação do Poder Judiciário atualmente, tendo em vista a instabilidade institucional das instituições que compõem o Judiciário, acarretam, mesmo que indiretamente, no entender daqueles que asseveram a existência de uma “ditadura da toga”, em uma falta de segurança jurídica tendo em vista a precariedade da fundamentação das decisões. Para os adeptos de tal teoria, há uma deturpação da função constitucional do Poder Judiciário, há uma violação a higidez do texto constitucional e isso tem gerado esse sistema de ditadura que põe em risco o sistema democrático que vivemos.

Streck, assevera enfaticamente que o ativismo judicial é algo que põe em risco a democracia, porque um de seus fatores é aquilo que ele chama de “solipsismo”, que é um termo que poderia ser utilizado em várias circunstâncias, mas que no caso em tela refere-se a um solipismo jurídico; onde, o magistrado ao decidir determinado processo pauta-se por suas convicções pessoais arraigando-se em princípios de aplicação geral e abstrata, Streck (2017, p. 153) então leciona

[...] E a pergunta que eu faço, e faço para todo Brasil e para o mundo, é a seguinte: e será que a ação judicial busca saber a resposta do atual ocupante do cargo de Procurador-Geral? Quando alguém ajuíza uma ação, não quer saber a opinião pessoal do atual ocupante do cargo. O que se demanda é uma resposta do “direito” da “estrutura”. Buscamos uma resposta de fora do juiz, e não de dentro dele. É importante dizer isso, para ser bem claro e delimitar o problema representado pelo autoritarismo do sujeito da modernidade. A pergunta, então, é dirigida para um direito que se estabelece a partir de uma cooriginalidade, de um ideal de “vida boa” da eudaimonia e não de “boa vida”. Por exemplo, nós construímos textos sobre seres históricos, construímos a Constituição, nós temos responsabilidade com a Constituição. Então, se eu tenho a responsabilidade com a Constituição, mas, na hora H, eu aplico a minha concepção pessoal, aí entra o problema do solipsismo ou de suas vulgatas. O solipismo é um inimigo da democracia.

Streck pauta-se estritamente na força normativa da constituição, no dirigismo constitucional, para o autor o aplicador da lei deve vincular-se ao positivismo clássico e puro, sendo o juiz não apenas “boca da lei”, mas “boca da Constituição”, dado seu conteúdo normativo (vinculante). Mendes e Coelho (2010, p. 58) tratando da temática aduzem

[...] sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade da Constituição (WillezurVerfassung). A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segunda a ordem nela estabelecida, se fizerem

presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (WillezurMacht), mas também a vontade de Constituição (WillezurVerfassung).

A não submissão dos magistrados, do Poder Judiciário, à constituição cria uma inversão das funções institucionais de cada um dos Poderes, isso tendo em vista o solipsismo praticado por magistrados que abandonam a força normativa da Constituição e passam a ser guiados por experiências pessoais e sentimentos particulares, desvinculando-se totalmente dos parâmetros constitucionais. Demonstrando sua oposição sobre o atual sistema Streck (2017, p. 160) prediz

Todos vivemos sob um Estado Constitucional, fundado em pressupostos democráticos. Alguém aqui acredita que a Constituição brasileira seja ruim? Pode pecar pelo excesso, mas ela é riquíssima na garantia de direitos. A democracia é assegurada quando a Constituição é cumprida, caso contrário teremos um regime de exceção, que, por exemplo, pode ser formado pela postura do Judiciário em julgamentos nos quais assume um protagonismo indevido.

Sem uma autocontenção da atuação do Poder Judiciário, no sentido de submissão a Constituição, a democracia corre sério risco de submeter-se a uma inversão de sua essência e passaremos para uma juristocracia. É necessário que as instituições se voltem para aquela que as instituiu, qual seja, a Constituição, pois, a Constituição não é aquilo de onde tudo se emana, mas o centro para o qual tudo deve convergir.

5 ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A tarefa de justificar o ativismo judicial não é nada fácil, mas um dos argumentos utilizados pelos teóricos defensores do instituto seria o fator do ativismo judicial como consequência lógica da efetivação de direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais que carecem de regulamentação por parte do legislador ordinário.

Os direitos fundamentais são frutos da própria evolução social, sendo que conforme o passar das épocas o legislador elenca determinados direitos como fundamentais, pois, nem todos os direitos possuem esse status.

O constituinte de 1988 trouxe para a constituição cidadã uma estruturação dos direitos fundamentais em um rol meramente exemplificativo no artigo 5º, mesmo sendo exemplificativo o número de direitos e garantias fundamentais, que são meios

de instrumentalizar e resguardar os direitos fundamentais, é enorme, e conforme doutrina e jurisprudencial constitucional os direitos e garantias fundamentais não se resumem aos constantes no artigo 5º da Constituição Federal podendo ser encontrado ao longo da estrutura da Constituição bem como decorrerem de tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte e ainda decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição.

É sabido que nem sempre os direitos constitucionais podem ser aplicados de forma imediata, tendo em vista características intrínsecas que demandam tarefa do legislador infraconstitucional ou ações por parte do Poder Executivo. Tal característica é natural dos direitos de segunda geração ou dimensão, pois neste caso específico estamos diante dos chamados direitos sociais. Antes de adentrar na estrutura e aplicabilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão é necessário entender essa evolução.

A sistematização dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões é feita para explicar a evolução dos próprios direitos fundamentais através do tempo. Tem como marco para a sistematização em direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração a Revolução Francesa e seus lemas liberdade, igualdade e fraternidade. Assim sendo os direitos de primeira geração são aqueles que dizem respeito às liberdades individuais. Bonavides (1997, p. 563–564) explica os direitos de primeira geração da seguinte forma:

[...] os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Tais direitos de primeira geração como são oponíveis ao Estado e preveem liberdades individuais na lição de José Afonso da Silva (2001, p. 408) possuem aplicabilidade imediata, ou seja, não necessitam de nenhuma intervenção por parte dos Poderes para sua efetivação, a norma constitucional por si só é dotada de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são aqueles direitos de cunho social ou direitos de coletividade e traduzem o ideal de igualdade, não somente formal, mas, sobretudo, material, substancial e real. São direitos que visam a igualdade social entre os indivíduos que convivem em sociedade.

Esses direitos de segunda geração infelizmente não são dotados de aplicabilidade imediata, embora a Constituição de 1988 tenha inclinado fortemente para que fossem, mas infelizmente para sua efetivação necessitam de uma contraprestação por parte dos poderes públicos, sobretudo por parte do poder legislativo que precisa sanar as omissões inconstitucionais. Silva (2001, p. 408) preleciona que:

[...] A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais (direitos de 1ª dimensão, acrescenta-se) sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de 2ª dimensão, acrescenta-se) nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação.

Na lição doutrinária clássica podemos perceber que os direitos e garantias constitucionais de 2ª dimensão nem sempre possuem aplicabilidade imediata, necessitando de ação por parte dos poderes. Assim, os direitos fundamentais de 2ª geração necessitam de uma integralização para poderem ser aplicados.

Por último, a doutrina clássica classifica alguns direitos fundamentais como de 3ª geração. Tais direitos seriam aqueles que surgiram conforme a globalização em razão da comunidade internacional; esses direitos são conhecidos como direitos transindividuais, que são aqueles que transcendem os interesses individuais.

Alguns doutrinadores tendem ainda a classificar os direitos fundamentais em 4ª e 5ª dimensão, mas a sistematização de tais direitos foge da proposta do presente trabalho.

Retornando aos direitos de 2ª dimensão, que são aqueles que visam à concretização de direitos de igualdade material, real e substancial, neles é que encontramos decisões que segundo doutrinadores acarretariam uma ação ativista por parte do judiciário.

Inicialmente faz-se necessária entender que o artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 prevê que as normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e conforme já sistematizado possuímos direitos e garantias fundamentais de caráter social, que são os de 2ª dimensão, que por muitas vezes não podem ser aplicados de forma imediata. Ao chegarmos a essa conclusão poderíamos concluir que a doutrina ou a própria constituição é

contraditória, mas Silva (2001, p. 409) explicando o sentido do artigo 5º, §1 da Constituição Federal de 1988 dispõe

[...] em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Pela dicção do doutrinador as instituições devem aplicar os referidos direitos até onde seja possível (teoria da reserva do possível), mas em contrapartida o próprio professor leciona que ao ser provocado o Poder Judiciário deve aplicar ao caso concreto o direito de 2ª geração reclamado e conforme já exposto dessas decisões de aplicação desses direitos é que surge o ativismo judicial, para boa parte doutrinaria.

A jurisprudencial nacional é farte em decisões que objetivaram a efetivação de direitos e garantias fundamentais de 2ª dimensão, tal como a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277 e na ADPF 132 que teve por fundamento a igualdade substancial, material e real que deve ser dada aos casais de mesmo sexo e os casais heterossexuais.

A Corte Constitucional Brasileira agiu, até então, conforme sua função institucional que é a guarda da Constituição Federal, o que engloba o dever-poder de dar a máxima efetivação às normas constitucionais. Essa conclusão leva ao entendimento de que o ativismo judicial é algo inerente a estrutura constitucional do Supremo Tribunal Federal e mais como algo inerente a característica da Jurisdição que é a inafastabilidade. Dizer que o ativismo judicial é algo que não encontra guarita no ordenamento jurídico brasileiro é dizer que mecanismos como as ações de controle concentrados, as súmulas vinculantes, o princípio da primazia do julgamento de mérito e a própria inafastabilidade da jurisdição são fundamentos inconstitucionais e arbitrários.

Malgrado tudo o que fora dito para justificar o ativismo judicial, muitas são às vozes que ainda ecoam no sentido oposto, apregoando acerca dos malefícios que o ativismo judicial gera.

Alguns doutrinadores asseveram que o ativismo judicial enfraquece o sistema democrático por usurpar a competência do legislativo e do executivo, pois o

judiciário careceria de “unção popular”. Trindade (2010 p.118) dissertando sobre a ingerência do Poder Judiciário prediz:

Considerando a importância conferida ao papel desempenhado pelos tribunais na arquitetura do Estado constitucional de Direito, o protagonismo judicial poderia ser visto positivamente se atividade exercida pelos juízes não fosse o resultados de juízos subjetivos fundados na ponderação de valores, não violasse o equilíbrio do sistema político e não resultasse em práticas arbitrárias que colocassem em risco os pilares da democracia constitucional: a garantia dos direitos fundamentais e a preservação do regime democrático e da soberania popular.

O ativismo judicial, portanto, acarretaria em uma fragilidade ao sistema constitucional, pois violaria princípios decorrentes do sistema democrático e isso geraria uma instabilidade institucional, que em detrimento de alguns direitos colocaria em risco direitos de toda uma sociedade.

Dentre outros fatores já expostos, como a separação de Poderes, a doutrina entende que ao atuar de forma ativista faltaria ao Poder Judiciário expertise sobre determinados temas que compete a Administração Pública (Poder Executivo) e com isso regra orçamentárias seriam comprometidas causando mais malefícios do que benefícios, pois comprometeria verbas que seriam investidas em setores já estabelecidos pela lei orçamentária.

Muitas das vezes essas decisões pautam-se pelo princípio do mínimo existencial em contraposição ao princípio da reserva do possível, segundo a doutrina de forma banalizada ou desarrazoada. Corrêa (2010, p. 394) tratando da temática prevê que

[...] há um entendimento corriqueiro que exagera na amplitude da liberdade decisória ou de conformação do agente público, quando a generalidade das deliberações, com raríssimas exceções, passam a se justificadas pelo chavão da reserva do possível, por um qualquer escalonamento de prioridades, escala que só pode ser estipulada pelo agente originalmente incumbido, em uma extrapolação da discricionariedade (uma discricionariedade ampliada, que encobre a arbitrariedade), sob o argumento também de que o judiciário não está habilitado a ingressar na aferição dos critérios utilizados. Esta perspectiva enfraquece ou ignora a forma dirigente da Constituição, a vinculação que deriva da sua normatividade, a razoabilidade da concretização em função das peculiaridades fáticas. Defende-se que o campo da discricionariedade é menos extenso do que comumente se prega, que, no cotidiano das vezes, só há uma conduta a ser tomada pela Administração Pública, que há uma vasta e promissora atuação jurisdicional no que diz com a tutela das prestações positivas do Estado. Também que a reserva do possível não pode ser convertida ou deturpada em explicação para tudo, um ás na manga, que, na falta de alegação melhor, convincente, ao fim, tudo justifica,

toda desídia, toda incompetência, todo desvio de poder, toda malversação de recursos públicos, toda corrupção, toda arbitrariedade.

A atuação do Poder Judiciário de forma ativista gera impactos que transcende a relação processual entre as partes, pois, conforme elencado acarreta muitas das vezes em comprometimento das verbas públicas e isso produz impactos em toda sociedade.

A crítica doutrinária reside, quando não há questões orçamentárias em conflito, na abstratividade das decisões judiciais que pautam-se muita das vezes em princípios de uma vagueza imensurável, gerando o que já fora exposto e proposto por Lênio Streck como pamprinciologismo.

Para a doutrina antagônica aos defensores do ativismo há fundamentos legais, teóricos e principiológicos que vedam enfaticamente o ativismo judicial, sendo o mesmo uma aberração jurídica que deve ser evitada para o bom funcionamento da jurisdição e do sistema democrático.

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho teve-se como objetivo a análise acerca do ativismo judicial, sem, contudo, decidir se o referido instituto ou fenômeno é ou não prejudicial, de uma forma enfática, pois, conforme foi demonstrado em determinados períodos da história fez-se necessária a intervenção do Poder Judiciário em questões que aparentemente eram de simples análise política e não jurídica, mas que quando analisadas sob a perspectiva constitucional tais questões não eram mais de simples atuação política, mas constitucional, pois, o que tínhamos em conflito eram direitos e garantias fundamentais que estavam sendo violados, a título de exemplo a segregação racial nos EUA e no Brasil o preconceito que estampa o Congresso Nacional que é incapaz de legislar e garantir o direito de casamento aos casais do mesmo sexo.

Na análise da temática foi possível visualizar que o instituto, embora tenha recebido esse *nomem iuris* recentemente através de uma notícia de jornal, existe há vários séculos, desde a idealização da separação de Poderes proposta por Aristóteles e Montesquieu. Na atualidade o tema tem sido discutido dentro da hermenêutica e daquilo que tem se chamado de jurisdição constitucional, para visualizar a constitucionalidade/legalidade do instituto.

Foi possível analisar que, embora o ativismo judicial, em determinados casos traga benefícios a sociedade em outros ele atrapalha no bom desenvolvimento das atividades típicas do Estado, pois gera um conflito entre os Poderes (órgãos) que compõem a estrutura do Estado.

Detalhamos várias causas para a ocorrência do ativismo judicial, desde a ausência de normas regulamentadoras até o fator de soberba do magistrado, aquilo que Streck conceitua como solipismo. A ausência normativa, como visualizado, caracteriza-se, conforme nosso sistema constitucional, em verdadeira inconstitucionalidade e que em determinados casos essa inércia é deliberada, intencional e assim sendo quando o magistrado decide no controle concentrado ou difuso ele apenas está exercendo o seu poder-dever de trazer aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional útil, pois se o processo não for útil de nada adianta o Estado disponibilizar esse meio instrumental para a resolução dos conflitos.

Percebemos que, em determinados casos temos um conflito hermenêutico onde o magistrado deturpa ou desvincula-se do real sentido da norma, transgredindo a vontade do legislador, mas também visualizamos que, em determinados casos o que o magistrado faz é apenas trazer uma interpretação conforme à Constituição ao texto legal em análise.

Outra conclusão que se chegou com o presente trabalho é que, em dados casos o que o Estado-Juiz faz é usar a atividade jurisdicional como um meio de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que as normas instituidoras de tais direitos e garantias possuem aplicabilidade imediata, ou pelo menos deveriam possuir, sendo esse é o principal fator que legitima a atuação do poder judiciário como ativista.

Na narrativa do presente trabalho foi possível visualizar que uma parte doutrinária que se prende de forma ortodoxia a conceitos e valores clássicos, repreende de forma veemente o ativismo judicial, por questões de segurança jurídica, para manter incólume a separação orgânica dos Poderes; sustentando Streck que o magistrado deve-se valer daquilo que ele chama de “os dois corpos do rei”, em referência a obra de Kantorowicz, para que o juiz saiba que ele não é juiz o tempo todo, ou não está no exercício da atividade jurisdicional o tempo todo, assim sendo deve manter-se adstrito de suas paixões.

De toda a narrativa não se chega a uma conclusão absoluta de que o ativismo judicial é algo categoricamente negativo, mas que existe uma corrente doutrinária

majoritária que sustenta tal fato. De outro lado, temos uma corrente minoritária que sustenta que nem sempre as decisões fruto do ativismo judicial são negativas, mas que em determinados casos há uma ação iluminista das Cortes Constitucionais para garantir o não retrocesso da sociedade e o avanço na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARRUDA Alvim; WAMBIER, Teresa. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes**. Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

BALDEZ, Mozart. **A ditadura de toga: uma ameaça ao Estado Democrático de Direito!** Disponível em: <<https://mozart-baldez.jusbrasil.com.br/artigos/422237616/a-ditadura-de-toga-uma-ameaca-ao-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e ilimunista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>>. Acesso em: 20. jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Rio de Janeiro, 2015.

BASTOS, Celso, **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Aborto em caso de Fetos Anencéfalo**. ADPF 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Comissão Parlamentar de Inquérito**. MS 23.452/RJ. Relator: M. Celso de Mello. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **União estável para casais do mesmo sexo**. ADPF 132 e ADI 4277. Governador do Rio de Janeiro. Relator: Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/VerNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 20 jul. 2019

CARNIO, Henrique Garbellini. Direito subjetivo: conceito, teoria geral e aspectos constitucionais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. [trad. Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: M. Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005.

GOMES, Juliana Cesário Alvim, **O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso**. Rio de Janeiro: Direito e Praxes, 2016.

HOLMES, Oliver W. Jr. O caminho do direito. In: MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOTTA, Luiz Eduardo. **Marxismo e a crítica ao direito moderno: os limites da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Direito e Praxes, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SÁ, Mariana Oliveira, A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Rio de Janeiro, 2015.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 37, p. 49-64, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz Streck, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio

Mont'Alverne Barreto. **Mutações na corte: a nova perspectiva do STF sobre controle difuso**. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Rio de Janeiro, 2015.

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