

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

JOÃO ANTONIO ALMEIDA ALVES

ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: LIMITES E PERSPECTIVAS

SOUSA – PB

2018

JOÃO ANTONIO ALMEIDA ALVES

ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: LIMITES E PERSPECTIVAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura.

SOUSA – PB

2018

JOÃO ANTONIO ALMEIDA ALVES

ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: LIMITES E PERSPECTIVAS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Data de aprovação: 24 de julho de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura
Orientador

Prof. Ms Monizia Pereira Nóbrega
Examinador

Prof. Esp. Leonardo Figueiredo
Examinador

Esse trabalho é dedicado aos meus pais,
Olavo e Audenira.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as dádivas que tem me proporcionado e bençãos com que me enchei, dando-me força para seguir meu caminho.

A meus pais, Olavo e Audenira, pela força com que criaram a mim e a meu irmão, nos ensinando e mostrando os passos a serem dados na vida, nos dando as lições necessárias para que sejamos pessoas melhores a cada dia, e agradeço-os pelos desafios que enfrentam por nós todos os dias, e pelos ensinamentos que constituíram a pessoa que sou hoje.

A meu irmão, Joalisom, pelo companheirismo que me apoia.

A todos os bons e leais amigos que a vida me deu, em especial à Sabrina Formiga, Elivan Alves e Anderson Monteiro, pela parceria e ajuda durante todo o curso que me acompanharam.

A toda minha família que me acompanha e reza por mim e me passa a força necessária para enfrentar as batalhas da vida.

A meus professores que tanto se empenharam para me passar o melhor de suas lições e construir junto comigo o aprendizado necessário à minha carreira.

Em especial agradeço a meu orientador e amigo, Francivaldo Gomes Moura, que tanto me ajudou e me guiou no meu engrandecimento, não apenas profissional, como também pessoal.

E a todos que em sua medida me ajudaram, torceram, deram força, incentivo, e rezaram por mim durante toda essa caminhada da lutas, batalhas, sofrimentos, conquistas, alegrias, e bençãos.

O trabalho, pois, há de vos bater à porta dia e noite; e nunca vos negueis às suas visitas, se quereis honrar vossa vocação, e estais disposto a cavar nos veios de vossa natureza, até dardes com os tesouros, que aí vos haja reservado, com animo benigno, a dadivosa providência. Ouvistes o trancar da mão oculta que vos chama ao estudo? Abri, abri, sem demora. Nem, por vir muito cedo, o leveis a mal, o tenhais à conta de importuna. Quanto mais matutinas essas interrupções do vosso dormir, mais deveis agradecer.

(RUI BARBOSA).

RESUMO

A atuação jurisdicional nos estados constitucionais fortalecidos tem impacto crescente nas democracias ocidentais e forte presença na sociedade, houve aumento considerável do papel do judiciário nomeadamente nas demandas sociais, afirmativas e no direito em seus diversos campos, o móvel dessa atuação foi a Constituição Federal de 1988. Com efeito, esse ativo sistema de controle de constitucionalidade impulsionou o fenômeno da judicialização na recente história democrática, então se observou atuação protuberante dos membros do judiciário frente aos anseios que o meio social lhe confiou. A par disto, houve um movimento de crise de legitimação, quiçá política, no seio das instituições democráticas, e pelo fato do recente e incompleto amadurecimento das instituições que compõem o sistema democrático-político nacional, tal movimento de protagonismo do judiciário e sua inserção no jogo do poder, em paralelo ao executivo e ao legislativo, essa inserção ativa vem provocando um desequilíbrio, real ou imaginário, no ordenamento jurídico vigente, causando ainda certa insegurança no mesmo. A atuação proeminente por parte do judiciário deu-se no contexto ativismo judicial, que se entende como fenômeno central em discussão no presente trabalho. A problematização tratada no presente trabalho são os limites da discricionariedade dos juízes na atuação jurisdicional. Tento como objetivo geral abordar as consequências do ativismo judicial para a segurança jurídica do ordenamento e para a prestação jurisdicional. Justificando-se esta pesquisa pela necessidade de se compreender como e quais as formas, as causas e as consequências que decorrem do processo interpretativo da norma. A metodologia utilizada na presente pesquisa fora através do método dedutivo, com o procedimento técnico bibliográfico, possibilitando a doação de premissas a fim de se chegar as conclusões previstas. O ativismo judicial tem suas origens no *judicial review* gestado no ordenamento jurídico norte-americano, importado e implantado no sistema constitucional brasileiro, por meio do uso do sistema de freios e contrapesos onde balanceia e limita a atuação dos poderes da República entre si mesmos. Demonstrando-se as causas, os efeitos, as consequências, os limites e as perspectivas do ativismo judicial, faz-se neste trabalho apanhado geral e com inserção jurídica, acerca dos métodos e das formas que o fenômeno do ativismo judicial toma nos tribunais pátrios e os seus ditames reflexivos no meio social.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização. Separação dos poderes.

ABSTRACT

Jurisdictional performance in strengthened constitutional states has a growing impact on Western democracies and a strong presence in society, there has been a considerable increase in the role of the judiciary, particularly in social, affirmative and legal demands in its various fields. The mechanism of this action was the Federal Constitution of 1988. In fact, this active system of constitutional control has driven the phenomenon of judicialization in recent democratic history, so it was observed a protruding performance of the members of the judiciary in the face of the anxieties that the social environment entrusted to it. In addition, there was a crisis movement of legitimacy, perhaps political, within democratic institutions, and because of the recent and incomplete maturation of the institutions that make up the national democratic-political system, this movement of protagonism of the judiciary and its insertion into the power play, parallel to the executive and the legislative, this active insertion has caused an imbalance, real or imaginary, in the current legal system, causing still some insecurity in it. Prominent action on the part of the judiciary occurred in the context of judicial activism, which is understood as a central phenomenon under discussion in the present work. The problematization dealt with in the present work are the limits of the discretion of the judges in the jurisdictional action. I have as a general objective to address the consequences of judicial activism for the legal security of the order and for the judicial rendering. This research justifying the need to understand how and what forms, causes and consequences that flow from the interpretative process of the norm. The methodology used in the present research was through the deductive method, with the technical bibliographic procedure, allowing the donation of premises in order to reach the expected conclusions. Judicial activism has its origins in judicial review developed in the US legal system, imported and implanted in the Brazilian constitutional system, through the use of the system of checks and balances where it balances and limits the performance of the powers of the Republic among themselves. Demonstrating the causes, effects, consequences, limits and perspectives of judicial activism, this work is taken in general and with juridical insertion, about the methods and forms that the phenomenon of judicial activism takes in the patriot courts and their reflexive dictates in the social environment.

keywords: Judicial Activism. Judiciary. Separation of Powers.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

STF– Supremo Tribunal Federal

Inc. – Inciso

Art. – Artigo

CF– Constituição Federal

LINDB – Lei De Introdução As Normas Do Direito Brasileiro

CPC – Código De Processo Civil

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexual e Transexuais

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ASPECTOS GERAIS ACERCA DA HERMENÊUTICA	15
2.1 CONCEITOS DE HERMENÊUTICA	15
2.2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	18
2.3 IMPLICAÇÕES DA HERMENÊUTICA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	21
2.4 MÉTODOS HERMENÊUTICOS.....	23
2.5 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	26
3. ATIVISMO JUDICIAL	30
3.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL	31
3.2 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA	35
3.3 FORMAS DE ATUAÇÃO.....	37
3.4 DECISÕES DISCRICIONÁRIAS	39
4. LIMITES E PERSPECTIVAS DO ATIVISMO JUDICIAL	44
4.1 EFEITOS NA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	44
4.2 IMPACTO SOCIAL.....	48
4.3 POLÍTICA, MORALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL	50
4.4 LIMITADORES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL.....	54
5. CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1. INTRODUÇÃO

A tríade constituída pelo movimento do liberalismo, desde os pensamentos de Locke até a concretização da teoria por Montesquieu quando da criação da teoria da tripartição dos poderes do Estado era composta por três funções de poderes: executivo, legislativo e judiciário. No íntimo da concepção dessa teoria havia a intenção de se evitar quaisquer tipos de hegemonização do poder por parte de qualquer agente estatal, a fim de que se pudesse alcançar um *status* de equilíbrio entre os poderes e supremacia da igualdade entre as pessoas, afastando de pronto todo e qualquer ato de poder que formasse um comportamento autoritarista por parte do Estado e de seus agentes, ou seja, promovendo o equilíbrio e balanceamento de forças entre as funções estatais.

Tomando-se por base a teoria da separação de poderes que consiste na divisão de tarefas e controles das outras funções em um balanceamento apropriado e próprio, visando evitar a ingerência de um poder no outro, a fim de que possa exercer o controle contra abusos ou ilegalidades, enfim técnica de repartição de competência entre órgãos públicos independentes um dos outros.

De par com isto, a separação dos poderes consiste em uma solene declaração dos direitos fundamentais, sendo o intuito da pesquisa encetada trabalhar as nuances vivida pela sociedade contemporânea e demonstrar que o ativismo judicial tendo sido um fenômeno hodierno de múltiplas possibilidades jurídicas e de variados questionamentos, o que suscita interpolações das mais variadas doutrinas.

Far-se-á no presente trabalho, uma ponte entre a utilização, mesmo que desarrazoada ou não, dos métodos de interpretação da constituição com a atuação Corte Constitucional, e inserindo dentro desta mesma esfera de atuação as circunstâncias que dão maior monta ao fenômeno do ativismo judicial, que desaguam no desmonte das estruturas democráticas brasileiras que são, efetivamente, as competentes para exercer papel regulador da vida social moderna.

Com a inquietude provocada pelas decisões das mais diversas, em fundamentos e dispositivos, que se pretende questionar a forma de atuação que vem sendo tomada de praxe pelos magistrados e quais as consequências que isto acarreta, não apenas na prestação jurisdicional, mas também como coloca a prova todo o ordenamento jurídico pátrio.

É neste interim que surge o grande problema que suscita a discussão que será telada ao longo deste trabalho: qual o limite de atuação e de discricionariedade do Poder Judiciário? Para que sejam tratadas as causas e efeitos deste fenômeno e, para que sejam compreendidas as consequências dele no ordenamento jurídico brasileiro, é que se propõe a presente pesquisa com a problemática posta a responder.

O que se elucidará com a problemática posta é o fato de que o pragmatismo que vem sendo adotado pelos interpretes da norma é incompatível com o sistema jurídico pátrio.

Salientará que o ordenamento apesar de conter institutos que possibilitam e requeiram uma atuação mais protuberante por parte do judiciário, tal ação deve ser limitada pela competência constitucional, e pelo próprio sistema de freios que existe dentro do ordenamento. A fim de que seja protegida a estabilidade do sistema, do contrário consequências serão oriundas de tais ações. Possibilitar-se-a, portanto, uma análise mais circunstanciada das causas e efeitos que o ativismo judicial provoca nos pronunciamentos e na efetivação dos julgados.

Realizar-se-á uma pesquisa fundada nos métodos de hermenêutica constitucional, abordando seus conceitos, origens, objetivos que podem ser alcançados com cada método, modo de utilização pelos interpretes do direito e por fim quais as consequências práticas que o uso de tais métodos implica quando da prestação jurisdicional.

A atuação do intérprete da norma tem impacto significativo e direto na sociedade. Por tal fato ser relevante é que se encontra substrato para que se faça um estudo acerca de tal temática. Desta forma, justifica-se o presente trabalho pela necessidade de se compreender como e quais as formas, as

causas e as consequências que decorrem do processo interpretativo da norma. Apresentar-se-ão, então, os questionamentos possíveis seriam capazes de aperfeiçoar a atuação ativa do judiciário, a fim de amoldá-la as reais necessidades, anseios e resultados que a sociedade almeja. Propor-se-á o tema para que se possa alcançar aperfeiçoamento na prestação jurisdicional, para que a atuação desmedida dos juizes não prejudique todo sistema de direitos e garantias fundamentais estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito que fora alçado pela Constituição Cidadã.

O objetivo geral da pesquisa abordará a temática do ativismo judicial e suas consequências para a segurança jurídica e para a prestação jurisdicional. Sendo este o ponto crucial que se quer elucidar nesta pesquisa: as consequências que a atuação do ativismo judicial pode trazer para o ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Pois, como o sistema pátrio fora delineado de forma a que os poderes se contrabalanceiem, quando a atuação de um deles se projeta sobre os demais, há que se refletir tais consequências, a fim de assegurar a estabilidade do ordenamento e das instituições, prevenindo um engessamento social que é prejudicial para o pragmatismo que o sistema democrático requer.

Procurar-se-á, pois, fazer uma análise do fenômeno do ativismo judicial, que é a atuação fora dos limites e competências estabelecidos pela Constituição por parte do judiciário, de forma a endossar um pensamento crítico que vem sendo gestado a partir da atuação das cortes constitucionais, nos países em que estas estão presentes, e em especial um olhar sobre a atuação da Corte Suprema Brasileira.

No tocante aos objetivos específicos deste trabalho ter-se-ão os seguintes: analisar os princípios fundantes do ordenamento jurídico pátrio; verificar os métodos hermenêuticos que são adotados pelos intérpretes do direito; identificar as causas e efeitos decorrentes da utilização dos métodos interpretativos; relacionar o uso dos métodos de interpretação com a atuação e a prestação jurisdicional; averiguar o impacto do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro; demonstrar possíveis riscos que este fenômeno pode vir a acarretar para o sistema republicano pátrio; e concluir

como os movimentos de atuação dos intérpretes influenciam no ordenamento jurídico pátrio.

O método de investigação teórico da presente pesquisa será o dedutivo, por se tratar da busca das nuances de um tema com suas implicações na sociedade. Com relação ao método de procedimento que ora se pretende utilizar escolhe-se os métodos histórico e comparativo. O primeiro por ser a partir dele que se entenderão os institutos e as consequências da atuação de tais institutos na sociedade. O segundo por ser com ele que se alcançará o ponto de estabilização que a pesquisa pretende.

O procedimento técnico que será adotado nesta pesquisa será o bibliográfico, com acesso a material já abordado, o que embasará de forma contundente as preposições trazidas.

Estruturalmente a presente pesquisa se dividirá da seguinte forma: no primeiro capítulo do presente trabalho far-se-á exposição sobre hermenêutica geral e constitucional, seus métodos e princípios, a fim de se trazer para trabalho noção de tais conceitos e nortear o entendimento para a compreensão da importância do assunto para prestação jurisdicional segura e estável. No segundo capítulo se enveredará pelo estudo do ativismo judicial, trazendo sua conceituação e seus meios de atuação, bem como as implicações interpretativas no ordenamento jurídico e no próprio sistema democrático e social. Por fim, no terceiro capítulo se fará exposição à cerca das implicações, limites e perspectivas que o fenômeno do ativismo judicial provoca no meio social e no sistema democrático contemporâneo.

Traçados os pontos principais acerca do tema, de como ele será tratado, e das formas usadas para chegar às conclusões, passa-se agora a evidenciar, com clareza e trato, conceitos primordiais que norteiam o tema. Feitas tais explanações, serão levantadas as consequências que podem ser originadas a partir das concepções feitas antes, com base nos estudos realizados.

2. ASPECTOS GERIAS ACERCA DA HERMENÊUTICA

Sabe-se que a norma não é suficiente para abarcar todos os fatos jurídicos para a qual fora criada. Muito se discute atualmente acerca do papel do intérprete frente a norma. Onde, apesar de sua abstratividade comumente, não é dotada de total eficácia perante as diversas situações que a vida em sociedade propõe. Assim, apesar do papel do hermeneuta ser proeminente, deve ser limitado.

Dada a instabilidade que hoje se reconhece no ordenamento brasileiro, por vezes se vê que os institutos que regem o processo interpretativo da norma se tornam indulto para que a atuação do interprete e que ele vá além do limite ao qual este mesmo interprete deve se submeter.

Assim, não há que se resignar quando a atuação protuberante de um poder que, a princípio e nos limites da competência, deve aplicar a norma, por vezes tentar criá-la ou moldá-la diante de decisões morais e/ou políticas que permeiam o intérprete e a sociedade que o cerca.

2.1 CONCEITO DE HERMENÊUTICA

A história do direito que tem estrato na civilização greco-romana que legou a humanidade um cabedal de conhecimentos e práticas daquele período da história, nessa perspectiva pode-se assinalar a compreensão do termo o hermenêutica advindo do grego "hermēneuein".

Hermenêutica traz no bojo de seu significado o sentido de que alguma coisa é levada a compreensão ou tornada compreensível, esclarecida, anunciada, declarada. Desta forma, como bem sugere a exegese da palavra, a ciência hermenêutica é interpretar um termo ou um instituto.

Segundo Streck (2014, p. 261), hermenêutica seria: "[...] tradicionalmente, teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo

objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo”.

A possibilidade de descrever como se compreender e interpretar o texto para busca o sentido e alcance da norma, processa-se a partir da hermenêutica entendida como a arte de trazer à tona o sentido de certa coisa, interpretando-a.

Savigny (apud Bonavides, 2005, p. 437), assinala que a interpretação como sendo a “reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro”.

Assim sendo, a hermenêutica, que é produzida através da interpretação, é compreendida pela forma de se trazer à luz algum sentido que se encontra subjetivamente ligado a norma. Sendo, deveras, processo de caráter logico-técnico que investiga o sentido real que o legislador deu quando da confecção da norma objeto da interpretação.

Sendo produto do homem, este imperfeito, aquele também não o será. Assim sendo, as leis por vezes se demonstram bastante complexas de serem entendidas, e não seria diferente com Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, requerendo que seja interpretada e, para tanto, tem-se a chamada hermenêutica constitucional.

Como bem elucidada Pedra (2013, g. 16):

O processo de conhecimento resulta da correlação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível. Todo conhecimento se faz pela interação do objeto a ser conhecido com o sujeito cognoscente, e ambos constituem um só agente do ato de conhecer. É possível dizer, assim, que toda a interpretação é também, até certo ponto, uma tarefa criadora do sujeito que compreende.

Considerada a base de um ordenamento jurídico, a Constituição Federal é a norma que dá sentido a todo ordenamento e, por conseguinte, as demais leis, impedindo com estas possam ser contrárias aquela. É neste ponto de contradição entre as normas que entra o papel da interpretação constitucional.

Alexandre de Moraes (2005, p. 10) coloca que o conflito entre as normas deve ser elucidado através da hermenêutica, através da qual será possível alcançar o fim máximo compelido, que é a proteção dos direitos individuais e coletivos da sociedade.

De fundamental importância para o bom funcionamento da estrutura estatal, a constituição é, por assim dizer, a base de tal estrutura, e devido a esta posição a sua interpretação deve ser precedida por duas reflexões básicas que soam colocadas por Bonavides (2005, p. 460), a saber:

As normas constitucionais tem hierarquia superior em relação às demais normas, assim devem ter imperatividade sobre elas, vinculando-as; e devido ao caráter político que as normas constitucionais têm, elas devem ser interpretadas condicionando-se também as consequências que tal atuação terá para a vida da sociedade.

Tavares (2002, p. 74) pensa que a interpretação constitucional não serve para que seja culminado o fim preciso das normas constitucionais, mas sim, que serviria para que as leis infraconstitucionais pudessem ser conjugadas com o sentido máximo exprimido na carta magna.

Nessa toada os métodos de hermenêutica constitucional podem ser meios integradores entre as normas constitucionais e as leis de menor hierarquia valorativa.

Com relação aos deveres a serem respeitados pelo interprete constitucional, cabe trazer a cita de Barroso (2009, p. 287), onde o interprete deve fazer uma “leitura moral da Constituição”, posto que seja nela que estão “as bases dos valores éticos mais elevados da sociedade”. E conclui que existem dois fins que podem ser alcançados com a hermenêutica constitucional, quais sejam: atualizar a norma constitucional, posto que este seja um sistema aberto de princípios e regras, sendo possível este fim ser alcançado através da interpretação evolutiva da norma; e também serve a hermenêutica para produzir resultados aplicáveis aos casos concretos da

sociedade, os quais podem ser atingidos através da chamada interpretação pragmática.

Em arremate, as normas constitucionais possuem hierarquia superior em relação às demais normas, gozam de imperatividade decorrente da supremacia constitucional e o caráter irradiante da constituição, vinculando as normas inferiores aos valores constitucionais postos, assinalando que para além de juridicidade as normas constitucionais possuem um caráter político, devendo interpretá-las diante do contexto cultural e histórico dado suas consequências e a sua atuação que repercute na vida em sociedade.

2.2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Ao constitucionalizar todos os direitos delega-se ao Supremo Tribunal Federal poderes gerais e amplos para dizer a última palavra, retirando os graves impasses do seio social, assim no ordenamento jurídico brasileiro há um conjunto de normas que são introdutórias e definidoras dos modos como serão vistas e aplicadas as leis no país. Tal conjunto de regras é conhecido como LINDB - Lei De Introdução As Normas Do Direito Brasileiro - Lei nº 12.376/2010.

Em tal conjunto de regras vislumbra-se o norte que deve guiar os operadores do direito, e um dentre estes é a forma pela qual se interpreta as leis constantes do ordenamento jurídico.

Com efeito, se percebe a partir de tal ponto a importância que há ciência hermenêutica tem para a compreensão, aplicação e operacionalização do sistema social brasileiro.

Assim, conforme Nunes Júnior (2013, p. 433) o campo da interpretação constitucional, apesar de lhe dar com a norma maior do ordenamento, não escapam as formações gerais dos métodos hermenêuticos. No entanto, quando da atividade interpretadora deste ramo jurídico devem ser observados regras, conceitos e princípios diferenciadores, por se tratarem de normas de

caráter não apenas jurídico, mas também de instituidores de balizas sociais e democráticas que regem a sociedade como um todo.

Não é demais que se infira que, apesar de norma supracitada ser infraconstitucional, ela traz parâmetros para a interpretação de todas as leis que compõem o ordenamento, inclusive a Constituição Federal. Esta sendo a norma maior e dotada de cunho político-jurídico do ordenamento pátrio tem em si o papel de baliza das instituições democráticas brasileiras e, portanto, seu estudo hermenêutico é de suma importância para a compreensão do ordenamento como um todo.

Com o advento das primeiras constituições escritas no idos do século XVIII começou um movimento de codificação das intenções que fariam parte da formação das joviais democracias que com aquelas surgiram. Eram cartas políticas, que tinham o objeto maior de promover a limitação estatal no âmbito social, em oposição ao intervencionismo que outrara se propagara com os Estados Totalitários.

À guisa de tal fato, tal codificação passou a dar margem para que os atores sociais se balizassem em tal instrumento a fim de propiciar uma liberdade não antes exercida e fortalecendo os meios democráticos de consolidação dos direitos.

Com a codificação consequente das revoluções constitucionais iniciou-se então a necessidade de se interpretar o que aquelas normas gerais e abstratas teriam onde culminar e afetar o social. Tem-se então o início da ciência hermenêutica jurídica e o estopim de movimentos que criaram os mais diversos modos de interpretação, os quais influenciaram e ainda o fazem o modo como o Direito rege a sociedade.

O primeiro movimento que se dispôs a interpretar as constituições e as codificações então criadas foi o positivismo jurídico. Tal linha metódica tinha como insígnia o *códex* como o centro irradiador de toda a norma, não podendo este ser visto de modo diverso ou seu fim ser trazido de outro modo se aquele expresso nele. Tratava as codificações apenas como texto, que não poderia ser alterado conforme o caso, devendo ser aplicado impreterivelmente

conforme o escrito. Tal movimento provocou o engessamento dos ordenamentos jurídicos, levando a interpretações limitadas e diminuindo por demais o alcance das leis aos fatos.

O ápice do positivismo se deu durante a primeira metade do século XX com as grandes guerras, onde o positivismo foi utilizado como vetor de justificação de mutações nos ordenamentos jurídicos conforme as intenções da classe dominante.

Com as consequências devastadoras trazidas com aqueles acontecimentos, houve um movimento de abertura dos ordenamentos jurídicos, tendo como influenciadoras as constituições que passaram a se tornar cartas para além de políticas também jurídicas.

Em sendo documentos políticos com força jurídica serviam a dois claros propósitos: de um lado uma carta de intenções que regiam o social; de outro lado tinham cunho jurídico garantidor de direitos mínimos a serem assegurados pelas sociedades. Citam-se como exemplos as constituições de Weimar de 1924, a Mexicana de 1919, entre outras.

Desta forma, com tais abusos cometidos houve um movimento, ainda que sutil, como bem explana Tavares (2006, p.39):

Demandou-se uma busca profunda por outras fontes normativas, tal como o costume e o direito natural. Todavia, a necessidade por segurança e certeza jurídicas obstruiu um radicalismo nostálgico que levasse a abnegação dos textos escritos, em benefício total dos costumes e do romântico direito natural puro. A solução era a Constituição dos Estados que, em sua natureza, traria a segurança inerente ao texto escrito, à qual se poderia acrescentar a influencia dos costumes e dos mais idealistas valores humanos. Houve, assim, uma revolução jurídica sutil, quase que velada em comparação com a engendrada pela Revolução Francesa.

Ante a revolução operanda nos quadrantes do direito no sentido de combater os excessos do positivismo surge, em definitivo, a necessidade de interpretar as normas de acordo com valores humanos. Além do objetivo de promover a limitação estatal no âmbito social, direitos de liberdade, de apoiar a

intervenção do estado para promover políticas públicas, direitos sociais, e de promover a solidariedade na promoção do bem comum, direitos de difusos.

Assim, que é a atuação fora dos limites e competências estabelecidos pela Constituição por parte do judiciário, assomado ao método dedutivista de subsunção do caso a norma, e após, uma evolução/revolução para um modelo subjetivista, de adequação da norma ao caso, conforme as necessidades e perfilhações que circundassem o caso.

2.3 IMPLICAÇÕES DA HERMENÊUTICA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O argumento constitucional dotado de razoável abstração para que possa ser a mais longínquo possível, e a Constituição que pode trazer em sua construção normas um tanto quanto complexas, e que ensejem mais de um sentido possível de ser determinado, porque se sabe que o processo de interpretação é aberto e sujeito a valores humanos.

Bonavides (2005, p. 460) acentua o papel imprescindível da hermenêutica quando da efetivação de um entendimento condizente com os preceitos postulados na carta magna.

Assevera, ainda, Bonavides (2005, p. 461), que são de suma importância que sejam intrinsecamente adotados os posicionamentos políticos-ideológicos propostos naquele diploma, proibindo-se que seja “desmembrada de seu manancial político-ideológico” cujo sentido foi construído pela vontade fundamental dos instituidores do pacto social original.

Portanto, faz-se precípua no ordenamento jurídico pátrio, o uso de tais técnicas hermenêuticas, a fim de que se possa afastar, em casos mais difíceis, a utilização de métodos simplistas-positivistas, que não consideram as nuances segmentadoras do pacto social, sendo estes sim, os verdadeiros sentidos maiores que devem ser perseguidos pelos aplicadores da norma, proporcionando à sociedade uma jurisdição condizente com a realidade social.

Moraes (2005, p. 10), coloca como ponto fundamental na interpretação da constituição:

A precedência que serve à constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos princípios fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador.

Tal posicionamento evidencia o fato de que a constituição é permeada de valores, e estes devem ser sempre observados quando da interpretação feita pelos operadores do direito.

Posicionamento defendido por Streck (2008, p. 187):

A pergunta que se faz aos críticos da utilização de Heidegger e Gadamer no direito – que vêm principalmente no campo filosófico – é: porque o direito estaria blindado às influências dessa revolução paradigmática? Aliás, talvez por assim se pensar é que o direito continua até hoje refém de um lado, do objetivismo (metafísica clássica) e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência (metafísica moderna).

A hermenêutica seria uma forma de blindagem contra possíveis arbitrariedades que fossem causadas pelos juízes na função interpretativa da norma, impondo limites a sua discricionariedade, a supremacia do dever constitucional, pode se encontrar sob às vestes do voluntarismo.

Streck (2008, p. 188) defende que se possa, através da hermenêutica, se desvencilhar da interpretação simplista que é adotada pelo modelo dedutivo, protagonizado pelo positivismo. Tal mudança pode ser alcançada pelo uso da hermenêutica, pois esta seria capaz de trazer e construir um pensamento mais condizente com o real sentido da norma constitucional.

Conforme preleciona Barroso (2009, p. 286):

Jurisdição constitucional é uma função além de jurídica política, carregada de nuances que esta a impõe. Pois, como se trata da interpretação de uma norma política que é a Constituição, esta é carregada de acepções e aspirações que regem toda a sociedade. A Carta Magna é símbolo maior do pacto social estabelecido pela e para a sociedade, desta forma, sua interpretação deve sim levar em conta todas estas aspirações que são colocadas naquela norma, não podendo o interprete desprezá-las. E nem muitos menos a sociedade deve achar que a corte constitucional, que é a maior interprete e defensora da norma constitucional, deverá agir desincumbida de uma essência política em sua jurisdição.

Barroso (2009, p. 286) aúfere que o caráter político deve ser dado a jurisdição e a hermenêutica constitucionais, serve para que se possa ter um controle mais direto da atividade jurisdicional no ativismo judicial, que é a atuação fora dos limites e competências estabelecidos pela Constituição, a partir da atuação das cortes constitucionais nas novas democracias.

Barroso (2009, p. 287) ainda contribui ao esclarecer uma diferenciação entre casos fáceis e difíceis, para se referir aos temas de menor e maior complexidade que estão sujeitos à jurisdição constitucional. Ao explicitar que os casos fáceis, por serem de menor complexidade podem ser interpretados a luz dos métodos tradicionais de hermenêutica constitucional, como por exemplo os métodos clássicos, que são baseados na subsunção/dedução simplista da norma ao caso. Já ao se referir aos casos difíceis, ele põe que estes, devido a serem mais complexos, e na maioria dos casos serem de maior impacto na vida social, devem ser interpretados através de métodos mais bem elaborados. Devendo ainda o interprete se valer da filosofia moral do direito, do sentido finalístico da norma e de posições interpretativas próprias para que possam chegar a uma conjugação válida e condizente com as determinações constitucionais.

2.4 MÉTODOS HERMENÊUTICOS

O processo civilizador advém em transformações em diversos níveis como a tecnologia, a ciência e o conhecimento, assim acontece quando se trata o tema hermenêutico. Para o momento, faz-se agora breve compilação

das técnicas que podem ser aplicadas para que se possa alcançar interpretação válida e condizente com o mandamento constitucional e sua superioridade.

Canotilho (2003, p. 1210) assinala que a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos que tem como base critérios ou premissas diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares.

Assim, pode ser inferido que as técnicas de hermenêutica constitucional são inter-complementares, ou seja, foram constituídos vários métodos, a fim de que seja possível uma interpretação completa da norma, pois se um método for ineficaz para uma determinada situação/resultado, pode ser utilizado outro que irá alcançar o sentido daquela norma.

Dentre vários métodos que foram desenvolvidos pelos estudos constitucionais podem ser elencados os que foram colacionados por Lenza (2013), sendo estes os mais usados e tidos como clássicos pela doutrina mais tradicional, frisando-se os seguintes:

Método jurídico: o qual é trata a norma constitucional no seu sentido textual puro, buscando-se sempre o significado direto e seco do que o texto da carta política se refere. Utiliza de elementos exegetas para fazê-lo, tais como, o genético (investiga a origem do conceito); o gramatical (análise literal do texto); o lógico (harmoniza as normas); o sistemático (analisar a norma constitucional como um sistema fechado), entre outros.

Método tópico-problemático: para os que se valem desse método, a constituição é um sistema aberto de princípios e regras, que são utilizadas para a solução de problemas concretos.

Método hermenêutico-centralizador: ao usar este método deve se partir da norma constitucional para a avaliação do caso concreto, avaliando os seguintes pressupostos interpretativos, subjetivos (são as concepções do interprete sobre o tema), os objetivos (o interprete avalia as condições sociais do problema), e o círculo hermenêutico (sendo este um percurso dicotômico feito entre os dois outros pressupostos, até que se cheguem às aceções da

norma ao caso concreto), sendo este um método criticado pelas distorções que pode causar no sistema.

Método científico-espiritual: o que se sobressalta nesse método são as acepções sociais que são bastante ponderadas pelo interprete, elevando os valores constitucionais, fazendo com a própria carta política acompanhe a evolução dos valores sociais.

Método normativo estruturante: seria a aplicação da norma de forma mais proeminente pelo interprete, pois este faz um juízo de valor sobre a situação concreta e sobre os conceitos exteriorizados pela norma.

Método da comparação constitucional: seria feita uma comparação entre as constituições para extrair-lhes suas diferenças.

De modo especial, traz-se aqui um método que está dentre os mais aceitos na doutrina constitucional, que é o método hermenêutico-concretizador. Idealizado por Gomes Canotilho (2003, p. 1212). Tal formato introduz na interpretação constitucional dois aspectos necessários para se proceder com formação da norma que são o domínio normativo e o programa normativo. O domínio normativo seriam os aspectos reais e matérias que compõem as relações sociais imbricadas com a interpretação e aplicação da norma. Enquanto que o programa normativo são as regras constantes quando da formação do ordenamento e consequente feitura da constituição.

Assim infere Petra (2013, p. 20):

Nesse sentido, para a construção da norma jurídica com base no caso jurídico e nos textos normativos, o jurista necessita tanto de dados linguísticos como de dados reais. Esses elementos constituem o programa normativo (dados de linguagem) e o âmbito normativo (dados reais). Assim, do ponto de vista da teoria da norma, o programa normativo e o âmbito normativo são apenas elementos integrantes da norma.

Pode-se perceber, portanto, uma culminação do método concretizador como sendo a elaboração da própria norma a partir do choque entre o caso e a norma, advindo deste resultado a aplicação da norma e a resolução do caso.

2.5 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Não obstante a utilização de métodos de interpretação constitucional, a doutrina, expressada aqui na voz de Nunes Junior (2013), tem se posicionado no sentido de trazer à tona, de modo a complementar a atuação de tais métodos, a construção de princípios norteadores da atividade hermenêutica no âmbito do direito constitucional.

Utiliza-se aqui a classificação evidenciada por Nunes Júnior (2013) citando-se alguns dos princípios ora utilizados na formação da norma constitucional.

Não o bastante citar, a Constituição é a lei máxima do ordenamento jurídico pátrio, e como tal no exercício de sua interpretação deve ser dada tal força a esta. É assim que se evidencia o princípio da supremacia da constituição. O qual traz que a norma constitucional é a de maior hierarquia no âmbito do ordenamento jurídico. Devendo-se salientar que tal princípio impõe que todas as normas e formas de interpretação contraditórias ao texto constitucional sejam excluídas de apreciação.

Outro princípio orientador da interpretação constitucional é o da força normativa da Constituição, que resulta do princípio doravante citado, visto que indica que os problemas constitucionais devem ser interpretados de modo a que se alcance uma maior otimização das normas constitucionais, garantindo eficácia a estas.

Cita-se de igual modo o princípio da unidade da constituição, o qual enfatiza que a Constituição é um sistema integrado de normas que devem ser consideradas como tais, não sendo possível à interpretação/utilização de uma

em detrimento ou substituição de outra. O objetivo de tal princípio é a superação das antinomias que possivelmente existam ou decorram da norma constitucional, formando um método interpretativo globalizante da norma.

Tem-se de igual modo o princípio do efeito integrador da norma constitucional, o qual é um desdobramento do princípio da unidade. Segundo aquele princípio a interpretação da norma constitucional deve evidenciar a harmonia do meio social em que a norma irá refletir, fortalecendo as bases políticas da constituição.

O princípio da harmonização implica no objetivo de que o interprete quando se encontrar em situação de conflito ou concorrência entre normas de mesmo vulto tente interpreta-las a fim de que não haja a supressão de nenhuma delas, dando uma função útil a cada uma delas.

Com o princípio da máxima efetividade busca trazer para a interpretação a intenção de dar a constituição e aos seus textos a maior eficiência possível, principalmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais e as normas de caráter programático.

Correção funcional ou justeza é outro princípio que norteia a interpretação e preconiza que não pode haver a burla da competência estabelecida na constituição. Significando assim que este princípio serve de parâmetro para que as funções e poderes estatais sejam realizados nos seus limites, influenciando até na separação dos poderes do Estado.

O princípio da coloquialidade trata do fato de que como a constituição é uma norma constante de instrumento não apenas técnico-jurídicos, mas também de políticos, então este princípio tenciona o interprete a dar significação o mais idiomática possível a norma, deixando de lado a tecnicidade exacerbada para proteger os institutos políticos constantes da constituição.

A interpretação constitucional lida com o texto máximo do ordenamento jurídico, e deste modo não deve a sua interpretação passar ao longe dos sentidos e dos métodos jurídicos capazes de interligarem o mesmo, devendo o

interprete usar das conexões constantes na própria carta política para interpreta-la.

Dentro do presente trabalho o que se evidencia é o fato da discricionariedade judicial e suas nuances. Ao se observar a atuação dos juízes hoje e a gama de decisões que são proferidas e seu alcance, é de primazia evidenciar um princípio em especial, que apesar de não constar como princípio único do campo hermenêutico, mas sim como influenciador de todo o ordenamento jurídico, que é o princípio da proporcionalidade. Abstrato que o é pode dar conceito e variar a aplicação da norma conforme a incidência e adequação ao caso concreto. Por este motivo é que tal princípio influencia de forma tão contundente a prestação jurisdicional.

O princípio da proporcionalidade busca a medida justa para aplicação dos institutos jurídicos. Objetivando o balanceamento entre os meios e os fins da norma, a fim de concretiza-la da forma mais justa possível ao caso concreto.

Utilizado hoje quase que como um molde com o qual se modula os casos decididos sob a égide do ativismo judicial, a proporcionalidade se tornou não mais um princípio subsidiário e contrabalanceado igualmente com os demais, mas sim passou a tomar dianteira num processo em que faz seu de uso o fomentador da atuação política da magistratura, a fim de avocar a si papel que não é seu, que é o seio das discussões políticas da sociedade.

Por vezes se observa em julgados do próprio STF em que Ministros usam da proporcionalidade para moldar ou fazer transparecer que estão julgando de acordo com o ordenamento constitucional, quando a real intenção é dar uma falsa legalidade e polidez jurídica a um discurso e a uma produção jurisdicional politizada e permeada de interesses com os quais os magistrados já possuem e pela forma como são levados a seus cargos.

Desta forma, ao se evidenciar tais métodos e princípios o que se pretende é demonstrar que a utilização de cada uma das formas mencionadas influenciará na prestação jurisdicional e irá implicar na construção de uma norma diversa, se assim o seu uso for diverso.

Tais métodos e princípios são responsáveis justamente por delimitar, balancear e arbitrar os conflitos surgidos com o fenômeno em comento que é o ativismo judicial. A discricionariedade é a fronteira entre a *decisão judicial* e a *escolha política*. Buscam os métodos e princípios as raízes jurídicas e seus fundamentos do ativismo judicial fenômeno presente no ordenamento, o que por ser por demais prejudicial a democracia, a isonomia e a segurança jurídica.

3. ATIVISMO JUDICIAL

Em épocas em que os direitos sociais encontram-se ameaçados pela pressão do mercado e de suas funcionalidades, que tende a reger as regras do jogo democrático, uma das últimas instâncias em que a sociedade civil encontra abrigo é no poder moderador e na defesa exercida pelo Poder Judiciário, no tocante aos direitos mínimos de subsistência que aqueles conquistaram a duras penas durante o processo evolutivo da sociedade contemporânea.

A partir de uma crise institucional em que se encontram as instituições democráticas brasileiras, vem sendo desenvolvido um fenômeno que, aparentemente, tem recebido legitimidade por uma parte da sociedade. Tal fenômeno é o ativismo judicial.

3.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

Aduz-se que o ativismo judicial se faz presente em inúmeras situações jurídicas e decisórias, fazendo aflorar do poder judiciário uma posição primaz na tutela de direitos e interesses fundamentais, acontece que em alguns casos essa tutela de direitos caberia a outros poderes, enfim uma situação em que o judiciário atua como fomentador da atuação política da magistratura, a fim de avocar a si papel que não é seu.

Remete-se a origem do termo ativismo judicial Soares (2010, p. 07), que obtempera:

O termo “ativismo judicial” foi utilizado pela vez primeira por Arthur Schlesinger, em janeiro de 1947, em artigo publicado numa revista popular, no qual ele traçava um perfil dos novos juizes da Corte Suprema nos Estados Unidos. Nesse artigo, os juizes Black, Douglas, Murphy e Rutlege foram classificados por Schlesinger como “ativistas judiciais”. Esses juizes foram assim considerados tendo em vista que

desempenhavam um papel ativo na promoção do bem-estar social e acreditavam que a lei e a política eram elementos inseparáveis.

Assim, observa-se que o reconhecimento deste fenômeno nos ordenamentos jurídicos não é particularidade do ordenamento brasileiro, desenvolvendo-se em vários outros sistemas, bem como reconhecido a tempos remotos pela doutrina.

Por conceito direto tem-se que o ativismo judicial seria a atuação criativa do jurista, quando houver omissão do legislador ou quando aquele tentar tomar o papel como legislador positivo, criando situações antes não abarcadas pela norma editada por este último.

O sistema constitucionalista pátrio é classificado pela doutrina como um sistema híbrido, conforme expressa Tavares (2002), pois ele aglutina várias espécies de institutos advindos tanto do constitucionalismo americano como do europeu. Daquele primeiro foi importado para o ordenamento jurídico os controles difusos de constitucionalidade. Enquanto que deste último, foi adotado o controle direto através de ações à corte constitucional.

Desta forma foi dado um papel de maior relevância a Corte Máxima. Pois com os mecanismos de controle e a adoção pela Constituição de um sistema analítico de Carta Política, a qual regula de sobremaneira a vida social, vez que ela é considerada uma constituição dirigista. Assim, quando mais fatos sociais são regulados pela carta magna, mais o papel do Pretório Excelso se torna indispensável para regulá-las. Por isso vive-se hoje um momento consideravelmente crítico dentro do ordenamento jurídico, com a instabilidade provocada por decisões voláteis e mutáveis conforme a vontade do julgador sem embasamento jurídico fundado nos postulados do ordenamento e dos institutos jurídicos pátrios.

Barroso (2009, pg. 283) bem pondera:

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.

Um das maiores crises que é vivenciada hoje em termos práticos é uma crise política sem precedentes, alguns chegando até a falar em crise de legitimidade. Com as decepções que a população alimenta no cenário político da sociedade, os poderes legitimados democraticamente pelo voto popular, estão em grave crise institucional. Com os mais variados escândalos de corrupção que atingem o cerne do meio político, a sociedade tende a se basear em outro e último pilar da democracia constitucional, que é o Poder Judiciário.

Com a instituição do pacto social a partir da Carta Política de 1988, o poder judiciário passou a ter um papel proeminente na vida social. Isto ficou ainda mais saliente com as reformas feitas através de emendas constitucionais que deram ainda mais poderes a magistratura.

Com todo esse processo recém-formado após a Constituição, o judiciário passou a desempenhar tarefa de verdadeiro regulador da ordem social. Este fenômeno é sentido especialmente na atuação criativa deste poder. Por vezes tentando compor o vácuo deixado pela inércia do legislativo, aquele poder tenta dar respostas à sociedade através do Ativismo Judicial.

Este fenômeno encontra amparo justamente nas crises pelas quais passam os outros poderes. Como é bem celebre na Teoria da Tripartição dos Poderes, eles devem se contrapor entre si a fim de que um sirva de contrapesos, e também de apoio para a atuação dos demais. E como na atual conjuntura política os poderes executivo e, principalmente, o legislativo encontram-se fragilizados frente às crises político-econômicas, o judiciário tomou para si o papel de provedor da paz social nacional.

Streck (2008) evidencia concretamente este fenômeno que vem tomando de conta dos órgãos judiciários brasileiros. Ele explica que após o processo de conscientização imposto sobre a cultura ocidental após a segunda grande guerra, houve um movimento no sentido de dar mais prestígio à constituição, fazendo com que ela fosse capaz de regular quase toda a vida social, a fim de que ela fosse a guardiã máxima das garantias e direitos

individuais. Com esse movimento as constituições se tornaram por demais analíticas, fazendo com a discricionariedade do interprete fosse alçada a patamar de relevo perante a atuação legislativa.

Em crítica veementemente ao fenômeno do ativismo Streck (2008) defende que quanto mais discricionário for à atuação do interprete mais vulnerável se torna a própria democracia. Colocando em posições completamente antagônicas a autonomia pelo direito conquistada e a autonomia política empregada pelo povo democraticamente ao poder legislativo.

Com esse movimento de autonomia do Direito criou-se também uma maior discricionariedade por parte dos interpretes das normas. Esta discricionariedade exacerbada é bastante criticada, pois se for para além dos limites estipulados na própria constituição, poderá fragilizar por demais o pacto social que sustenta os poderes do Estado.

Tem creditado ao judiciário uma discricionariedade mutante, à qual é princípio da judicialização patente em que se encontra hoje a sociedade brasileira, fazendo isto com que retroalimente a sobressalência que tem feito com o ativismo judicial imperasse, principalmente nas cortes superiores.

Outro ponto bastante sensível dentro do tema ativismo judicial é o da legitimidade democrática que o judiciário teria para, de certa forma, sobrepor as suas decisões as dos demais poderes. Barroso (2009, pg. 186), indaga qual seria o motivo desta legitimação e, por conseguinte, informa os papeis do judiciário em sua atuação precípua como julgador, a saber:

Assegurar as regras do jogo democrático, que seria a isonomia nos processos políticos, para ser possível que se escute até mesmos as posições minoritárias; e a garantia dos direitos fundamentais, os quais devem se sobrepor mesmo quando em choque contra a voz da maioria, resguardando assim valores mínimos àqueles que não estão inseridos nesta maioria.

Como já explicitado, com a promulgação da Carta Magna, houve um processo de disseminação analítica da sua regulação da sociedade. Ou seja, a

constituição tentou, sendo prolixa, abarcar os mais variados setores da vida social. Com esse fenômeno houve a instituição do monopólio interpretativo da norma constitucional por parte da corte constitucional, que fora instituída para tanto.

Baseado nos postulados de Häberle, Mendes (2000, p. 7) assevera que tal monopólio pode ser quebrado, aproximando a interpretação constitucional dos demais setores da sociedade “aberta”, fazendo com que o processo hermenêutico seja mais democrático, apontando assim uma saída ao engessamento e a contramajoritariedade produzida pelo monopólio da jurisdição constitucional.

Evidencia-se ainda que esta abertura da hermenêutica constitucional seria imprescindível para uma maior concretização do princípio democrático, visto que, atores como partidos políticos ou cidadãos estão legitimados a provocar a jurisdição constitucional, devendo então se considerar estes também como interpretes da carta magna. Desta forma, com um processo pluralista na corte constitucional, poderiam ser evitadas decisões eminentemente discricionárias por parte dos juízes. Sendo esta discricionariedade um dos maiores perigos que pode atingir a jurisdição constitucional e, por conseguinte, a tripartição e o equilíbrio dos poderes e da democracia como um todo.

Mendes (2002, p. 11) evidencia que:

O equilíbrio instável que se verifica e que parece constituir o autêntico problema da jurisdição constitucional na democracia afigura-se necessário e inevitável. Todo o esforço que se há de fazer é, pois, no sentido de preservar o equilíbrio e evitar distorções.

Assim, o tênue liame entre a discricionariedade que possui o intérprete que o separa da criação legislativa da pura hermenêutica, deve ser sempre preservado e buscado, sob pena de desestabilização do processo democrático.

3.2 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Observa-se nos últimos anos um processo de grande potencialização e proeminência do judiciário sobre os demais poderes. Ao contrário do que é comumente em democracias presidencialista, como é o caso brasileiro, em que o executivo se torna um poder gigante diante dos demais, e abarca a força de propulsora da sociedade, o que se no Brasil hoje é que o papel de modificador social quem vem tomando é o judiciário.

Com Ronald Dworkin (2006; p. 135), constatando esse fenômeno na sociedade norte-americana, tem afirmado que:

Em décadas recentes, as principais batalhas sobre a natureza da democracia têm sido travadas em torno da autoridade de juizes e da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade de atos dos outros órgãos do governo.

Como o ordenamento jurídico brasileiro foi criado a partir de inspiração em modelos de outros países, sendo uma mescla do sistema norte-americano com o alemão, ela traz em si o sistema de freios e contrapesos, importado desses ordenamentos. Neste sistema adotado no Brasil o judiciário tem papel de garante das regras do jogo democrático, estabelecendo as bases deste jogo. Assim, observou-se nos últimos momentos políticos importantes pelos quais o país passou, e passa, que por vezes a sociedade e a política se volta para o judiciário para obter as respostas pelas quais eles anseiam. Tal fenômeno se traduziu na judicialização da política. E aqui se faz necessário registrar a diferenciação entre este termo e o ativismo judicial, por serem fenômenos diversos, mas que por vezes se confundem por tentarem demonstrar a atuação mais proeminente do judiciário. É o que se passa a diferenciar agora.

Conforme as teorias desenvolvidas pela doutrina, em expressivo as construções de Soares (2010), a judicialização da política seria uma hipertrofia

do papel do judiciário no controle sobre os outros poderes, baseando-se nos princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Seriam então, conforme obtempera SOARES (2010, p. 20), o resultado de um equilíbrio entre os poderes, e a atuação do judiciário se dando dentro das competências que a Constituição as designou.

Portanto a judicialização seria uma decorrência do próprio sistema de freios e contrapesos em que o sistema é fundado. Podendo ocorrer independentemente do ativismo judicial.

No tocante ao ativismo judicial este é uma deformação do sistema democrático, que ocorre quando por vezes este passa por crises, em especial as crises de legitimação dos poderes políticos.

Nada mais seria do que uma expansão desordenada, ilimitada e fora das esferas constitucionais de atuação por parte do judiciário. Invadindo muitas vezes as funções do legislativo, por ter este caído em um vácuo de poder.

Neste sentido constrói o seu pensamento Barroso (2010, p. 9):

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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.

Desta forma, o ativismo difere da judicialização da política, pois esta é a atuação dentro das competências constitucionais do judiciário. Já aquele é a hipertrofia do judiciário em tempos de crise sobre as funções do legislativo. Sendo este último o instrumento com o qual se baseia o presente estudo e o fenômeno contra o qual se quer ir, por ser um retrocesso ao sistema democrático posto, se não limitado o for.

3.3 FORMAS DE ATUAÇÃO

A um movimento hoje em curso no ordenamento jurídico em que há uma batalha aberta no campo hermenêutico da forma, dos limites e das consequências da atuação proeminente da magistratura que vem adotando na estrutura do poder judiciário.

Partindo do âmbito da Suprema Corte que é onde mais se evidencia tal movimento, até chegar aos juízes de primeiro grau, o que se vê é uma atuação quase que na forma de agente político por parte dos juízes. Não que se queira tolher com este trabalho a atuação muitas vezes vanguardista dos juízes, mas o que se observa é certa sobressalência que põem em risco o sistema de balanceamento, que já é tênue, do ordenamento jurídico pátrio.

Uma das formas que é evidenciada esta posição da magistratura é na forma do ativismo judicial, o qual gera impacto na tripartição dos poderes e assim, por conseguinte, em toda a ordem social posta.

Assevera Grimm (2009, p. 26):

A garantia constitucional de independência judicial protege os juízes da política, mas não protege o sistema constitucional e a sociedade de juízes que, por razões distintas da pressão política direta, estão dispostos a desobedecer ou distorcer a lei.

De se observar, o pensamento hodierno se baseia em crítica velada ou até mesmo aberta de que o sistema constitucionalista se encontra sob pressão política direita. Visto que o sistema pátrio fora contemplado na esteira de sua criação de uma morfologia única por terem sido importados institutos de mais de um ordenamento jurídico de direito comparado, o que formou certa colcha de retalhos que é o sistema constitucional nacional.

Ao passo de a perfeição não ser alcançável pelo homem, o sistema que ora rege o Brasil é cheio de falhas que o colocam a prova em qualquer

momento de instabilidade por menor que seja. Como é o caso da quadra da história em que se encontra o quadro social atual.

Em especial registra-se neste trabalho a construção doutrinária de Pogrebinski (2000, p. 2), a qual designa as formas em que um magistrado pode atuar, possibilitando de forma mais contundente, as formas e meios de ativismo. Tal pensamento identifica o ativismo num magistrado quando das seguintes formas de atuação: “a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”.

Continuando ainda a citada doutrinadora, Pogrebinski, (2000, p. 2):

Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, neste artigo, um ativista.

Definindo-se o juiz ativista como sendo aquele se considera um agente político, que usa de sua função jurisdicional para abordar posições políticas que acha cabível ao caso que é levado sob sua jurisdição.

Desta forma, o que se propaga no presente estudo é que não se deva considerar que a atuação dos juízes deva ser como aquela inaugurada com a escola positivista, mas também não deva considerar que a atuação dos magistrados se sobreponha a atividade legislativa e política, visto que as decisões dos magistrados, por mais rentes a realidades que pareçam e andando de mãos dadas com as massas populares, devem ser baseadas não nestes sentimentos de maioria, mas sim nas leis e no ordenamento posto, a fim de garantir a segurança jurídica.

Ressalta-se ainda que, o ativismo de ora se alardeia pelo judiciário não impregna apenas a função jurisdicional em si, como também os órgãos auxiliares e indispensáveis à administração da justiça, citando-se o Ministério Público. O qual, apesar de não deter a função jurisdicional, atua em parceria com esta para obtenção dos fins que a constituição lhe imputa.

O que se demonstra com a disseminação do fenômeno do ativismo pelos órgãos essenciais à justiça, em especial o Ministério Público, é que a protuberância que é observada na jurisdição também afeta e contamina estes órgãos, visto que com a Carta Magna de 1988 eles também ganharam poderes de atuação autônoma, o que gerou ainda mais um desequilíbrio entre os poderes, causando o fenômeno ora estudado.

Vê-se que o ativismo alcançou até outras instituições que não só o judiciário, pois promovendo verdadeiras cruzadas, como se detentores do poder estatal o fossem, diuturnamente membros do Ministério Público usam do clamor social por justiça para atropelarem direitos e garantias fundamentais, a fim de suprir a ânsia de uma sociedade, muitas vezes manobrada pelo poder econômico, por justiça a qualquer custo.

Assim também observa Guerra (2013, p. 186) ao dizer que “abrange não somente o judiciário, mas também os órgãos de auxílio, tal como o ministério público, cuja atuação é preponderante para a administração da justiça”.

3.4 DECISÕES DISCRICIONÁRIAS

A materialização do ativismo judicial são as decisões discricionárias proferidas pelos magistrados, que torna a prestação jurisdicional volátil, instável e politizada, o que prejudica sistema e o jogo democrático, por transferir da órbita política-democrática para a jurisdição discussões de relevo social que, se não forem frutos do desenvolvimento do debate e da política, podem se tornar hipertrofias dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Soares (2010, p. 10) defende que uma das causas do ativismo judicial pode ser a demanda que a própria sociedade requer do judiciário, em sua ânsia por respostas que, querendo ou não, pela via política-democrática, são bem mais morosas por conterem interesses e mudanças sociais profundas.

Cabe trazer à baila a cita de Soares (2010, p. 10):

Uma ideia que poderia explicar esses julgamentos pela Corte Suprema seria a de que a própria sociedade estaria requerendo do juiz uma interferência para a solução de problemas. Essa demanda da população em torno de questões políticas que, de algum modo, interfeririam nos direitos e garantias legalmente e constitucionalmente protegidos poderia ser a causa de uma atuação mais intensa por parte do Supremo Tribunal Federal.

Expõe-se aqui também que não se querendo retirar a vanguarda da interpretação e da atuação que a jurisprudência traz ao ordenamento. No entanto, o que se pretende coibir são os excessos que por vezes maculam a contribuição positiva que o judiciário dá para a sociedade.

O que se quer combater nas decisões judiciais e a sua discricionariedade judicial é o viés político que o julgador coloca em suas decisões. Reitere-se que a discricionariedade é a fronteira entre a *decisão judicial* e a *escolha política*. Por vezes o julgador transporta para a jurisdição as suas convicções políticas, intenções pessoais, e porque não citar o afã social que influenciará em grande monta tais decisões. Sendo estes os excessos que se quer coibir.

Um dos fenômenos que mais é combatido pela doutrina brasileira, em especial por Streck como seu expoente, é que tais decisões discricionárias traduzem-se na insegurança jurídica e na volatilidade da jurisprudência e, por conseguinte, de parte da produção jurídica.

Tal efeito foi até objeto de inclusão no projeto de lei que veio a se tornar o Novo Código De Processo Civil, em vigor desde 2015, que em seu artigo 926 traz a exigência de que os tribunais mantenham íntegra e estável a sua jurisprudência, numa tentativa de minorar a já reconhecida discricionariedade que assola a jurisdição e que prejudica a prestação jurisdicional.

Cita-se o exemplo dos direitos LGBT os quais são amplamente reconhecidos no país, mas em nenhum momento o Congresso Nacional aprovou lei, em sentido formal, para garantir direitos para esse grupo social, conforme matéria veiculada no site UOL, de autoria de Berthon (2018).

É por essa e outras omissões legislativas que o vácuo de poder é deixado pelo legislativo no campo político tornando aberto o campo de atuação do ativismo dos juízes. O que não seria de todo ruim, não fosse à expressiva discricionariedade que atinge o liame entre a prestação jurisdicional avançada e o ativismo judicial que interfere e macula o processo de construção política.

Esta mesma discricionariedade é bem-vinda quando usada, por exemplo, nos casos difíceis, já citados neste trabalho. Onde a simples subsunção do caso a norma não é suficiente para a sua resolução. São nestes casos em que a discricionariedade do juiz é capaz de trazer resoluções que a abstratividade da lei formal não foi capaz de prever.

A questão central acerca da discricionariedade é o subjetivismo que assola as decisões, tornando-as incoerentes e instáveis. Como anota Streck (2013, p. 5):

De registrar, entretanto, que a herança kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje, e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, só que sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica. Com efeito, a teoria da argumentação alexyana – tese que, reconheça-se, mais tem sido utilizada em dissertações, teses e decisões judiciais na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós-positivistas em terrae brasilis – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Além disso, não se percebe nas decisões judiciais uma coerência na sua utilização. Na verdade, não há uma decisão judicial que tenha aplicado a esquematização constante na tese alexiana.

Assim, o ponto que se pretende debater aqui é a forma controle contra a qual se pode utilizar para frear o decisionismo discricionário dos juízes.

Cabe registrar que quando do início das discussões acerca da discricionariedade, e até hoje, os jus-filósofos que mais se destacam com suas

teorias que ora se embatem, são Ronaldo Dworkin e Robert Alexy. É subliminar falar em discricionariedade e não citá-los, visto que suas teorias influenciam até hoje na construção do pensamento daqueles que defendem e se opõe aos pensamentos deles, e que aplicam, nas medidas de suas defesas, tais teorias quando da prestação jurisdicional.

Primeiro falemos da teoria da argumentação jurídica trazida por Alexy, onde este defende que os casos difíceis, como já citados, serão decididos através de uma aposta no subjetivismo do juiz. Residindo aqui a discricionariedade que até aqui se menciona.

Assim, expressa Streck (2013, p. 11):

É nesse contexto que deve ser analisado o emprego do princípio da proporcionalidade pela teoria da argumentação. Com efeito, a proporcionalidade é a “chave” para resolver a ponderação, a partir das quatro características de todos conhecidas. Ou seja, na medida em que a proporcionalidade só “é chamada à colação” quando necessário um juízo ponderativo para os casos difíceis – uma vez que para os casos simples “basta” a dedução/subsunção – caberá ao intérprete a tarefa de “hierarquizar” e “decidir” qual o princípio aplicável no caso do conflito/colisão.

Ao passo que Dworkin defende em sua teoria que tal discricionariedade é venosa ao sistema jurídico-democrático. Traduzindo-se seu pensamento nas palavras de Streck (2013, p. 12):

Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia. Essa, aliás, foi a crítica mais veemente feita por Dworkin a Hart. E essa questão continua na ordem do dia, mormente em países como o Brasil. Com efeito, as teorias que pretenderam resolver esse problema da (in)determinabilidade do direito, dos casos difíceis, das vaguezas e das ambiguidades próprias do ordenamento jurídico, ao apostarem nesse *subjectum* da interpretação jurídica, não conseguiram alcançar o patamar da revolução copernicana proporcionada pela invasão da filosofia pela linguagem.

Cabe-se registrar de igual modo que o encontro entre discricionabilidade e ponderação é a primazia do ativismo judicial contra o qual se quer barrar. Os efeitos dessa união para a prestação jurídica e seu uso na aplicação do direito fomentam o fenômeno aqui tratado, atraindo para o centro deste o sujeito/juiz, que hoje acabou por se tornar uma figura da qual todos esperam soluções imparciais, mas que com a sua atuação através da ponderação influi com seus sentidos e percepções pessoais no caso concreto.

4. LIMITES E PERSPECTIVAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Feitas as explanações e considerações sobre os conceitos, formas, métodos e atuação que o fenômeno do ativismo judicial provoca na sociedade, passa-se agora a fazer uma colocação pontual e explicativa sobre as perspectivas e os limites que fenômeno ativismo judicial traduz no cotidiano. Buscando sempre estabelecer um paralelo entre a jurisdição e o impacto social que esta causa, fazendo-se estabelecer condições para que se conclua a cerca dos pontos relevantes do movimento ativo do judiciário dentro do ordenamento jurídico.

4.1 EFEITOS NA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

De início, cabe dentro da perspectiva crítica aqui traçada e visando esclarecer os reais e os necessários contornos atinentes ao ativismo judicial dentro do contexto da separação dos poderes, apesar das imprecisões inerentes a ele.

Salienta-se que o poder é uno e que tem suas funções harmônicas e independentes entre si. Claramente que não há separação dos poderes, apenas funções estatais, segundo a constituição legisladora, executiva e judiciária.

Nas palavras de Guerra (2013, p. 182):

De igual sorte, a expressão “tripartição dos poderes” não se encontra atual, tornando-se prática, bastante imprecisa. Sendo uno o poder estatal, devem-se considerar divisíveis tão somente suas funções. Assim, temos as funções de legislar, administrar e julgar, não sendo, entretanto, cada qual específica de um “poder”, mas típicas e atípicas em relação aos determinados órgãos que representam o aparato estatal. Isso se dá, sobretudo porque os poderes são constituídos formal e substancialmente pela constituição.

Constata-se que a expressão bem como a teoria da tripartição dos poderes é uma construção de substância formal, como bem exemplifica o artigo 16 da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, que apenas cita uma separação formal dos poderes/funções estatais. Não podendo, desde já salientando, que as funções sejam incomunicáveis, visto que a função estatal de coordenação da vida social através de seus órgãos abarca vários e diversificados ramos sociais, requerendo assim uma atuação ampla e coordenada do aparato estatal.

Corroborando tal entendimento cita-se Dallari (2007, p. 221):

A primeira crítica feita ao sistema de separação dos poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado [...] mesmo onde a constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intenção interpenetração. [...] é necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.

Desta forma, a interpenetração acima citada é necessária para que haja a governança da sociedade por parte dos órgãos estatais, respondendo estes às demandas daquela, as quais são sempre crescentes e complexas.

Com o advento do Estado moderno e com a estabilização das constituições e dos diplomas escritos que efetivaram e deram força aos direitos fundamentais ante o poderio que o estado tinha sobre as pessoas, minorando-o, houve a concretização do constitucionalismo. Baseado em escritos como a constituição americana de 1787 e a declaração universal dos direitos do homem de 1789, o constitucionalismo moderno junto das teorias de Montesquieu foram os responsáveis pela fundação da teoria da separação dos poderes, essencial para a concretude do Estado moderno constitucional e democrático que temos hoje.

Quando do início da concepção da teoria da separação dos poderes os teóricos, como o próprio Montesquieu, achavam que a separação dos poderes estatais deveria ser total e irrestrita, visto que apenas deste modo se

garantiriam os direitos básicos dos cidadãos frente os abusos de o estado poderia cometer.

No entanto, esta tese a muito caiu por terra, até mesmo no próprio constitucionalismo americano, quando do julgamento do célebre caso *Malbury x Madison*, onde se deu início, para muitos na doutrina, o ativismo judicial e o *judicial review*.

Com efeito, o que se evidencia é que a tripartição dos poderes é necessária, porem apenas formal, a fim de garantir uma atuação limitada pelos órgãos estatais. E é aqui que reside o ponto fulcral sobre o qual o presente trabalho se coloca: a necessária limitação da interpenetração entre as funções estatais, sob pena de hipertrofia de algum órgão em detrimento de outro, e o conseqüente desequilíbrio da balança do poder, que devem sempre buscar ser democrático.

Apesar dos avanços do constitucionalismo contemporâneo, ainda não foi criado sistema capaz o suficiente de entrelaçar as funções estatais sem que em algum ponto não haja a atuação protuberante de um órgão.

Desse modo, pondera Baum (1985, p. 328):

[...] os sistemas políticos-jurídicos atuais não são capazes de evitar choques entre os poderes e muito menos de evitar repercussões indesejadas. Principalmente, nos países que adotam o sistema presidencialista de governo em razão da tendência natural de hipertrofia do poder executivo.

Como o modelo brasileiro foi espelhado no norte-americano que é o de freios e contrapesos, os poderes/funções estatais estão em constante conflito. Além do fato de ser uma democracia jovem, na qual as instituições não amadureceram o suficiente, e também um país de desenvolvimento tardio.

Em países de “desenvolvimento tardio”, nas palavras de Streck, tais fatores contribuem para que as forças atuantes no poder estatal se digladiem em busca de autoafirmação do seu poderio. Por vezes se veem as disputas de

poder e as quedas de braço institucionais entre a Suprema Corte e o Congresso Nacional, ou entre este e o chefe do executivo nacional.

No tocante ao que se encaixa no tema ora tratado é o reflexo que o ativismo judicial traz para o princípio/teoria da separação dos poderes. Ao passo que uma atuação ativa e ativa das instancias judicias menospreza principalmente o poder legislativo, faz com que se desloque o centro do poder estatal e popular deste poder para outro poder (judiciário) que em sua concepção histórica e estrutural não é democrático. Alterando de forma perturbadora a estabilidade democrática.

Ora, em um país em que os Ministros de sua Suprema Corte são mais conhecidos que os jogadores da seleção de futebol (astros midiáticos), não é de todo comum a atuação daqueles, que deveria ser sóbria e apaziguadora.

Reafirmando-se que não se quer retirar o protagonismo e a vanguarda alcançada através da evolução da jurisprudência, mas no compasso em que andam as instituições jurídicas e democráticas nacionais, a falácia “o direito é o que os tribunais dizem e não o que há na lei”, irá se torna de fato uma sentença verídica.

Colocações como estas feitas anteriormente são defendidas por parte significativa da doutrina, a qual hoje acende um alerta de preocupação com o ativismo judicial, em especial o da Suprema Corte, por refletir em todo o ordenamento a sua atuação.

Sendo tal chamamento feito também nas palavras de Guerra (2013, p. 192):

Aqui, caberia ao primeiro o alerta de entronização do judiciário feita por Maus, em que a sociedade transfere todo o ônus moral convencional dos mais significativos dilemas ao tribunal constitucional, que passa a ser o “superego” dessa sociedade, que, por sua vez, resta infantilizada, pois se a justiça a ascende própria à condição de mais alta instancia moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.

Registra-se ainda que o constitucionalismo contemporâneo como hoje esteja posto, e em especial o sistema brasileiro, requer uma produção ativa do judiciário a partir do *judicial review*. Mas tal necessidade não pode gerar o ativismo que ora se combate ao ponto de os instrumentos políticos não serem mais capazes de controlar o ímpeto revolucionário dos julgadores e membros do judiciário. Nenhuma solução que não passe pelo crivo democrático poderia ser aceitável e estável.

A magistratura sem limites ou extrapolando suas competências constitucionais, assim considerada, tendo em vista que desempenha um papel ativo na promoção do bem-estar social, e ao fim e ao cabo, por acreditar que a lei e a política são elementos inseparáveis atua com ativismo e cria direito ao caso concreto.

4.2 IMPACTO SOCIAL

Na teoria contemporânea do estado moderno o Estado, conforme estatui Dworkin (2007), passou a ter seu poder controlado através de vários mecanismos, a fim de se obter a máxima realização dos direitos do cidadão, bem como garantir sua liberdade em todos os aspectos de sua vida. Para tanto, as constituições vieram para dar força a tais direitos e limites à atuação dos poderes estatais.

Um dos poderes o qual fora limitada sua atuação por parte do constitucionalismo moderno fora o judiciário. Que com o advento das constituições e a positivação cada vez mais intensa do ordenamento jurídico passou a ter uma atuação cerceada por tais dispositivos, a fim de evitar a concentração de poder, que até na função estatal julgadora se for excessiva é prejudicial ao ordenamento.

Desta forma, e em especial a partir da concretização do *judicial review* e da sobressalência proeminente do judiciário, a atuação deste tem cada vez mais impactada a vida social.

Com as crises que hoje as sociedades democráticas contemporâneas enfrentam, o judiciário passou a ter uma maior força institucional que é reconhecida pela sociedade. Por não ser um órgão de constituição democrática e legitimador de todo um ordenamento jurídico, as pessoas veem no judiciário um nível de corrupção menor do que nas outras esferas de poder. Devido ao acesso a suas fileiras se dar de forma diversa da democrática se tem como pressuposto que seus integrantes seriam mais idôneos que os políticos.

Interessante ponto é levantado por Soares (2010, p. 10):

Assim, a primeira hipótese a se testada é: o ativismo judicial advém da crescente demanda por pronunciamento judicial quanto a questões políticas. Uma ideia que poderia explicar esses julgamentos pela Corte Suprema seria a de que a própria sociedade estaria requerendo do juiz uma interferência para a solução de problemas. Essa demanda da população em torno de questões políticas que, de algum modo, interfeririam nos direitos e garantias legalmente e constitucionalmente protegidos poderia ser a causa de uma atuação mais intensa por parte do Supremo Tribunal Federal.

Depreende-se de tal pensamento que a sociedade hoje demanda uma atuação proeminente por parte do judiciário, por vários fatores como: o descredito na politica, a falência de instituições democráticas, a dificuldade no acesso as vias democráticas de decisão no ordenamento, o pouco uso dos instrumentos de consultas públicas constantes na Constituição Federal, dentre outros.

Diante de tal hipótese, não é de se olvidar que o ativismo judicial hoje praticado nas cortes nacionais tem consequências também neste clamor social, que em muitos casos concretos é utilizado como fator de motivação de decisão por parte juízes.

Ao se tomar tal caminho, de uma prestação judicial ativista e voltada para o clamor da maioria, percorrer caminho tortuoso e que em muito de encontro vai com os ditames igualitários e isonômicos que a Constituição proclama.

Por este ponto, além de outros que se vem demonstrando ao longo deste trabalho, é que se chama atenção para o fenômeno do ativismo judicial, pois ele provoca desequilíbrio não apenas na balança do poder, mas também na ordem social vigente, ao tornar a criação de direito por parte de um poder na legitimado para tal, correndo-se o risco de criação de um direito pela maioria e não de uma ordem social garantidora de igualdade e liberdade para todos e por todos.

Corroborado tal pensamento Garapon (1999):

[...] a influência crescente da justiça sobre a sociedade e a crise de legitimidade que assola as democracias ocidentais, como parte de um processo de mudança social. [...] a expansão do Poder Judiciário decorre do enfraquecimento do Estado pelo mercado e pelo desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democrática. O aumento de poder da justiça resulta de uma transferência do simbolismo da democracia da política para a justiça, como fruto de uma profunda mudança social.

Com efeito, tais colocações trazem à tona o fator de inserção que a atuação do judiciário provoca na sociedade. Por isso necessário se faz salientar o ponto de impacto que o ativismo judicial provoca no meio social.

A tomada de decisões de grande vulto social e que impactam de sobremaneira a vida comum, imbricada com a deficiente e lacunosa atuação do legislativo, transportam para o judiciário uma sensação de que a partir dele poderão surgir soluções que, no entender da população, não são mais possíveis de serem encontradas na via política.

4.3 POLÍTICA, MORALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL

Como nas palavras de Aristóteles “o homem é um animal de natureza política”, assim esta seria indissociável daquele quando vive em sociedade. E diferente hoje não seria, com toda a quantidade de informação a que se tem acesso, possa-se dizer que, mais do que nunca, vivendo uma sociedade

totalmente interligada e enlaçada por um emaranhado de conexões que são inerentes ao processo de informatização. Desta forma, hoje em todas as informações que são compartilhadas há a atuação de uma forma diversa de política. Pode-se fazer a assertiva de que a política e o sistema representativo estão desconectados da realidade das sociedades abertas e complexas da quadra hodierna.

E com o acesso a todas essas informações vê-se que ocorre um processo de politização direta e sem intermediários seja dos partidos ou dos sindicatos onde o cidadão da sociedade contemporânea fala diretamente. Que apesar de pesquisas apontarem para uma aversão aos instrumentos de políticas tradicionais, as populações passam sim a cada vez mais discutirem política no cotidiano e em suas interações sociais.

Ampla é esta a discussão hoje provocada pelos últimos acontecimentos no Brasil, citem-se as últimas eleições, a famosa operação Lava Jato, um impeachment recente, dentre outros. Que acarretaram numa forte mobilização social, a qual através das redes tecnológicas e informacionais se potencializaram de forma estrondosa.

Nesta discussão que é trazida com esse boom informacional, o que se relaciona com a política e seus instrumentos tradicionais é apenas um ditame seguido por quase toda a massa populacional: a falta de moralidade que hoje se encontra contaminando o sistema político tradicional. Não que se queira generalizar aqui, mas esta concepção é retirada de pesquisas amplamente divulgadas pelas mídias, o que seria então um reflexo de grande parte das sensações da população.

O que se pretende com tais colocações e o chamamento a tal discussão, acerca dessa sensação geral que assola a sociedade, é que este fenômeno é um dos fatores que contribui de sobremaneira para a potencialização do ativismo judicial que ora se discute.

Com esse processo de desmoralização da política junto à sociedade, este por sua vez procurou atrelar a moral a outra instituição, que se responde com mais firmeza e rapidez aos anseios das vontades da sociedade.

E como no ordenamento jurídico brasileiro, a função judicante tomou considerável relevo, tanto pelas suas funções usuais da jurisdicionalidade, quanto pela teoria aplicada aqui do *judicial review*.

Construção interessante é feita por Soares (2010, p. 11):

Desse modo, até aqui, permanecemos com os argumentos já expostos anteriormente, ou seja, quanto à combinação da crescente procura por solução judicial, como resultado do enfraquecimento das instituições políticas. O elemento novo que podemos recolher em Antoine Garapon (1999) é o controle da moralidade política pelo Judiciário. A moralidade passa a ser um dos elementos que explicam a falta de confiabilidade nas instituições políticas e o aumento da procura por soluções judiciais. Assim, temos a terceira hipótese: o ativismo judicial permite que a sociedade exerça maior controle da ética na política.

A tão sondada moralidade, com a qual se busca efetivar melhorias na atuação estatal, foi elevada à categoria de princípio norteador do ordenamento jurídico com a implantação da Constituição de 1988. Tal fato reservou papel interessante a tal princípio, visto que este passou a atuar em concomitância com o princípio da legalidade, a fim de limitar ainda mais a atuação dos atores políticos, impetrando na ordem democrática um sentido de moral geral, que fez com que os agentes políticos criassem o dever de, além de observar a legalidade, também agora terem de adotar a conduta moral como nortes da discricionariedade estatal, inerente ao poder político, legitimado pelo sistema democrático.

Pensamento também trasladado nas palavras de Soares (2010, p. 11):

No caso brasileiro, a moralidade, sobretudo a partir da Constituição de 88, aparece com maior destaque no que tange aos atos discricionários, uma vez que nestes o agente estatal possui maior liberdade de atuação. Pode ocorrer que, na escolha entre várias alternativas, aquela realizada pelo agente público seja legal, atenda ao interesse público, mas, ainda assim, seja imoral ou ineficiente, revelando-se incompatível com os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência. A escolha feita pelo agente político, embora formalmente legal, pode contrariar valores éticos cultivados em determinada comunidade ou, até mesmo, violar direitos fundamentais.

Registrando-se ainda que como o citado acima, com a instituição da nova ordem constitucional do Brasil e a elevação da moralidade a princípio/norma de obediência vinculativa, entrou então para a órbita do controle jurisdicional os atos discricionários da administração. Os quais agora além de terem de observar a legalidade, também o farão conforme a moralidade, possibilitando o *judicial review* também segundo a imoralidade ou não do ato impugnado.

Tal fato aumentou de sobremaneira a atuação e controle do judiciário perante os atos administrativos. Exemplo recente pode-se citar a nomeação da Deputada Cristiane Brasil (PTB-RJ) para o cargo de Ministra do Trabalho, segundo Grillo (2018). Tal ato, diga-se de passagem, de competência e discricionariedade direta do Presidente da República, fora cassado por instâncias inferiores da jurisdição, o que se suscitou em um total ativismo por parte de juízes que, nem sequer a competência para tanto o teriam. Mas, corroborando a ideia neste trabalho defendida, de que o ativismo judicial se alastrou por todas as instâncias do judiciário, o próprio Supremo Tribunal Federal confirmou as decisões das instâncias inferiores e consolidou o controle dos atos discricionários da administração sob a ótica da moralidade.

Essa mescla que ocorre no ordenamento jurídico pátrio entre direito e política, a partir da adoção do sistema de freios e contrapesos, torna a separação entre estes campos quase que impossível em alguns casos. No entanto, deve ser sempre combatida tal ligação exacerbada, pois se não controlada ter-se-á um Estado fundado em um direito não feito por legisladores e nem legitimado social e democraticamente.

Em âmbito brasileiro, a jovialidade do sistema constitucional e a maturação ainda incompleta das instituições fizeram com que uma aparente ingerência por parte dos poderes políticos provoca-se certa aversão ao uso dos instrumentos democráticos para a modernização do direito, a fim de que este acompanhasse o desenvolvimento da sociedade e de seus anseios.

4.4 LIMITADORES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Salienta-se como premissa conjectura que o ordenamento jurídico brasileiro fora constituído tomando por empréstimo como exemplo o norte-americano, adotando a formação de freios e contrapesos entre as instituições, para que a balança do poder se mantivesse equilibrada, limitando de forma segura e não abusiva a atuação estatal, e a composição das atuações entre as funções estatais.

No entanto, o que se vem percebendo no caso brasileiro em particular é que, apesar da adoção do supracitado sistema, as instituições e os mecanismos democráticos brasileiros não se tem mostrado ainda possíveis de garantirem tal atuação livre, independente e harmônica dos poderes.

Ora se é certo que todo poder necessita de controle, já que tende a expandir se não houver barreiras, uma teoria funcional requer, pelo que se observa na atual conjuntura do cenário político-jurídico nacional, um controle, não cabendo uma proeminência das instâncias de poder jurisdicional sobre a democracia legitimadora do direito a ser produzido.

É para este fenômeno que o presente estudo se volta. Não no intuito de tolher a atuação de vanguarda que na solução dos *hard case* os tribunais são responsáveis por certa evolução. Mas quando os tribunais, que é o que se vê hoje, tentam adentrar a competência legisladora do Parlamento tolhendo a liberalidade e legitimidade de criação do verdadeiro direito, aqui neste ponto que se pretende combater tal fenômeno.

No Sistema brasileiro a forma de provimento dos cargos do judiciário, em sua maioria, é através de concurso público. Afasta-se este estudo do mérito acerca de tal forma de provimento. Mas salienta-se que, tal circunstancia torna o poder judiciário o único dos três poderes estatais em que não há legitimação direta através do voto popular.

Desta feita, o que se pretende observar é que, ao contrário dos cargos políticos, em que há o controle, ainda que insubsistente no seio social

brasileiro, da atividade dos agentes políticos, no caso do poder judicante não há que se falar em controle democrático.

O sistema de freios e contrapesos, quando a balança pende para o judiciário, tende a se tornar de difícil reequilíbrio, visto que a sua competência no ordenamento jurídico de o ultimo revisor, nas palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello “a última trincheira da liberdade” e da defesa da constituição é o próprio judiciário.

Assim, o sistema tende a depender cada vez mais do judiciário, o que o torna um poder sobressalente frente aos demais, atrofiando o legislativo e o executivo e tornando a democracia e os seus instrumentos cada vez menos eficazes.

Cita-se na mesma trilha os pensamentos de Ferejonh (2002, p. 66):

À impossibilidade de controle do eleitor sobre o Judiciário, inclusive para afastar de sua atuação aquele juiz que não atende aos reclamos da comunidade, que não representa bem os interesses dos seus representados, o que acaba por provocar um forte déficit de democracia, não compensável nas urnas, uma vez que os juízes não são eleitos pelo povo e gozam de vitaliciedade, não podendo ser substituídos pela vontade do povo, por meio do voto, como exercício da cidadania. As cortes estão significativamente aptas e desejosas de limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar, pela imposição de limites substantivos ao poder das instituições legislativas. Além disso, as cortes têm-se tornado arenas de elaboração de políticas substantivas.

Desta forma, não podem os tribunais, no vácuo de poder em que vem caindo os demais poderes, querer avocar a si competência que não lhe cabe, transformando o direito numa verdadeira incógnita, por se confiar não no que a lei diz, mas sim no que a cabeça de um juiz pensa.

Partilhando de igual construção tem-se a seguinte formulação de Streck (2013, p. 344):

O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos

juízes) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é (falácia do realismo). E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazido pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica.

A Constituição Federal assim como a maioria das editadas no pós-guerra do século XX, é, além de uma compilação de direito a serem efetivados, uma carta política de intenções, que para sua efetivação é necessária a concretização através da atuação estatal. Neste ponto é que entra a discussão aqui presente acerca da atuação de um dos poderes estatais, o judiciário.

Como já esclarecido, é o judiciário o último a dizer o direito, aplicando-o conforme lei prévia e abstratamente estabelecida. No entanto, sabe-se que a teoria moderna da hermenêutica, conforme esplanada no início deste trabalho, é uníssona no sentido de adotar que certa participação do intérprete em tal processo. No sentido de que o intérprete é o agente capaz de compreender, interpretar e aplicar o direito.

O que se pretende aqui estabelecer é que tal tarefa a ser realizada por parte do juiz/intérprete deve ser direcionada por um sistema que garanta ao máximo um pronunciamento isonômico e igualitário e em conformidade com o sistema jurídico no todo, e que não seja permeado de opções políticas, econômicas ou pessoais do intérprete.

É neste sentido o que propõe Soliano (2013, p. 609):

É evidente que os parâmetros reflexivos devem possibilitar que a decisão não seja dada por uma escolha do operador. A decisão judicial que aplica a Constituição deve se pautar pelas referências sistêmicas já disponíveis à compreensão. Doutrina e jurisprudência, portanto, desempenham um papel altamente relevante para a “desobjetivização” da decisão. Aqui é possível também falar que a coerência e a integridade tem a potencialidade de retirar do decisum um alto índice de “opção” do intérprete.

O fenômeno do ativismo judicial é algo que não se pode negar existir, mas o que deve sempre ser combatido proporcionalmente ao seu aumento dentro do sistema jurídico. O que se deve buscar é a autonomia do próprio sistema jurídico.

Neste sentido se colaciona colocação de Soliano (2013, p. 610):

Em verdade, o grande objetivo do referido controle é preservar a autonomia do sistema. A contrário sensu a ausência de controle acarreta, invariavelmente, a perda de autonomia do sistema. Dito isso, é possível acrescentar que o Ativismo Judicial, além de ser marcado pela adoção da discricionariedade como parâmetro decisório na concretização da Constituição, representa a perda de autonomia do sistema jurídico em favor de opções políticas, econômicas e morais do julgador. Ou seja, a substituição dos referenciais sistêmicos do direito por referenciais de outros sistemas.

Interessante é o enfoque trazido pelo supracitado autor, pois ele aborda que a questão do ativismo judicial não é necessária apenas do ponto de vista da segurança do sistema da tripartição dos poderes, mas que também é necessário o seu controle para que se possa assegurar a autonomia do próprio sistema jurídico, para que as outras esferas de influência, como o social e o econômico, não interfiram numa prestação jurisdicional justa e em conformidade com o ordenamento jurídico.

Esse também é o pensamento de Grau (2017, pg. 140), ao dizer que “A estabilidade, o equilíbrio, e regularidade, a normalidade do sistema jurídico reclamam, em condições extremas, além da inclusão da exceção, a exclusão de outras situações ao seu alcance”.

Assim, o que se pretende garantir com a autonomia do sistema jurídico é a estabilização das decisões judiciais e o equilíbrio do próprio sistema. Vez que, conforme varia a contundência do fenômeno do ativismo judicial no ordenamento, maior será a variação e a ausência do controle sobre os pronunciamentos judiciais, desestabilizando e retirando autonomia do sistema jurídico. O que provoca interferência de outros campos, como o social, o político e o econômico.

De igual modo, defende-se que sem uma limitação ou atenuação da atuação judicante aos limites do sistema jurídico, podem levar este a uma instabilidade que prejudicaria todo o ordenamento. E talvez, apoiando-se na ideia de Eros Roberto Grau, a guisa de um movimento de interferência maior no intuito de minorar e combater este fenômeno, apenas será visto quando começar a interferir, as decisões judiciais, no bom funcionamento do mercado.

Finalizando-se ainda acostado nas palavras de um ex-Ministro do STF, o mesmo Grau supracitado: “Até então terei medo dos juízes (acaso continuarei a nutri-lo, esse medo, ainda após então?), tenho medo do direito alternativo, medo do direito achado na rua, do direito achado na imprensa...”.

5. CONCLUSÃO

Na construção do Direito em geral e da decisão em particular tem peso notável o ativismo judicial, essa construção neste trabalho teve o intuito de um vislumbre acerca de um movimento que há muito já é discutido nos ordenamentos constitucionais modernos e contemporâneos. E pelo momento em que passam as democracias constitucionais ocidentais a discussão não poderia ser mais necessária do que agora.

A instabilidade econômica em que o mundo mergulhou desde a crise de 2008/2009, as transformações nos meios de acesso a informação, a tecnologia que aproximou as massas, a derrocada do crédito do sistema e dos instrumentos democráticos, a escalada da violência e do direito voraz da maioria, o choque de poderes entre as instituições, são fatores que influenciam por demais o sistema jurídico vigente, colocando em cheque a estabilidade social e institucional dos países, não apenas do Brasil.

Por tais motivos é que surgiu o interesse na pesquisa, visto que o ativismo judicial e a atuação protuberante da magistratura ante o sistema político tornaram o sistema jurídico, bem como o social, cada vez menos estáveis o que provocou o desequilíbrio não apenas na balança do poder e nos seus freios e contrapesos, mas também em todo o ordenamento.

A resposta a indagação feita é a de que a limitação a que o intérprete deve ter é a que o ordenamento jurídico o impôs, na sua positividade. Não que se queira retornar ao sistema positivista de aplicação da norma, mas a essência das decisões devem ser fundamentadas no que a norma diz e não no que o clamor social ou o pensamento íntimo do intérprete lhe cabem.

E de outro lado, deve haver uma participação maior da sociedade no processo político e de atuação junto ao judiciário, a fim de tornar mais democrático o processo judicial e o acesso a jurisdição, para que haja um maior controle da atividade judicante por parte das instituições que o devem fazer, acionando, sempre que necessário, o sistema de freios e contrapesos.

Concluiu-se que há um sentimento muito enraizado na sociedade brasileira sobre a realidade da judicialização maciça dos conflitos. Há uma crença no imaginário popular que a única palavra que tem validade e que deve ser ouvida é a do judiciário. Quiçá ao fato da crescente descrença com os demais setores que compõem o poder do Estado, assim coube ao Poder Judiciário realizar a tarefa e o dever de ser provedor de toda a *pax social*. Este fenômeno pode se tornar prejudicial à autonomia dos poderes que é inerente à democracia constitucionalista quando o judiciário atue no ativismo judicial de consciência e de vontade do julgador.

Com o momento de asseverada crise que passam todos os setores da sociedade, a sobreposição de um dos poderes formadores do Estado sobre os demais pode guiar o Estado brasileiro para uma verdadeira ditadura judicial. Onde só valeriam as decisões judiciais, podendo-se por vezes utilizar-se de palavras de ordem como: hoje o direito não mais é a norma escrita, mas sim o que é dito pelos tribunais, cada qual com sua interpretação.

Ao analisar as duras palavras acima citadas que podem, perigosamente, estarem corretas, por vezes deparou-se com decisões dos Tribunais, e até mesmo do próprio STF, que vão totalmente de encontro com a norma escrita e legislada por aqueles que realmente detêm o poder e a legitimidade para fazê-lo. Por vezes é observada a pirotecnia que é usada pelos tribunais para adequar a norma ao caso concreto, de acordo com as necessidades extemporâneas dos jurisdicionados. Não são raros os casos em que vê o uso de métodos interpretativos ou até mesmo de princípios aplicados a fim de que se possa adequar a decisão a necessidade ou a convicção do magistrado no âmbito de decisões.

Ressaltou-se que, como intérpretes das leis, os juízes, são agentes competentes para fazerem a adequação destas ao caso concreto, tendo um papel proeminente na composição e inovação do sistema jurídico vigente, para que ele não se torne engessado. Mas devem atuar em linha tênue que é o limite entre a criação legislativa e a adequação do caso a norma.

Enfim, não pode o judiciário afrontar a ausência legislativa para criar verdadeiras normas que vinculam a todos. Nem muito menos, quererem tomar

as rédeas da administração pública, impondo suas decisões sobre a atuação do chefe do executivo, sob pena de até mesmo prejudicar o bom funcionamento da máquina estatal.

A crise institucional pela qual passam as instituições, não deve servir de pretexto para a atuação discricionária por demais dos órgãos judiciários. O campo fértil e hábil para travarem-se batalhas que dão origem a real criação legislativa legitimada é a política. Esta sim é definidora de quais serão os matizes desenvolvedores do sistema social e político a ser vigente.

Então, se querem os intérpretes da norma efetuarem verdadeira revolução nas instituições democráticas do País, que o façam através da via e da discussão política, ouvindo a todos, e ao fim e ao cabo, elevando a democracia ao seu patamar de relevância que merece, pois só através dela que poderão ser alcançadas tais reformas, e estas reformas poderão ser reconhecidas e legitimadas por toda a sociedade.

Devem agir no compasso da atuação limitada pelas próprias normas, em detrimento de engrandecimento pessoal, os intérpretes devem sim se abster, por vezes, de adentrarem na seara atípica de suas funções, sob pena de ser colocada em cheque a atividade estatal, colocando-nos a par de uma verdadeira ditadura judicial o que é pernicioso à sociedade e a democracia.

O que se prega é uma politização da sociedade, principalmente através da educação e da informação, a fim de quebrar o sistema de controle político por uma classe minoritária que hoje vige, alterando o status quo e trazendo para o campo democrático e político as discussões pertinentes a evolução da legislação e das relações sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luíz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Disponível em: [Http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo](http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo), 2010. Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____, Luiz Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo. Saraiva, 2009.

_____, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** 2009. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarros_o_para_Selecao.pdf Acesso em: 10 de julho de 2018.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

BERTHO, Helena. **Congresso Nacional nunca aprovou nenhuma lei voltada para direitos LGBT.** UOL, 2018. Disponível em: <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2018/06/06/congresso-nacional-nunca-aprovou-nenhuma-lei-voltada-para-direitos-lgbt.htm> Acesso em: 10 de julho de 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** Malheiros Editora, 17º ed. 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do BRASIL de 1988.** Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. LEI 13.105. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 10 de julho de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed, 14ª reimpressão, editora Almedina, Coimbra, Portugal, 2003.

COPETTI NETO, Alfredo (et al); coordenação ARRUDA ALVIM, Eduardo (et al). **Jurisdição e hermenêutica constitucional: em homenagem a Lenio Streck**. Rio de Janeiro, Mundo Juridico, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2ªed. São Paulo, Saraiva, 2002.

_____, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKING, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo; 2ª ed. Editora Martins fontes. Sao Paulo, 2007.

_____, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Princeton University Press, New Jersey, 2006.

FEREJOHN, John. **Judicializing, politics, politicizing law**. 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo. Saraiva, 2002.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8ªed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____, Eros Roberto. **Breve nota sobre a interpretação da Constituição – Constituição formal e constituição material**. In: Leite, George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, política e cidadania – em homenagem a Michel Temer*. Porto Alegre. GIW Editora. 2013.

GRIMM, Dieter. **Constitutions, constitutional courts and constitutional interpretation at the interface of law and politics**. 2009.

GRILLO, Breno. **Moralidade pública: posse de nova ministra do Trabalho é suspensa pela Justiça Federal**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-08/posse-ministra-trabalho-suspensa-justica-federal> Acesso em: 10 de julho de 2018.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Ativismo judicial em movimento: direito e política na paisagem constitucional e seus reflexos na cidadania**. In: Leite, George Salomão

e Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, política e cidadania – em homenagem a Michel Temer*. Porto alegre. GIW editora. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17 ed, ver. atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão dos fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial**. In: *Direito Constitucional: defesa da constituição/ Clemerson Merlim Cléve, Luiz Roberto Barroso organizadores*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão dos fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial**. São Paulo. RDCI, 2000.

MERLIN CLEVE, Clemerson. BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República**, volume IV. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 e. São Paulo, Editora Atlas, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da... [et.al.]. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método** / Organizadores: Ernildo Stein e Lenio Streck. Porto alegre: livraria do advogado editora, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF**. In: Leite, George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, política e cidadania – em homenagem a Michel Temer*. Porto alegre. GIW editora. 2013.

NUNES JUNIOR, Vital Serrano. **Intepretação constitucional**. In: Leite, George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, política e cidadania – em homenagem a Michel Temer*. Porto alegre. GIW editora. 2013.

PETRA, Adriano Sant'Ana. **Participação popular na interpretação da constituição**. In: Leite, George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, política e cidadania – em homenagem a Michel Temer*. Porto alegre. GIW Editora. 2013.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

SOARES, Jose de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o supremo tribunal federal como arena de deliberação política**. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. 2010. Disponível em: bd.camara.gov.br Acesso em: 06 de julho de 2018.

SOLIANO, Vitor. **Ativismo judicial no Brasil: uma definição**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 Acesso em: 10 de julho de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____, Lenio Luiz. **Constituição, interpretação e argumentação: porque me afastei do neoconstitucionalismo**. In: Leite, George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição, política e cidadania – em homenagem a Michel Temer. Porto alegre. GIW editora. 2013.

_____, Lenio Luiz. **DOSSIÊ RONALD DWORKIN. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy?** Revista Direito e Práxis. Vol. 4, n. 7, 2013.

_____, Lenio Luiz. **Um balanço hermenêutico dos vintes anos da constituição do Brasil: ainda o problema do positivismo jurídico**. In: **Constituição e efetividade constitucional**. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauco Salomão organizadores. Salvador, ed. JusPodium. 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2002.