

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

PRISCILA MELO RODRIGUES DE MARIZ

**ATIVISMO JUDICIAL E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE
DA CORTE ATIVISTA**

RECIFE- PE
2018

PRISCILA MELO RODRIGUES DE MARIZ

**ATIVISMO JUDICIAL E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DA
CORTE ATIVISTA**

Monografia final apresentada à Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Sérgio Torres Teixeira

RECIFE-PE
2018

PRISCILA MELO RODRIGUES DE MARIZ

**ATIVISMO JUDICIAL E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DA
CORTE ATIVISTA**

Monografia final apresentada à Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: _____

Prof. Sérgio Torres Teixeira

Examinador(a) _____

Prof(a).

Examinador(a) _____

Prof(a).

RECIFE, ____/____/ 2018

RESUMO

Neste trabalho será analisado o ativismo judicial praticado pela Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal. O ativismo judicial será analisado neste trabalho, demonstrando-se a multiplicidade de sentidos que o termo adota, bem como a dificuldade de se encontrar uma conceituação uniforme para que o tema possa ser discutido da melhor forma possível, razão pela qual será delimitada a concepção adotada para a confecção do presente trabalho. Será explicada a diferença entre ativismo judicial, judicialização da política e autocontenção judicial, bem como será demonstrado como o ativismo judicial e o neoconstitucionalismo se relacionam e este ajudou na expansão daquele no contexto brasileiro. Posteriormente, analisar-se-á a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, através de um breve histórico de como o STF passou de uma atuação pautada no passivismo judicial para uma atuação ativista. Também será demonstrado como a atuação ativista do STF se legitima com a proteção dos direitos e garantias fundamentais, e a relação que o ativismo judicial praticado pela Corte Constitucional tem com o princípio da separação de poderes. Por fim, serão analisados alguns casos da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal em que a Corte foi ativista.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Superior Tribunal Federal; Direitos Fundamentais; Judicialização da Política.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPB – Código Penal Brasileiro

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. ATIVISMO JUDICIAL.....	8
1.1. Contextualização do tema.....	8
1.2. Concepções do termo Ativismo Judicial	8
1.3. Ativismo Judicial e Judicialização da Política.....	12
1.4. Autocontenção ou Autorrestrrição Judicial.....	15
1.5. Neoconstitucionalismo e o ativismo judicial no contexto brasileiro.....	16
2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ATIVISMO JUDICIAL.....	19
2.1. Contextualização do tema.....	19
2.2. A Constituição de 1988 e o <i>empowerment</i> do Supremo Tribunal Federal.....	19
2.3. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal.....	22
2.3.1 Supremo Tribunal Federal ativista e a concretização dos Direitos Fundamentais.....27
2.3.2 Ativismo Judicial do STF ante o Princípio da Separação de Poderes.....	29
3. ATIVISMO JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF.....	35
3.1. Contextualização do tema.....	35
3.2. Uso de algemas e a Súmula Vinculante nº 11.....	35
3.3. Reconhecimento da união estável homoafetiva.....	37
3.4. Descriminalização do aborto em caso de feto anencéfalo.....	39
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial pode ser entendido como a atuação do poder judiciário além dos poderes que lhe são conferidos na esfera jurídica, as decisões judiciais passam a inovar, decidindo sobre temas em que não há previsão legal expressa. No que tange ao Superior Tribunal Federal (STF), este tipo de decisão decorre de uma hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, para decidir sobre questões de grande repercussão que dividem a sociedade, mas que não há previsão no ordenamento jurídico que as resolvam.

O Supremo Tribunal Federal nem sempre teve uma atuação ativista, antes da Constituição Federal de 1988, não tinha força nem independência institucional para atuar, estando à mercê de um Poder Executivo hipertrofiado, que controlava o Supremo de acordo com suas vontades. Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que a Corte Constitucional começou a ganhar força e independência institucional para atuar, ainda exercendo um passivismo judicial por alguns anos. Apenas nos anos 2000 a atuação ativista do STF se torna mais incisiva e passa a ser matéria de debates entre doutrinadores, juristas e, inclusive, leigos.

O objetivo central desse trabalho é mostrar a evolução da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, demonstrando os fatores que favoreceram tal atuação, bem como os casos em que o ativismo judicial praticado pelo STF é necessário e seu limite. Além disso, outros objetivos acessórios podem ser identificados, como a contribuição para a conceituação do ativismo judicial e sua diferenciação de outros fenômenos que ocorrem no ambiente jurídico, bem como a demonstração com casos práticos da jurisprudência da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal.

Para alcançar o objetivo, este trabalho será dividido da forma descrita a seguir. No primeiro capítulo será demonstrada a dificuldade de se conceituar precisamente o termo ativismo judicial, bem como será delimitada a concepção adotada para a confecção do presente trabalho. Ainda no primeiro capítulo se explicará a diferença entre ativismo judicial, judicialização da política e autocontenção judicial, bem como será demonstrado como o ativismo judicial e o neoconstitucionalismo se relacionam e este ajudou na expansão daquele no contexto brasileiro. No segundo capítulo, será demonstrada a trajetória do Supremo Tribunal Federal que ocasionou a mudança de um tribunal passivista para um tribunal ativista. Ainda no segundo

capítulo será abordado o assunto da atuação ativista do STF na proteção e concretização dos direitos e garantias fundamentais, bem como a relação da atuação ativista com o princípio da separação de poderes. Por fim, no terceiro capítulo será demonstrada a atuação ativista do STF com exemplos da jurisprudência recente, acrescentando-se breves comentários acerca do assunto.

A metodologia empregada será a pesquisa bibliográfica, com acesso à doutrina, e pesquisa documental, notadamente com análise jurisprudencial do STF, acrescida de algumas conclusões lógicas.

Importa ressaltar que este trabalho tem por finalidade incandescer o debate acerca do ativismo judicial e da atuação do Supremo Tribunal Federal no Brasil, sem nenhuma pretensão de encerrar o assunto ou de tratar de todos os aspectos relacionados ao tema.

1. ATIVISMO JUDICIAL

1.1. Contextualização do tema

A origem do termo ativismo judicial é atribuída ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., que utilizou o termo *judicial activism* em um artigo de sua autoria intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista *Fortune*, em Janeiro de 1947. Curiosamente, tal artigo foi publicado em uma revista que tratava de diversos assuntos, não sendo especializada em Direito, nem sequer era um artigo de cunho jurídico, conforme Branco (2013, p. 389)

A própria nomenclatura *judicial activism* surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a *Fortune*, 'entre propagandas de whisky e Aqua Velva'. O autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947. Não estava motivado por nenhum propósito de declinar alguma teoria do papel do Judiciário; ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juizes nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais [...]. Tratava-se, pois, de um relato de mexericos com evidente intuito de cativar um público leigo [...].

Apesar de despida de preocupações científicas e marcada pela superficialidade, a expressão ativismo judicial nasceu de forma assistemática, a partir de um artigo publicado em uma revista que não era especializada na área jurídica, e passou a designar (e o faz até hoje) um modo de atuação do Poder Judiciário.

A despeito de sua origem terminológica datar apenas de 1947, o ativismo judicial em si, ou seja, a atuação ativista do Poder Judiciário presente no cotidiano de diversas Cortes Constitucionais espalhadas pelo mundo, antecede a própria origem linguística do termo. Arthur não criou o fenômeno em si, tampouco propôs uma definição para o conceito; apenas tratou de nomeá-lo (RAUPP, 2016, p. 53).

1.2. Concepções do termo Ativismo Judicial

A partir da publicação do artigo *The Supreme Court: 1947* do historiador Arthur Schlesinger Jr., o termo ativismo judicial tornou-se popular, sendo objeto de discussões até hoje, especialmente no âmbito da justiça constitucional, no entanto, tal termo não encontra consenso em torno do seu preciso significado, possuindo multiplicidade de sentidos em torno de seu conceito.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, no livro *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*, diz que “Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como ‘substituto para o excesso judicial’”, e continua:

O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema. Diante desta falta de rigor na definição, parece até que ‘quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado’. Por outro lado, o ativismo judicial tem reais e importantes implicações políticas e sociais, de modo que precisa ser conhecido abstratamente e identificado corretamente. (CAMPOS, 2014, p. 150-151)

Atualmente, quando se fala em ativismo judicial, a primeira impressão que se tem é a de que se está falando do exercício da função jurisdicional além dos limites da competência típica do Poder Judiciário. Tal concepção integra um dos significados dados ao termo, conforme Ramos (2010, p. 129):

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Percebe-se, no significado proposto por Ramos, uma conotação negativa dada ao termo ativismo judicial, visto que considera tal atuação uma desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário. Esta é uma das críticas atribuídas ao ativismo, havendo também doutrinadores que consideram outro elemento que torna o ativismo judicial uma atuação negativa, o elemento volitivo.

É nesse sentido a definição dada pelo francês Antoine Garapon (1998, apud OLIVEIRA et al., 2012, p. 283), de acordo com ele, “O ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”. Também nesse sentido, Oliveira et al. (2012, p. 297-299):

[...] o ativismo judicial exsurge no momento em que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo de forma discricionária [...].

Ao exacerbar os limites da atividade jurisdicional, o magistrado ao decidir, não se baseia em argumentos de direito, mas em suas convicções pessoais, em sua consciência.

Raupp (2016, p. 66) em uma breve síntese a respeito da conceituação do ativismo judicial baseada no elemento volitivo, traduz o termo como

[...] a atuação ilegítima de juízes e tribunais, que, ao invocar, no mais das vezes, o justo detrimento da lei, criam a solução jurídica que entendem (escolhem) adequada, a partir da substituição da legislação democraticamente produzida (Direito) pelas convicções pessoais de mundo (econômica, política, moral, religiosa, etc.), impondo-se aos jurisdicionados e atuando de forma discricionária na construção da decisão judicial, tendo em vista, sobretudo, a volatilidade interpretativa que lhe é conferida; constitui-se, neste sentido, em usurpação de funções.

Tais conceituações trazem uma conotação extremamente negativa ao ativismo judicial, quase que deslegitimando a atuação do Poder Judiciário por estar, de acordo com os doutrinadores supracitados, baseando apenas no elemento volitivo do julgador. Uma atuação ativista geraria uma decisão discricionária, afinal, em tal processo interpretativo, há a prevalência da subjetividade do juiz ou da vontade concreta da Constituição? (RAUPP, 2016, p. 65)

Vanice Regina Lírio do Valle (apud OLIVEIRA, 2015, p. 160-161) expõe cinco principais conceituações do ativismo judicial:

a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanada em outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado.

De acordo com a primeira conceituação, o ativismo seria uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, afinal, de acordo com tal hipótese, o Poder Judiciário invalidaria as escolhas políticas dos outros Poderes. A segunda conceituação supõe um Poder Judiciário que não respeita as decisões anteriores proferidas em casos idênticos, com caráter vinculante. A terceira conceituação traz a ideia de um juiz que extrapola os limites da atividade interpretativa ao exercer função típica do legislador. A penúltima concepção demonstra uma ideia do ativismo judicial como uma atividade hermenêutica que se dá de forma não convencional, ou seja, estranha aos métodos interpretativos normalmente aceitos, afastando-se os cânones metodológicos da interpretação. Por fim, de acordo com a última conceituação, talvez a mais negativa dentre todas elas, o ativismo judicial consiste numa decisão judicial que visa atingir finalidades previamente determinadas, ou seja, o julgado

serviria apenas para atender à vontade do juiz, que faria um malabarismo interpretativo apenas para alcançar um resultado pré-determinado.

As concepções trazidas por Valle também trazem uma conotação negativa para o ativismo judicial, com uma ideia de que tal atuação estaria extrapolando os limites de atuação dados ao juiz, ou considerando que a atuação do juiz é guiada pelo elemento volitivo. A realidade é que não há como conceituar ativismo judicial baseando-se apenas em um elemento, é o que nos traz Campos (2014, p. 163):

A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc. Assumir esta perspectiva transforma a identificação do ativismo judicial em uma empreitada mais completa e segura.

Os juízes, a despeito da posição que ocupam, são seres humanos, influenciados por seus valores e ideais, mas também comprometidos com a lei, sua interpretação e aplicação. A sociedade também muda, e, por vezes, faz-se necessário uma mudança na interpretação do sentido de uma lei, para acompanhar a mudança social, enquanto tal alteração não se dá de forma positivada pelo próprio legislador. O juiz precisa lidar com um ordenamento jurídico que não muda na mesma velocidade que os costumes e valores mudam em uma sociedade, bem como precisam dar respostas à sociedade, resolvendo as lides que chegam aos tribunais, razão pela qual, por vezes, se faz necessária a interpretação expansiva dos textos constitucionais, ou a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, dentre tantos outros tipos de práticas consideradas ativistas.

O professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (apud RAUPP, 2016, p. 59) assim conceitua ativismo judicial:

[...] 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.

Diferentemente da ideia de que se trata de uma atividade jurisdicional exercida de forma atípica, que extrapola os limites da aplicação do Direito e adentra ao campo da atividade legislativa, tal atividade é uma forma de atuação que se revela através de diferentes dimensões. Tais dimensões se mostram na forma de uma nova interpretação constitucional, autoexpansão do poder decisório, falta de deferência aos outros poderes, dentre outras formas, e não pode ser considerado “pura e simplesmente uma atitude deliberada dos juízes, mas sim, que responde a diferentes fatores exógenos e endógenos, mais destacadamente elementos políticos que podem tanto constrangê-lo como utilizá-lo como instrumento de preservação ou mesmo ampliação do poder” (CAMPOS, 2014, p. 97).

Em razão de tamanha divergência doutrinária, urge determinar a concepção de ativismo judicial que será adotada para os fins do presente trabalho. Nesse sentido, a concepção que melhor se enquadra para o objetivo que se busca é a considerada por Ramon Tácio de Oliveira (2015, p. 287):

[...] o ativismo judicial é tomado no sentido de medida que existe para atenuar o hiato entre o ideal político e a realidade constitucional; ocorre para preencher o vácuo deixado pelo legislador em torno do seu papel político apropriado, visando aprimorar a democracia, para afirmar direitos fundamentais.

É visando à resolução de questões cruciais relativas aos direitos fundamentais que o Supremo Tribunal Federal utiliza de “interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais”, interferindo nas “escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes” (CAMPOS, 2014, p. 257).

1.3. Ativismo Judicial e Judicialização da Política

Os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política não se confundem. O ativismo é uma atuação do juiz, um modo de interpretar a norma e aplicá-la, ao passo que a judicialização da política é fato que não depende de atuação do juiz, ocorre independente disto.

O termo judicialização da política trata-se da judicialização de questões relevantes de cunho político, social ou moral, de forma que questões que deveriam ser decididas pelas instâncias políticas tradicionais (Congresso Nacional e Poder

Executivo) acabam indo parar nos Tribunais em virtude da omissão legislativa. Nesse sentido se manifesta Barroso (2008, p. 2):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

O fenômeno da judicialização da política, de acordo com Barroso (2008), teve como causa principal três fatores: a) o processo de redemocratização do país; b) a constitucionalização abrangente; e c) o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, considerado um dos mais abrangentes do mundo.

O processo de redemocratização do país vivenciada pós-ditadura militar, que teve como seu ápice a promulgação da Constituição Federal de 1988, fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira, além disso, diz Barroso, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”.

Com relação à segunda causa, Barroso menciona o fato de a nossa Constituição ser abrangente e analítica, versando sobre temas que antes eram deixados na seara do processo político majoritário e da legislação ordinária, como pontuam Teixeira e Neves (2014, p. 170): “diversas questões ajurídicas tornaram-se jurídicas e, por consequência, judicializáveis”.

Nesse sentido também pontua Lenio Streck (apud RAUPP, 2016, p. 100):

A judicialização se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário, marcado Estado Social de Direito; questões que outrora estavam circunscritas apenas ao âmbito da arena política, com a constitucionalização de inúmeras questões sociais, passa(ra)m a ser judicializáveis e, portanto, passíveis de controle judicial por meio de contendas jurídicas.

De acordo com Barroso (2008), constitucionalizar uma matéria significa transformar política em Direito, desta forma, quando “uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma

constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é tido como a terceira causa pela qual ocorre a judicialização da política. Isto ocorre em virtude de ser um sistema híbrido (ou eclético), combinando duas matrizes distintas: a americana, que apresenta um controle incidental/difuso, e a européia, que tem um controle concentrado/por ação direta; desta forma, o controle de constitucionalidade brasileiro é tido como um dos mais abrangentes do mundo. Além disso, Barroso (2008) menciona “o direito de propositura amplo, previsto no art. 103 (da CRFB/88¹), pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas”. Em tal contexto, quase qualquer questão política ou moralmente relevante é passível de ser alçada ao STF.

Percebe-se que a judicialização da política constitui-se em um fato da sociedade contemporânea, que independe de atuação dos membros do Judiciário para ter início, pois, apesar de se manifestar no âmbito jurídico, tal fenômeno nasce com a transferência do poder decisório de questões polêmicas, que deveriam ser debatidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, para o Judiciário.

Em suma, a judicialização da política e o ativismo judicial não se confundem, visto que a judicialização é um fato que independe da vontade do Poder Judiciário para ocorrer, estando mais ligado ao sistema político vigente, ao passo que o ativismo judicial está ligado à interpretação do Direito como ato de vontade, um ato subjetivo do intérprete.

¹ Artigo 103, CRFB/88: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

1.4. Autocontenção ou Autorrestrrição Judicial

Assim como o termo ativismo judicial, a autocontenção (ou autorrestrrição) judicial é um termo com problemas relativos a uma indefinição e polissemia quanto ao seu conceito. Em apertada síntese, autocontenção se configura como o oposto do ativismo judicial, conforme os autores Teixeira e Neves (2014, p. 170), “o inverso do ativismo judicial seria a autocontenção (*judicial self-restraint*)”.

Campos (2014, p. 44) menciona que a autocontenção judicial foi mencionada por Schlesinger como sendo exatamente o oposto do ativismo judicial, e ainda explica:

Schlesinger apresentou o termo ‘ativismo judicial’ exatamente como oposto à ‘autorrestrrição judicial’. Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, ‘mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador’. Ao contrário, os juízes ‘campeões da autorrestrrição judicial’ têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com deferência à vontade do legislador.

O professor e Ministro do STF Luís Roberto Barroso (2008) também considera a autocontenção como sendo o oposto do ativismo, configurando a autocontenção como uma conduta por meio da qual o Judiciário busca diminuir sua interferência nas ações dos outros Poderes, e acrescenta:

Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Ainda de acordo com Barroso, tal atuação por parte do Judiciário era muito comum até o advento da CRFB/88, no entanto, atualmente, o Judiciário tem mostrado uma postura claramente ativista.

John Daley (2000), citado por C. Campos (2014, p. 179), aponta três condutas que caracterizam as medidas de autocontenção, quais sejam: a) deferência, de acordo com a qual os juízes devem evitar contradizer as decisões dos outros

poderes do governo; b) discricção, os juízes devem evitar fazer escolhas morais (Campos acrescenta que talvez escolhas políticas, sociais e econômicas também devam ser evitadas); e, por fim, c) prudência, os juízes devem evitar tomar decisões que enfraquecerão sua capacidade de tomar outras decisões.

A despeito dos conceitos imprecisos, uma coisa é consenso entre os diversos doutrinadores: a autocontenção judicial configura uma espécie de antônimo do ativismo judicial. Ao passo que o ativismo busca enfrentar os outros poderes, na autocontenção o intérprete da lei evita decidir contra esses poderes em respeito à autoridade política ou técnica dos mesmos. Nesse sentido se pronuncia Barroso (2010):

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.

Percebe-se, portanto, a existência de uma dicotomia na qual se baseará a atuação do intérprete do Direito, ou seja, no caso concreto, existem duas posturas interpretativas que poderão ser adotadas: o ativismo ou a autocontenção judicial. O intérprete não será totalmente ativista ou totalmente contido todo o tempo, a postura adotada e sua atuação dependerão do caso concreto.

1.5. Neoconstitucionalismo e o ativismo judicial no contexto brasileiro

O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo jurídico, se desenvolveu a partir da segunda metade do século XX em várias partes do mundo e inaugurou um novo paradigma de interpretação e aplicação do Direito. O movimento neoconstitucionalista foi influenciado pela derrocada dos regimes nazista e fascista na Europa, emergindo com a atuação dos novos Tribunais Constitucionais europeus, nos quais os princípios foram elevados à categoria de norma jurídica, dando maior abertura à aplicação do Direito (consequentemente à interpretação), que sempre deverá estar em conformidade com a Constituição, a qual passa a ser o novo referencial hierárquico e interpretativo do ordenamento jurídico.

O neoconstitucionalismo trouxe a ideia de supremacia da Constituição e inaugurou um novo modelo de Estado: o Estado Democrático de Direito. Uma das características do neoconstitucionalismo é a utilização de Constituições rígidas, as quais buscam a proteção e garantias de direitos fundamentais, com a missão de diminuir as desigualdades sociais de cada Estado. É nesse contexto que se inaugura o ativismo judicial, vez que com o advento do neoconstitucionalismo:

[...] a jurisdição constitucional passa a representar poderoso instrumento de transformação social e o Poder Judiciário ganha grande destaque frente aos outros poderes, eis que será o responsável por, quando provocado, fazer se cumprir a Constituição, interferindo muitas vezes, para tanto, no regime de competências dos outros dois poderes e inaugurando o que se passou chamar de Ativismo Judicial. (SERRA, 2015, p. 13-14)

A Constituição Federal de 1988, analítica, extensa e garantista, abarcou assuntos diversos, ou seja, constitucionalizou assuntos diversos, os quais se tornam matérias passíveis de julgamento pelo Superior Tribunal Federal. Além disso, a nova realidade do neoconstitucionalismo traz a discussão acerca da força normativa dos princípios, os quais estão presentes na nossa Constituição e por vezes acabam sendo discutidos em demandas no Judiciário.

Com o neoconstitucionalismo também é deixada de lado a ideia de que o juiz é um mero “boca da lei” (*La bouche de La loi*), visto que a discussão a aproximação entre o Direito e a moral acabou por incluir os princípios na estrutura normativa. Regras e princípios passam a não ter hierarquia entre si, visto que ambos ocupam a categoria de normas.

Os princípios, diferentemente das regras, possuem natureza aberta, sendo capazes de englobar um número maior de situações, o que conferiu um papel criativo ao intérprete na criação e aplicação do princípio com força normativa. Os juízes deixaram de ser a “boca da lei” e ganharam uma maior liberdade de interpretação, no entanto, interpretação dada não pode estar em desconformidade com o texto constitucional, devendo-se respeitar a supremacia da Constituição.

Outro fator trazido pelo neoconstitucionalismo foi a judicialização da política. Como mencionado no item 1.2, a judicialização da política independe de ação do Judiciário para acontecer (apesar de o ativismo judicial contribuir com a sua continuidade). “Esse fenômeno está intimamente ligado com o protagonismo que o

Poder Judiciário adquiriu nas últimas décadas, em detrimento dos outros dois Poderes do Estado, o Executivo e o Legislativo” (SERRA, 2015, p. 22).

Em um contexto de supremacia de uma Constituição com grande quantidade de direitos fundamentais pelos quais zelar e um Poder Executivo e Poder Legislativo omissos na proteção e concretização desses direitos, cabe ao Poder Judiciário zelar pelo cumprimento e proteção de tais direitos. É nesse cenário que a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal tem espaço e se legitima.

2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ATIVISMO JUDICIAL

2.1. Contextualização do tema

O debate sobre ativismo judicial no Brasil é algo relativamente novo, mas tem sido um tema cada vez mais recorrente em virtude da atuação do Supremo Tribunal Federal, que tem assumido enorme projeção política e social, obtendo grande visibilidade ao decidir acerca de questões altamente polêmicas, como a união homoafetiva, a proibição da vaquejada, vedação ao nepotismo na administração pública, entre (muitas) outras.

Em virtude de tal atuação, “atualmente, os ministros são verdadeiras personalidades públicas – alguns se converteram em autênticos *pop stars* -, cujas inclinações e atitudes são amplamente debatidas por iniciados e leigos” (CAMPOS, 2014, p. 15), além disso, “difícilmente passa uma semana sem que a Corte profira alguma decisão importante e controvertida, que logo se torna manchete nos jornais, despertando debates acalorados na sociedade” (CAMPOS, 2014, p. 15). Em tal configuração, em que juízes debatem sobre questões polêmicas, gerando grande visibilidade da mídia, acaba trazendo ao debate o ativismo judicial, tanto por quem está no meio jurídico quanto por quem está fora dele, afinal, todos acabam atingidos pelo que se decide no STF.

Por vezes, à atuação ativista é dada uma conotação negativa, pois estaria ultrapassando os limites da separação dos poderes, seria ruim para a democracia e estaria alimentando uma juristocracia²; ao passo que há também quem considere o ativismo judicial como uma forma de efetivação dos direitos fundamentais. Fato é que quando a atuação ativista é praticada por uma Corte Constitucional, tal discussão tem maior relevância, uma vez que às suas decisões é dado efeito *erga omnes*.

2.2. A Constituição de 1988 e o *empowerment* do Supremo Tribunal Federal

² De acordo com Streck (2014, p. 278), a juristocracia refere-se à “[...] onipotência judicial apoiada na Constituição, em vez da autonomia do legislador democrático dentro do marco da Constituição [...], gerando um risco de se “[...] substituir a democracia por uma judiciariocracia, ou juristocracia [...]”.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, acumulando competências típicas de Suprema Corte (tribunal de última instância) e Tribunal Constitucional (que julga questões de constitucionalidade independentemente de litígios concretos), competindo-lhe como principal função institucional a guarda da Constituição Federal de 1988, conforme art. 102 do referido documento.

A cúpula do Poder Judiciário brasileiro é formada por onze Ministros, que são nomeados pelo Presidente da República, devendo haver aprovação por maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF/1988). Exige-se que os Ministros sejam todos brasileiros natos (art. 12, § 3º, inc. IV, da CF/1988) e sejam cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/1988).

Ao Supremo Tribunal Federal compete: julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição. Compete também ao STF processar e julgar ações penais comuns do Presidente e Vice-Presidente, dos seus próprios Ministros, de membros do Congresso Nacional e do Procurador-Geral da República; resolver litígios entre todas as esferas do país (União, Estados e municípios, mais o Distrito Federal); avaliar extradição solicitada por Estado estrangeiro, entre outros.

A configuração do Supremo Tribunal Federal como se apresenta hoje em dia, bem como sua independência institucional e o crescente poder que vem desenvolvendo sob a perspectiva político-comportamental, resulta da nova ordem democrática e político-constitucional pós-1988 (CAMPOS, 2014, p. 232).

O período pré-Constituição Federal de 1988 é marcado por um Supremo Tribunal Federal institucionalmente fraco e dependente, com diversas intervenções do Poder Executivo na estrutura, organização e atuação da Corte, era um período em que o chefe do Poder Executivo nomeava unilateralmente os Ministros que comporiam a Corte, alteração arbitrariamente o número de Ministros que a integrariam, chegando até o extremo de ameaçar os Ministros caso estes

decidissem contrariamente ao seu desejo, conforme nos conta Campos (2014, p. 223-224):

Em abril de 1892, Rui Barbosa impetrou *habeas corpus* em favor de algumas das pessoas mantida presas mesmo depois de encerrado o estado de sítio (Eduardo Wandenkolk e outros). Antes do julgamento e sobre o possível resultado, Floriano Peixoto teria dito: “Se os juizes do Tribunal concederem *habeas-corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas-corpus* de que, por sua vez, necessitarão”. O Supremo, por maioria, negou o *habeas-corpus*, afirmando incompetência para julgar prisões efetuadas durante o estado de sítio antes de o Congresso aprovar ou não a decretação pelo Presidente.

Antes de 1988, o Supremo Tribunal Federal não tinha força nem independência institucional para se impor perante as instabilidades políticas e os mandos e desmandos de um Poder Executivo hipertrofiado. Por vezes o Tribunal era ultrajado, os Ministros eram ameaçados e suas ordens eram transgredidas. “Os poderes políticos dominantes no Brasil, por diversas vezes, ignoraram os valores do Estado de direito e da democracia e, conseqüentemente, a independência do Supremo Tribunal Federal” (CAMPOS, 2014, p. 231).

A Constituição Federal de 1988 trouxe profundas transformações para Supremo, expandindo e fortalecendo a jurisdição constitucional e os poderes decisórios desta Corte. E mais:

A Constituição de 1988 mudou extraordinariamente não só o direito constitucional brasileiro, mas as relações entre o Estado e os cidadãos e o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal. A nova Constituição criou modelo político longe de ser puramente majoritário, ao invés, impôs rígidos limites às decisões das majorias de cada tempo, em particular, o respeito aos direitos fundamentais, regulou espaço importante da vida política e social e confiou ao Supremo – órgão sem lastro majoritário – a garantia da validade práticas desses limites. Para tanto, a Constituição outorgou à Corte número impressionante de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo-a sobremaneira e dando início a amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição. (CAMPOS, 2014, p. 232)

A partir de 1988, o Supremo foi cada vez mais se expandindo, vez que com a Carta Magna (e suas emendas, bem como legislação infraconstitucional) trouxe uma importante expansão do acesso ao Supremo, da força de suas decisões e de seus instrumentos de controle de constitucionalidade. Nesse sentido:

A Constituição de 1988 teve o mister de expandir substancialmente o rol de legitimados, antes restrito ao Procurador-Geral da República, conferindo maior tonalidade democrática ao controle de constitucionalidade, bem como passou a prever mais instrumentos para tal exercício, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, criada pela Emenda 3 de 1993 e a

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para ocupar um espaço até então imune ao controle.

Ademais, tal ampliação acabou conferindo um significado especial ao controle de constitucionalidade, convertendo-o em maior parte ao modelo abstrato, ao permitir que as controvérsias mais relevantes fossem levadas a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal com efeito *erga omnes*. (OLIVEIRA, 2015, p. 214)

Outro exemplo que mostra a força institucional de que goza o Supremo Tribunal Federal é a criação, pelo constituinte derivado, do instituto da súmula vinculante:

Entretanto, a Emenda 45, de certa forma, reforçou a instituição do precedente no direito brasileiro, ao prever no art. 103-A, da Constituição Federal, a súmula vinculante, segundo a qual, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, o STF pode por dois terços de seus membros aprovar súmula que vincula todos os órgãos do Judiciário e a administração pública direta e indireta. Vale dizer, instituiu-se a possibilidade do controle incidental no STF mediante a aprovação de súmula fazer gerar efeitos a todos. (OLIVEIRA, 2015, p. 133)

Percebe-se um fortalecimento político-institucional do STF após 1988, principalmente ao se levar em consideração que nossa Carta Magna é analítica, versando sobre diversas matérias, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, não se limitando à organização dos poderes e administração e estruturação do Estado, gerando a constitucionalização de diversas matérias, que se tornam passíveis de controle pelo Supremo. Num cenário em que a Corte Constitucional detém independência político-institucional, bem como força para dar decisões *erga omnes* somado a uma constitucionalização abrangente de matérias distintas, há um agigantamento do poder decisório do Supremo Tribunal Federal, antes a crescente judicialização da política e a atuação ativista da Corte.

2.3. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem se mostrado uma Corte altamente ativista desde a década passada. Com a Constituição de 1988, o STF ganhou força, matérias distintas foram constitucionalizadas, possibilitando o aumento da judicialização da política. Na ausência da concretização das normas constitucionais, os indivíduos vão buscar os seus direitos perante o Judiciário (conforme item 1.2), neste cenário, o STF usa do ativismo judicial para garantir aos indivíduos os seus direitos. E isto se torna um círculo vicioso, no qual a judicialização da política gera o ativismo judicial, bem como o ativismo judicial gera (mais) judicialização da política.

Nem sempre o Supremo Tribunal Federal teve o caráter ativista. Conforme visto no tópico anterior, antes da Constituição de 1988, o STF era um órgão pouco respeitado e submetido aos mandos e desmandos de um Poder Executivo hipertrofiado. Com o advento da nossa Carta Magna, o Supremo se mostrou ainda tímido em relação a uma atuação mais ativista, continuando com a passividade judicial dos anos pré-Constituição. Nesse sentido:

As primeiras decisões do Supremo pós-1988, sem dúvida, deram a impressão de que a Corte manteria o recentíssimo passado de passividade judicial, o que poderia levar ao fim prematuro e estratégico da judicialização da política e das grandes questões sociais em sua esfera de ação. A Corte, primeiramente, tratou de restringir alguns de seus poderes decisórios bem como o acesso à sua jurisdição. No caso do mandado de injunção, como primeiro exemplo, embora tenha decidido pelo uso independente de disciplina infraconstitucional, o Supremo acabou por limitar a utilidade do instrumento quando recusou o poder normativo de suprir diretamente as lacunas legislativas inconstitucionais, afirmando não poder ser legislador positivo. Para o Supremo, no âmbito do mandado de injunção, seu papel deveria limitar-se a reconhecer a mora legislativa, comunicando a decisão ao Congresso e, no máximo, dando-lhe prazo para que procedesse à produção legislativa obrigatória. [...]

O Supremo também evitou, inicialmente, enfrentar o Poder Executivo e isso foi particularmente relevante em dois campos: os planos econômicos e a absurda proliferação de medidas provisórias. O conjunto de reformas econômicas de março de 1990, dirigido a estabilizar a hiperinflação, conhecido como “Plano Collor”, foi contestado no Supremo, principalmente, quanto à medida de confisco de ativos financeiros da população. A Corte protelou e, por razões processuais, acabou não julgando o mérito das demandas, deixando de interferir em medidas políticas de intervenção econômica de duvidosa constitucionalidade. [...]

[...] A Corte ainda relutou em proteger direitos na linha dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como foi o caso da jurisprudência ortodoxa em favor da “prisão civil de depositário infiel”, negando, por muito tempo, a aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, cujo artigo 7º, § 7º proíbe essa modalidade de prisão. (CAMPOS, 2014, p. 241-244)

Os exemplos citados por Campos mostram um Judiciário ainda passivo, adepto ao positivismo legalista, não aberto à interpretação da norma constitucional. Tal postura demonstra um Supremo ainda cauteloso diante de um novo cenário político, o restabelecimento da democracia, no qual a ideia da independência judicial como valor essencial do Estado de direito ainda estava em processo de desenvolvimento. Além disso, “durante os primeiros dez anos de vigência da Constituição, ainda atuaram muitos ministros conservadores, nomeados durante a ditadura militar, tendo quatro desses atuado até o início deste século” (CAMPOS, 2014, p. 271).

Mesmo após a Constituição de 1988, o Supremo ainda apresentava um passivismo judicial, com Ministros defensores da autorrestrrição judicial e ainda deferentes aos poderes políticos. Apenas no início dos anos 2000 é que se percebe

o avanço de uma postura ativista por parte do STF, a mudança de postura da nossa Corte Constitucional não se deve a apenas um único fator, mas sim a múltiplos fatores: institucionais, políticos, sociológicos e até mesmo a renovação dos integrantes da Corte.

No âmbito institucional ocorreu a ampliação do acesso ao Supremo, como mencionado no tópico anterior, em que foi aumentado o rol de legitimados aptos a deflagrar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (art. 103-A, CRFB/88), o fortalecimento da jurisdição, da força das decisões do Supremo, tornando-as vinculantes aos demais tribunais, e de seus instrumentos de controle de constitucionalidade. Some-se a isso a constitucionalização abrangente de diversas matérias, gerando uma amplitude de direitos fundamentais, “veiculados principalmente por meio de enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios)” (CAMPOS, 2014, p. 259), aumentando a possibilidade de judicialização de demandas com proteção constitucional, nas quais atuará o poder decisório do Supremo.

Do ponto de vista sociopolítico, Campos nos traz a ideia do presidencialismo de coalizão como um dos fatores que fez com que o STF tivesse uma postura mais ativista, nesse sentido ele explica:

Com a operação real de múltiplos partidos políticos, criou-se ambiente de disputas e barganhas que, além de impedir de agremiações soberanas aparecerem, assegura a fragmentação do poder político entre o Executivo e Legislativo e dentro dos próprios poderes. [...] O Presidente brasileiro ainda é, de jure e de fato, o principal legislador do país, porém, a aprovação de seus projetos depende do apoio sistemático e disciplinado de uma coalizão partidária. Ele só consegue governar com esse apoio parlamentar estruturado e disciplinado. Esta prática de formação de base de sustentação política do governo ficou conhecida como presidencialismo de coalizão. [...] Com a inexistência de uma força política hegemônica, há a necessidade de mais diálogo entre o Executivo, interessado na aprovação das leis, sua base pluripartidária de governo no Legislativo e, dependendo do veículo legislativo, a base pluripartidária de oposição. Isso significa fragmentação real do poder político, o que repercute positivamente para a estabilidade democrática e para a segurança institucional e, dentro da lógica de implicações entre difusão de poder político e independência judicial, cria um ambiente político que permite a atuação mais ativista do Supremo Tribunal Federal. [...]

Dentro desse quadro contemporâneo de fragmentação de poder político, portanto, de concorrência partidária e de abertura à alternância de titularidade do governo (incerteza eleitoral), os atores e partidos políticos têm feito do Supremo fator de equilíbrio do poder. Em vez de reações muito negativas às decisões, os atores e partidos políticos estão sempre acionando a Corte para contestar, derrubar, postergar ou, ao menos, desacreditar leis que não puderam obstaculizar na arena político-

deliberativa, repercutindo para a sociedade ideias que futuramente poderão se tornar dominantes. Talvez, por isso, não seja nada interessante para qualquer desses atores o enfraquecimento político e institucional da Corte. (Campos, 2014, p. 265-267)

Uma Corte livre e independente institucionalmente ajuda no jogo político entre o Executivo e o Legislativo, e é por ter tal liberdade que os Ministros se sentem à vontade para tomar decisões ativistas, ao contrário do que ocorria antes de 1988, por exemplo, em que a Corte era extremamente submissa ao Executivo e arbitrariedades deste.

Além disso, outro fator político importante que gerou uma atuação ativista de nossa Corte foi a existência das omissões legislativas, bem como os enunciados normativos vagos e indeterminados. Ocorre a omissão legislativa quando o Poder Público tem obrigação de editar ato normativo para a concretização de direitos previstos na Constituição e este não o faz, de acordo com Barroso (2011, p. 246) “A inconstitucionalidade por omissão [...] em desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores, é a que se refere à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais”.

Em razão da omissão legislativa e na busca da concretização de seus direitos e da sociedade como um todo, os legitimados judicializam a questão, de forma que “questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2008).

Explicando o protagonismo do Judiciário em caso de omissão legislativa e como isso leva ao ativismo judicial, Souza Junior e Meyer-Pflug (2013) dizem:

Corresponde a uma atuação criativa dos julgadores, buscando uma nova hermenêutica para produzir suas decisões com o intuito de conferir efetividade aos direitos constitucionalmente consagrados, principalmente, em caso de omissão dos poderes que detêm a função primeira de regulamentá-los. [...]

As omissões dos Poderes Legislativo e Executivo no que tange às suas funções constitucionalmente previstas acabam por suscitar uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário. Nesse particular, ao suprir tais omissões, as decisões do Poder Judiciário acabam, em alguns casos, por extravasar seus limites e ingressar no campo da criação legislativa e da realização de políticas públicas.

Quando o Supremo fica com o poder de decisão acerca de questões polêmicas, acaba por deixar os Poderes Legislativo e Executivo em uma situação confortável. Explica-se:

A crescente confiança em tribunais para articular e decidir assuntos de grande importância política representa uma rejeição de responsabilidade política em larga escala, ou até mesmo uma abdicação de poder, por parte de legislaturas eleitas, cuja tarefa é assumir a responsabilidade pela tomada de decisões políticas. Pode prejudicar a própria essência da política democrática como um empreendimento que envolve a deliberação aberta — e muitas vezes controversa — entre representantes eleitos e responsabilizáveis perante os cidadãos. Afinal, a função primária das legislaturas é enfrentar e resolver problemas, e não passá-los a outros. Ao transferir autoridade decisória política para o Judiciário, esses políticos conseguem evitar a tomada de decisões difíceis ou potencialmente impopulares que fazem parte da própria tarefa pública para a qual foram eleitos — que é a de tomar, de forma responsável, decisões políticas difíceis, de princípio, mesmo quando essas decisões não são populares junto ao eleitorado. Jogando pelas regras do “redirecionamento de culpa”, as legislaturas dão prioridade aos seus interesses de curto prazo (conseguir apoio eleitoral, evitando decisões difíceis e frequentemente impopulares) em detrimento da sua responsabilidade política. (HIRSCHL, 2009, p. 173)

Tal situação gera uma sociedade descrente com a classe política, que passa a acreditar mais no poder do Judiciário, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, desta forma:

Organizações, movimentos e grupos sociais, antes aliados de muitos processos decisórios fundamentais, que tinham reivindicações amplamente ignoradas no debate parlamentar, ganharam nova forma de representação no Supremo e têm feito amplo uso desses instrumentos. (CAMPOS, 2014, p. 270)

Um exemplo da confiança que a sociedade deposita no Judiciário, ao passo que desacredita da classe legisladora é dado por Campos (2014, p. 251):

A “Lei de Biossegurança” havia sido aprovada por 96% do Senado e 85% da Câmara, e a delicada previsão de uso de células-tronco embrionárias em pesquisas e tratamentos de doenças graves contava, segundo pesquisa IBOPE, com o apoio de 95% da população. Apesar dessas credenciais democráticas, o debate sobre a lei apenas ganhou realmente notoriedade com o julgamento pelo Supremo. A atuação da Corte, de fato, não preencheu vazios de institucionalização, mas reverenciou o bom trabalho prévio do Legislativo. Porém, o sentimento que ficou é algo diverso. Este caso mostrou, segundo penso, que nossa dinâmica social tem creditado ao Supremo um valor de legitimação dos atos dos outros poderes, máxime do Legislativo, no exato sentido defendido por Charles Black Jr. em obra clássica sobre a Suprema Corte norte-americana: as decisões da Corte teriam a função de prover um “alto sentimento público de que o governo obedeceu à Constituição”.

Eis, portanto, o fator sociológico que contribuiu (e contribui) com a mudança da postura do STF de um tribunal adepto ao passivismo judicial para um tribunal

ativista. Como bem observa a professora Gisele Cittadino (2004, p. 232), “é possível observar como uma forte pressão e mobilização política da sociedade está na origem da expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se denomina como ‘ativismo judicial’”.

A renovação dos integrantes da Corte foi também um fator que contribuiu para a ascensão do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Como mencionando anteriormente, logo após 1988, o Supremo ainda tinha Ministros conservadores nomeados pelo Regime Militar, os quais passaram os dez primeiros anos de vigência da Constituição atuando, como o Ministro Moreira Alves, defensor ferrenho de posições autorrestritivas, tendo sido muito influente na Corte até sua aposentadoria em 2003.

Com a aposentadoria dos Ministros mais conservadores e a renovação dos integrantes da nossa Corte, ocorreu uma introdução, promovida pelos novos Ministros, de ideias neoconstitucionalistas nos discursos de decisão do Supremo, conforme Campos (2014, p. 272-273):

A liderança argumentativa do Supremo, nos últimos dez anos, tornou-se muito mais difusa, principalmente, quando comparada ao período de predomínio do discurso decisório conservador capitaneado por Moreira Alves. Essas diferentes lideranças argumentativas da atualidade compartilham, em maior ou menor medida, as novas reflexões e premissas teórico-filosóficas que favorecem o avanço político e institucional da Corte. São todas, em alguma e diferente medida, ativistas.

A renovação dos Ministros que compõem a Corte é um fator que juntamente com as mudanças institucionais, políticas e sociológicas contribuiu para a ascensão do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

2.3.1. Supremo Tribunal Federal ativista e a concretização dos Direitos Fundamentais

A priori, os direitos fundamentais surgiram da necessidade de proteger o homem do poder estatal, graças aos ideais do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, que foram concretizados na Declaração de Virgínia de 1777 e na Declaração de Direitos do Homem, proclamadas pela Revolução Francesa em 1789. De acordo com José Afonso da Silva (2001), os direitos fundamentais não consistem na contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação

ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem.

Hodiernamente, compreende-se que os direitos fundamentais não existem apenas para proteger os cidadãos do poder do Estado, existem também para compelir o Estado no sentido de que aja em favor dos cidadãos, melhorando suas condições de vida, buscando concretizar os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal.

Os direitos fundamentais são previstos, em sua maioria, no Título II (Direitos e Garantias Fundamentais) da CRFB/88, subdivididos em cinco categorias: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos. Também é possível encontrá-los em outros dispositivos dispersos em nossa Carta Magna, conforme prevê o art. 5º, § 2º, da CRFB/88: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Um exemplo de direito fundamental previsto na CRFB/88, mas que não se encontra no Título II é o princípio da anterioridade tributária (previsto no art. 150, III, “b”).

No que tange à eficácia dos direitos fundamentais, o que se tem entendido na melhor doutrina é que normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no sistema, não há que se interpretar uma norma constitucional de forma que lhe retire ou diminua a razão de ser. Além disso, no art. 5º, § 1º, o constituinte deixou claro que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, razão pela qual, quando se trata de um direito fundamental, há que se interpretar no sentido que mais lhe dê eficácia.

Como já mencionado, os direitos fundamentais não se encerram no Título II da CRFB/88, de forma que o disposto no art. 5º, § 1º não deve ser interpretado como de aplicação única e exclusiva aos direitos previstos naquele artigo, vez que tal dispositivo menciona “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”, as quais não estão dispostas de forma taxativa no Título II, muito menos apenas no art. 5º. Nesse sentido, entende-se que a todos os direitos fundamentais deve-se dar uma interpretação no sentido que mais lhe dê eficácia.

Visto que os direitos fundamentais são, teoricamente, de aplicabilidade imediata e eficácia plena, que só poderia ser afastada em face de justificativa e fundamentação, em caráter excepcional, exige-se do Poder Público uma ação positiva no sentido de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, investindo na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. No entanto, o que se tem percebido há muito é uma omissão do Poder Público acerca de tais direitos, não há uma preocupação real em (tentar) concretizá-los.

Tais omissões geram prejuízos e situações inconvenientes, para dizer o mínimo, aos cidadãos, que se veem reféns de um Poder Público omissivo, tendo como única saída a judicialização da questão. Quando tais questões acabam por chegar ao Supremo Tribunal Federal, cabendo-lhe o poder decisório acerca do problema, surge a seguinte questão: o Poder Judiciário pode intervir na esfera de outro Poder para substituí-lo, em juízos de conveniência e oportunidade, a fim de controlar as opções legislativas de organização e prestação? O Supremo pode ter uma atitude ativista para resolver uma questão que envolve políticas públicas?

Nesse sentido:

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal se legitima no momento em que existe a violação ou ameaça de violação de algum direito fundamental, em caso de não haver justificativa convincente e excepcional para a não concretização de tal direito. Essa situação afastaria a presunção de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, eis que a concretização destes é argumento suficiente para a mitigação do princípio da separação de poderes, com a interferência do Judiciário no regime de competências dos outros dois poderes, seja devido à importância da efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, seja pelo reconhecimento do princípio da aplicação imediata destes, nos termos do art. 5^a, § 1^a da Constituição Federal de 1988. (SERRA, 2015)

O Supremo Tribunal Federal, como protetor da Constituição Federal, não deve atuar apenas protegendo os cidadãos do poder do Estado, exercendo o controle de constitucionalidade sobre normas que não se mostram compatíveis com a CRFB/88, mas também devem atuar na concretização do que propõe a Carta Magna, protegê-la não é apenas uma questão de declarar a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) de determinadas normas, mas interpretar as normas constitucionais de forma a maximizar sua efetividade.

2.3.2. Ativismo Judicial do STF ante o Princípio da Separação de Poderes

A teoria da tripartição de poderes foi concebida por Aristóteles (A Política), mas foi aprimorada por Montesquieu, no século XVIII, de acordo com esse pensador:

Quando numa mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há ainda liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, dos nobres ou do povo exercessem esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os diferendos dos particulares.

A tripartição dos poderes visa impedir a concentração do Poder estatal em uma única pessoa ou esfera, evitando, desta forma, o exercício arbitrário de poder, para garantir os direitos individuais contra a tirania estatal. De acordo com o pensador francês, cada Estado tem três espécies de poder: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, ao qual cabe a função de simplesmente aplicar as leis, o juiz seria necessariamente a boca que pronuncia as palavras da lei (*La bouche de La loi*).

De acordo com Hans Kelsen, o juiz não seria um mero “boca da lei”, a função legislativa cria normas gerais, ao passo que a função jurisdicional cria normas individuais, dessa forma, ao exercer o controle de constitucionalidade declarando uma norma inconstitucional, o juiz estaria também elaborando uma norma, porém seria uma elaboração com sinal negativo. Nesse sentido explica Oliveira (2015, p. 185):

Kelsen diferencia a função legislativa da jurisdicional, a princípio, lembrando que aquela cria normas gerais e esta normas individuais. Mas ressalta que a anulação de uma lei por inconstitucionalidade – Kelsen não é adepto da teoria da nulidade – tem o mesmo sentido técnico da criação de normas gerais, apenas se diferenciando por ser uma “*elaboração com sinal negativo*”.

Para o austríaco, essa atribuição conferida ao Judiciário, em verdade, tem cunho Legislativo, o que significa dizer que há uma “repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo”.

Para Kelsen, o Poder Judiciário também exerceria uma função legislativa, ainda que tal função seja exercida através de uma “elaboração com um sinal negativo”.

No Brasil, a separação de poderes está elencada no rol de cláusulas pétreas da CRFB/88, conforme art. 60, § 4º, III:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes;

(...)

À luz do princípio da separação de poderes, ao Poder Executivo compete tipicamente exercer as atividades administrativas; ao judiciário compete exercer as atividades jurisdicionais; e ao Legislativo compete exercer tipicamente a atividade legiferante e a titularidade do exercício do sistema externo de fiscalização das contas públicas. Os três poderes também exercem funções atípicas, o Executivo, por exemplo, também exerce atipicamente a função legiferante ao editar medidas provisórias; ao passo que o Judiciário, ao regular o regime interno de seus órgãos, está exercendo, também atipicamente, a função legiferante; já o Legislativo pode exercer atipicamente a função jurisdicional, por exemplo, quando julga o Presidente da República por crime de responsabilidade.

Como se pode ver, em nosso país, mesmo havendo a tripartição poderes, os Poderes estatais acabam entrando na seara de atuação dos outros, não há violação ao princípio da separação de poderes, pelo contrário, o que ocorre é uma “divisão de poderes, sentido no qual o poder estaria dividido entre diferentes órgãos sem que isso signifique isolamento dos mesmos. Ao revés, a atribuição de funções típicas e atípicas serve para que exista um equilíbrio e controle recíproco” (OLIVEIRA, 2015, p. 186).

Ocorre que o poder legiferante atípico do Judiciário tem se expandido, passando a ser visto como fonte alternativa para a efetivação de direitos fundamentais, o que acaba por gerar o ativismo judicial, restando o questionamento acerca de a atuação ativista ser ou não aceitável ante a separação de poderes.

Quando se fala em ativismo judicial e no fato de o Poder Judiciário estar exercendo uma função legislativa, não se está falando numa atuação arbitrária do juiz, o qual decide deliberadamente criar uma nova norma e aplicá-la a qualquer

caso que couber. O que está se falando é numa atividade do Judiciário que precisa interpretar de forma ampla as normas já existentes para que seja possível abarcar casos em que o legislador permaneça omissos. A separação de poderes não constitui um óbice para que o Judiciário possa exercer o controle das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público.

O que se observa na atualidade é uma crise de representatividade e funcionalidade pela qual perpassa a classe política brasileira, que resta omissa frente a assuntos polêmicos que poderiam jogar a opinião pública contra ela, deixando a cargo do Judiciário a decisão sobre tais temas. Há uma classe política mais preocupada em agradar uma maioria para garantir a reeleição ao invés de regular as questões polêmicas e permitir que cada pessoa tenha a liberdade de viver de acordo com a autonomia de sua vontade, com seus direitos fundamentais garantidos.

Em havendo tais omissões, com os Poderes Executivo e Legislativo inertes acerca de assuntos importantes na sociedade e que geram muitas controvérsias, cabe ao Judiciário agir. Se considerarmos tal atuação do Judiciário como uma quebra ao princípio da separação de poderes, a quem se deve recorrer então? O neoconstitucionalismo traduz-se na supremacia da Constituição, a qual busca a garantia e respeito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, Gilmar Mendes (2014, p. 129):

A existência de órgão judicial especial, incumbido de exercer o controle constitucional, impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um dever de racionalidade (*Zwang der Rationalität*) na concretização da Constituição. Como acentua Starck, se se entender a democracia como representação funcionalmente legitimada e controlada, a jurisdição constitucional, longe de configurar um corpo estranho, expressaria essa ideia fundamental de controle.

Pode-se afirmar, portanto, que, ao compensar eventuais debilidades identificadas no processo legislativo, a jurisdição constitucional não está usurpando funções tradicionais da representação popular, mas apenas exercendo as atribuições que lhe foram confiadas dentro desse novo modelo constitucional.

Corroborando tal entendimento, há que se mencionar trecho do voto do Min. Rel. Celso de Mello, em AgRg no ARE (Recurso Extraordinário com Agravo) nº 639.337/SP:

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, [...], uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. [...]

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Quando o Supremo Tribunal Federal precisar agir através do ativismo judicial para preservar ou concretizar um direito fundamental previsto na Constituição Federal que esteja sendo tolhido em virtude de ações ou omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como quando necessitar do ativismo judicial para dar cumprimento a alguma lei existente, ele estará legitimado a agir. E de onde vem tal legitimidade?

Em estritos termos jurídicos, a legitimidade de um Tribunal Constitucional ou de órgão homólogo não é mais nem menos do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática. (MIRANDA, 2015, p. 508)

A prática do ativismo judicial do STF pode ser justificada principalmente nos casos em que há uma desarrazoada omissão legislativa impedindo a efetividade dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional, deve respeitar limites, é o que leciona Barroso (2009, p. 12):

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Ainda de acordo com Barroso (2009, p. 14-15), a atuação do juiz deve se pautar nos seguintes critérios:

(I) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (II) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (III) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.

Se a omissão legislativa não configurar ofensa aos direitos fundamentais, não deve o STF ter uma atuação ativista no sentido de sanar tal omissão, sob pena de estar violando o princípio da separação de poderes, correndo o risco de se criar um Governo de Juízes. Em caso de omissão legislativa não ofensiva aos direitos e garantias fundamentais, deve o Poder Judiciário “agir com deferência em relação ao Poder Legislativo, de forma a manter a harmonia entre os Poderes do Estado e a permitir o necessário debate pluralista, fundamental em um regime democrático” (MORI, 2012, p. 62).

O ativismo judicial pode trazer benefícios na efetivação dos direitos fundamentais, porém cabe ao Supremo exercê-lo de forma moderada, encontrando “um ponto de equilíbrio que lhe possibilite atuar de forma a garantir a concretização dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, velar pela observância dos princípios da separação dos poderes e da soberania popular, essenciais para a sobrevivência do regime democrático” (MORI, 2012, p. 62).

3. ATIVISMO JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF

3.1. Contextualização do tema

O Supremo Tribunal Federal, seja no âmbito das turmas, seja no plenário, vem assumindo uma postura que se mostra cada vez mais ativista, relativizando o princípio da separação de poderes, seja aplicando diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário ou decidindo sobre questões em que o legislador foi omissivo. A seguir alguns exemplos de decisões em que o STF foi ativista.

3.2. Uso de algemas e a Súmula Vinculante nº 11

Em agosto de 2008, o STF editou Súmula Vinculante nº 11 que determina as regras para o uso de algemas em presos e aponta as situações em que o uso do dispositivo pode ser considerado abuso de autoridade:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2008)

A questão acerca do uso de algemas chegou ao plenário da Corte em razão do *Habeas Corpus* nº 91952, que buscava a anulação de uma sessão de julgamento do Tribunal do Júri do estado de São Paulo, na qual o réu permaneceu algemado durante todo o julgamento. Houve entendimento unânime dos Ministros de que a juíza-presidente do Júri não fundamentou devidamente a decisão de manter o réu algemado. Por isso, a Corte anulou aquele julgamento e determinou a realização de um novo. Mas decidiu, também, deixar mais explicitado o seu entendimento sobre o uso generalizado de algemas, editando a referida súmula.

A edição da Súmula Vinculante nº 11 foi alvo de várias críticas, tais como o não atendimento a requisitos impostos pelo artigo 103-A da Constituição; ou a inobservância por parte do STF do princípio da separação de poderes, ao regulamentar a matéria, fazendo as vezes de Poder Legislativo, impondo condições para o uso de algemas que nem mesmo a legislação ordinária havia feito. Há

também quem critique a súmula em virtude da proteção do próprio agente que executar a prisão, argumentando que o uso das algemas seria imprescindível:

O emprego da algema, no ato da prisão, *data venia*, se torna imprescindível por várias razões, evidentes por si, a saber: a) para proteção e segurança da integridade física do policial encarregado da diligência contra possíveis e inesperados atos de agressão do preso; b) para resguardar a incolumidade física de terceiros, ante atos de rebeldia do prisioneiro; c) para evitar a fuga do preso; d) para evitar a destruição de provas; e, finalmente, e) para proteção do próprio preso, que pode, inclusive, em desespero, atentar contra sua própria vida (suicídio). (SILVEIRA, 2009)

Em 2009, a Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Civis (Cobrapol) entrou com pedido do cancelamento da súmula, argumentando que a súmula usurparia competência do Poder Legislativo, uma vez que o art. 199 da Lei de Execução Penal diz que o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal. A questão foi levada à pauta do Plenário do STF pelo presidente da Corte, Ministro Ricardo Lewandowski, apenas em 2015. O Plenário decidiu, em decisão unânime, manter em vigor a Súmula Vinculante nº 11 sob o fundamento de que não houve “mudança substantiva” no contexto econômico, cultural ou social do país que justificasse o cancelamento da Súmula.

O Supremo Tribunal Federal, em atuação ativista, editou tal súmula em face da omissão legislativa, afinal, a despeito da ausência de norma específica na Constituição, o art. 199 da Lei de Execução Penal determinava que o emprego de algemas seria disciplinado por decreto federal, o que até a data da edição da súmula ainda não havia acontecido.

Apenas em 2016 o decreto federal foi publicado, Decreto nº 8.858/2016, o qual acabou apenas sendo uma ratificação da própria Súmula Vinculante nº 11, pois praticamente repetiu as mesmas hipóteses previstas na súmula, acrescentando, ainda, a proibição das algemas para mulheres em trabalho de parto e logo após, conforme texto integral do Decreto:

Decreto nº 8.858/2016, de 26 de setembro de 2016

Art. 1º O emprego de algemas observará o disposto neste Decreto e terá como diretrizes:

I - o inciso III do caput do art. 1º e o inciso III do caput do art. 5º da Constituição, que dispõem sobre a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e sobre a proibição de submissão ao tratamento desumano e degradante;

II - a Resolução no 2010/16, de 22 de julho de 2010, das Nações Unidas sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok); e

III - o Pacto de San José da Costa Rica, que determina o tratamento humanitário dos presos e, em especial, das mulheres em condição de vulnerabilidade.

Art. 2º É permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito.

Art. 3º É vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

A Súmula Vinculante nº 11 continua em vigor, mesmo após a publicação do Decreto nº 8.858/2016, e tem grande importância, porque prevê, em sua parte final, as consequências caso o réu tenha sido mantido algemado fora das hipóteses mencionadas ou sem que tenha sido apresentada justificativa por escrito, matéria na qual o Decreto resta omissa.

3.3. Reconhecimento da união estável homoafetiva

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo, e conferiu à decisão eficácia erga omnes e efeito vinculante (BRASIL, 2011). Com tal decisão, as relações entre pessoas do mesmo sexo puderam ser equiparadas às uniões estáveis entre homens e mulheres, a união homoafetiva foi reconhecida como um núcleo familiar como qualquer outro, com todos os seus efeitos jurídicos. O reconhecimento da união estável homoafetiva foi unânime. O Supremo decidiu ainda dar ao art. 1.723, do Código Civil, interpretação conforme a Constituição, para o fim de excluir desse dispositivo legal qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como família.

Em seu voto, o Ministro Ayres Britto, relator do caso em questão, considerou que:

[...] merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família. [...]

Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). [...]

Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. [...]

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. [...]

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. (ADI nº 4277 e ADPF nº 132, Rel. Min. Ayres Britto, STF, julgado em 05/05/2011)

A decisão foi muito criticada sob o argumento de que o texto da Constituição é bastante claro e refere-se apenas a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, tendo a Corte conferido à Constituição uma extensão não desejada pelo constituinte originário.

A atuação ativista da Corte neste caso foi muito importante. Por mais que este não fosse o “desejo” do constituinte originário, a sociedade está em constante mudança, a Constituição não pode ser um texto engessado de lei, há que se interpretá-la de acordo com a sociedade atual, não com a sociedade de 1988. Além do mais, mais uma vez a postura ativista do STF visou a proteção de direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”, por exemplo.

Atualmente, tramita o Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011, de autoria da Senadora Marta Suplicy (PT-SP), que visa regulamentar a matéria, alterando os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. A explicação da ementa do projeto diz que:

Altera a redação do art. 1.723 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) para reconhecer como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família; altera a redação do art. 1.726 da referida Lei para prever que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento formulado dos companheiros ao oficial do Registro Civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração, produzindo efeitos a partir da data do registro do casamento.

O projeto atualmente encontra-se parado, pronto para deliberação, aguardando a inclusão na Ordem do Dia para ser apreciado.

3.4. Descriminalização do aborto em caso de feto anencéfalo

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 para que fosse legalizada a prática do aborto no caso de fetos anencéfalos. Em 2012, a ação foi julgada procedente, por 8 votos a 2, permitindo a interrupção da gravidez nessa hipótese, ou seja, de acordo com o STF, a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia do feto não constitui o crime de aborto, tipificado nos arts. 124, 125 e 126, do Código Penal Brasileiro.

A crítica acerca do ativismo praticado pelo Supremo Tribunal Federal neste caso advém do fato de a Corte ter atuado como legislador positivo, acrescentando ao rol de hipóteses de excludentes de ilicitude para o aborto, previsto no art. 128 do CPB, a hipótese do aborto em caso de feto anencéfalo. De acordo com os críticos, tal decisão estaria ferindo o princípio da separação de poderes, argumento usado sempre que uma decisão ativista desagrade parcela da sociedade.

Inegável a postura ativista do STF nesse caso, também não há que se discordar da sua atuação como legislador positivo na questão, no entanto, foi uma atuação importante, pois tratou de um tema sensível à sociedade, um tema que se torna mais sensível ainda se levar em conta a sociedade predominantemente machista em que vivemos. Em uma sociedade em que a classe política se preocupa mais com seu futuro político e sua reeleição, temas tão sensíveis quanto o aborto

precisam ser discutidos, e se a classe política não o faz, é justo que a Corte Constitucional o faça.

É de grande valia o argumento do Ministro Relator Marco Aurélio Mello em seu voto:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica (ADPF nº 54, Min. Rel. Marco Aurélio Mello, STF, 12 de abr. 2012).

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5166/05 do deputado Hidekazu Takayama (PMDB-PR), que criminaliza a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável. De acordo com tal projeto, a mulher que deixar de fazer os exames pré-natais e, em consequência disso, sofrer um aborto natural de anencéfalo também estará sujeita à punição, já no caso de a gravidez ser resultado de estupro ou se a antecipação do parto de feto anencefálico for praticada com base em laudo médico que indique risco de vida para a gestante, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a um terço.

CONCLUSÃO

Não há um consenso acerca do preciso significado do termo “ativismo judicial”. Há variadas concepções dadas pelos mais variados doutrinadores, porém o que é quase unânime é que a forma de atuar ativista configura expressão ao exercício da função jurisdicional além dos limites da competência típica do Poder Judiciário.

Alguns consideram o ativismo judicial como algo negativo, por se tratar de um modo de interpretar a norma de acordo com concepções pessoais, com as crenças e vontades do intérprete. Outros consideram o ativismo judicial como uma atuação positiva, que busca sanar omissões legislativas, proteger e concretizar direitos fundamentais. Fato é que ao considerar o ativismo judicial como algo ruim, por decorrer da interpretação do juiz, e por isso ser ato volitivo e por isso discricionário, uma questão é levantada: qual o método de interpretação correto? Um julgamento decorre do livre convencimento do juiz, o qual utiliza meios interpretativos próprios para interpretar a norma e fundamenta sua decisão. Nenhum ser humano é uma tabula rasa, todo ser humano carrega consigo sua bagagem intelectual, visão e concepção de mundo, não há como separar o ser humano do juiz e apagar suas crenças para “limpar” seu método interpretativo.

O ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política, sendo esta um fenômeno que ocorre independente da vontade do juiz, bem como independe de atuação dos membros do Judiciário para ter início, pois, apesar de se manifestar no âmbito jurídico, tal fenômeno nasce com a transferência do poder decisório de questões polêmicas, que deveriam ser debatidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, para o Judiciário.

A autocontenção ou autorrestricção pode ser considerada como a atitude oposta ao ativismo judicial. Ao passo que no ativismo o intérprete interpreta a norma de forma mais ampla, baseia-se nos princípios para fundamentar suas decisões e às vezes age como legislador positivo, a autocontenção configura o oposto. Na autocontenção ou autorrestricção, o intérprete não busca interpretações que possam trazer outro sentido para a norma, buscam o sentido original empregado pelo constituinte, não age como legislador positivo, limitando-se à competência formal que lhe foi atribuída pela Constituição Federal.

O neoconstitucionalismo foi um movimento que ajudou na expansão do ativismo judicial em nosso país. Com o neoconstitucionalismo passou-se a valorizar mais os princípios, dando-lhes caráter normativo, houve também a constitucionalização de variadas matérias, o que acabou ajudando para que houvesse cada vez mais uma judicialização da política. Tal fenômeno contribuiu para que o ativismo judicial ocorresse cada vez mais.

O Supremo Tribunal Federal, instância superior do Poder Judiciário brasileiro, tem se tornado cada vez mais ativista, principalmente a partir dos anos 2000 até os dias atuais. Antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo era um órgão pouco respeitado, à mercê de um Poder Executivo hipertrofiado que manipulava a Corte Constitucional de acordo com seus interesses. Após 1988, o Supremo foi adquirindo cada vez mais independência e força institucional, mas foi apenas a partir dos anos 2000 que passou a ter uma postura ativista mais incisiva.

Atualmente, a postura ativista do Supremo encontra fundamento na tutela das garantias e direitos fundamentais. A Corte Constitucional, como guardiã e protetora das Constituição, busca interpretar as normas constitucionais de forma a torná-las o mais eficiente possível, razão pela qual se utilizam de uma interpretação mais expansiva. Por vezes os próprios Poderes Executivo e Legislativo se mantêm omissos no que concerne a assuntos mais sensíveis, daí que as questões são judicializadas e cabe ao Supremo decidir sobre aquilo que os outros dois Poderes não se manifestaram, utilizando-se, principalmente, dos princípios para fundamentar suas decisões.

A atuação ativista do Supremo Tribunal Federal também recebe muitas críticas, principalmente no que concerne ao princípio da separação de poderes, pois estaria invadindo esfera de atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo. No entanto, quando se fala em ativismo judicial e no fato de o Poder Judiciário estar exercendo uma função legislativa, não se está falando numa atuação arbitrária do juiz, o qual decide deliberadamente criar uma nova norma e aplicá-la a qualquer caso que couber. O que está se falando é numa atividade do Judiciário que precisa interpretar de forma ampla as normas já existentes para que seja possível abarcar casos em que o legislador permaneça omissos. A separação de poderes não constitui um óbice

para que o Judiciário possa exercer o controle das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público.

Quando o Supremo Tribunal Federal precisar agir através do ativismo judicial para preservar ou concretizar um direito fundamental previsto na Constituição Federal que esteja sendo tolhido em virtude de ações ou omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como quando necessitar do ativismo judicial para dar cumprimento a alguma lei existente, ele estará legitimado a agir.

Saliente-se mais uma vez que tal atuação é importante, principalmente para a tutela dos direitos e garantias fundamentais, que por vezes são deixados de lado, principalmente se envolverem questões polêmicas, direito das minorias ou temas que não interessem à classe política e possam lhe dar algum nível de rejeição. Não há afronta ao princípio da separação de poderes, especialmente porque os próprios legisladores podem regulamentar vir a matéria discutida pelo STF, como demonstrado nos exemplos da jurisprudência recente no Capítulo 3.

Como se vê, o ativismo judicial é um tema que suscita muitas controvérsias. Tanto quanto à sua concepção, quanto com relação à legitimidade do intérprete na sua atuação, bem como as próprias decisões ativistas, principalmente as emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto as com aplicação *erga omnes*, quanto as com aplicação *inter partes*, vez que estas, ainda que só se apliquem àquele caso concreto, servem de precedente e já sinalizam o entendimento de ao menos parte dos Ministros da nossa Corte Constitucional. Ao aplicar diretamente em suas decisões princípios como a dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade, liberdade de expressão e privacidade, o Supremo Tribunal Federal tem sido verdadeiramente ativista, interpretando a Constituição Federal, na busca de avançar posições fundamentais em questões que envolvem liberdade, igualdade social e direito das minorias.

Deste modo, conclui-se, por fim, que a prática ativista do Supremo Tribunal Federal, sempre que estiver atuando para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou garantir sua concretização, será uma prática legítima. Nessa situação, ainda que ativista, a atuação da Corte Constitucional estará em consonância com os princípios constitucionais, bem como com os fundamentos e os objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em 18 de jan. de 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Atuação do STF redefiniu relações entre poderes.** 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-dez-13/atuacao_stf_redefiniu_relacoes_entre_poderes>. Acesso em: 13 de jun. de 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não.** 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>>. Acesso em 21 de jan. de 2018.
- BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. **Dilemas da Atuação do Poder Judiciário: Ativismo Judicial sob a Ótica do Pensamento de Ronaldo Dworkin.** Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 387-341.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** ALCEU Vol. 5 (nº 9), Rio de Janeiro: PUC, 2004.
- HIRSCHIL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 251, p. 139, 178, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em 14 de dez. de 2017.
- LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?: O outro lado do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direitos Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORI, Maria Cristina Lima de. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: limites e possibilidades**. Monografia. 2012. Marília. Disponível em: <<http://aberto.univem.edu.br/handle/11077/928>>. Acesso em: 15 de jul. de 2017.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia**. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et. al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST, 10., 2012, Curitiba. **Anais eletrônicos do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst**. Curitiba: ABDConst, 2013. Disponível em: <[HTTP://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf](http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf)>. Acesso em 16 de jan. de 2018.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. **Ativismo Judicial – Multiplicidade de Sentidos**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades Do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SALDANHA, Isabella de Sousa; GOMES, Magno Fererici. **Ativismo Judicial, Democracia e Sustentabilidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2015.

SERRA, Juca Almeida Formigli. **A legitimidade do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Monografia. 2015. Salvador. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Juca%20Almeida%20Formigli%20Serra.pdf>>. Acesso em 17 de nov. de 2017.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. **O Poder Judiciário como efetivador dos Direitos Fundamentais**. 2007. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/873>>. Acesso em 14 de set. de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.

SILVA, Teodolina Batista da; VITÓRIO, Cândido. **Ativismo Judicial – Uma nova era dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 22., 2013, Curitiba. **Anais eletrônicos do XXII Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Funjab, 2013. Disponível em:

<[HTTP://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod-6f4b7fd3eea0af87](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod-6f4b7fd3eea0af87)>. Acesso em 19 de jan. de 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em 15 de set. de 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição E Ativismo Judicial Limites Da Atuação Do Judiciário**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro – SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014. Disponível em: http://www4.fjrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/490/39. Acesso em 21 de jan. de 2018.

VALLE, Vanice Regina Lirio do (org.) **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ZENI, Carine. **O Poder Judiciário como legislador positivo na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**. Artigo. 2007. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32067-37808-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 de set. de 2017.

_____. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>.

_____. **Senado Federal**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>.