
Ativismo judicial versus o princípio da separação dos poderes

Rodrigo Silva de Andrade

Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito, atualmente na Procuradoria da República no Município de Angra dos Reis/PRM-Angra/RJ - MPF. Pós-graduação lato sensu: especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá. Teólogo. Educador a distância e integrante do corpo de docentes da Escola Superior do Ministério Público da União/ESMPU, do corpo de docentes da Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do corpo de docentes da Escola do Ministério Público Federal. Colunista e editor do Portal Jurídico Estudar o Direito (www.estudarodireito.com.br).

Resumo: O presente artigo busca demonstrar a importância do ativismo judicial e sua relação com o princípio da separação dos poderes. Verifica-se a importância do papel exercido pelo ativismo judicial na concretização do direito no Estado Democrático de Direito brasileiro, na relação entre os poderes, na efetividade do equilíbrio entre eles e nas convicções democráticas. Considerando-se o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais ocorridas no Brasil, em virtude de causas de naturezas variadas, acabou-se por levar questões de relevância política, social ou moral a serem discutidas primordialmente em sede judicial. A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro, que acabou desencadeando o ativismo judicial. Esse fenômeno jurídico pode ser entendido como uma posição, opção por uma forma específica e proativa de interpretar a Constituição, aumentando o seu sentido e alcance, mas trazendo consigo o questionamento sobre se o Judiciário estaria usurpando a função de legislar. Comumente, o ativismo se instala, e é o que tem ocorrido no Brasil em cenários de retração do Poder Legislativo, de certo afastamento entre a classe política e a sociedade civil, obstando que determinadas demandas sociais sejam supridas de maneira efetiva. O Supremo Tribunal Federal, com uma dinâmica atuação, vem se divorciando de um modelo meramente contemplativo para protagonizar firme defesa da efetividade e expansividade do texto magno. Assim, pode-se dizer que o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins

constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação dos poderes. Supremo Tribunal Federal. Direitos fundamentais.

Sumário: Introdução. 1 Teoria da separação dos poderes. 1.1 Separação dos poderes na Constituição brasileira de 1988. 2 Jurisdição constitucional. 2.1 O Poder Judiciário brasileiro. 2.2 Perspectivas do Estado Democrático de Direito e da democracia. 2.3 Judicialização da política. 2.4 Atuação do Supremo Tribunal Federal (STF). 3 O ativismo judicial. 3.1 Origens e conceito. 3.2 O ativismo judicial no Brasil. 3.2.1 O ativismo judicial praticado pelo STF. 3.3 O ativismo judicial e sua relação com a separação dos poderes. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

O debate sobre se o ativismo judicial é uma imprescindibilidade no atual Estado Democrático brasileiro ou uma afronta ao princípio da separação dos poderes tem causado grande polêmica no cenário brasileiro. Se por um lado o Poder Legislativo não tem atendido as demandas sociais elencadas na Carta Maior, por outro, o Poder Judiciário não pode se omitir em questões levadas ao seu crivo, especialmente quando se trata da aplicação casuística de deveres normativos decorrentes de princípios constitucionais. Todavia, o Judiciário também deve evitar decisões extravagantes ou desarrazoadas que podem macular e, até mesmo, destruir o seu conceito perante a opinião pública.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, de acordo com o previsto na Magna Carta de 1988,

possui a função precípua de guardião da Constituição. Assim, compete-lhe exercer, em última instância, o controle difuso de constitucionalidade e, exclusivamente, o controle concentrado de constitucionalidade dos atos dos demais poderes. A Constituição vigente veio a fortalecer o Supremo Tribunal Federal com a criação da ação direta de inconstitucionalidade e do mandado de injunção. Esses fatores, seguramente, ofereceram maior autonomia para a Suprema Corte interpretar as leis e atuar nos vazios jurídicos.

A adoção da postura ativa dos tribunais, que vem sendo observada nos últimos tempos, há de ser realizada de forma responsável e ponderada, prezando os fundamentos constitucionais e os valores atuais da sociedade.

Em relação aos poderes ou às funções do Estado, temos o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que prevê que o poder é uno e tem como único titular o povo. Segundo a lição de Motta Filho e Barchet (2007, p. 139) o que a Constituição fez, ao estatuir que “[...] são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988), foi constituir uma divisão de caráter funcional e orgânico em relação ao exercício das três funções estatais: a administrativa, a legislativa e a jurisdicional, cada uma dessas desempenhada com precipuidade, entretanto, sem exclusividade, por um dos poderes de nossa República, de acordo com o previsto em nosso texto constitucional.

A realização de interferência de um órgão sobre o outro, em face do princípio da separação dos poderes, apenas se permite para garantir direitos fundamentais, não possibilitando, assim, excessos e atentados contra a própria Constituição. Esses direitos fundamentais passaram a ocupar o centro de preocupação e proteção das constituições nos estados democráticos de direito e, nos dias de hoje, sua relação com a teoria da separação dos poderes e com a necessidade de mudança de paradigma fica explicitada nas palavras de Bonavides:

[...] ao tempo do velho Direito Constitucional – o da separação de poderes – a tensão transcorria menos no campo das relações dos cidadãos com o estado – a filosofia da burguesia liberal cristalizada na racionalidade jurídica dos Códigos já pacificara grandemente essas relações! – do que no domínio mais sensível e delicado das relações entre os Poderes, donde pendia, perante a força do Estado, e a desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, a conservação da liberdade em toda a sua dimensão subjetiva. Nesse contexto avultava e se mantinha sempre debaixo de suspeita o Poder Executivo, sobretudo nas monarquias constitucionais, onde ficava mais ostensivamente sujeito aos freios e controle do sistema parlamentar (BONAVIDES, 2013, p. 622).

De acordo com a citação acima apresentada e reforçando a mudança do modo de se operar o princípio da separação dos poderes, leia-se também as palavras de Bonavides:

Já com o novo Direito Constitucional, a tensão translada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses direitos, em termos de um constitucionalismo assentado

sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante (BONAVIDES, 2013, p. 622).

Assim, pelo entendimento apresentado por Bonavides, o Direito Constitucional, na época do Estado liberal, preocupava-se com a organização jurídica dos poderes e com a maneira de distribuir as suas competências, mantendo-se a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania (limites determinados). Por conseguinte, atualmente os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural elevada.

O ativismo judicial evidencia-se como uma realidade inseparável da sociedade contemporânea pós-moderna. A ocorrência da transformação do contexto histórico de Estado de Direito, a implementação gradual dos direitos fundamentais e a abertura de paradigmas constitucionais clássicos, a começar da filosofia pós-positivista e da força normativa da Constituição, externam algumas das causas que levaram a ampliação da atividade jurisdicional. Atividade que, quando referente à criação do Direito por parte do Judiciário, traz a questão se esse poder possui legitimidade para essa atividade, a qual incumbe não apenas ao Poder Legislativo. Objetiva-se assim, demonstrar que o Judiciário também possui legitimidade para tal atividade, acontecendo, desta forma, a politização do Direito. Esta evolução do Poder Judiciário, no que se refere à criação de Direito, materializa-se por meio de vias hermenêuticas interpretativas constitucionais. Isso acontece com o intuito precípua de levar à sociedade a concretização das garantias dos direitos individuais,

pelo menos em seu núcleo essencial. Cumpre-se, dessa maneira, o suprimento daquilo que a sociedade esperava obter do Poder Legislativo em sua função típica pois, do ponto de vista jurídico sociológico, o ativismo judicial resulta, grandemente, de uma crise de representatividade democrática que estabelece a necessidade de uma ação interventiva do Poder Judiciário com o objetivo de coibir os abusos e as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, e, assim, por em prática a constitucionalmente prevista justiça social.

Neste primeiro capítulo, faz-se uma abordagem geral do tema abordado neste artigo, demonstrando sua relevância na atualidade e, ainda, abordando pontualmente cada ponto dos capítulos.

No segundo capítulo, serão abordadas as origens e a evolução histórica do princípio da separação dos poderes e sua previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com observância à interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação dos outros dois poderes. Inclusive, também é abordado o fato de os Poderes Legislativo e Executivo acabarem sobrepondo as respectivas atividades, condenando a organização estatal e indicando a atual instabilidade das instituições representativas brasileiras, carecidas de uma ampla reforma política. Ainda veremos, neste capítulo, a construção jurídico-filosófica que determinou a divisão de competências como fundamento de um Estado Democrático de Direito, objetivando garantir uma

convivência pacífica e equilibrada entre os três poderes e as funções do Estado.

Após, no terceiro capítulo, expõem-se o conceito e os aspectos da jurisdição constitucional, sua importância para a sociedade nos dias atuais, sua estrutura e as funções precípuas do Poder Judiciário brasileiro de acordo com a CFRB/88.

Ainda no capítulo terceiro, serão abordadas as perspectivas do Estado de Direito e da democracia com suas implicações na hermenêutica e na atuação do Judiciário, contextos em que os novos direitos econômico-sociais exigem prestações concretas para serem satisfeitos. Para finalizar este capítulo, aborda-se o fenômeno da judicialização da política, na qual verificaremos similitudes e desavenças entre o Direito e a Política, temas que possuem estreita relação com o desenvolvimento e a legitimidade dos Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas.

Enfim, o quarto e último capítulo refere-se a um tema atual e complexo, o ativismo judicial, e sobre ele serão vistas as origens, o conceito e a ocorrência no Brasil, assim como a atuação destacada do Supremo Tribunal Federal neste sentido. Este Tribunal, guardião da Constituição que é, obrigado está a editar normas diante da inércia do poder público, pois não poderia deixar que a sociedade aguardasse, por um longo e abusivo período de tempo, uma ação do poder competente. Nesse diapasão, será abordada a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional, dissertando-se sobre sua evolução histórica, estrutura, organização, competência e posição

ativista no judiciário pátrio. Será feita, inclusive, uma análise do controle realizado por essa Corte, investigando a evolução do seu posicionamento a partir de acórdãos proferidos, destacando-se a alteração jurisprudencial ocorrida em 2007 no julgamento dos Mandados de Injunção n° 670, n° 708 e n° 712, que versavam sobre o direito de greve dos servidores públicos, quando o Tribunal adotou a possibilidade de legislar, ainda que provisoriamente.

Por fim, diante da questão da relação de forças entre os poderes, para analisar se estamos encontrando uma situação de desarmonia ou se o panorama presente externa apenas a dinâmica comum do sistema de freios e contrapesos e a simples evolução democrática de uma sociedade essencialmente plural, procurar-se-á demonstrar, de maneira objetiva, observando os recursos metodológicos pertinentes, que o princípio da tripartição ou separação dos poderes vem sendo relativizado e que a crise da democracia representativa consolida o ativismo judicial como solução ou como medida paliativa da ineficiência da atuação do Poder Legislativo atual, especialmente quando se faz precisa a concretização de direitos fundamentais.

1 Teoria da separação dos poderes

A teoria da separação dos poderes constitui um dos princípios básicos nos Estados modernos, talvez o principal à manutenção do equilíbrio e da estabilidade institucionais.

Destaca-se a caracterização feita por Silva (2012, p. 108) em relação às três funções (típicas) exercidas pelos órgãos:

Função legislativa: consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis; função executiva: resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público; função jurisdicional: tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse (SILVA, 2012, p. 108).

Em relação ao conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação dos poderes, segundo Barroso (2013, p. 196), pode ser exposto nos seguintes termos: as funções estatais devem sofrer uma divisão e distribuição a órgãos distintos e é preciso existirem mecanismos para o controle recíproco entre eles, evitando a ocorrência de um potencial abuso por parte de um poder absoluto. A separação de poderes, verdadeiramente, é tida como um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, encontrando-se no início da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, em análise sobre a possibilidade de controle judicial dos atos das Comissões Parlamentares de Inquérito, no Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, DJU em 12 maio de 2000, Relator Min. Celso de Mello, assinalou esse sentido básico da separação de poderes com a proibição da existência, no âmbito do Estado, de instâncias hegemônicas que não se encontrem sujeitas a controle.

Segundo Ramos (2010, p. 113), a separação dos poderes, como uma garantia das liberdades individuais, resulta no que se denomina sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), criado nos Estados Unidos da América, em que os órgãos são dotados de independência entre si e prerrogativas institucionais com a finalidade de inibir abusos por meio de mecanismos de controle recíprocos.

1.1 Separação dos poderes na Constituição brasileira de 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, estabelece que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O texto constitucional brasileiro assimilou esse novo arranjo no modelo tradicional de divisão dos poderes ao enfatizar que os órgãos legislativos, judiciais e executivos são “independentes e harmônicos entre si”.

Não obstante já ter estabelecido, no início da Carta Magna, tal princípio, a CRFB/88 o elenca como “princípio fundamental”, isto é, fundamento para a interpretação de outras normas da própria Constituição, pré-ordenando a construção e a organização do Estado brasileiro.

Cabe ressaltar que a CRFB/88 erigiu à categoria de cláusula pétrea a separação de poderes, conforme se observa no art. 60, § 4º, III.

Historicamente, desde a elaboração da primeira Constituição brasileira, em 1824, a tripartição de poderes já se fazia presente. Entretanto, adaptada por Benjamin Constant, com

introdução da figura singular do Poder Moderador, competindo a esse solucionar os conflitos ocorridos entre os demais poderes e manter o equilíbrio entre os mesmos. O Poder Moderador era tido como uma autoridade neutra das demais e era o Imperador quem o exercia. E somente com a Constituição republicana de 1891 foi que essa separação acabou e, por meio de seu artigo 15, estabeleceu apenas três poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Essa divisão permaneceu e permanece até hoje nas constituições seguintes.

Tanto a interatividade quanto o controle recíproco entre os poderes (*check and balances*) podem ser observados em vários preceitos constitucionais, como aqueles que autorizam a participação do chefe do Executivo na elaboração das leis, quer dando início ao seu processo de elaboração (CRFB/88, art. 61, § 1º), quer sancionando-as ou vetando-as (CRFB/88, art. 66).

Por outro lado, também se destacou o acerto de conceder extraordinariamente a um dado poder o exercício de funções atípicas que, em princípio, caberia a outro. Daí falar-se em funções típicas e atípicas, realidade que traduz uma divisão menos rígida e mais flexível das funções entre os distintos órgãos estatais. Assim, o Legislativo também administra e julga (arts. 51, IV, e 52, XIII da CRFB/88); o Executivo julga e legisla (arts. 62 e 68, §2º da CRFB/88) e o Judiciário legisla e administra (art. 96, I, a e f da CRFB/88).

Esses ensinamentos acima demonstram que o Estado necessita de um mínimo de autonomia organizacional e de

obediência aos mandamentos estruturantes de competências para exercer as suas funções.

Todavia, cabe ressaltar que a CRFB/88 estabelece o princípio da indelegabilidade de atribuições, que prevê que nenhum poder (órgão) poderá transferir função que lhe é típica ou expressamente prevista como atípica a outro.

A separação dos poderes no Brasil vem passando por questionamentos sobre a ingerência de um poder sobre o outro, principalmente no que diz respeito às respectivas funções típicas, afrontando, desta forma, o referido princípio. Todavia, contemporaneamente, as mudanças na sociedade ocorrem de forma muito acelerada em comparação com épocas passadas e as demandas sociais estão, cada vez mais, exigindo um Estado mais ativo na concretização de direitos e garantias previstos constitucionalmente.

Com cada poder preocupado, cada dia mais, mais com o exercício de funções atípicas do que com as típicas, acaba ocorrendo morosidade e até abstenção no dever de obediência às suas atribuições constitucionalmente estabelecidas. Observa-se um Legislativo muito preocupado com a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito; o Executivo, de acordo com o Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC, apresentado por Sardinha, Costa (2007), ultimamente tem sido o que mais teve leis sancionadas como de sua autoria, como exemplo, no ano de 2006, de cada dez leis sancionadas sete foram desse poder. E, ainda, o Judiciário, que passou a legislar emitindo julgados

com a finalidade de suprir vácuos normativos existentes em determinados direitos previstos.

Portanto, o princípio da separação das funções estatais, como estabelecido pela nossa Constituição, não pode ser visto na sua feição clássica e tradicional. As tarefas previstas na Carta Magna para serem desempenhadas por cada poder do Estado exigem o redimensionamento da visão comumente difundida por esse princípio, a fim de que as funções exercidas tenham o alcance de serem independentes, equilibradas e harmônicas entre si.

Vale ressaltar que, por meio da separação/tripartição dos poderes, a jurisdição constitucional ganhou força, e que pelo ente chamado de Tribunal Constitucional (Poder Judiciário), o qual tem como fórmula a busca pelo equilíbrio entre os demais poderes, realiza-se a guarda da carta constitucional.

2 Jurisdição constitucional

A jurisdição é indispensável para composição e fortalecimento do Estado de Direito, visto que contribui para o respeito às leis positivadas. Ao mesmo tempo em que se alcança a efetividade das normas estabelecidas, fortalecendo o Estado, estabelece-se a concretização de direitos quando devidamente exercida pelo Judiciário. De acordo com Lenza (2013, p. 629, grifo do autor): “[...] a jurisdição no Brasil é *una* (ou seja, a definitividade só é dada pelo judiciário) e *indivisível*, exercida pelo Judiciário nacionalmente (um só poder, materializado

por diversos órgãos, federais e estaduais)”. Uma definição de jurisdição é dada por Didier Júnior (2009, p. 67):

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/ protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 67).

Após essa breve exposição do conceito de jurisdição, é interessante ressaltar que do princípio da supremacia da Constituição, presente no Estado Democrático de Direito, emana a necessidade de elaboração de mecanismos de proteção da Lei Maior, entre eles figura o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, por meio de uma jurisdição constitucional.

2.1 O Poder Judiciário brasileiro

O Poder Judiciário desempenha, como papel típico e principal, a função jurisdicional, dirimindo com força definitiva todos os conflitos submetidos ao seu exame. Faz isso por meio de aplicação do direito objetivo às lides que chegam ao seu conhecimento, cooperando, assim, para a pacificação e estabilidade das relações sociais.

Importante papel tem o Poder Judiciário, em conjunto com a sociedade, como mecanismo de concretização das normas constitucionais. De acordo com o entendimento de Lenza (2013, p. 71), as novas perspectivas do Judiciário em relação à utilização das técnicas do mandado de injunção e da ação direta

de inconstitucionalidade por omissão (no que se refere às normas programáticas) vêm consagrar a importante figura, que será estudada mais à frente, do ativismo judicial.

No que se refere à hermenêutica constitucional, o Judiciário, sob a ótica do neoconstitucionalismo, tem objetivado concretizar os direitos previstos na Carta Magna. Cabe ressaltar o conceito deste método de interpretação adotado pelo nosso Judiciário, assim, Écio Oto Ramos Duarte (2000 apud LENZA, 2013, p. 71) define o neoconstitucionalismo: “[...] partindo de uma nova visão da Constituição, buscando dar a ela sentido e, assim, superando o seu caráter meramente retórico, encontrando mecanismos para a real e efetiva concretização de seus preceitos”.

A importância de um Poder Judiciário independente para a garantia de um Estado Democrático de Direito pode ser facilmente verificada pelo exame de inúmeros dispositivos da Constituição, como dos artigos 93 e 95 da Constituição e da expressa garantia de autonomia administrativa e financeira desse Poder (art. 99 da CRFB/88).

Dessa forma, foram atribuídas garantias ao Judiciário, reservando-lhe importantíssimo papel no cenário da tripartição de poderes e assegurando a independência desse órgão, que pode decidir livremente, sem se persuadir por qualquer tipo de pressão que venha dos outros poderes. De acordo com Silva (2012, p. 502), as garantias se dividem em: institucionais, que visam proteger o Judiciário como um todo, como instituição (essa garantia subdivide-se, ainda, em garantias de autonomia orgânico-

-administrativa e garantias de autonomia financeira); e funcionais ou de órgãos. Essas objetivam assegurar a independência (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e a imparcialidade dos membros pertencentes ao Poder Judiciário, assim como as vedações, previstas tanto em razão do próprio titular como em favor da própria instituição, como exemplo cita-se a vedação de receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processos, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

O Judiciário, com a promulgação da CRFB/88, aumentou sua área de jurisdição, pois passou a ser provocado com mais frequência a julgar questões referentes às políticas públicas e aos atos legislativos. Isso ocorreu em razão, principalmente, das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, dos posicionamentos ilegais, da inobservância de metas constitucionais, bem como dos deveres e dos direitos estipulados pela Constituição que, muitas das vezes, requerem que se saia da abstração e caminhe para a devida concretização.

Por conseguinte, o Judiciário brasileiro tem adquirido função de poder político. Frequentemente, assuntos polêmicos e desafiantes têm sido discutidos no STF, consequência da legitimação da nova postura do Judiciário. Dessa maneira, questões cada vez mais complexas estão sendo sujeitas a sua apreciação, como fidelidade partidária, pesquisas com células-

tronco embrionárias, direito de greve dos servidores públicos, dentre outras de repercussão nacional e internacional.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã, quando versa sobre os direitos fundamentais da pessoa humana, dispõe que a cidadania e a dignidade das pessoas estão entre os principais valores a serem protegidos em um Estado Democrático de Direito.

As demandas de um Estado Social Democrático acabaram por trazer para a sociedade brasileira uma conscientização da necessidade do exercício da cidadania, despertando o interesse pelas questões da nação. O Estado necessita garantir a possibilidade da efetivação dos princípios democráticos previstos na Constituição. Assim, o Judiciário, com uma postura de intérprete, adotando um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, maximizando o significado e alcance de suas normas, indo além do legislador ordinário, acaba praticando o chamado ativismo judicial.

Atualmente, a posição do juiz normativista, decidindo apenas amparado na vontade do legislador, na literal interpretação das leis, o chamado juiz “boca de lei”, não mais satisfaz o cidadão do Estado Democrático de Direito (assunto a ser tratado no próximo capítulo), que deseja familiarizar-se com a lei, entender o julgamento do juiz, compreender o que ele fala e, primordialmente, avistar a justiça real nas decisões judiciais.

2.2 Perspectivas do Estado Democrático de Direito e da democracia

O Estado de Direito, em seu início, era um conceito tipicamente liberal, daí falava-se em Estado Liberal de Direito, cujas características principais eram: submissão ao império da lei, divisão de poderes e enunciado e garantia dos direitos individuais. A compreensão liberal do Estado de Direito serviu de apoio aos direitos do homem, transformando os súditos em cidadãos livres. Entretanto, ela se tornou insuficiente, necessitando evoluir com a adição de conteúdo novo chamado Estado Social de Direito, pois, de acordo com Silva (2003, p. 115) o Estado liberal com o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo resultou em grandes injustiças. Assim, os movimentos sociais acabaram revelando a insuficiência das liberdades burguesas e a necessidade da justiça social. Em relação à finalidade do Estado democrático de Direito, Martins, Mendes e Nascimento (2012, p. 1125, grifo do autor) esclarecem o seguinte: “O Estado Democrático de Direito existe para *promover o bem comum*, que são as condições necessárias para que cada pessoa integrante da sociedade politicamente organizada possa atingir os seus fins existenciais lícitos”.

Conforme lição de Santos, Balestrin (2011, p. 464-465), após a criação das Constituições Dirigentes, ocorreu uma enorme tensão de poderes entre as três esferas políticas. Dessa forma, surgiu o *check and balances*, sistema em que a jurisdição constitucional entrega à Corte Constitucional a tarefa de regular

os demais poderes. Essa regulação é realizada por intermédio do controle de constitucionalidade e dos atos administrativos, nominada pelos americanos de *review of legislation*, assim sendo, junto à Democracia Substantiva, faz surgir o ativismo judicial, assunto em voga neste artigo.

A nossa Constituição, ao qualificar o Estado como democrático, propaga os valores da democracia por todos os elementos constitutivos do Estado, inclusive, sobre a ordem jurídica. O Direito, desta forma, no entendimento de Silva (2003, p. 119), fica imantado por esses valores, enriquecendo-se dos anseios populares e terá a necessidade de ajustar-se ao interesse da coletividade.

Em uma sociedade que ainda não compreendeu as normas centrais do Estado Democrático de Direito em sua plenitude, o grande desafio é internalizar o juízo da censura ao espírito dos operadores jurídicos, o que, de um lado, abarca uma atuação negativa, baseando-se em limpar o sistema de toda norma inconstitucional e de outro, uma atuação positiva, ou melhor, ativista propensa a suprir as omissões inconstitucionais da ordem jurídico-positiva.

Desta maneira, evidencia-se o Judiciário exercendo um papel criativo naquilo que diz respeito à efetivação das políticas públicas, muito relacionado ao fenômeno da judicialização da política, assunto que será abordado no próximo tópico.

2.3 Judicialização da política

A origem do termo *judicialização da política* pode ser verificado na obra *The Global Expansion of Judicial Power*, na qual seus autores, Tate e T. Vallinder (1995, p. 13) o conceituaram como: “[...] a intromissão dos procedimentos judiciais e das cortes nas arenas políticas, local em que, anteriormente, não residiam.” Dissertaram, ainda, sobre as condições para ocorrência desse fenômeno de expansão do Poder Judiciário, que, para eles, advêm da relação inevitável estabelecida entre o Direito e a Política.

O Poder Judiciário, no Brasil, passou por uma virtuosa ascensão institucional, desempenhando um papel político juntamente com o Legislativo e o Executivo. Essa circunstância conduziu para uma grande mudança na relação da sociedade com as instituições jurídicas, determinando reformas estruturais e levantando questões complexas com relação à abrangência dos poderes do Estado. Especialmente, se esta atuação política não estaria afrontando, inclusive, o princípio da separação dos poderes.

Como primeira das causas do fenômeno da judicialização da política, pode-se citar o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como componente imprescindível para as democracias contemporâneas. A segunda causa revela-se pelo certo desapontamento com a política majoritária, em virtude da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos de um modo geral. Uma terceira causa a ser pontuada, encontra-se nos atores políticos que, habitualmente, preferem que o

Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, principalmente o Supremo Tribunal Federal.

Barroso (2013, p. 410) expõe alguns fatores que levaram a este fenômeno:

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final (BARROSO, 2013, p. 410).

Esse autor enumera, ainda, alguns dos temas e casos que foram levados recentemente à apreciação do Supremo Tribunal Federal: a) políticas públicas – assuntos relativos à Reforma da Previdência e à Reforma do Judiciário; b) relações entre poderes – atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e a atuação do Ministério Público no que se refere à investigação criminal; c) direitos fundamentais: pesquisas em células-tronco embrionárias; d) questões do dia a dia das pessoas: reajustes de planos de saúde e transporte coletivo.

Analisando os exemplos acima expostos, percebe-se que, diferentemente dos métodos de atuação e de argumentação que são jurídicos, a natureza da função do STF é política. Entretanto, a separação entre Direito e Política tem sido observada como fundamental no Estado Democrático de Direito. Para Barroso (2013, p. 418), “Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora

o primado da lei (*the rule of Law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”.

Verifica-se, principalmente em relação à implementação das políticas públicas, a melhor exemplificação da ocorrência da judicialização da política com a expansão dos procedimentos e da influência do Poder Judiciário em áreas que anteriormente se destinavam ao Executivo e ao Legislativo.

Entre outros fatores que contribuíram para a judicialização da política, citam-se as mudanças que levaram a ampliação do acesso à justiça e as alterações para a adequação do sistema judicial, como as ações coletivas e os meios alternativos de soluções de conflitos.

Judicialização refere-se à ocorrência de situação em que questões importantes para a sociedade, do ponto de vista político, social ou moral, estão sendo resolvidas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Compreende-se, portanto, que acaba ocorrendo uma transferência de poder para as instituições judiciais, em prejuízo das alçadas políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Para Martins, Mendes e Nascimento (2012, p. 3266): “ocasiona a emergência do Judiciário com um novo status, oferecendo-se este na categoria de novo polo produtor da norma jurídica, sempre com a meta de preservar e concretizar democracia plasmada na Constituição”.

Observa-se, sobretudo após a Segunda Guerra mundial, o processo de estruturação de um constitucionalismo democrático, em que, na maioria dos países ocidentais, levou a justiça

constitucional a progredir sobre a área da política majoritária. Isso acontece, principalmente, em relação às atuações bem ativas das Cortes Constitucionais nos mais variados assuntos que ganharam proteção na Carta Magna. Essa participação decisiva da Corte Suprema nos rumos da sociedade, especialmente, demonstrando a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, é bem analisada nos ensinamentos de Barroso:

[...] o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais – que a maioria dos jornais não tem, embora seja uma boa idéia –, mas nas seções de política, economia, ciências, polícia (BARROSO, 2009a, p. 2).

Inclusive, em relação às causas do fenômeno da judicialização, o autor ainda informa que elas são múltiplas, umas sendo a expressão de uma tendência mundial e outras relacionadas ao modelo institucional brasileiro. Estas últimas são exemplificadas por Barroso (2009a, p. 3) em três causas: a primeira grande causa foi a redemocratização vivida pelo país, principalmente com a promulgação da Constituição de 1988; a segunda foi a constitucionalização abrangente, já vista anteriormente; e a terceira e derradeira causa da judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais amplos do mundo.

Após a visualização do cenário do fenômeno da judicialização da política traçado anteriormente, percebe-se que praticamente qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. Então, no próximo ponto do trabalho, faz-se necessária uma abordagem mais detalhada da atuação de nossa Suprema Corte.

2.4 Atuação do Supremo Tribunal Federal (STF)

A Constituição de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, a incumbência precípua de guardião da Constituição. A principal via de atuação do Supremo Tribunal Federal é por meio do controle de constitucionalidade. Consequentemente, compete-lhe desempenhar, em última instância, o controle difuso de constitucionalidade e, exclusivamente, o controle concentrado de constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

Após a Emenda Constitucional 45/2004, o STF dispõe, também, do poder de editar súmulas vinculantes com a finalidade de aferir a validade, a interpretação e a eficácia de norma determinada, sobre a qual paire controvérsia entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública, de acordo com o artigo 103-A, § 1º, da CRFB/88.

Com o intuito de evitar a reiteração de feitos ao STF, sob a forma de recurso extraordinário, o que acabaria por privá-lo de exercer sua atividade específica, estabeleceu-se, no artigo 102, § 2º, da CRFB/88, que, no recurso extraordinário, o recorrente

deve demonstrar a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso.

A postura do STF em relação à sua forma de se posicionar e atuar frente às determinações constitucionais é bem observada nos ensinamentos de Martins, Mendes e Nascimento (2012, p. 3564), que dispõem o seguinte:

A atual composição do STF bem compreendeu que o Tribunal deve ser outro após a Constituição de 1988, pois a opção por um paradigma principiológico reclama um protagonismo singular de parte dos órgãos judiciais. A Corte se inclina para o reconhecimento de que há uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tanto que não é insólito convocar audiências públicas e prestigiar a instituição do *amicus curiae* em casos polêmicos, dos quais a sociedade já se inteirou e pretende manifestar sua posição (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2012, p. 3564).

O STF, provido de jurisdição constitucional, está responsável pela defesa, realização e efetivação da Constituição, por meio da interpretação e da aplicação de normas constitucionais. Para isso, Hesse (1998, p. 423) estabelece os seguintes parâmetros:

[...] manutenção da unidade política, ao julgar os conflitos de competência entre as diversas esferas políticas estatais, promovendo a defesa da Constituição. Na apreciação das tarefas da Jurisdição constitucional destaca a tutela dos direitos fundamentais como atributo de sua essencialidade (HESSE, 1998, p. 423).

Os atos ou decisões políticas não possuem imunidade se eles atingem ou ameaçam direitos individuais, assim é o entendimento

da Suprema Corte. Destaca-se o momento da chegada da doutrina das questões políticas ao Supremo Tribunal Federal, segundo as palavras de Mendes e Branco (2012, p. 1247):

A doutrina das questões políticas chegou ao Supremo Tribunal Federal com o famoso e polêmico julgamento do HC 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1892. Em sua petição inicial, Rui Barbosa defendeu, amparado na doutrina norte-americana da *political questions*, criada por influência da decisão do *Justice Marshall* no célebre caso *Marbury vs. Madison*, [...] (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1247).

Ainda sobre esse caso da justiça americana, discorre Rodrigues (2002 apud MENDES; BRANCO, 2012, p. 1247) que se, por um lado, os casos tocam interesses políticos, por outro, abarcam direitos individuais, não sendo imunes à intervenção dos tribunais, esteio da liberdade individual contra as invasões do Executivo. Complementa Rodrigues (2002): “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça”.

A abstenção de uma atuação do STF, em questões políticas, não se justifica pela simples afirmação de que tal questão é meramente política ou jurídica, tendo em vista tamanha a dificuldade de se estabelecer essa divisão. Mendes e Branco (2012, p. 1247–1251) a esse respeito:

Apesar de que, muitas vezes, é tarefa demasiado complicada precisar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não política, tal fato não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do

cumprimento de seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1251).

Ponto relevante é a pretensão de se conseguir a autonomia do Judiciário e do Direito em relação à Política; pois, a atuação do Judiciário não se reserva apenas a resolver conflitos entre particulares, mas a sua competência, prevista constitucionalmente, engloba os litígios em geral. Pode-se citar, por exemplo, quando ocorrem disputas que envolvem a legitimidade de atos estatais ou quando as partes são outros órgãos de poder. Barroso (2013, p. 421) cita como exemplos dessas situações quando o STF declara que a cobrança de um tributo é inconstitucional, quando determina a suspensão de uma obra pública para preservação ambiental ou quando estabelece que seja realizado um tratamento experimental em paciente que fez tal solicitação em juízo. Assim, para Barroso (2013, p. 421): “Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde”. Verifica-se, então, que o Supremo Tribunal Federal goza de uma posição de superioridade na definição do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois, em virtude de ser dele a função de dar a decisão final, vinculando os demais órgãos do poder (Legislativo e Executivo), esta *supremacia judicial* configura, de certo modo, exercício de poder político.

Assim, para a atuação judicial ficar imune à influência inadequada da política, procura-se utilizar dois fortes instrumentos:

as garantias previstas ao Judiciário, como a sua independência em relação aos órgãos políticos governamentais, e o apoio a sua atuação vinculada ao direito previsto na Constituição e nas leis. A esse respeito Barroso (2013, p. 421) esclarece:

Órgãos judiciais, ensina o conhecimento convencional, não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. A atividade de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão especificidade à ciência do direito ou dogmática jurídica. Este, portanto, o discurso padrão: juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica (BARROSO, 2013, p. 421).

Dessa forma, a atuação do Judiciário, por meio de seus juízes e tribunais, é exercida de acordo com a Constituição e as leis, não cabendo a eles criar o direito sem embasamento algum. Barroso (2013, p. 422) ensina, inclusive, que: “Ainda quando desempenhem uma função criativa do direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo”. Essa atuação criativa do STF acaba por ser questionada em relação à afronta ao princípio da separação dos poderes, em que a questão da prática ou não de um ativismo judicial excessivo se tornou um assunto muito relevante nos dias atuais. Assim, será mais bem estudado, neste próximo capítulo do artigo, o fenômeno chamado ativismo judicial.

3 O ativismo judicial

O ativismo judicial tem sido observado com certa preocupação por estudiosos do Direito e pela sociedade como uma provável ameaça à democracia, principalmente, quando confrontado com o princípio da separação dos poderes. Esse princípio é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que a Constituição Federal consagrou como cláusula pétrea. Entretanto, a omissão dos demais poderes no exercício de suas principais atribuições e a demanda pela concretização dos direitos previstos constitucionalmente acabam suscitando uma presença mais ativa do Poder Judiciário, criando, assim, uma celeuma em relação a este tema.

3.1 Origens e conceito

A expressão ativismo judicial foi cunhada nos Estados Unidos, de acordo com Kmiec (2004 apud BARROSO, 2012, p. 1024) e empregada pela primeira vez em 1947 em um artigo da Revista *Fortune* pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., comentando as linhas de atuação da Suprema Corte americana na época do *New Deal*. Essas linhas de atuação eram duas: uma com a liderança dos juízes Douglas e Black, que compreendiam ser possível que a Suprema Corte pudesse realizar a efetivação de políticas públicas com o fim de promover o bem-estar social, tendo por esteio as concepções políticas dos juízes. Essa é a linha identificada na prática do ativismo judicial. A outra linha de atuação, liderada por Jackson e Frankfurter, entendia que

caberia apenas uma postura de autocontenção judicial, colocando as políticas públicas sob responsabilidade dos poderes investidos por critério eletivo. O historiador Schlesinger conseguiu detectar imediatamente a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento de sua cientificidade. A respeito desse período, Barroso (2012, p. 1024) expõe o seguinte:

Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial (BARROSO, 2012, p. 1024).

No Brasil, tal fenômeno é mais recente e a atenção da doutrina brasileira com a elaboração dos primeiros textos começou depois da Constituição de 1988. Atualmente, já há diversos precedentes de postura ativista do Judiciário expressas por diferentes linhas de decisão.

O conceito da expressão *ativismo judicial* é bem demonstrado por Santos e Balestrin (2011, p. 473):

Ativismo Judicial apresenta-se como uma teoria nascida juntamente com o Estado Democrático de Direito e os Tribunais Constitucionais, onde o Poder Judiciário por meio de suas decisões passa a criar direito, tornando-se um poder de grande aceitabilidade social, sendo que foi legitimado pelo Poder Constituinte Originário, e deteve a bênção de se tornar o Guardião das Constituições, onde não passa a ser tratado como mera boca da lei.

Por isso as suas decisões têm cunho com alta carga política, que afetam por vezes políticas públicas ou também as esferas públicas (SANTOS; BALESTRIN, 2011, p. 473).

Nessa definição, observa-se a relação intrínseca entre o ativismo judicial, o Estado Democrático de Direito e os Tribunais Constitucionais, em que a Constituição prescreve a linha de atuação do Judiciário, garantindo a ele a possibilidade de não apenas exercer uma jurisdição mecânica, mas de potencializar o seu alcance de forma criativa.

Barroso (2012, p. 1024) por sua vez, define:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2012, p. 1024).

Em outra obra, Barroso (2012, p. 6) também acrescenta que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 6).

Em suas definições, Barroso entende que o Judiciário, por meio do ativismo judicial, exerce uma maior atividade

jurisdicional em prol da concretização dos fins constitucionais, atuando, inclusive, em esfera reservada inicialmente aos outros poderes, que, por inércia, acabam criando vácuos normativos. E, ainda, protegendo a Constituição da atuação dos outros poderes (Legislativo e Executivo) quando há prática de atos que atentam contra os preceitos constitucionais.

Cardoso (2011) preceitua também desta forma:

O ativismo judicial (ou a judicialização da política) pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na “criação” de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, etc.) (CARDOSO, 2011, p. 1024).

Essa definição trazida por Cardoso tem um caráter bem pós-positivista, em que a utilização de princípios se faz necessária, tendo em vista a variedade de situações que acabam sendo trazidas à apreciação do Poder Judiciário, e que, muitas das vezes, ainda não foram positivamente expressas, mas requerem do Judiciário não abster-se de dizer o direito. Para isso, valer-se-á o juiz dos princípios gerais do Direito.

Essas definições apresentadas acabam por evidenciar o teor positivo da prática de um ativismo jurídico exercido dentro da previsão constitucional. Esse teor positivo baseia-se no Judiciário, quando demandado, procurando suprir, em suas decisões, as omissões apresentadas na atuação deficiente dos outros poderes, que ficam especialmente envolvidos com questões que não aquelas precipuamente previstas na Constituição como suas.

O ativismo judicial é distinto de judicialização da política, assunto abordado anteriormente. Para esclarecer essa dessemelhança, Barroso (2009a, p. 6) aponta as seguintes diferenças entre eles:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...]

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2009a, p. 6).

A diferenciação restou caracterizada pelo fato de que, na judicialização, o Judiciário é obrigado a agir e no ativismo judicial há a opção por expandir a potencialidade da norma da Constituição.

O ativismo judicial possui dois eixos, o procedimentalista e o substancialista. O primeiro entende que o Direito não deve

invadir o campo político e, de acordo com Santos e Balestrin (2011, p. 474-476):

[...] este só vem a gerar problemas, sendo assim, estabelece-se o direito dos preceitos de justiça, liberdade e igualdade.

[...]

Nesta teoria o Poder Judiciário é visto como mero fiscalizador da lei, voltando-se ao Estado Clássico de Direito, fundado em um “governo das leis”, onde nenhum dos poderes pode intervir diante da esfera do outro (BALESTRIN, 2011, p. 474-476).

Daí entende-se que a posição adotada pelos procedimentalistas acaba por se ater a um rigor excessivo junto ao princípio da legalidade, em que, ao Legislativo cabe, somente, criar as leis, sendo o melhor representante da sociedade democrática. Já quanto ao Judiciário, o juiz deve ser sobremaneira racional, sendo mero aplicador das leis, silenciando-se em relação às ações dos demais poderes. Contudo, o segundo eixo, o substancialista, compreende que ao Judiciário é permitido criar o Direito com decisões criativas. Santos e Balestrini (2011, p. 477) assim discorrem sobre o ativismo substancialista:

Portanto, o Ativismo Judicial Substancialista admite a invasão da política no direito, contrariamente a que afirma os Procedimentalistas. Sendo assim, os Juízes devem aplicar a Constituição de forma dinâmica, por meios de argumentos políticos, tratados estes como questões de princípios de moral e de política (SANTOS; BALESTRINI, 2011, p. 477).

Assim, esse posicionamento entende que ao Poder Judiciário é permitido aplicar decisões judiciais com forte cunho político, objetivando resguardar os direitos fundamentais.

3.2 O ativismo judicial no Brasil

No Brasil, o ativismo judicial só ganhou expressão a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988. Ocorreu uma constitucionalização de diversos assuntos e uma judicialização da política. O contexto sociopolítico do Brasil, somado a uma Constituição dirigente eivada de valores, autoriza a reestruturação do papel do Judiciário, com a consequente judicialização da política, relacionada inicialmente ao Legislativo ou ao Executivo, em favor da garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

O nosso constituinte estabeleceu um modelo de constituição analítica, com muitos conceitos abertos e também ecléticos, pois abordou em seu texto os mais variados assuntos. Essas características da Constituição acabam fazendo com que o Poder Judiciário seja solicitado para dar sentido a essas normas com enunciados abertos. Acrescentam-se a isso casos em que é preciso garantir direitos fundamentais que não possuem previsão legal para lhes fornecer a regulamentação devida. Dessa maneira, o Judiciário preenche as lacunas deixadas pelo legislador ordinário, acarretando, assim, uma atuação de feição política e criativa no caso concreto.

O ativismo acaba por ser um modo de se expandir o sentido e o alcance da Constituição. Barroso (2012, p. 1028) explica o porquê da ocorrência e instalação desse fenômeno no Brasil: “[...] em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

O cenário exposto acima por Barroso tem gerado, cada vez mais, o acionamento do Judiciário para suprir essa omissão inconstitucional.

A falta de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais gera omissão inconstitucional suscetível a controle judicial. Para Martins, Mendes e Nascimento (2012, p. 234):

Este controle pode ser acionado em sede de ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas dignitate* ou exercício do direito de ação, demandando do magistrado a coragem necessária à proteção e à efetivação das políticas públicas de proteção aos direitos fundamentais (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2012, p. 234).

A tão verificada omissão inconstitucional impõe ao Poder Judiciário a obrigação de condenar o poder omissor em obrigação de fazer. Tratando-se de omissão executiva, atua como *administrador positivo*; tratando-se de omissão legislativa, a partir do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, a utilização do ativismo judicial por parte do Judiciário há de ser realizada de maneira cautelosa. Nas palavras de Barroso (2008, p. 19), “[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”.

Na conjuntura da sociedade brasileira, em que existe uma atuação deficiente dos Poderes Executivo e Legislativo, responsáveis pela implementação e concretização de direitos constitucionalmente previstos, destaca-se a posição *ativista* adotada pelo Supremo Tribunal Federal na busca por suprir as carências que lhe são trazidas à apreciação. Assim, abordar-se-á especificamente essa atuação no tópico a seguir.

3.2.1 O ativismo judicial praticado pelo STF

O Supremo Tribunal Federal é o precursor do ativismo judicial no Brasil, sendo acompanhado pelos demais órgãos de cúpula do Poder Judiciário. O STF tem ocupado uma posição de destaque no cenário nacional, tendo em vista a incumbência central que envolve a tomada de decisões sobre as mais variadas questões relacionadas às políticas públicas, refletidas na vida cotidiana da sociedade.

O papel destacado desempenhado pelo STF também foi abordado por Barroso (2009a, p. 1):

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira.

[...] A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade (BARROSO, 2009a, p. 1).

Alguns fatores justificam essa postura mais ativista do STF, como os citados por Puccinelli Júnior (2012, p. 156):

A linguagem e a abertura do texto constitucional, permeado por princípios e termos vagos e polissêmicos, reforçam a necessidade de substituir o paradigma conservador por uma postura hermenêutica que agregue racionalidade à atuação dos intérpretes, numa linha evolucionar verdadeira guardiã e obsequiosa da supremacia constitucional (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012, p. 156).

A nova postura hermenêutica adotada pelo STF justifica-se por ser a norma constitucional o alicerce de validade último de todas as outras normas do sistema jurídico (inicialmente fundante). Nas palavras de Puccinelli Júnior (2012, p. 156), a Constituição necessita de: “tratamento interpretativo mais apurado, já que a identificação do sentido e alcance de uma de suas normas pode implicar o afastamento de um preceito infraconstitucional incompatível com esse novo significado”.

A postura do STF como intérprete final da Constituição tem que objetivar extrair o máximo das potencialidades que a

Magna Carta procura resguardar, especialmente naquilo que se refere à dignidade da pessoa humana, princípio alçado à posição de destaque nas constituições democráticas após, principalmente, a Segunda Guerra Mundial. Em relação à postura adotada pelo STF, Puccinelli Júnior (2012, p. 156) estabelece:

Nesse contexto, digna dos elogios mais fervorosos é a dinâmica atuação do STF, que, como intérprete final da Constituição brasileira, vem se divorciando de um modelo meramente contemplativo para protagonizar firme defesa da efetividade e expansividade do texto magno (ativismo judicial), de modo a pautar discussões de há muito pendentes e rever soluções insatisfatórias conferidas a institutos constitucionais num passado recente, como exemplificam os casos de liberação de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias e redefinição dos efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção (PUCCINELLI JUNIOR, 2012, p. 156).

A mudança dos efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção, como mencionado no texto acima, foi uma verdadeira inovação da jurisprudência anterior, que dava interpretação restritiva ao mandado de injunção. Anteriormente, o STF se limitava a declarar a existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Entretanto, com a mudança de sua postura, passou a adotar uma sentença com perfil normativo e substitutivo, impondo conteúdo normativo integrativo ao realizar a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

Nesse mesmo entendimento, as palavras de Medeiros (1999, p. 493):

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito. O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas (MENDEIROS, 1999, p. 493).

Outro fator que contribui para a ocorrência do ativismo judicial na Suprema Corte, é o fato de os outros poderes deixarem a cargo do Judiciário a palavra final em certas questões polêmicas com o intuito de evitar o próprio desgaste na deliberação desses temas. Nesse sentido, Vieira, Camargo e Silva (2009, p. 44):

Em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, tais como a abertura dos arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, aborto, entre outros, têm os seus custos políticos estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões (VIEIRA; CAMARGO; SILVA, 2009, p. 44).

A importância de se estabelecer um Judiciário forte e independente acarretou a ascensão institucional dos tribunais e juízes. Ao mesmo tempo, a frustração com a política majoritária, quer pela crise de representatividade, quer pela deficiência do Congresso em relação à sua operacionalidade, igualmente concorreu para essa “crise” da separação dos poderes.

3.3 O ativismo judicial e sua relação com a separação dos poderes

A relação entre os poderes encontra-se em voga muito em virtude das atividades atípicas realizadas por cada um deles, como podemos verificar na lição de Ramos (2010, p. 30):

Em manifestação veiculada por prestigioso órgão de imprensa, o Presidente do Senado e do Congresso Nacional expressou o desconforto institucional do Poder Legislativo brasileiro diante de práticas adotadas pelos outros Poderes que lhe ameaçam a primazia no desempenho de uma de suas funções primordiais, a de legislar. De fato, não se ignora que o Congresso se encontra pressionado, de um lado pelo Poder Executivo, mercê da edição desenfreada de medidas provisórias com força de lei, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, e, de outro, por recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que teriam transposto os limites da lúdima atividade jurisdicional que lhe compete exercer (RAMOS, 2010, p. 30).

Uma República é, de fato, assim considerada quando baseada no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, segundo a lição de Canotilho (2002, p. 248-250). A Constituição é o mais importante componente na conexão entre Política e Direito, pois converte o poder constituinte originário, que é energia política em estado quase puro originada da soberania popular, em poder constituído, que são as instituições do Estado, submetido à legalidade jurídica. Cabe à Constituição instituir os poderes do Estado, partilhando competências diversas. Assim, o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) determina como Poderes da República, independentes e harmônicos entre

si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Dessa maneira, este artigo vem consagrar o princípio da separação dos poderes ou, também, princípio da divisão funcional do poder do Estado.

A teoria da separação dos poderes foi erigida por Montesquieu (2000). Reconhecidamente, ele foi o primeiro filósofo a sustentar que o exercício das diferentes funções estatais, legislar, administrar e julgar, deve ser atribuído a órgãos distintos. Isso foi vivenciado por ele durante a monarquia francesa, à qual era ferrenho crítico, devido à centralização de poder nas mãos de apenas uma única pessoa, o rei. Segundo Hamon, Troper, Burdeau (2005, p. 87) “a separação dos poderes” é antes de tudo um princípio de técnica constitucional destinado a evitar o despotismo e a garantir a liberdade.”

Atualmente, a divisão funcional do poder, como técnica que propõe a repartição de seu exercício por órgãos diferentes e independentes, mas não autônomos, reclama uma séria revisão dos seus conceitos primeiros, fazendo-se necessário e urgente que nos dediquemos a reler aqueles clássicos e a refletir sobre uma prática constitucional que descobre, consoante ao sistema de partidos, que a separação de poderes pode se reduzir a mera aparência. E é assim porque, via de regra, os mecanismos da política acabam por enfeixar o poder nas mãos de um mesmo grupo – Executivo e a maioria do Legislativo (FUTTERLEIB, 2012, p. 77-78).

De acordo com a citação acima, e reforçando a evolução do modo de se operar o princípio da separação dos poderes, verifica-se, também nas palavras de Puccinelli Júnior (2012, p. 1021), que no surgimento da era moderna, a tese da total independência

dos órgãos de Estado passou por revisões paulatinas até ser totalmente desmistificada. Realmente, a compreensão de poderes encapsulados e contrários a qualquer forma de ingerência externa dificilmente se ambientaria em uma conjuntura repleta de problemas complexos que pressupõem diálogo e interatividade. Ao que parece, uma separação radical, proscrevendo todas as técnicas de controle recíproco entre os três poderes do Estado, acabaria por torná-los perniciosos e arbitrários, precisamente o que se pretende evitar.

A citação abaixo fala um pouco a respeito do mecanismo de freios e contrapesos presentes na separação de poderes, segundo Saleme (2011, p. 71):

[...] a inexistência de uma separação absoluta entre os poderes; em princípio todos eles possuem funções de outros; assim eles legislam, administram e julgam. A tipicidade se encontra pela simples preponderância de uma função sobre as demais. Por exemplo, o Poder Legislativo tem a função principal de elaborar o regramento jurídico do Estado – é sua função típica, mas também pode julgar seus servidores e o próprio chefe do executivo, exemplos de exercício de atividades típicas do Judiciário, podendo, ainda, julgar seus pares, assim como a edição de decretos autônomos pelo chefe do Executivo é uma função atípica do Poder Legislativo (SALEME, 2011, p. 71).

No desenho institucional brasileiro, com o já mencionado fenômeno da judicialização, temos o ativismo judicial buscando suprir ausências do Poder Legislativo e, por isso, há questionamentos se isso estaria ferindo o princípio constitucional da separação dos poderes. Entretanto, há posições da doutrina que

o aceitam como necessário, como a que se verifica nas palavras de Barroso:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2012, p. 1021).

Verifica-se, na prática, porém, de acordo com o entendimento de Barroso (2008, p.8), que o Poder Judiciário está obrigado a tomar parte na órbita dos demais poderes apenas quando há direito fundamental violado, tendo por obrigação evitar intervenções na definição de políticas públicas, tarefa inerente àqueles que possuem mandato eletivo, pois é por meio deles que o povo exerce o poder e usufrui de autodeterminação.

O artigo 3º da Constituição traz os objetivos fundamentais a serem perseguidos pelo Estado brasileiro e, segundo Paulo e Alexandrino:

Constata-se que esses objetivos têm em comum assegurar a igualdade material entre os brasileiros, possibilitando a todos iguais oportunidades para alcançar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, bem como para autodeterminar e lograr atingir suas aspirações materiais e espirituais, condizentes com a dignidade inerente com a sua condição humana (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 34).

Analisando as palavras acima e situando-as na conjuntura já exposta, como a do nosso Legislativo lento em verificar os

anseios da nação no atendimento de políticas públicas, acaba-se demandando o Judiciário na busca concretização desses objetivos e, uma vez demandado, ele não pode negar-se a dizer o direito. Em relação à colocação de tal problemática na esfera do Poder Judiciário e à questão da separação de poderes, dizem mais Paulo e Alexandrino:

Sabe-se, ademais, que no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, em homenagem ao postulado da separação de poderes, não se encontra a de formular e implementar políticas públicas, atribuição típica dos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, descumprindo os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos de estatura constitucional, inclusive os derivados de normas constitucionais programáticas (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 104).

A efetivação de uma harmonia entre os poderes carece de uma reforma estrutural em nossa Política, a fim de se coadunar com as necessidades estabelecidas em nossa Constituição. Nesse entendimento, Ramos (2010, p. 37) expõe o seguinte:

Nos últimos anos, parece mesmo haver se formado um consenso em relação à premência de uma ampla reforma política, que permita ao Estado brasileiro cumprir eficientemente com a sua missão constitucional, muito embora exista dissenso em relação à natureza e extensão das medidas a serem adotadas. Ora, se é certo, por um lado, que o Supremo Tribunal Federal há de ocupar lugar de destaque em qualquer reestruturação dos Poderes estatais que se pretenda promover, haja vista a centralidade da função de guardião da Constituição que lhe compete exercer no modelo de

Estado Constitucional de Direito, de outra parte, não há como torná-lo imune a críticas deslegitimadoras da parte dos Poderes por ele fiscalizados se não forem claramente estabelecidos os marcos dentro dos quais sua atuação é constitucionalmente autorizada (RAMOS, 2010, p. 37).

Assim, verifica-se a importância do princípio da separação dos poderes sem deixar de se observar o quão fundamental é a participação do Poder Judiciário na efetivação de direitos constitucionais.

4 Conclusão

O comportamento do Judiciário de apreciar ativamente questões complexas resguardadas pela Constituição, conjugado com as atuações omissivas dos demais poderes, acaba por levar ao questionamento se, com a postura ativa desse Poder, estaria havendo um desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

O princípio da separação dos poderes, como pensado pelos teóricos da primeira idade do constitucionalismo, procurava combater o absolutismo e garantir, principalmente naquele período, o direito a liberdade com uma atuação negativa do Estado. Entretanto, nos dias atuais, com a presença dos direitos de segunda geração e a necessidade de um Estado social ativo e eficiente, a tese da total independência dos poderes foi desmistificada. Assim, os poderes atuando sem qualquer tipo de ingerência externa não se coadunam com a atual conjuntura complexa, a qual necessita de interatividade entre os poderes para se alcançar o melhor equilíbrio no seu exercício.

Na busca por alcançar uma forma de se evitar o domínio de um poder sobre o outro, a Carta Magna de 1988 manteve os três poderes e estabeleceu que houvesse entre eles uma atuação harmônica e independente. Implantou-se, assim, o mecanismo de freios e contrapesos na separação dos poderes, permitindo que um poder fiscalize a atuação do outro dentro dos limites estabelecidos constitucionalmente.

Todavia, a separação dos poderes, tradicionalmente prevista por alguns doutrinadores, não mais se conforma com a nova realidade de constantes transformações vivenciadas em nossa sociedade. O Estado Democrático de Direito requer uma concretização de direitos, especialmente, aqueles de natureza constitucional, inerentes à dignidade da pessoa humana. Carece-se, dessa forma, de uma readequação do princípio da separação dos poderes, em virtude das realidades constitucionais atuais, para se evitar o absolutismo de determinado poder em detrimento da concretização desses direitos.

A judicialização ocorrida após a promulgação da Constituição de 1988 elevou diversos temas ao *status* Constitucional. Consequentemente, aumentou, sobremaneira, a demanda por justiça na sociedade brasileira, em especial, junto ao STF, na busca pela concretização dos direitos estabelecidos na Carta Magna. Essa procura se justifica muito pela linguagem aberta dos textos jurídicos, caracterizada pela grande presença de normas constitucionais de cláusulas abertas e principiológicas e somada, ainda, à ineficiência dos demais poderes em regulamentá-

-las. A conjugação do fenômeno da judicialização com a omissão inconstitucional levou o Poder Judiciário, por intermédio do ativismo judicial, a buscar suprir o vácuo legislativo, fazendo surgir protestos por parte dos demais poderes que alegam ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Algumas vezes, por falha do próprio Legislativo, o ativismo judicial, lamentavelmente, supre um vazio legislativo proposital. Em razão da dificuldade de aliar opiniões ou diante do temor da opinião pública, algumas matérias são deixadas para serem decididas pelo Poder Judiciário. A atuação criativa e até, por assim dizer, reparadora do Judiciário, em especial do STF, torna-se determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, levando o cidadão a utilizar-se, para isso, da ferramenta do mandado de injunção.

Entretanto, quando ocorre a possibilidade de violação de direito fundamental, descumprindo os encargos político-jurídicos, o Poder Judiciário, quando acionado, encontra-se constitucionalmente obrigado a tomar parte na órbita dos demais poderes, impedindo ofensa ao texto Constitucional. Daí, questionamentos têm sido levantados em relação a essa atuação do Judiciário, em especial da corte constitucional, por esse papel normalmente aludido como contramajoritário. Esse termo é usado quando agentes públicos e órgãos, que não foram eleitos por voto, afastam ou conformam leis criadas pelos eleitos pela vontade popular.

Muitos são os fatores que levaram a uma postura mais ativa de nosso Judiciário, como a letargia do Legislativo em atender aos anseios da sociedade, especialmente no que se refere às políticas públicas. Por conseguinte, a jurisdição constitucional exerce um papel fundamental para a democracia ao servir de instrumento de mediação entre as forças políticas e a guarda dos direitos fundamentais.

Entretanto, há de se destacar que essas decisões do Judiciário, de caráter aditivo, devem ser tomadas pontualmente, não cabendo ao Judiciário usurpar o papel do Legislativo.

Os direitos fundamentais ocupam lugar de destaque nas Constituições presentes nos Estados Democráticos de Direito. A constituição de 1988 assegura ao magistrado pátrio que ele garanta e avalie os direitos estabelecidos no texto constitucional ou, de outro modo, persistiria o padrão *boca da lei*, sem identidade e servil à rigidez da dicção normativa. Observa-se, então, a necessidade do papel do ativismo judicial quando utilizado para ocupar o vácuo deixado pelo legislador. O Judiciário, atuando assim, supre, de maneira adequada e temporariamente, a omissão legislativa diante da ameaça ao não reconhecimento dos direitos fundamentais, quando presentes na lide ou trazidos à sua apreciação, utilizando o espaço necessário para interpretações construtivistas.

Um dos aspectos a ser observado pelo Judiciário, na prática de um ativismo judicial benéfico à sociedade, é permear a sua decisão com os valores prevalecentes no meio social no momento em que ela é prolatada. No entanto, essa decisão deve ser comedida e cautelosa para não ofender a Constituição, que estabelece os limites dessa atuação, e não afrontar o princípio da separação dos poderes, constituindo, assim, uma garantia para a democracia.

Portanto, entende-se, por meio da análise da conjuntura existente em nossa sociedade, que o ativismo judicial legalmente exercido não configurará ofensa ao princípio da separação dos poderes. Assim, quando utilizado dentro dos limites constitucionais e pontualmente, o ativismo judicial é imprescindível para o Estado Democrático brasileiro extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, resguardando, precipuamente, os direitos fundamentais de todo cidadão.

Title: Judicial activism versus the principle of separation of powers

Abstract: The present article seeks to demonstrate the importance of the judicial activism and its relation to the principle of Separation of Powers. One observes the importance of the role played by the judicial activism in the materialization of law in the democratic legal state; in the relation between powers; in the effectiveness of the balance between such powers; and, finally, in the democratic convictions. Considering the phenomenon of the judicialization of politics and of the social relations cultivated in Brazil, due to a variety of reasons, matters of political, social and moral relevance turn out to be primordially discussed in the judicial sphere. Judicialization is a fact, a circumstance of the Brazilian constitutional system, one which brought about the

political activism. This judicial phenomenon may be understood as a stance, as an option for a pro-active and specific manner of interpreting the Constitution, expanding its sense and reach. However, in so doing, the Judiciary is questioned as to whether it would be usurping the legislative function. Usually, the activism establishes itself, what has occurred in Brazil, and, in such scenarios, the Legislative Power withdraws and the political class and the civil society become further and further apart, impeding certain social demands from being satisfied effectively. By means of its dynamic performance, the Supreme Court of Brazil has been distancing itself from a mere contemplative model in order to adopt a staunch defense of both the effectiveness and expansiveness of the constitutional text. Hence, it may well be said that judicial activism is associated to a broader and more intense Judiciary participation in the materialization of the constitutional values and purposes, with a greater interference in the two other powers' sphere of activity.

Keywords: Judicial activism. Separation of powers. Supreme Court of Brazil. Fundamental rights.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. 2012. Disponível em: <http://minhateca.com.br/drivet/CONCURSOS/DIREITO+CONSTITUCIONAL/Lu*c3*ads+Roberto+Barroso*2c+2012.+O+controle+de+constitucionalidade+no+direito+brasileiro,14775249.epub>. Acesso em: 7 nov. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e responsabilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In: Resenha*. Rio de Janeiro: 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas*, Rio de Janeiro, p. 34-40, mai. 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19047>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

FUTTERLEIB, Lígia Leindecke. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: InterSaberes, 2012.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito constitucional*. Tradução de Carlos Souza. Barueri, SP: Manole, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

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

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. 2012. v.1. Disponível em: <<http://minhateca.com.br/Elis.Souares/1+-+Tratado+de+Direito+Constitucional+-+Gilmar+Mendes+e+Ives+Gandra+-+2012,67345524.epub>>. Acesso em: 7 nov. 2014.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Ed. atualizada até a EC n° 53/06. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional descomplicado*. 3. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2010.

PUCCINELLI JUNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 2012. Disponível em: <http://minhateca.com.br/drivet/CONCURSOS/DIREITO+CONSTITUCIONAL/Andre+Puccinelli+Junior+-+Curso+de+Direito+Constitucional+-+1*c2*ba+Edi*c3*a7*c3*a3o+-+Ano+2012,14775260.epub>. Acesso em: 6 nov. 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALEME, Edson Ricardo. *Direito constitucional*. Barueri, SP: Manole, 2011.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; BALESTRIN, Thelleen Aparecida. Ativismo judicial. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/39/43>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

SARDINHA, Edson; COSTA, Soraia. *Executivo é quem mais legisla*. 16 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2007/janeiro-2007/executivo-e-quem-mais-legisla>>. Acesso em: 6 nov. 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Org.). *The global expansion of judicial power*. New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FORUM DE GRUPOS DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DOS DIREITOS, 1., 2009, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro, 2009.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ANDRADE, Rodrigo Silva de. Ativismo judicial versus o princípio da separação dos poderes. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 533-588, 2016. Anual.

Submissão: 9/6/2016

Accite: 26/9/2016