

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

ALYSSON DREYFFUS FERNANDES DOS SANTOS

O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL:  
ANÁLISE DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SOUSA

2013

ALYSSON DREYFFUS FERNANDES DOS SANTOS

O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL:  
ANÁLISE DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Msc. Jacyara Farias Souza

SOUSA

2013

ALYSSON DREYFFUS FERNANDES DOS SANTOS

O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL:  
ANÁLISE DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Msc. Jacyara Farias Souza

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

---

Orientadora: Professora Msc. Jacyara Farias Souza

---

Examinador interno

---

Examinador externo

A Nosso Senhor Jesus Cristo, fonte inesgotável de  
sabedoria e compaixão.

Aos meus pais Emilio Fernandes e Cicera Marcia.

Ao meu irmão Pedro Henrique.

Ao meu estimado Azul.

## **AGRADECIMENTOS**

Meus agradecimentos mais profundos estão direcionados a Deus Todo Poderoso que tem me concedido constantemente a incomensurável graça de realizar os sonhos que carrego.

Agradeço à minha querida família que nunca mediu esforços para me proporcionar os meios necessários à minha busca pela felicidade.

Ao Centro de Ciência Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, notadamente à Marly Neves e Silvio Maciel pela competência, amizade e prestatividade.

Ao eminente Professor Paulo Henrique da Fonseca por ter transformado em uma lembrança inesquecível meu primeiro contato com o estudo do Direito. Suas lições foram de fundamental importância durante meu trajeto na graduação.

Aos meus eternos amigos Abraão Queiroz, George Gurgel e Lizi Correia, sem os quais eu teria sido privado de momentos memoráveis

Ao meu amado Grupo Azul pela confiança a mim dedicada, especialmente os companheiros Adriano de França, Vicelmo Sales e João Bezerra Filho.

À Vismundo que me proporciona constantemente um encontro sagrado com a Música.

À minha orientadora, Jacyara Farias, por ter aceitado este desafio com tanta dedicação e boa vontade. Seu esmero quando do ensino do Direito Constitucional, sem dúvida alguma, foi uma das grandes razões da existência deste trabalho.

Agradeço ainda à Rayane Saboia pelas tantas vezes em que se fez a voz da consciência que não tive e que tanto precisei. Sua amizade e carinho foram imprescindíveis durante esta caminhada.

*"o poder tende a corromper e o poder absoluto  
corrompe absolutamente"*

John Emerich Edward Dalberg

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar criticamente a atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal (STF), dando enfoque ao ativismo judicial e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro. A hipertrofia do Judiciário, e conseqüentemente a judicialização e o ativismo judicial, representam grave risco à separação harmônica das funções estatais, haja vista que prerrogativas pertencentes aos demais Poderes são freqüentemente usurpadas. Neste contexto, manifesta-se constante tensão entre Democracia e constitucionalismo, isto é, de um lado o princípio majoritário como expressão máxima da vontade do povo; de outro, a necessidade de se resguardar direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição, muitas vezes em detrimento das maiorias, através da tomada de decisões de um Poder contramajoritário, que é o Judiciário. Na dissertação, utiliza-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo e como métodos de procedimento o histórico, através do qual são demonstradas a origem e evolução dos institutos apresentados; o comparativo voltado à compreensão das proximidades existentes entre os tribunais brasileiros e os estrangeiros, notadamente os norte-americanos; e o monográfico, partindo-se do estudo de casos concretos em busca de generalidades acerca do ativismo judicial no Brasil. Ademais, utiliza-se a documentação indireta como técnica de pesquisa. Para tanto, a pesquisa é estruturada da seguinte forma: no primeiro capítulo, o neoconstitucionalismo é abordado como ponto de partida para o desenvolvimento da temática apresentada, isto porque suas características estão diretamente relacionadas às mudanças tanto metodológicas quanto ideológicas observadas no sistema jurídico nacional; na segunda parte da pesquisa são analisados os reflexos mais relevantes do neoconstitucionalismo, a saber: constitucionalização do direito, judicialização da política e das relações sociais e ativismo judicial, demonstrando-se a relação de causa e efeito existente entre eles e a forma como contribuem para o desenvolvimento de uma supremacia judicial; e na última parte, passa-se à análise de julgados emblemáticos do STF em sede de ativismo judicial, com o fim de perscrutar a incidência deste comportamento no Tribunal. No desenvolvimento do estudo, verificou-se que o STF, ao adotar uma postura afirmativa, nem sempre invade o espaço constitucionalmente reservado aos demais Poderes, ainda que sejam argüidas, em muitas situações, invasões de competências, especialmente quando é manejada a sua função legislativa atípica, tornando-se clara a distinção entre a legítima interpretação conforme a Constituição e o ativismo judicial.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Supremacia Judicial. Interpretação Constitucional.

## ABSTRACT

The present research aims to critically analyze the interpretative activity of the Supreme Court, focusing on the judicial activism and its consequences in the Brazilian legal system. The hypertrophy of the Judiciary and, therefore, the judicialization and judicial activism, represent serious risk to the harmonic separation of the state functions, considering that the prerogatives belonging to other Powers are often usurped. In this context, it is constant the tension between Democracy and Constitutionalism. In other words, on the one hand the majority principle as the highest expression of the people's will, on the other the need to protect fundamental rights and guarantees enshrined in the Constitution, often to the detriment of the majority, through the decisions of a countermajoritarian Power, which is the Judiciary. In the dissertation, it is used as a method of approach the hypothetical-deductive. As a method of procedure the historical, whereby are demonstrated the origin and evolution of the presented institutes; the comparative, focused on the understanding of the similarities between the Brazilian and foreigner courts, especially North-Americans; and the monographic, starting from the study of cases in search of generalities about judicial activism in Brazil. Furthermore, it is used indirect documentation as a research technique. For this purpose, the research is structured as follows: in the first chapter, the neoconstitutionalism is discussed as a starting point for the development of the presented theme, this is because its characteristics are directly related to both methodological and ideological changes observed in the national legal system. In the second part of the research, it's analyzed the most relevant aspects of the neoconstitutionalism, which are: the constitutionalization of the law; the judicialization of politics, social relations and judicial activism, demonstrating the relation of cause and effect between them and how they contribute to the development of judicial supremacy. And in the last part, it is analysed Supreme Courts's emblematic decisions concerning to judicial activism, in order to peer the incidence of this behavior in Court. In the study's development, it was found that the Supreme Court, adopting an affirmative attitude, doesn't always invade the area constitutionally reserved for other Powers, even if they are accused of interference in the judicial competence in many situations, especially when its legislative atypical function is managed. This makes a clear distinction between legitimate interpretation under the Constitution and the judicial activism.

Keywords: Neoconstitutionalism. Judicial Supremacy. Constitutional Interpretation.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CCJS – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

d.C – Depois de Cristo

DF – Distrito Federal

ES – Espírito Santo

MI – Mandado de Injunção

MS – Mandado de Segurança

RN – Rio Grande do Norte

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DO NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS REFLEXOS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL</b> .....	12
2.1 TRAJETÓRIA DO MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA .....	12
2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO: CARACTERÍSTICAS E REFLEXOS .....	15
<b>3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	21
3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO .....	22
<b>3.1.1 Filtragem Constitucional</b> .....	<b>26</b>
3.2 JUDICIALIZAÇÃO .....	28
3.3 ATIVISMO JUDICIAL .....	30
3.4 SUPREMACIA JUDICIAL E DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA .....	33
<b>4 O ATIVISMO JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	41
4.1 VEDAÇÃO AO NEPOTISMO SOB A ÓTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA .....	42
4.2 PERDA DE MANDATO POLÍTICO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E O ATIVISMO JUDICIAL .....	44
4.3 UNIÃO ESTÁVEL ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS SOB A MIRA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO .....	46
4.4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	47
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	49
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	52

## 1 INTRODUÇÃO

A hipertrofia do STF quanto às decisões judiciais tem sido observada por todos os âmbitos da sociedade. Frequentemente os meios de comunicação dedicam atenção especial ao que está sendo discutido por este Tribunal, como se nele repousasse a fonte da qual emanam as decisões mais importantes para a ordem constitucional democrática. Por outro lado, as outras funções Estatais caíram no desprestígio da população.

É possível comprovar facilmente o que se afirma apenas observando o julgamento da ADIN 3510/DF perante o STF. Na ocasião discutia-se a constitucionalidade de dispositivos da Lei Federal nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança) que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento. A repercussão dos debates acerca da constitucionalidade da Lei de Biossegurança na seara jurídica foi expressivamente maior do que aquela observada na seara política quando do processo legislativo para a feitura desta mesma lei.

Para compreender este protagonismo, é imprescindível perscrutar como juízes e tribunais têm se manifestado diante das questões que são levadas à órbita jurisdicional. Seguindo-se este raciocínio, o objetivo geral do presente trabalho monográfico é analisar criticamente a atividade interpretativa do STF, precisamente após a promulgação da Constituição 1988, perquirindo em que níveis o ativismo judicial tem penetrado em suas orientações e as conseqüências práticas desta conduta. Em sede de objetivos específicos, pretende-se conceituar ativismo judicial, bem como compreender como se manifestam a judicialização da vida e a constitucionalização do direito.

O método de abordagem adotado será o hipotético-dedutivo, pelo qual serão apresentadas problemáticas e posteriormente levantadas conjecturas que passarão por testes de falseamento, com o fim de se eliminar os equívocos presentes nas hipóteses relacionadas à incidência do ativismo judicial no STF. Quanto ao procedimento, far-se-á uso dos métodos histórico, pelo qual se fará uma incursão na origem e evolução dos institutos apresentados; comparativo, construindo-se

paralelos e diferenciações entre a jurisprudência nacional e estrangeira; e monográfico, em que se lançará mão do estudo de casos para a construção de generalidades. Utilizar-se-á a documentação indireta como técnica de pesquisa, buscando-se referenciais bibliográficos sobre o tema, além da análise da jurisprudência fornecida pelo STF e Tribunais norte-americanos. Através destes métodos se tornará possível a avaliação das características do ativismo judicial no Brasil.

O neoconstitucionalismo é ponto de partida na compreensão de todas as transformações experimentadas pelo pensamento jurídico brasileiro; por este motivo é que ele será o foco do primeiro capítulo. Serão apresentadas suas características principais e seus reflexos mais relevantes, dentre os quais se destacam a constitucionalização do direito, a judicialização da vida e o ativismo judicial. Já no segundo capítulo, estes reflexos serão abordados de maneira pormenorizada, oportunidade em que se buscará apontar seus ricos e vantagens dentro da ordem constitucional. Além disto, o desenvolvimento mostrará que os fenômenos mencionados estão intimamente ligados por uma relação de causa e efeito.

Em razão de a temática fulcral estar voltada ao ativismo judicial, ainda no segundo capítulo haverá tópico dedicado a discutir sua principal problemática frente ao ideal democrático consagrado pela Constituição: a falta de legitimidade do Poder Judiciário para se portar como legislador positivo e os limites da sua atividade interpretativa.

Ao se manifestar, o STF não tem medido esforços para superar o dogma kelseniano do legislador negativo, assumindo postura extremamente progressiva durante o exercício de sua jurisdição. No terceiro e último capítulo, a conduta do Pretório Excelso, no que concerne ao ativismo judicial, será analisada através de estudo de casos.

Apesar de comumente empregada em sentido pejorativo, esta nomenclatura pode estar relacionada não apenas a um comportamento invasivo por parte do Judiciário, mas também a uma opção metodológica que proporciona a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Nem sempre que o STF admite uma postura afirmativa ele está ultrapassando os limites impostos pela Constituição. As diferenças entre as condutas que extrapolam suas competências e a legítima interpretação conforme a constituição é o que será analisado a partir de então.

## **2 DO NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS REFLEXOS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

Tarefa árdua é a de definir neoconstitucionalismo com precisão, tendo em vista a pluralidade jusfilosófica e política existente entre aqueles que se apresentam como adeptos desta realidade teórica. O que se pode encontrar na verdade são múltiplas visões sobre os fenômenos jurídicos observados a partir do século XX. Estes pontos de vista guardam certas semelhanças entre si e por esta razão estão alocados sob a mesma denominação, o que não reduz a dificuldade conceitual.

Sanchís (2003), baseado no modelo proposto por Paolo Comanducci (2002), entende o neoconstitucionalismo por meio de três acepções, a saber: (i) a primeira pode ser identificada como sendo a filosofia política que considera o Estado Constitucional de Direito a melhor e mais justa forma de organização política; (ii) a segunda sustenta uma vinculação necessária entre Direito e moral e postula pela existência de alguma obrigação de obediência direcionada ao Direito; (iii) a terceira representa uma visão inovadora da técnica interpretativa que defende a adoção de uma argumentação crítica e não só descritiva por parte do jurista.

Mais importante do que buscar um conceito fugidio para esta fase do movimento constitucionalista, é compreender quais os fatores que levaram à crise do positivismo jurídico e conseqüentemente à busca de novos horizontes para a teoria do Direito. Por tal intento, torna-se indispensável compreender o trajeto percorrido pelo constitucionalismo, desde as sociedades primitivas até a Idade Contemporânea, após o que serão elencadas as características e reflexos mais significativos do neoconstitucionalismo para a atividade jurisdicional.

### **2.1 TRAJETÓRIA DO MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA**

O Constitucionalismo, como é concebido atualmente, possui raízes longínquas na história da humanidade. Qualquer sociedade minimamente organizada precisa observar regras de comportamento, ainda que rudimentares ou consuetudinárias, levando a crer, no sentido de Heller (1968, p. 318), que: “as

entidades políticas sempre tiveram e têm uma constituição”. Desta feita, torna-se imperioso admitir a existência de uma aceção tendente a considerar que mesmo nas comunidades primitivas poder-se-á falar em constitucionalismo, tendo em vista que a partir do anseio que o homem sentiu de organizar-se coletivamente, foi necessário o estabelecimento de normas supremas que servissem ao fim de reger a vida em comunidade. Apesar de muito rudimentares, é possível identificar nestas regras de convivência a idéia de Constituição.

Os costumes que regiam a vida em grupo sofriam influência direta da religião, “porquanto os povos primitivos viviam sob o constante temor dos poderes sobrenaturais, alimentando a crença de que seus líderes eram representantes dos deuses na terra”, conforme esclarece Bulos (2011, p.68). A liderança espiritual dos clãs geralmente ficava a cargo dos anciãos, intérpretes da vontade dos deuses e encarregados de transmiti-la ao restante do grupo.

A despeito da aceção ampla de constitucionalismo levantada até então, é preciso ter como claro que sua significação precípua denota limitação de poder através de uma Constituição, como forma de garantir a efetividade de direitos fundamentais, manifestando-se assim Estado de Direito (*rule of the law*), pelo qual o governo é exercido por homens, mas sob o crivo da lei.

Nas sociedades primitivas, este carácter específico do constitucionalismo ainda não detinha contornos bem definidos, o que veio a ocorrer a partir da Antiguidade Clássica e se consolidou no século XVIII, quando o movimento constitucionalista passou a ter carácter político, social, ideológico e jurídico.

Durante a antiguidade, Grécia e Roma se destacam por suas contribuições na construção do pensamento humano. De certo os gregos não foram grandes juristas, se comparados aos romanos, todavia eram exímios pensadores políticos. Foram os primeiros a elaborar uma ciência política e sua civilização é tida, até os dias atuais, como o berço do ideal democrático.

Ao falar deste período, Barroso (2010, p. 6) destaca que Atenas, uma das principais *polis* gregas, é o primeiro precedente de um governo de leis em detrimento de um governo de homens. Assevera ainda, que:

Ali [Atenas] se conceberam e praticaram ideais e institutos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei criada por um processo formal e válida para todos.

Em Roma, a idéia de constitucionalismo foi absorvida dos gregos e teve seu apogeu durante a República, com o advento da Lei das Doze Tábuas. A Lei não pôde ser recuperada em sua totalidade, todavia em um dos fragmentos é possível encontrar a máxima “*salus populi suprema lex esto*”. Percebem-se em Roma sementes do constitucionalismo, entretanto nesta civilização a primazia era dada ao direito privado e o espaço público não gozava de tanta importância quanto na Grécia.

Com a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C, o movimento constitucionalista ficou suprimido por mais de mil anos, durante toda a Idade Média, consoante observa Bulos (2011) A ausência de Estados organizados permitiu a fragmentação do poder e conseqüentemente uma ascensão dos grandes detentores de terras. Desta forma, as relações se estabeleciam diretamente entre os senhores feudais e seus vassalos. Os monarcas que outrora ditavam as regras foram substituídos por senhores feudais e as grandes cidades por feudos.

A *Magna Charta Libertatum* assinada por João sem Terra é um marco deste período, todavia a proteção aos direitos fundamentais ali contidos era apenas de cunho formal. Apesar de pouco efetiva na proteção de direitos, ela abriu precedente para documentos posteriores de extrema importância, tais como: *Petition of Right*, de 1628; *Habeas Corpus Act*, de 1679; e *Bill of Rights*, de 1689.

Quando da Baixa Idade Média, entre os séculos XI e XII, a Europa, segundo Vicentino (2006), passa por um renascimento urbano e comercial. Paulatinamente as rotas mercantis começam a se desenvolver, principalmente através do Mar Mediterrâneo, e ao longo delas multiplicam-se os burgos (cidades com muros). Sob a proteção destas pequenas fortalezas, surgem as guildas (corporações de mercadores) e as corporações de ofício, dando origem ao que posteriormente se tornaria uma nova classe social, chamada burguesia.

O sistema feudalista apresentava entraves para a ascensão da classe burguesa. Tornava-se imprescindível um conjunto de normas universais que facilitassem a circulação de mercadorias, em contraponto aos diversos poderes locais. Por meio de uma centralização, poder-se-ia falar em unidade monetária, unificação de pesos e medidas e cobrança adequada de impostos. Estes fatores levaram a nova classe a apoiar o restabelecimento das monarquias centralizadas.

Após a reestruturação dos Estados Nacionais, com o fim da Idade Média, instaura-se o absolutismo. A própria burguesia que outrora nutria interesse em um

poder centralizado passa a enxergar com maus olhos o regime absolutista, em face do grande número de privilégios que eram dedicados à classe aristocrática. Assim, por toda a Europa eclodem movimentos revolucionários liderados pela burguesia contra o *Ancien Régime*, emergindo no final do século XVIII o constitucionalismo moderno.

Nas palavras de Bulos (2011, p. 71): “a idéia de constitucionalismo ficou associada à necessidade de todo Estado possuir uma constituição escrita para frear o arbítrio dos Poderes Públicos”. Fica claro que em razão da luta contra o Antigo Regime, o movimento constitucionalista adquire consistência e desenvolve a postura limitadora de poder que, a partir de então, lhe será característica.

Com o advento das Constituições americana de 1787 e francesa de 1791 nasce formalmente o constitucionalismo moderno. Através da primeira, foram estabelecidos o presidencialismo, a separação de Poderes e o federalismo. Na França, foi mantida a monarquia constitucional e também instituída a separação de Poderes, ainda que de forma não tão rígida quanto na Constituição americana.

Os princípios que ficaram sedimentados nestas Cartas, a exemplo da separação de Poderes e da força normativa da Constituição, abriram caminho para o neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo como preferem alguns autores, a exemplo de Uadi Lammêgo Bulos (2011). Nesta nova realidade teórica, valoriza-se a dimensão principiológica do Direito, conferindo-se forte carga normativa aos princípios constitucionais.

Feitas estas considerações sobre a origem e o desenvolvimento do movimento constitucionalista, passa-se à análise pormenorizada das características e reflexos do neoconstitucionalismo, a partir do que será possível se compreender as feições do ativismo judicial no Brasil.

## 2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO: CARACTERÍSTICAS E REFLEXOS

Até o segundo pós-guerra, prevalecia na Europa o que Ferrajole (2001) denominou de Estado Legislativo, pelo qual a lei era a fonte principal do Direito e a

força normativa das constituições extremamente limitada. Segundo Sarmiento (2011, p. 77):

Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida e que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos.

Percebe-se, neste contexto, que as constituições não passavam de orientações direcionadas ao legislador, desprovidas de eficácia direta na proteção dos direitos fundamentais. O primado da lei era sobrepujante de tal forma que o Legislativo gozava de grande importância, ao passo que o Judiciário detinha pouca autonomia.

As experiências vividas durante o período da Segunda Guerra, notadamente o nazismo alemão, impulsionaram as novas Constituições a instituírem mecanismos mais eficazes de proteção aos direitos e garantias fundamentais. Quaisquer medidas flagrantemente contrárias às Cartas Constitucionais, ainda que emanadas do Legislativo, sofreriam controle de constitucionalidade. Estabelecia-se, então, o Estado Constitucional, no qual o papel limitador da Constituição era efetivo e a sua força normativa consideravelmente superior. Neste momento, segundo Barroso (2011, p. 228), “ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado”.

Nos Estados Unidos, já se concebia a Constituição como norma suprema capaz de justificar a invalidação de leis, entretanto o movimento constitucionalista americano não lograva a mesma repercussão observada na Europa; isto porque, no velho continente, as novas Constituições eram analíticas, repletas de normas com forte teor axiológico e abarcavam direitos sociais, além dos já consagrados direitos individuais e políticos. De outro lado, a Constituição americana era sintética e se limitava a esboçar decisões políticas fundamentais, o que não proporcionava grandes debates acerca da sua aplicabilidade.

Diante da presença de um grande número de normas substantivas nos textos constitucionais europeus, crescia a necessidade de se adotar novas técnicas hermenêuticas, tendo em vista que a tradicional subsunção positivista já não bastava para resolver conflitos envolvendo princípios constitucionais. A partir daí,

abre-se ensanchas para a técnica da ponderação, cuja maior referência é a obra de Robert Alexy.

Segundo a “lei da colisão” de Alexy (2007, *apud*. BUSTAMANTE, 2011), um conflito entre princípios constitucionais de mesmo grau abstrato de importância só pode ser dirimido através de uma ponderação em que se possam determinar relações de prioridade entre eles, a partir do que surgirá uma norma do tipo regra que universalize a solução do conflito. Assim, destaca Bustamante (2011, p. 134)

O resultado de uma ponderação [entre princípios constitucionais] é determinado por um conjunto de fatores que inclui (i) o grau de proteção de um princípio e o grau de restrição em outro; (ii) o peso abstrato dos princípios colidentes; (iii) o grau de confiabilidade (à luz dos parâmetros da ciência e do conhecimento em um dado momento) das premissas empíricas utilizadas para concluir que um determinado princípio é protegido ou restringido; (iv) o número de princípios que justificam uma ou outra decisão; e (v) na hipótese *iv*, a forma como interagem os princípios que se inclinam para uma determinada decisão (se seus pesos meramente se somam ou se eles se reforçam mutuamente).

A norma tipo regra resultante da ponderação proposta por Robert Alexy será emanada pelo legislador e deverá regular situações semelhantes em que os mesmos princípios estejam em rota de colisão. Neste diapasão, conclui-se, no sentido de Alexy, que todas as regras surgem a partir de uma ponderação precedente entre princípios, levando a crer que, para este autor, o ordenamento jurídico se resume ao resultado de uma constante tensão entre princípios colidentes e “regras de precedência condicionada” (BUSTAMANTE, 2011)

Ademais, a relação entre estas duas espécies normativas denuncia que os princípios constitucionais (*normas de direito fundamental diretamente estatuídas na Constituição*) dependem de regras infraconstitucionais (*normas de direito fundamental adstritas*) obtidas através de uma ponderação precedente, que determinem seu conteúdo semântico e assegurem sua eficácia. Reciprocamente, toda regra necessita de um princípio que fundamente a sua razão deontológica de ser.

Na hipótese de uma colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional, a solução adquire maior complexidade em razão da presunção de constitucionalidade de que desfrutam todas as leis. Não obstante, em se adotando uma racionalidade prática, é possível vislumbrar decisões *contra legem*. A justificativa para estas decisões encontra guarida no fato de não ser possível ao

legislador antever as infinitas possibilidades concretas em que determinada lei pode ser inserida, tornando-se injusta, em algumas circunstâncias, a aplicação literal da regra.

Por óbvio, fala-se aqui em um conflito entre normas na esfera da aplicabilidade, pelo que diante de uma exceção à restrita previsibilidade do legislador, a incidência de uma delas precisa ser afastada para a solução do caso concreto. Se o conflito existisse no campo da validade, o impasse seria resolvido através do controle de constitucionalidade, já que as normas não poderiam coexistir dentro do ordenamento jurídico no mesmo espaço temporal.

Com o auxílio da hermenêutica jurídica, os princípios estariam aptos a solucionarem casos nos quais a mera subsunção do fato à regra representaria uma injustiça, porquanto, consoante Alexy (2007, *apud*. BUSTAMANTE, 2011, p. 117), estas são “normas que só podem ser cumpridas ou não” e aqueles são “normas que ordenam que algo seja realizado na máxima medida possível”.

Além da ponderação, o Princípio da Proporcionalidade passa a ser usado com frequência na esfera judicial, observando-se uma aproximação entre a moral e o Direito em consequência da inserção de princípios dotados de efetividade normativa nas Constituições. Dentro deste novo paradigma teórico, cresce a importância do Poder Judiciário, já que a clássica subsunção torna-se inconclusiva na solução dos conflitos especiais e a argumentação prática exige do julgador uma postura mais ativa. Valores morais são maleáveis e admitem espaços vazios nos quais o intérprete pode aplicar suas próprias convicções.

No Brasil, o neoconstitucionalismo só adquire notoriedade após o processo de redemocratização do país, com a promulgação da Constituição de 1988. É bem verdade que desde a proclamação da República já havia no ordenamento jurídico pátrio a figura do controle de constitucionalidade. Contudo, as Constituições pretéritas não eram reconhecidas como cartas supremas dotadas de força normativa relevante, o que muitas vezes fazia com que suas disposições não passassem de letra morta.

Diante do exposto, conclui-se que o neoconstitucionalismo pretende esboçar uma nova teoria do Direito, cujos traços fulcrais são sintetizados por Sanchís (2003, p. 131) da seguinte forma:

[...] más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.<sup>1</sup>

Partindo destas características, é possível destacar os reflexos mais significativos do neoconstitucionalismo na atividade jurisdicional, quais sejam: (i) constitucionalização do Direito; (ii) judicialização da vida; e (iii) ativismo judicial.

A constitucionalização do Direito está inserta na idéia de onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, pelo que dificilmente o intérprete enfrentará uma situação concreta em que não possa lapidar respostas no texto constitucional. Todas as leis devem ser interpretadas conforme a Constituição, visto que a sua supremacia irradia por todo o ordenamento jurídico.

A onipotência judicial denuncia uma forte tendência de judicialização da vida, porquanto o Judiciário interfere cada vez mais em temas que pela teoria clássica da tripartição dos Poderes não pertenceriam às suas atribuições, o que por vezes suprime a autonomia do legislador ordinário. Questões de grande repercussão, antes confiadas ao Legislativo, são transferidas com frequência cada vez maior ao Judiciário na busca por soluções mais céleres, justas e efetivas.

Conforme esclarece Sanchís (2003), o neoconstitucionalismo tenciona mais princípios e ponderação do que regras e subsunção. Nesta perspectiva, o juiz torna-se protagonista do processo de manifestação do Direito, assumindo muitas vezes uma postura criativista na solução dos casos difíceis (*hard cases*). É nestes termos que se manifesta o ativismo judicial, foco primordial do presente trabalho científico.

Apesar de muito chamativa, esta proposta teórica esconde problemáticas que não fogem a um olhar crítico mais atento. Em primeiro lugar, é necessário encontrar a justa medida entre princípios e regras, visto que, se aqueles conferem maior plasticidade ao Direito, estas proporcionam segurança jurídica aos seus

---

<sup>1</sup> [...] mais princípios do que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços livres para a opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial, em lugar de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditório, em lugar de homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios e coerentes com os outros, sobretudo, as sucessivas opções legislativas. [Tradução nossa]

destinatários, como destacado por Sarmiento (2011). Deixar a cargo do juiz toda e qualquer valoração concernente ao caso concreto, é admitir, de maneira irresponsável, prováveis erros quando da tomada de suas decisões. As normas tipo regra poupam o julgador da necessidade de considerar convicções pessoais (e externas) na solução dos conflitos. A coexistência de uma constelação plural de valores, como pretende Sanchís (2003), não pode ser tomada como justificativa para o arbítrio judicial.

Ademais, a onipotência judicial, nas palavras de Sarmiento (2011, p. 98): “confere aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com suas preferências políticas e valorativas”, o que fragiliza a Democracia e põe em xeque a tripartição harmônica das funções Estatais, porquanto a opção do legislador eleito acaba sendo desprestigiada.

Por fim, a constitucionalização do direito pode tomar feições antidemocráticas, se encarada com demasiada importância, elevando a níveis não desejáveis a noção de que a Constituição detém todas as respostas, na medida em que o povo, legítimo detentor do poder constituinte, estaria sendo tolhido de decidir através de representantes eleitos quais posicionamentos seriam adequados para cada época da história, a despeito de trazer a tona a supremacia da Constituição e proporcionar a efetivação dos direitos fundamentais em todas as relações jurídicas.

### 3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Tomando-se o neoconstitucionalismo como ponto de partida, é possível visualizar, ainda que de maneira não muito bem definida, a trajetória percorrida pela teoria do Direito nas últimas décadas. Fatores como a insuficiência do positivismo, manifestada através da frieza kelseniana na solução dos conflitos, o deslocamento da Constituição, agora dotada de regras e princípios com aplicabilidade e força normativa efetivas, para o centro do ordenamento jurídico, o fortalecimento do Poder Judiciário e a instituição de mecanismos capazes de aferir a compatibilidade entre as diversas regras e o texto constitucional, impulsionam o movimento constitucionalista a desenvolver novos parâmetros hermenêuticos.

O pós-positivismo aparece como alternativa de convergência entre o positivismo clássico e o jusnaturalismo, reconhecendo uma aproximação necessária entre a moral e o Direito. Tal aproximação exige que o intérprete se posicione de maneira diferenciada, o que abre espaço para a técnica da ponderação e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante deste quadro, a atividade jurisdicional não mais comporta os padrões positivistas e legicêntricos<sup>2</sup> de outrora e fenômenos como a constitucionalização do direito, a judicialização e o ativismo judicial integram a nova ordem constitucional, na qual o Poder Judiciário se torna protagonista.

No Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988 e o processo de redemocratização do país, tais fenômenos ganham dimensões preocupantes e algumas vezes se apresentam com marcas antidemocráticas, a despeito de trazerem diversas inovações salutares e necessárias ao labor interpretativo. Não se postula um retorno à fria subsunção ou ao Estado Legislativo, em que as Constituições eram desprovidas de força normativa e o juiz mero “boca da lei” que prolatava decisões muitas vezes injustas, mas sempre protegidas pelo manto da legalidade; entretanto, conforme ensina Paracelso (1973), pensador renacentista, somente a dose diferencia o veneno do remédio. Em outras palavras, ainda que o

---

<sup>2</sup> O legicentrismo é baseado na concepção rousseauiana de que as leis são a expressão máxima da vontade do povo. Os direitos só possuíam efetividade se estivessem previstos em lei. Observava-se, neste sistema, a supremacia do Poder Legislativo.

neoconstitucionalismo apresente um leque de novas possibilidades para a sociedade atual, é preciso ser observado com reservas.

Neste contexto, passa-se a analisar cada um dos reflexos mencionados e suas implicações dentro do ordenamento jurídico.

### 3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Apesar dos diversos sentidos que a expressão constitucionalização do direito possa representar, duas acepções são consideradas mais relevantes. Pode ser compreendida, em primeira vertente, como o fato de a Constituição incorporar em seu texto matérias relativas aos ramos infraconstitucionais do Direito. Por outro ângulo, é tida como o processo de irradiação do texto constitucional por todo o sistema jurídico, de forma que nenhuma norma escape ao crivo da interpretação conforme a Constituição.

Estas significações estão intimamente ligadas, isto porque, se considerarmos a força normativa e a supremacia da Constituição, a consequência prática da incorporação de temas infraconstitucionais por ela não poderia ser outra que não sua influência direta em todos os ramos do Direito. Na ótica de Barroso (2007, p. 19): “trata-se da constitucionalização das fontes do direito naquela matéria”.

A partir da noção de constitucionalização do direito, notadamente a segunda acepção abordada, conclui-se que a incidência da norma constitucional se fará presente nas mais variadas espécies de relações jurídicas, seja entre particulares ou entre estes e o Poder Público, além de condicionar a atuação dos três poderes. Segundo Barroso (2007, p. 13):

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema.

Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Percebe-se que a constitucionalização do Direito gera uma profunda alteração em toda ordem jurídica. A Constituição deixa de ser simples promessa e passa a fazer parte do cotidiano social de maneira muito mais efetiva, através de debates parlamentares, protestos da população, possibilidade de sua aplicação direta e imediata pela Administração Pública e da jurisdição, não só em casos complexos, mas também nas pequenas questões, sejam as trabalhistas, cíveis, previdenciárias ou outras de qualquer natureza.

Sarmiento (2012) esclarece que este processo de transferência da Constituição para o centro do sistema jurídico teve seu marco inicial na Alemanha, sendo o caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão de 1958, seu primeiro precedente. A discussão girava em torno de um boicote contra um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta alemão colaborador do regime nazista, organizado por Eric Lüth, judeu que presidia o Clube de Imprensa.

A despeito de a produção cinematográfica nada ter a ver com o regime nazista, Lüth escreveu um manifesto conclamando o público a não assistir ao filme, o que gerou um fracasso de bilheteria. Diante das circunstâncias, produtores e empresários envolvidos ingressaram com uma ação judicial argumentando que o boicote violava o Código Civil alemão, pelo que o ato danoso deveria cessar e os prejuízos serem ressarcidos. A Justiça Estadual de Hamburgo deu provimento à ação, após o que Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Federal e teve seu recurso acolhido sob o argumento de que o Código Civil deveria ser interpretado de acordo com os ditames constitucionais. Desta forma, a liberdade de expressão de Eric Lüth foi garantida.

Nesta decisão histórica, a Corte Constitucional reconheceu o efeito irradiante da Constituição alemã e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, evidenciando que estes também influenciam no desenvolvimento do Direito Privado.

No Brasil, a CF/88 marca o processo de transição do regime ditatorial militar para o Estado Constitucional de Direito. Após um longo período de insegurança jurídica, repressão e autoritarismo, os anseios da sociedade refletiram em uma carta compromissada com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais e que coroa

o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Além deste, diversos outros, ligados a vários ramos do Direito, foram incorporados pelo texto constitucional, atribuindo-lhe um teor axiológico expressivo.

Neste sentido, a CF/88 caracteriza-se como uma Constituição dirigente, na medida em que não se limita a estabelecer regras básicas da estrutura democrática. Consagra valores substantivos e traça um projeto de transformação social através de normas programáticas. Sobre este aspecto, destaca Sarmiento (2012):

Ela não é, definitivamente, uma Constituição do tipo procedimental, já que acolhe valores materiais como dignidade da pessoa humana e solidariedade social, tornando-os de observância compulsória no âmbito do estado e da sociedade. Ao dar forma jurídica a estes valores, convertendo-os em princípios expressos em linguagem vaga e abstrata, mas não obstante dotados de plena normatividade, a Constituição prepara o terreno para a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico.

As características da Constituição de 88 favorecem as duas formas de constitucionalização do direito abordadas: (i) a inserção de matérias antes reservadas ao legislador ordinário na Constituição; (ii) e a filtragem constitucional.

A primeira delas é consequência de um inchaço constitucional provocado pelo legislador constituinte originário. Consoante já mencionado, a Carta vai muito além de estabelecer vigas mestras que compõem a estrutura do Estado, trazendo em seu bojo normas de ordem penal, administrativa, civil, tributária, orçamentária, internacional e processual, além de um título dedicado à ordem econômica e outro à ordem social. Através destas disposições, o constituinte fez escolhas e assumiu compromissos que, por meio das cláusulas pétreas, vinculam as gerações futuras. Está presente na CF/88, art. 60, §4º que:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
I- a forma federativa de Estado;  
II- o voto direto, secreto, universal e periódico;  
III- a separação dos Poderes;  
IV- os direitos e garantias individuais.

O dispositivo em destaque elenca as cláusulas pétreas explícitas, de forma que uma emenda constitucional não poderá comportar proposta tendente a abolir tais matérias. Estes são, na opinião do legislador constituinte originário, os valores mais caros à ordem constitucional brasileira, não podendo ser suprimidos ou reduzidos através de reforma.

Além das cláusulas explícitas, a doutrina constitucional destaca também limitações implícitas ao poder de reformar. Neste sentido, emendas à Constituição não possuem competência para modificar a titularidade do poder constituinte originário ou do reformador, nem tampouco restringir ou abolir os direitos e garantias fundamentais. Outra limitação implícita está relacionada ao processo legislativo de reforma previsto na CF/88, não podendo este ser simplificado ou dificultado através de emenda.

Alguns autores, a exemplo de Ferreira Filho (1999), admitem a reformulação das cláusulas pétreas através da **técnica do duplo processo revisional** ou **tese da dupla revisão**. Os adeptos desta corrente afirmam que os limites materiais podem ser superados pelo poder constituinte reformador. Em um primeiro momento, reformar-se-ia o art. 60, §4º da CF/88 com a finalidade de eliminar ou restringir as limitações; a posteriori, nova emenda reformularia as cláusulas anteriormente protegidas.

A doutrina majoritária rechaça a tese da dupla revisão, argumentando que o próprio art. 60 da CF/88 é cláusula pétrea implícita, não podendo ser suprimido ou alterado. Nas palavras de Bulos (2011, p. 411- 412):

Emendas constitucionais devem acatar os limites materiais do poder reformador; jamais destruí-los. Isto porque, ao serem elaboradas, as constituições precisam de uma garantia, de uma segurança para não perderem a sua integridade. [...] No momento que se admite a tese da dupla revisão, está-se tentando contra a identidade do documento supremo, enfraquecendo-o profundamente. [...] qualquer proposta de emenda tendente a excluir os limites materiais do §4º do art. 60 da Constituição brasileira afigura-se inconstitucional, porquanto as cláusulas pétreas são *imprescindíveis e insuperáveis*. (grifos do autor).

Quando toma para si a regulamentação de matérias infraconstitucionais, algumas vezes sob a forma de cláusulas imutáveis, a CF/88 provoca uma tensão entre o constitucionalismo e a Democracia, porquanto o povo fica impossibilitado de mudar de posicionamento em relação a determinadas matérias. Desta feita, todo cuidado é pouco durante a interpretação destas cláusulas. Caso sejam aplicadas com demasiada elasticidade, corre-se o risco de um atrofiamento do Poder Legislativo.

Enquanto o ideal democrático preza pela vontade da maioria, o constitucionalismo preocupa-se em limitar o poder através de uma Constituição, o

que, por vezes, pode confrontar a soberania popular. Neste sentido, aponta Sarmiento (2012):

Por um lado, constitucionalismo e limitações ao poder em demasia podem sufocar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão, como co-autor do seu destino coletivo. Por outro, uma “democracia sem limites tenderia a pôr em sério risco os direitos fundamentais das minorias, bem como outros valores essenciais, que são condições para a manutenção ao longo do tempo da própria empreitada democrática. Teríamos aqui, provavelmente, um projeto “suicida”.

Apesar do impacto causado na Democracia, esta forma de constitucionalização não é o foco da presente abordagem por não gerar maiores problemas metodológicos, isto porque a norma constitucional é dotada de força normativa, devendo, portanto, ser aplicada sem muitos questionamentos. A dificuldade hermenêutica encontra-se na filtragem constitucional, o que se passa a discutir em apartado.

### **3.1.1 Filtragem Constitucional**

Falar em filtragem constitucional é enxergar todo o sistema jurídico através de lentes que proporcionem a visualização de uma técnica interpretativa em que a Constituição sirva de norte para o aplicador do Direito nas mais variadas situações. Nesta perspectiva, as normas constitucionais são irradiadas para os diversos ramos do ordenamento jurídico, provocando um remodelamento que segue o prisma dos direitos fundamentais e princípios gerais da Carta, como a função social da propriedade, a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

São inegáveis os benefícios de se interpretar o sistema jurídico conforme a Constituição. Na órbita cível, por exemplo, institutos como a propriedade, o contrato e a família têm sido revistos através de um viés constitucional, proporcionando uma aplicação mais justa e humanitária das regras relativas a estes temas. Recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento da ADIN 4277/DF, a união estável para pessoas do mesmo sexo, a despeito de o Código Civil estabelecer expressamente no art. 1.723 que esta espécie de união seria constituída

entre o homem e a mulher. A Corte entendeu que por força do art. 3º, IV da CF/88, ninguém poderia ser diminuído ou discriminado em virtude de sua opção sexual.

Por meio da filtragem constitucional os direitos e garantias fundamentais não se limitam à proteção do indivíduo contra o Poder Público, direcionam também as relações entre particulares, manifestando verdadeira eficácia horizontal. Desta feita, a autonomia da vontade é relativizada de força salutar, garantindo que direitos fundamentais de maior importância não sejam vilipendiados. Consoante esclarece Barroso (2007, p. 27), alguns critérios devem ser observados quando da ponderação entre a autonomia da vontade e outro direito fundamental:

[...] a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existências sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais).

No Direito Administrativo, alguns paradigmas tradicionais também foram relativizados pela constitucionalização do Direito, dentre os quais é possível destacar: (i) a supremacia do interesse público sobre o interesse privado não é mais invencível, na medida em que, diante de uma colisão entre estes dois valores, o intérprete deverá valer-se da ponderação; (ii) possibilidade de análise do mérito administrativo (conveniência e oportunidade) com base nos princípios da moralidade, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, podendo o juiz ir além dos aspectos da legalidade do ato (finalidade, competência e forma); (iii) vinculação do administrador não apenas à lei, mas também à Constituição. Nestes termos, é possível a aplicação direta da Carta pelo administrador público, ainda que a matéria não tenha sido regulamentada pelo legislador ordinário.

A despeito da grande quantidade de transformações benéficas trazidas pela constitucionalização do direito a todos os ramos do sistema jurídico, a filtragem constitucional transmite algumas preocupações de ordem metodológica, visto que confere ampla liberdade decisória ao intérprete.

Como resultado da noção de normatividade dos princípios e da imprecisão semântica carregada por eles, a atividade jurisdicional ganha contornos elásticos. Assim, superado o juspositivismo, a questão não é apenas saber se determinada regra se aplica ou não a um dado caso concreto, mas também perquirir qual a

decisão mais justa. O problema é que muitos magistrados, no afã de decidirem por aquilo que acreditam ser justo, tornam a jurisdição refém de idiosincrasias<sup>3</sup> e esquecem fundamentar racionalmente seus julgamentos, dando vazão a uma prática extremamente perigosa: o decisionismo judicial.

As possibilidades interpretativas dos princípios são finitas, de modo que não é dada ao juiz a liberalidade de fazer tudo aquilo que lhe aprouver a partir deles, pois apesar de conferirem maleabilidade ao ordenamento jurídico, é preciso não perder de vista que as escolhas legislativas são manifestações da maioria popular, dotadas de legitimidade democrática inquestionável. Por esta razão, as leis devem ser levadas a sério na solução dos conflitos, visto que garantem segurança jurídica, maior previsibilidade das decisões judiciais e praticidade na aplicação do Direito. Em suma, o sistema jurídico é formado não só por princípios, mas também por regras e os limites impostos pelo legislador devem ser respeitados.

### 3.2 JUDICIALIZAÇÃO

A expansão do neoconstitucionalismo vivenciada no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é causa de uma série de transformações tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais. Consoante já mencionado, a judicialização da política e das relações sociais é um dos reflexos desse novo paradigma constitucional.

Judicializar uma matéria é retirá-la do debate político e transferi-la para a órbita judicial, onde será decidida em caráter final. Conforme destacado por Barroso (2011, p. 229), este fenômeno consiste na “transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”.

Com o processo de constitucionalização do Direito, a Carta passou a fazer parte da dinâmica social de maneira muito mais efetiva. Na medida em que determinada matéria é incorporada pelo texto constitucional, torna-se possível

---

<sup>3</sup> Os princípios constitucionais, em virtude de seu caráter aberto, conferem plasticidade ao ordenamento jurídico. Desta forma, juízes e tribunais possuem liberdade para aplicar convicções pessoais, ou seja, idiosincrasias na solução dos casos concretos, notadamente nos *hard cases*.

discuti-la judicialmente. É o que acontece, por exemplo, quando juízes e tribunais interferem no campo das políticas públicas, salvaguardando direitos fundamentais.

Ademais, o amplo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro permite que questões políticas ou moralmente relevantes possam ser levadas, na maioria das vezes, ao Supremo Tribunal Federal, de forma que as minorias parlamentares derrotadas no processo legislativo dificilmente se abstêm de iniciar uma nova rodada de debates na esfera judicial; isto porque a CF/88 ampliou consideravelmente o número de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, estando inserto neste rol o partido político com representação no Congresso Nacional.

De forma exemplificativa, destacam-se os seguintes temas judicializados: interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); ações afirmativas e cotas sociais e raciais (ADIN 3330/DF); vedação ao nepotismo (ADECON 12/DF); perda do mandato eletivo por infidelidade partidária (MS 26.603/DF); pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIN 3510/DF); importação de pneus usados (ADPF 101/DF); e união estável de casais homoafetivos (ADIN 4277/DF).

Recentemente, o STF suspendeu, em caráter liminar, dispositivos da Lei 12.734/12 que prevêem novas regras para distribuição dos *royalties* do petróleo. As mudanças na legislação estabeleciam uma divisão mais equânime entre Estados produtores e não produtores. Em decisão monocrática, a Ministra Carmen Lúcia concedeu liminar com base no direito adquirido dos estados produtores. A questão será resolvida pelo pleno do Tribunal em caráter definitivo quando do julgamento da ADIN 4.917/DF.

Esta proeminência do Judiciário, somada à crise de representatividade experimentada pelo Executivo e o Legislativo, tem gerado certa supremacia judicial dentro da ordem constitucional brasileira, o que traz preocupações quanto à possibilidade de politização da justiça e à sua legitimidade democrática. Esta última será abordada de maneira detida em momento oportuno.

No que concerne à politização da justiça, percebe-se que a relação entre Direito e política é uma via na qual se trafega em dois sentidos. Na medida em que a Constituição confere poder ao Judiciário para intervir nas atividades dos ramos representativos, abre ensanchas para que aspectos políticos interfiram na atividade jurisdicional. Nas palavras de Ferreira Filho (2009, p. 215-214):

Demonstração dessa politização está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela “opinião pública”, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação em massa. Estes “profetizam” os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo – analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário, que, em off, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os “donos” da comunicação.

O fenômeno da judicialização é característico de países que possuem constituições analíticas e escritas. Ao tratar largamente de matérias infraconstitucionais, a Lei Fundamental abre caminho para inúmeras pretensões judiciais. Estas disposições minuciosas, aliadas a um Judiciário autônomo e com ampla jurisdição, deslocam, com frequência, questões políticas e sociais para a órbita jurídica.

Segundo Barroso (2011), diversamente do ativismo judicial, a judicialização não é uma escolha metodológica interpretativa, mas sim uma consequência do sistema constitucional brasileiro. Destarte, se a própria Constituição incorpora matérias relativas aos ramos infraconstitucionais ou de natureza política, o Judiciário, caso seja provocado, não poderá esquivar-se de apreciá-las em razão do princípio da indeclinabilidade. Na verdade, a criação de mecanismos como o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a forma analítica da Constituição denunciam a descrença que o legislador constituinte nutria em relação ao legislador ordinário.

### 3.3 ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial possui raízes norte-americanas, tendo sido utilizado pela primeira vez, no ano de 1947, em artigo publicado pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr. na revista popular *Fortune*. Conforme destaca Paula (2011), o objetivo de Schlesinger era descrever as alianças e divisões existentes entre os membros da Suprema Corte americana naquela época, oportunidade em que classificou os juízes Black, Douglas, Rutledge e Murphy como ativistas (*judicial activists*) e, em sentido oposto, Frankfurter, Jackson e Burton como “campeões da

auto-contenção” (*champions of self restraint*). O juiz Reed e o presidente Vison foram caracterizados como pertencentes a um grupo moderado (*middle group*).

Na visão do jornalista, enquanto o grupo Black-Douglas voltava sua atenção para a efetivação do bem estar social através da atividade jurisdicional, Frankfurter-Jackson enxergava a Corte como instrumento destinado a permitir que os demais poderes realizassem a vontade popular, fosse ela melhor ou pior.

Branco (2011, p. 389) destaca que “a nenhuma dessas etiquetas era devotada alguma reflexão conceitual ou metodológica”, o que põe em xeque a exaçaõ com que Schlesinger traçou o perfil do Tribunal. O fato é que, mesmo diante da imprecisão conceitual/metodológica, o termo foi largamente difundido não apenas no âmbito jurídico, mas também político e social. Seu caráter multifacetário permite que seja compreendido em perspectivas que vão do juiz Hércules de Dworkin (1981) até a conotação mais pejorativa.

Apesar das diferentes circunstâncias em que o ativismo judicial pode se manifestar, existe razoável consenso de que representa um comportamento exacerbado por parte do Judiciário, diante do qual, não raras vezes, são usurpadas prerrogativas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Nesta linha de raciocínio, Ramos (2010, *apud*. BRANCO, 2011, p. 394) define o fenômeno como sendo:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). [...] ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa.

É cediço que durante a atividade exegética o aplicador/interprete pratica criação judicial, visto que, diante do caso concreto, fixa o real sentido e alcance da norma abstrata. Por mais que se empenhe em permanecer fiel à letra da lei, é invariável que exerça certa liberalidade ao interpretá-la, haja vista que “não há texto legislativo nem tampouco texto musical ou poético, que não deixe espaço para variações e nuances”, conforme esclarece Coelho (2011, p. 495). Não obstante, costuma-se denominar ativismo judicial o exercício irregular desta liberdade.

Na tentativa de amenizar os riscos da invasão ao espaço destinado ao legislador pelo constituinte, Coelho (2011, p. 489-490) propõe que se leve em conta a noção de que:

[...] na criação do direito, tarefa que lhes é comum, legisladores e juízes atuam em dois tempos e a quatro mãos, no âmbito de um acordo tácito – alguns chegam a falar em cumplicidade –, por força de cujas cláusulas, em obediência à natureza das coisas e ao princípio da separação dos poderes, o Parlamento continua com o monopólio da redação das leis, mas o Judiciário fica liberado para interpretá-las criativamente, de preferência se o fizer dizendo que as suas leituras não ultrapassam o sentido literal possível desses enunciados normativos.

A sugestão, apesar de fomentar o diálogo e a harmonia entre os poderes, não resolve a questão metodológica, persistindo a dúvida sobre até que limites o Judiciário estaria autorizado a exercer um papel criativo quando da interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Os que acolhem a postura ativista argumentam que o fenômeno proporciona a efetivação da justiça, notadamente nos casos difíceis (*hard cases*). Além disto, não é permitido ao Judiciário esquivar-se da tarefa de concretizar o direito frente às omissões do Poder Público. Este seria o direcionamento pretendido pela Constituição Federal ao prever mecanismos como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Neste diapasão, não há que se falar em interferência indevida; juízes e tribunais estariam apenas cumprindo sua função.

Tais alegações devem ser observadas com cautela, principalmente porque a postura ativista relativiza a separação de poderes, retirando dos ramos majoritários a possibilidade de dar a palavra final sobre questões relevantes para a sociedade. Em determinadas situações, a inércia legislativa representa um conformismo que deve ser respeitado. Some-se a isto o fato de que nem sempre o ativismo é progressista, podendo apresentar-se com feições conservadoras. Durante a primeira fase do ativismo judicial americano, a postura proativa da Suprema Corte se prestou a dar guarida à segregação racial (*Dread Scott vs. Sanford*, 1857) e à invalidação de leis sociais em geral (era *Lochner*, 1905- 1937), invertendo-se a situação apenas na década de 50, sob a presidência de Warren (1953-1969).

Campos (2011, p. 558) propõe uma concepção multidimensional para o ativismo judicial, destacando que o fenômeno se manifesta em diferentes facetas. Ao analisar detidamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob a

perspectiva multidimensional, assevera que o ativismo tem se manifestado nesta corte através das seguintes condutas:

[...] (i) uso de métodos interpretativos que conduzem à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal ou comum do dispositivo normativo interpretado [*dimensão metodológica*], (ii) atuação processual amplificada [*dimensão processual*], (iii) interferência incisiva no comportamento dos demais poderes, inclusive em questões de políticas públicas e sociais [*dimensão dirigista*], (iv) ausência de deferência às decisões político-normativas dos demais poderes mesmo nas hipóteses em que não se mostra clara a violação ao Texto Constitucional [*dimensão estrutural*], (v) redução dos espaços de atuação da Jurisdição ordinária com a conseqüente concentração de poder em seu favor [*dimensão intrainstitucional*], (vi) avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas tão amplas que, além de o caso julgado às vezes prescindir das mesmas, acabam por “decidir” casos futuros também [*dimensão maximalista*], e (vii) afirmação de sua posição não apenas como ultimo intérprete da Constituição, mas como o único [*dimensão antidialógica*].

O contrário de ativismo judicial é auto-contenção (*self-restraint*), postura em que se exige que juízes e tribunais evitem intromissões intensas nas esferas dos demais poderes. Critério básico desta opção metodológica é o requisito da inconstitucionalidade evidente, pelo qual se aplica a regra do *in dubio pro legislatore*. Esta doutrina, nas palavras de Dimoulis e Lunardi (2011, p. 469), apresenta uma “concepção modesta do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política anular a vitória da maioria”. Neste sentido, juízes e tribunais não seriam necessariamente o reduto das melhores decisões.

Em síntese, não existem contornos bem definidos para delimitar o que vem a ser ativismo judicial. Não obstante, o fenômeno tem sido recepcionado pelo sistema jurídico brasileiro, notadamente na atividade interpretativa do STF, como uma alternativa plausível para a falta de efetividade dos direitos e garantias fundamentais, a despeito da conotação pejorativa que possui em outros países, a exemplo dos Estados Unidos.

### 3.4 SUPREMACIA JUDICIAL E DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA<sup>4</sup>

<sup>4</sup> A expressão “dificuldade contramajoritária” advém da teoria constitucional norte-americana: Alexander Bickel. *The Least Dangerous Branch*. 2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1986

Uma das principais objeções ao neoconstitucionalismo, e conseqüente ascensão institucional do Judiciário, assenta na problemática referente aos limites da legitimidade democrática deste ramo do Poder. A idéia de juízes e tribunais terem palavra final sobre temas afetos à escolha majoritária reveste-se, por vezes, de caráter antidemocrático; paradoxo que Bickel (1986, *apud.* SOUZA, 2011) denomina dificuldade contramajoritária.

A angústia teórica consiste em compreender como decisões emanadas por um órgão jurisdicional podem sobrepujar a vontade de representantes escolhidos através de um processo eleitoral. Em outras palavras, discutir a dificuldade contramajoritária é perquirir com que legitimidade o Judiciário invalida atos dos delegatários da soberania popular, supre eventuais inércias e lhes impõe deveres de atuação. Alguns teóricos, a exemplo de Hirschl (2004), chegam a afirmar que a expansão judicial representa uma reação das elites minoritárias contra o regime majoritário, porquanto, através de juízes não eleitos, controlar-se-ia a participação popular. Neste sentido, esclarece Bickel (1986, *apud.* SOUZA, 2011, p. 314) que:

[...] quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou uma ação do Governo, ela distorce a verdadeira vontade dos representantes do povo naquele momento; ela exerce controle, não em favor daquela maioria, mas contra ela. Por isso se afirma que o controle judicial é antidemocrático.

Os fenômenos discutidos até então – constitucionalização do direito, judicialização e ativismo judicial – manifestam constantemente o paradoxo democrático da atualidade. Pensar na Constituição como reduto de todas as respostas, implica retirar do povo a possibilidade de decidir em cada momento histórico qual o melhor caminho a ser seguido, haja vista que o legislador constituinte assumiu uma série de pré-compromissos e vinculou as gerações futuras através de uma Carta dotada de cláusulas imutáveis e de um processo de reforma dificultoso, atribuindo ao Judiciário, ramo não eletivo, a tarefa de proteger esta rigidez.

Esta proteção é realizada, principalmente, através de um amplo sistema de controle de constitucionalidade. Em sua forma difusa, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal diante do caso concreto; já na modalidade concentrada, é realizado exclusivamente pelo STF, todavia com um extenso rol de legitimados para a propositura das ações diretas.

Na medida em que a Constituição incorpora diversas matérias infraconstitucionais e sedimenta valores substantivos, autorizando o Judiciário a aferir se os atos dos demais poderes estão em plena conformidade com suas disposições, a expansão jurisdicional torna-se conseqüência previsível. Este protagonismo judicial traz alguns riscos para a estrutura democrática, visto que a prerrogativa de dar a palavra final sobre questões de extrema relevância tem sido paulatinamente transferida a um poder contramajoritário, em detrimento de representantes eleitos pelo povo. Neste sentido, Sarmiento (2011, p. 103) pondera que:

[...] o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor que a ditadura de farda...

A preocupação com a flexibilização da tripartição dos poderes no cenário brasileiro não é recente. Já nos idos de 1942, Bittencourt (*apud*. PAIVA, 2011, p. 502) alertava sobre as conseqüências indesejáveis advindas da supremacia judicial:

Nosso ponto de vista é contrário à chamada “supremacia do Judiciário”, cujos princípios e fundamentos não aceitamos, nem defendemos, nem toleramos, considerando tal supremacia uma usurpação habitualmente conseguida pelo Juiz Marshall, ao decidir o caso *Marbury v. Madison*, e desde logo aceita e defendida por todos os magistrados, por força do anseio de poder, que constitui a mola propulsora das ações humanas [...]

A despeito das várias críticas dispensadas ao *judicial review*, a doutrina constitucional procura identificar justificativas para esta legitimidade. Barroso (2009) destaca um fundamento de natureza normativa e outro filosófico. O primeiro reside no fato de ter a própria Constituição brasileira outorgado este poder ao Judiciário, através de mecanismos como o controle de constitucionalidade, cláusulas pétreas, larga constitucionalização do direito e utilização de expressões vagas, carentes de determinação diante do caso concreto. Ao atribuírem sentido máximo aos princípios constitucionais abertos ou delimitarem o sentido de expressões indeterminadas como **boa-fé objetiva**, **dignidade da pessoa humana** e **justiça social**, juízes e tribunais tornam-se participantes diretos no processo de criação do Direito.

De outra parte, o fundamento filosófico está ligado à tensão existente entre o princípio democrático e o constitucionalismo. Enquanto o primeiro prioriza a vontade das maiorias, o segundo guarda reservas em relação a ela, apresentando caminhos capazes de limitar o poder das multidões. Desta feita, caberia ao Judiciário resguardar os interesses das minorias sufocadas pela vontade majoritária. Ademais, a Democracia não está atrelada exclusivamente ao princípio majoritário, há outros princípios e direitos que devem ser preservados. Neste sentido, Barroso (2007, p. 38-39) esclarece que:

Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra-majoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.

O problema encontrado nestas justificativas é que, ambas, aparentemente, partem da premissa de que a Constituição reflete uma escolha institucional adequada a qualquer época do trajeto sócio-cultural brasileiro, deixando de lado a noção de que o povo pode repensar seus posicionamentos. Muitos dos que atualmente vão às urnas exercer o direito ao sufrágio ainda não podiam fazê-lo quando da Assembléia Constituinte de 1987; outros sequer eram nascidos. Neste ponto, chega-se, ironicamente, à noção de que governo do povo não é o mesmo que governo do eleitorado, consoante sugere Barroso (2007) ao tentar justificar o *judicial review*.

É extremamente paradoxal enxergar a Constituição como força limitadora do poder e ao mesmo tempo fundamento para um protagonismo judicial, em prejuízo da vontade dos ramos representativos. Por um lado limita-se o poder do povo, por outro, alarga-se a autonomia do Judiciário.

A rigidez no processo de reforma constitucional atravanca a deliberação parlamentar e em alguns casos proíbe que determinadas matérias sequer sejam propostas, como é o caso das cláusulas pétreas. O que não parece impedir o STF de modificar disposições constitucionais através de uma técnica interpretativa denominada **mutação constitucional**. Tome-se como exemplo a Reclamação 4335/AC em que o ex Ministro Eros Grau, acompanhando o então Relator Gilmar

Mendes, afirma categoricamente que a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo via controle difuso, expressa no art. 52, X da CF/88, deve ser entendida como tão somente dar publicidade à suspensão operada por esta Corte.

Nestes termos, dribla-se uma dificuldade sistêmica: já que, em respeito ao princípio da divisão harmônica de poderes, o Supremo não pode coagir o Senado a suspender a execução da norma declarada inconstitucional, altera drasticamente a interpretação da Constituição para que ele mesmo possa proceder com a referida suspensão.

A Magna Carta não impõe limites apenas ao Legislativo e Executivo, também o faz em relação ao Judiciário. Prova disto é o artigo 52, X, que veda a possibilidade de o STF expurgar a norma inconstitucional do ordenamento jurídico via controle difuso, devendo encaminhar ao Senado a declaração de inconstitucionalidade para que este realize a suspensão. Não cabe a juízes e tribunais alterar o texto constitucional com base em idiosincrasias. Somente o povo é detentor desta prerrogativa e o faz por meio de seus representantes no Congresso Nacional.

Além disto, de acordo com a teoria clássica da Separação de Poderes, ao Judiciário é permitido agir apenas como legislador negativo, hipótese em que elimina do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, ficando excluída de sua competência a criação de regras gerais e abstratas aplicáveis a todas as circunstâncias que envolvam determinada matéria. No sentido de Kelsen (1981, *apud*. CAMPOS, 2011), o juiz constitucional seria encarregado de uma tarefa destruidora da legislação, mas desprovido de poderes de criação normativa. Não obstante, admite-se, com razoável consenso na doutrina constitucional, a possibilidade de complementação da norma pelo aplicador/intérprete, episodicamente, diante do caso concreto.

O que se percebe na atual ordem democrática é um permissionismo exacerbado dirigido ao Judiciário, pelo qual se constrói a idéia de que a órbita judicial será sempre a mais adequada para deliberar sobre os anseios da sociedade em caráter definitivo. A partir daí justifica-se o ativismo judicial, a judicialização da política e conseqüentemente a juristocracia; por outro lado, a credibilidade dos ramos representativos possui gráfico decrescente, estando a sociedade cada vez mais desacreditada em relação àqueles diretamente ligados à política.

Nenhum destes fatores é suficiente para justificar a proeminência do Judiciário nos níveis em que se encontra atualmente, ainda que com o fim de resguardar direitos de minorias desprivilegiadas. Em sociedades essencialmente pluralistas, como a brasileira, é indiscutível a necessidade de se evitar uma ditadura das multidões; entretanto, limitações de cunho constitucionalista devem ser produzidas a partir de diálogos entre os três ramos do poder, a fim de que não se adotem supremacias parlamentares ou judiciais.

A partir desta noção de necessária interação entre os poderes é que surgem as teorias dialógicas. Sistematizando o tema, Bateup (2006) dividiu os estudos sobre diálogo em dois grandes grupos: o das **teorias sobre o método judicial** (*theories of judicial method*) e o das **teorias estruturais do diálogo** (*structural theories of dialogue*).

O primeiro, nas palavras de Souza (2011, p. 333), está relacionado ao “uso consciente por parte dos juízes de técnicas decisórias capazes de estimular e encorajar debates mais amplos sobre o significado constitucional, seja no interior dos Poderes, seja entre os Poderes reciprocamente”. Neste grupo, destaca-se o minimalismo defendido por Sunstein (1999), com raízes no pensamento de Bickel, pelo qual o julgador deveria portar-se de forma a decidir apenas o imprescindível para a solução do caso concreto, deixando de lado questões não essenciais. Este comportamento reduziria ao mesmo tempo os encargos da decisão judicial e a possibilidade de erros por parte do julgador. Outro aspecto extremamente interessante do minimalismo, no que tange ao fomento do diálogo, como lembra Souza (2011, p. 338), é que:

A técnica de deixar coisas não decididas aumenta o espaço de reflexão e debate nos ambientes políticos, não levantando limitações rígidas e desnecessárias às futuras deliberações. Além disto, o uso construtivo do silêncio judicial incentiva que os agentes políticos fundamentem suas decisões, mantendo neste espaço decisório a competência para dar a última palavra de forma convincente ao julgamento do povo, responsável último por fiscalizar se os rumos das decisões coletivas se compatibilizam com os valores disseminados na comunidade.

A dificuldade existente nesta espécie interação é que o diálogo fica atrelado à iniciativa de juízes e tribunais, tornando-se facultativo o incentivo ao debate entre os poderes, o que direciona o estudo ao grupo das teorias estruturais do diálogo. Segundo este matiz teórico, o diálogo, como fruto da separação dos poderes, não

depende apenas da boa vontade do Judiciário, porquanto existem mecanismos políticos e institucionais capazes de proporcionar resistência às decisões judiciais. Bateup (2006, p. 32), ao descrever as teorias estruturais do diálogo, aduz que:

Structural theories of dialogue are based in the recognition that institutional or political mechanisms exist within constitutional systems that enable political actors to respond to judicial decisions in the event of disagreement. On this more positive understanding, dialogue about constitutional meaning emerges when these mechanisms of response are engaged, enabling a dynamic process of to-and-fro to take place between judges and other constitutional actors. To the extent that such dialogic dynamics are widespread as a positive matter, structural theories largely alleviate concerns that judicial review operates in a countermajoritarian fashion<sup>5</sup>.

Apesar de no Brasil não ter sido adotado um modelo facilitador do diálogo institucional, como na Nova Zelândia, Reino Unido e Canadá, existe potencial dialógico no sistema brasileiro. Isto porque a idéia de supremacia judicial é desmistificada, até certo ponto, em razão de fatores como: não vinculação do legislador ordinário às decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade; prerrogativa atribuída ao Presidente da República para nomeação dos membros desta corte, mediante aprovação prévia do Senado Federal; e possibilidade dada ao parlamento de reverter decisões judiciais através de leis ou emendas constitucionais.

Entretanto, é preciso não olvidar que o realinhamento do STF ocasionado pela recomposição de seus integrantes ocorre de maneira gradativa, durante um considerável espaço de tempo. Ademais, ainda que o legislador ordinário não esteja vinculado às decisões da Suprema Corte, dificilmente apresentará projeto de lei contrário aos seus posicionamentos, o que revela uma vinculação indireta.

O Supremo tem tentado, durante os últimos anos, através de audiências públicas e da figura dos *amicus curiae*, minimizar os impactos que provoca na Democracia, chegando o Ministro Gilmar Mendes a conceber, quando de seu voto

---

<sup>5</sup> Teorias estruturais de diálogo são baseadas no reconhecimento de que mecanismos institucionais ou políticos existem dentro de sistema constitucionais que permitem aos atores políticos responder às decisões judiciais em caso de desacordo. Nessa compreensão mais positiva, o diálogo sobre o significado constitucional surge quando esses mecanismos de resposta estão envolvidos, permitindo um processo dinâmico de vai-e-vem para tomar lugar entre juizes ou outros atores constitucionais. Na medida em que tal dinâmica dialógica é expandida como uma questão positiva, teorias estruturais aliviam em grande parte preocupações de que revisões judiciais operam de forma contramajoritária. [Tradução nossa].

na ADIN 3.510/DF, o Tribunal como uma **casa do povo**. O fato é que, a despeito das inúmeras críticas, a tendência do protagonismo judicial é crescente, estando o princípio da tripartição dos poderes cada vez mais flexibilizado.

Este quadro representa graves riscos à estrutura democrática, haja vista que quanto mais o Judiciário se destaca na solução de conflitos sociais e políticos, mais atrofiados se tornam os demais Poderes. Diversas problemáticas que poderiam ser discutidas fora da órbita judicial são direcionadas à análise de juízes e tribunais, muitas vezes desvirtuando o caráter imparcial e apolítico da prestação jurisdicional. Além disto, fossiliza-se o ordenamento jurídico pelo exacerbado rigor no controle de constitucionalidade das leis. Por estes fatores é que a Constituição deve ser interpretada de maneira dialógica, devendo o Judiciário, e principalmente o STF, abster-se de interferir no espaço reservado aos delegatários da soberania popular.

#### **4 O ATIVISMO JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

É inegável que nos últimos anos o STF tem adotado postura cada vez mais ativista. O Ministro Celso de Mello (2008, p. 11-12), em discurso durante a posse de Gilmar Mendes como presidente do Tribunal, justificou este comportamento afirmativo do Judiciário na “[...] necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”, não se admitindo desta forma uma posição de pura passividade. O próprio Ministro Gilmar Mendes tem se mostrado o maior defensor do ativismo na Corte. A título de exemplo, é dele a proposta de abstrativização dos efeitos do controle difuso através da mutação constitucional que incidiu no art. 52, X da CF/88.

O perfil da Suprema Corte nem sempre foi o mesmo desde a promulgação da Carta de 1988, embora este seja o quadro atual. Durante longo período, sob a liderança intelectual do saudoso ministro Moreira Alves, a Corte se posicionou de forma autolimitadora, procurando não expandir ou centralizar poderes e se abstendo de intervir na esfera política.

Isto demonstra que o ativismo judicial não é conduta necessariamente imposta pela Constituição, nem tampouco a judicialização da política um fenômeno inevitável face às escolhas do legislador constituinte. Consoante esclarece Campos (2011, p. 543), “a judicialização da política ganha espaço e se desenvolve com o ativismo judicial, do qual se abastece e se renova”.

Ao expandir sua competência, interferindo em matérias destinadas aos demais poderes, o STF abre ensanchas para a judicialização da política, motivo pelo qual este fenômeno estaria relacionado antes a uma escolha metodológica do Judiciário do que a “uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente”, como pretende Barroso (2011, p. 231-232). É possível perceber esta interferência de maneira clara no julgamento de Medida Cautelar na ADIN 4.048/DF. Ao decidir, a Corte avaliou os requisitos de imprevisibilidade e urgência de medida provisória para abertura de créditos extraordinários do orçamento da União, considerando liminarmente inconstitucional sua edição.

Em sentido contrário, advogando pela legitimidade no comportamento progressista do Tribunal, Leal (2008, p. 112) aduz que:

O Supremo Tribunal Federal, com a sua composição atual, não pode carregar sobre suas costas a pecha de ativista, no sentido de que atua fora das suas atribuições constitucionais. O que temos [...] é uma Corte comprometida em fazer valer os dispositivos constitucionais e promover um choque na inércia refletida pela atuação do Poder Legislativo e, por não dizer, também um choque no atrevimento do Poder Executivo que, caminhando oxigenado por milhões de votos, vez ou outra acredita que tudo pode, mesmo que passando por cima das disposições constitucionais. Não temos um Tribunal ativista. Temos um Tribunal altivo. É diferente.

Percebe-se que a conjuntura atual no STF é aplaudida por uns e criticada por outros, haja vista que a linha que separa a criação interpretativa legítima e o ativismo judicial invasivo é muito tênue. Através de alguns julgados relevantes desta corte, analisar-se-á de maneira crítica sua atividade interpretativa.

#### 4.1 VEDAÇÃO AO NEPOTISMO SOB A ÓTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Para se compreender de maneira satisfatória o posicionamento do STF acerca do nepotismo, é imprescindível tomar como ponto de partida a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça. Consta em seu artigo 1º que “é vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os Órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados”.

Entende-se por nepotismo o favorecimento de parentes para o exercício de função gratificada, cargo em comissão ou de confiança no âmbito da Administração Pública ou em qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e municípios, através de nomeação por autoridade que detenha cargo de direção, chefia ou assessoramento.

Não obstante ser esta prática antiga no seio dos poderes constituídos, a Resolução 7/2005 foi o primeiro ato normativo a vedá-la de maneira expressa, circunstância que gerou grande repercussão na ordem pública, mesmo a proibição estando restrita ao Poder Judiciário. Instaurou-se, então, relevante controvérsia judicial sobre a constitucionalidade da referida norma, culminando com a propositura da ADECON 12/DF pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

Os principais argumentos levantados contra a resolução formam: a) incompetência do CNJ para proibir práticas de nepotismo através de resolução, visto

que somente lei formal (editada pelo Poder Legislativo) poderia fazê-lo; b) afronta ao princípio da tripartição de poderes, já que a resolução subordinaria o Judiciário ao Conselho Nacional de Justiça, órgão pertencente a outro Poder; e c) invasão da competência dos Estados-Membros para dispor sobre a organização e estruturação de sua Administração Pública.

A despeito do debate acerca da competência do CNJ e dos fundamentos contrários à resolução analisada, a Suprema Corte entendeu que o Conselho nada mais fez do que reafirmar uma proibição já imposta pela Constituição e dedutível através dos princípios consagrados no art. 37 da CF/88. Segundo o Acórdão do Tribunal:

[...] 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. [...]  
(STF, ADECON nº 12, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 18/12/2009)

Após a declaração de constitucionalidade da Resolução 7/2005 do CNJ, o STF analisou o Recurso Extraordinário 579.951/RN, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte. Em seu recurso, o *Parquet* questionou a prática de nepotismo no município de Água Nova, oportunidade em que o Tribunal reafirmou que a referida proibição estava assentada na própria Lei Fundamental, pelo que se homenagearia os princípios contidos em seu art. 37. Ainda que a Resolução 7/2005 esteja restrita ao Poder Judiciário, a prática de nepotismo é ilícita em todos os poderes, por desrespeitar os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência.

O Pretório Excelso, com a finalidade de dirimir quaisquer questionamentos futuros, editou a Súmula Vinculante nº 13 sobre o assunto em comento, com a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.  
(Sessão Plenária de 21/08/2008, DJe nº 162/2008, p. 1, em 29/8/2008., DO de 29/8/2008)

Apesar da razoável criatividade na interpretação constitucional, não parece adequado considerar a postura como ativista no sentido de ter ultrapassado os limites impostos ao Judiciário pela ordem democrática. Isto porque se os princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade não se prestarem nem mesmo a vedar uma prática tão aviltante quanto o nepotismo, certamente tornar-se-ão vazios dentro do ordenamento jurídico. A proibição é intuitiva frente ao que dispõe o artigo 37 da Magna Carta, sendo prescindível legislação infraconstitucional para regulamentar a matéria, devendo o Poder Público se adequar ao direcionamento pretendido e externado pela Lei Fundamental através de seus princípios.

#### 4.2 PERDA DE MANDATO POLÍTICO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E O ATIVISMO JUDICIAL

O TSE, após apreciar a Consulta nº 1.398/DF formulada pelo Partido da Frente Liberal sobre o princípio da fidelidade partidária e a possível preservação, por partidos e coligações, da vaga obtida nas eleições proporcionais, editou a Resolução nº 22.610/2007 e a Resolução nº 22.733/2008 que disciplinam os procedimentos de desfiliação partidária e perda de mandato eletivo por abandono de agremiação partidária.

Tais Resoluções foram objeto da ADIN 3.999/DF. Ao apreciar a ação, o Supremo decidiu pela sua improcedência, sob o argumento de que, nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, a Corte firmou jurisprudência no sentido de admitir a existência do dever constitucional de observância ao princípio da fidelidade partidária, não fazendo sentido reconhecer aos partidos e coligações o direito de

manter a vaga eletiva sem prever um instrumento para assegurá-lo. Conforme o Acórdão do Mandado de Segurança 26.603:

[...] O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de "fundamento constitucional autônomo", identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, "caput" (que consagra o "sistema proporcional"), da Constituição da República. [...]

(STF, MS nº 26.603, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 19/12/2008)

O STF, a partir da combinação de dois dispositivos constitucionais (art. 14, § 3º, V e art. 45), justificou a criação de nova hipótese de perda do mandato eletivo, bem distante daquelas estabelecidas pelo art. 55 da CF/88, qual seja: a infidelidade partidária.

Sob uma perspectiva metodológica, tal posicionamento claramente extrapola os limites constitucionalmente impostos ao Poder Judiciário, podendo definitivamente ser considerado ativista, na acepção mais invasiva do termo. Caso o legislador constituinte desejasse que o abandono de agremiação partidária fosse hipótese de perda de mandato eletivo, teria expressado tal pretensão na redação do art. 55 da Lei Fundamental. A Suprema Corte é competente para a guarda da Constituição e não para emendá-la. No mesmo sentido é a antiga jurisprudência desta Corte, muito bem delimitada através do voto do ex Ministro Moreira Alves enquanto relator do MS 20.927:

[...] Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças ao voto da legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, "a"; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção de sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55. [...]

(STF, MS nº 20.927, Voto do Rel. Min. Moreira Alves, DJe 19/12/2008, p. 144)

Esta última orientação é a que guarda maior preocupação com o Princípio da Separação harmônica de Poderes e a ordem democrática nacional. Permitir que o STF seja fonte criadora de direitos e sanções através de sua atividade interpretativa

é aceitar que o Estado Constitucional de Direito torne-se paulatinamente fachada utópica para um Estado Jurisdicional de Direito.

#### 4.3 UNIÃO ESTÁVEL ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS SOB A MIRA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Recentemente, o STF, no julgamento da ADIN 4.277/DF, reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Através de interpretação conforme a Constituição, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 1.723 do CC para afastar o sentido preconceituoso de que casais homoafetivos não poderiam constituir união estável. Consta no Acórdão que:

[..] O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. [...]  
(STF, ADIN nº4277/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 14/10/2011)

A decisão merece aplausos, tendo o Tribunal atuado no pleno uso de suas atribuições. Obviamente uma Carta Constitucional que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República não pretende discriminar cidadãos por suas escolhas sexuais.

Conforme dispõe o art. 226 da CF/88, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Ora, a união formada entre casais do mesmo sexo também representa unidade familiar, devendo, portanto, ser igualmente protegida pelo Estado. Apesar da referência à “união estável entre o homem e a mulher” feita pelo §3º deste mesmo artigo, deve-se interpretar o dispositivo de acordo com sistema constitucional, de forma a preservar os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos não é conduta que extrapola a competência do Supremo. Na verdade, o Tribunal apenas exerceu sua função de guarda da Constituição ao evitar que valores constitucionais preciosos fossem vilipendiados.

#### 4.4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Sem dúvida, uma das teses mais ousadas que têm sido levantadas na Suprema Corte é a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. A proposta foi debatida pela primeira vez no julgamento do MI 670/ES, referente ao direito à greve dos servidores públicos, oportunidade em que o Ministro Gilmar Mendes defendeu a superação da antiga jurisprudência do Tribunal que se limitava a dar ciência ao Poder Legislativo sobre suas omissões para que suprisse as lacunas.

Neste julgado, a mora legislativa em regulamentar o direito à greve dos servidores públicos foi declarada inconstitucional. Passados quase vinte anos, o Tribunal modificou o posicionamento firmado no MI 107/DF – no sentido de apenas informar o legislador sobre a inconstitucionalidade – e supriu a omissão legislativa por meio da aplicação da lei de greve dos trabalhadores em geral (Lei nº 7.783/89), acolhendo a proposta do Ministro Gilmar Mendes. A matéria permanecerá regulamentada desta forma até que o Poder Legislativo decida editar lei formal tratando do tema. Em seu Acórdão, justifica a decisão nos seguintes termos:

3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores

públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.  
(STF, MI nº 670, Tribunal Pleno, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJe 25/10/2007)

É indiscutível a necessidade de se garantir o direito à greve a todos os trabalhadores, inclusive aos servidores públicos, por isto, andou bem o Tribunal ao preencher a lacuna legislativa, assegurando a efetividade do direito fundamental de realizar greve. Todavia, extrapolou limites constitucionalmente impostos ao conferir efeitos *erga omnes* à decisão, tendo em vista se tratar de controle incidental de constitucionalidade.

Neste diapasão, a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, estabelecida pelo artigo 52, X, da CF/88, passa a ser interpretada tão somente no sentido de ofertar publicidade à suspensão operada pelo próprio Tribunal.

A Corte tem mantido este posicionamento para os casos de omissão legislativa total. Nas hipóteses de omissão legislativa parcial – aquelas nas quais são concedidos benefícios legais a um determinado grupo, em detrimento de outro que se encontra em situação jurídica semelhante – o Tribunal tem se limitado a reconhecer a inconstitucionalidade da norma, declarando nula a concessão do benefício.

Diante do exposto, conclui-se que a complementação da lacuna legislativa por parte do STF é legítima quando operada com efeitos *inter partes*, haja vista que o Judiciário não pode se eximir de apresentar respostas aos casos concretos sob a justificativa de não existir regulamentação legislativa sobre a matéria. Por outro lado, sua atuação como legislador positivo não é salutar dentro dos moldes democráticos, devendo ser respeitada a regra constitucional esculpida no art. 52, X, da CF/88. A prerrogativa de guardião da Constituição que o STF possui não lhe confere competência para emendá-la ou modificar drasticamente o sentido de suas disposições por meio de atividade interpretativa. Desta feita, a postura ativista firmada no julgamento do MI 670/ES deve ser afastada.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da CF/88, o neoconstitucionalismo adquiriu relevância dentro da órbita jurídica brasileira. A própria estrutura da Constituição, bem como seu conteúdo material, guarda plena consonância com este novo paradigma teórico. Ao optar por um texto analítico, repleto de valores substantivos, princípios de significação vaga e disposições afetas aos ramos infraconstitucionais, o legislador constituinte originário preparou o terreno para que fenômenos como a constitucionalização do direito, a judicialização da política e das relações sociais e o ativismo judicial se desenvolvessem.

Destarte, o desenho institucional brasileiro pós CF/88 se movimenta através de sucessivas relações de causa e efeito que podem ser sistematizadas da seguinte forma: o inchaço da Lei Fundamental provocado pela ampla incorporação de regras e princípios de natureza infraconstitucional, aliado à sua supremacia e força normativa, é causa imediata da filtragem constitucional e da judicialização. Estes dois fenômenos forçam constantemente a ampliação da jurisdição constitucional e impulsionam juízes e tribunais a tomarem escolhas metodológicas que irão refletir em ativismo ou em auto-contenção (*self-restraint*).

Quando determinada matéria é constitucionalizada, surge a possibilidade de que seja levada ao crivo do Judiciário sob a forma de pretensão judicial. Nestas circunstâncias, não raras vezes, a palavra final sobre temas antes debatidos na esfera política ou social é transferida a este Poder, refletindo no que se convencionou chamar de judicialização.

A maneira como juízes e tribunais se manifestam frente ao fenômeno da judicialização determina a existência ou não de ativismo judicial. Caso respeitem os limites impostos pela ordem constitucional democrática, atuando de maneira singela e evitando invadir a esfera dos demais poderes, não haverá ativismo. Por outro lado, se a decisão extrapolar estes limites de forma demasiadamente inventiva, será ativista.

Desta feita, percebe-se que o ativismo alimenta e propulsiona a judicialização, haja vista que, ao interferir no espaço reservado aos demais poderes, o Judiciário abre caminho para que questões da vida sejam cada vez mais judicializadas. A despeito dos respeitáveis posicionamentos em sentido contrário, esta postura não é

conseqüência necessária do projeto institucional brasileiro; prova disto é que o STF, durante mais de uma década após a promulgação da Carta de 88, sob a liderança intelectual do ex Ministro Moreira Alves, manteve-se autolimitador. O quadro atual vivido pelo Judiciário é, antes de tudo, uma escolha metodológica.

Some-se a isto, a crise de representatividade experimentada atualmente pelos poderes majoritários. Diante de tantos escândalos envolvendo esquemas de corrupção, o Judiciário, órgão autônomo, independente e imparcial surge como redentor das mazelas que afligem os direitos e garantias fundamentais. Por esta razão é que suas decisões contramajoritárias, e por vezes antidemocráticas, gozam de respaldo social.

O STF não tem sido tímido ao manifestar sua postura ativista. Por meio de decisões que modificam o sentido literal de dispositivos normativos, que interferem em questões de política pública, suprem omissões do Poder Legislativo e concentram competências, o Tribunal exerce influência exorbitante na órbita constitucional democrática. Apesar de suas constantes tentativas em minimizar a dificuldade contramajoritária fazendo uso de audiências públicas e dos amigos da corte, os impactos sobre a democracia ainda são significativos.

A noção de que os ramos representativos não são capazes de oferecer as melhores soluções; a prevalência de posicionamentos não dialógicos, pelos quais o STF tenta se eleger como o único e verdadeiro intérprete da Constituição; a não deferência de juízes e tribunais às decisões dos demais ramos democráticos; e a limitação exacerbada à vontade das majorias operada pelo Judiciário, sob o argumento de proteger interesses das minorias desprivilegiadas no processo majoritário, são alguns dos prejuízos trazidos pelo protagonismo judicial.

Contudo, não se pode olvidar que o Supremo muitas vezes, através de posturas afirmativas, garante a aplicação efetiva dos direitos e garantias fundamentais, como nos casos de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e da vedação ao nepotismo.

Depreende-se das conclusões supramencionadas que os objetivos propostos na Introdução foram alcançados, na medida em que se tornou possível compreender como tem se manifestando o STF diante dos casos difíceis (*hard cases*).

Por óbvio, o STF não deve silenciar diante de violações à Lei Fundamental, pois nenhum dos poderes da União está acima dela. O que não está autorizado a fazer é emendá-la, criando hipóteses até então inexistentes (perda de mandato

eleitoral por infidelidade partidária) ou alterando significativamente a literalidade de seu texto (mutação constitucional do art. 52, X, CF/88). Até mesmo o Supremo Tribunal Federal não é supremo diante da supremacia da Constituição, devendo, pois, curvar-se a ela. Este é o caminho adequado para se alcançar o equilíbrio entre o constitucionalismo e o ideal democrático.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011-A. p. 225-270.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, v. 4, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional Brasileiro). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.aps>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise**: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, Vol. 71, 2006; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em: 30 jan. 2013

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 387-401.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 7**, de 18 de outubro de 2005. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_07.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_07.pdf)>. Acesso em: 01 jan. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 jan. 2013.

BRASIL. **Lei nº 7.783**, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 24 de março de 2005. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.105**, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.734**, de 30 de novembro de 2012. Modifica as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 mar. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12734](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12734)>. Acesso em: 19 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 20 ago. 2008. DJe – 237, Brasília, DF, 18 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000164002&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 03 mai. 2012. DJe – 055, Brasília, DF, 22 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000202334&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: em 29 mai. 2008. DJe – 96, Brasília, DF, 28 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168856&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 12 nov. 2008. DJe – 071, Brasília, DF, 17 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087599&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 14 mai. 2008. DJe – 157, Brasília, DF, 22 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002714&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 5 mai. 2011. DJe – 198, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180733&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917**, Decisão Monocrática. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 18 mar. 2013. DJe – 054, Brasília, DF, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000250076&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 27 abr. 2005. DJe – 92, Brasília, DF, 31 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000005756&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, do Tribunal Pleno. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 24 jun. 2009. DJe – 108, Brasília, DF, 04 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em: 21 nov. 1990. DJ, Brasília, DF, 02 ago. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000101947&base=baseAcordaos>>. Acesso: 20 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 25 out. 2007. DJe – 206,

Brasília, DF, 31 out. 2008. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086775&ba  
se=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086775&base=baseAcordaos)>. Acesso: 20 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20.967**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em: 11 out. 1989. DJ, Brasília, DF, 15 abr. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000075616&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 04 out. 2007. DJe – 197, Brasília, DF, 17 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002479&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.603**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 04 out. 2007. DJe – 241, Brasília, DF, 19 dez. 2008. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086527&ba  
se=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086527&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 21 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.604**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 04 out. 2007. DJe – 187, Brasília, DF, 03 out. 2008. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086887&ba  
se=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086887&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 21 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 21 ago. 2006. DJ, Brasília, DF, 25 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000005274  
&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000005274&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 02 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 579.951**, do Tribunal Pleno. Relator: Min. **Ricardo Lewandowski**. Julgamento em: 20 ago. 2008. DJe – 202, Brasília, DF, 24 out. 2008. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087293&ba  
se=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087293&base=baseAcordaos)>. Acesso: 20 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. Sessão Plenária: 21 ago. 2008. DJe – 162, Brasília, DF, 29 ago. 2008. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=0000  
00749&base=baseSumulasVinculantes](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000749&base=baseSumulasVinculantes)>. Acesso: 01 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 1.398**. Relator: Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. Resolução nº 22526 de 27 mar. 2007. DJ - Diário de justiça, Volume 1, Página 143, Brasília, DF, 8 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT12996085&sectionServer=TSE&docIndexString=14>>. Acesso em: 01 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.610**. Relator: Min. Cezar Peluso Rocha. Brasília, DF, 25 out. 2007. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade\\_partidaria/res22610.pdf](http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf)>. Acesso em: 01 jan. 2013

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.733**. Altera o art. 11 da Resolução-TSE nº 22.610, de 25 out. 2007. Relator: Min. Cezar Peluso Rocha. Brasília, DF, 11 mar. 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-epesquisa/fiquePorDentro/temas/temas-antiores-desativados-com-texto-da-consultoria/fidelidadepartidaria/res022733.11032008.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2013

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva: 2011.

BUSTAMANTE, Thomas. Conflitos normativos e decisões contra legem: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 115-144.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 541-595.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 475-498.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho**, n. 16, p. 90-112, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 459-473..

DWORKIN, Ronald A. Natural Law Revisited. **U. Fla. L. Rev.**, v. 34, p. 165, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. **Revista internacional de filosofía política**, n. 17, p. 31-46, 2001. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O poder constituinte**. 3.ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Belknap Press, 2004.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008.160f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008.

MELLO, Celso de. **Discurso do Ministro Celso de Mello na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes na Presidência da Suprema Corte do Brasil**. STF, Brasília, DF, 23 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2013.

PAIVA, Paulo. Juristocracia?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 499-528.

PARACELSO. **A chave da Alquimia**. São Paulo: Editora Três, 1973.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe Separação de Poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo

(Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 271-312.

SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 73-113.

SARMENTO. **Ubiquidade Constitucional**: os dois lados da moeda. 2012. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Ubiquidade-Constitucional.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

SOUZA, Jorge Munhós. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 313-357.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard University Press, 1999.

VICENTINO, Claudio. **História geral**: ensino médio. 10 ed. atual. São Paulo. Scipione, 2006.