

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE
FACULDADE DE DIREITO**

GABRIEL MACHADO HADDAD

**O ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E/OU
CRIATIVAS EM CONTRAPOSIÇÃO AO ESTADO DE DIREITO**

Presidente Prudente

2021

GABRIEL MACHADO HADDAD

**O ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E/OU
CRIATIVAS EM CONTRAPOSIÇÃO AO ESTADO DE DIREITO**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de
Presidente Prudente, como requisito parcial
para a obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientador: Sérgio Tibiriçá Amaral

**Presidente Prudente
2021**

RESUMO

Esta monografia objetiva propor uma discussão sobre o ativismo judicial no Brasil. Assim, sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, busca-se produzir um tipo de reflexão que lance luzes sobre a forma de compreender a atuação do Judiciário e, assim, possibilite críticas sobre qualquer posicionamento que não seja capaz de provocar a responsabilidade do órgão julgador, como ocorre com a defesa de posturas ativistas. Referente à metodologia, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, tendo em vista que foram pesquisadas doutrinas e legislações que se dedicam a compreender o ativismo judicial e seus reflexos no Estado Democrático de Direito permitindo concluir que o ativismo do judiciário não pode ser considerado legítimo, porém, em casos extremos, é possível que seja necessário. Todavia, a conduta indiscriminadamente ativista do Supremo Tribunal Federal (STF) pode levar às ruínas o equilíbrio institucional entre os poderes constituídos e colocar em risco a própria democracia.

Palavras-chave: Democracia. Separação de Poderes. Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This monograph aims to propose a discussion on judicial activism in Brazil. Thus, under the contributions of the Hermeneutic Critique of Law, we seek to produce a type of reflection that sheds light on how to understand the performance of the Judiciary and, thus, allow criticism of any position that is not capable of provoking the responsibility of the body judgmental, as with the defense of activist postures. Regarding the methodology, this is a bibliographical research, considering that doctrines and legislation that are dedicated to understanding judicial activism and its consequences in the Democratic Rule of Law were researched, allowing to conclude that the activism of the judiciary cannot be considered legitimate, however, in extreme cases, it may be necessary. However, the indiscriminately activist conduct of the Supreme Court (STF) can ruin the institutional balance between the constituted powers and put democracy itself at risk.

Keywords: Democracy. Separation of Powers. Judicial activism. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. A SEPARAÇÃO DE PODERES E O JUDICIÁRIO NO BRASIL	8
1.1 A Separação de Poderes em Uma Acepção Histórica.....	8
1.2 O Sistema de Freios e Contrapesos	11
1.3 O Discurso de Ascensão do Judiciário	12
1.4 Análise do Ativismo nos Estados Unidos da América do Norte	17
2. O CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	28
2.1 Posicionamentos Favoráveis e Contrários ao Ativismo Judicial	32
3 O ATIVISMO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	38
3.1 Análise da Decisão da Subjugação do CNJ ao STF	39
3.2 O Recall do Poder Judiciário	42
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Na medida em que o desenvolvimento da sociedade e as relações jurídicas foram ganhando maior complexidade e os conflitos sociais se tornaram algo corriqueiro, nas democracias chamadas constitucionais em que ocorreram essas mudanças. Essas, conseqüentemente, proporcionaram ao chamado “Poder Judiciário” surgir com protagonismo, por vezes elogiado devido à necessidade de intervenção, com intuito apaziguar e efetivar a ordem e a paz coletiva. No entanto, por vezes essa atuação ganha crítica e essas serão as temáticas desta apreciação acadêmica utilizando-se inicialmente o método histórico para construir uma narrativa do constitucionalismo brasileiro. Nesse contexto, existem questões que repercutem moral e politicamente que estão sendo deixadas de lado pelos demais poderes, e assim se fazem necessários o alcance e a transferência de poderes ao judiciário para enfrentar estas questões alheias à sua área de atribuição. Dessa forma, muitos juízes e cortes têm efetivado tais direitos por meio de suas decisões, isto é, o poder judicante tem agido de maneira ativista. Por isso, essa monografia também usa o método indutivo.

O cenário democrático hodierno demonstra a projeção da função dos juízes no Brasil nos mais diversos setores da sociedade. O juiz que, antes, valia-se de mecanismos hermenêuticos simples, atualmente está acobertado pela responsabilidade da solução de demandas de casos concretos complexos. Tal fato, conseqüentemente, assegura-lhe posições funcionais que antes eram reservadas apenas às instituições de natureza originariamente políticas, passando a se comportar como protagonista das expectativas de mudanças da sociedade.

Entretanto, não se pode limitar a análise apenas sob o olhar da proeminência do Poder Judiciário, mas, sim, deve-se ampliar o contexto quanto ao que se espera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo como atores sociais e qual a contribuição para o cenário atual. Portanto, esse trabalho não se dedica à mera crítica ao sistema judicial, mas atenta, de modo mais abrangente, ao novo modelo político-constitucional instalado na democracia brasileira, com vistas a observar a sistemática de distribuição das funções estatais.

Por isso, o tema do ativismo judicial não pode ser compreendido unicamente pela postura sagaz do Poder Judiciário em exercer funções além das suas competências. É por demais simplista tal referência. Compreende-se tal fenômeno

como consequência da inatividade das outras instituições estatais. Como recorte teórico, será tratado, especialmente, o tema central da judicialização da política, que consubstancia-se em uma faceta do ativismo judicial. É, principalmente, em razão disso que o debate político é transferido da sede legislativa e/ou executiva para a judicial, dando azo, ainda, a decisões que influenciam na dinâmica de execução de projetos sociais.

O que, em um primeiro momento, parece ser virtuoso e inovador, precisa ser analisado com cautela. A crescente litigiosidade perante o Judiciário identificada nas democracias contemporâneas pode ser compreendida como reflexo da inexpressiva atuação dos demais poderes, além de deixar em evidência o hiato que existe entre representantes e representados, que depositam no Judiciário sua esperança e confiança.

O Brasil vivencia tempos de efervescência política. Ao mesmo tempo em que a sociedade se apresenta cada vez mais engajada em diferentes pautas, envolvidos por essas demandas sociais, Legislativo e Executivo experimentam uma intensa tensão, que, em alguns casos, é apenas resultado da prevalência de interesses políticos-partidários e das disputas eleitorais. Não raro, esse confronto acaba sendo remetido ao Supremo Tribunal Federal (STF), com a exigência de que apresente uma resposta.

É verdade que, desde a caracterização do que ficou conhecido por novo constitucionalismo no mundo todo, o Judiciário brasileiro já havia expandido significativamente suas atribuições. Entretanto, o cenário acima esboçado favoreceu um imaginário de tamanha dependência jurisdicional que desencadeou a naturalização do conceito de supremacia judicial, compreendido como a superioridade e a hierarquia da atividade jurisdicional sobre as demais esferas de poder. Assim, como afirma Bolzan de Moraes¹, a sociedade presencia e produz a “sacralização do Judiciário”, maior deve(ria) ser o controle das decisões judiciais, o que implica em revisitar o tão recorrente conceito de ativismo judicial.

Feitas estas pontuações iniciais, este artigo tem por objetivo propor uma discussão sobre o ativismo no Brasil.

¹ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 60.

Assim, sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, busca-se produzir um tipo de reflexão que lance luzes sobre a forma de compreender a atuação do Judiciário e, assim, possibilite críticas sobre qualquer posicionamento que não seja capaz de provocar a responsabilidade do órgão julgador, como ocorre com a defesa de posturas ativistas.

O problema que norteou esta pesquisa foi: quais os limites da interpretação extensiva e/ou criativas em contraposição ao Estado de Direito?

O tema ocasiona discussões, em virtude, sobretudo, do descrédito conferido ao Legislativo. Além disso, o Executivo se mostra estrategista quanto à concretização de políticas públicas, o que gera desconfiança e crise de representatividade em relação ao povo. Em razão disso, é importante repensar o modelo de atuação dos parlamentares e dos gestores públicos, como uma forma de obstar a cultura da “juristocracia”, através da qual o Judiciário parece ser o ente dotado de credibilidade e, portanto, apto a solucionar quaisquer demandas.

A democracia pressupõe um governo exercido pelo povo, que, direta ou indiretamente, é responsável pela elaboração de leis que regerão o convívio comum. Especialmente no sistema representativo, os representantes são eleitos periodicamente e detêm uma legitimidade popular outorgada. Quando o Judiciário, que não é eleito pelo povo nem está sujeito à responsabilidade periódica, invalida leis advindas do Legislativo, é possível que se questione a existência de déficit democrático.

A importância do desenvolvimento dessa pesquisa para a sociedade diz respeito ao senso crítico que é aperfeiçoado quando o debate maduro sobre a redefinição dos parâmetros de separação de poderes que são apresentados de acordo com o desenvolvimento das relações em sociedade. O tema é interessante por suscitar reflexão sobre a importância das atividades exercidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, a fim de se fortalecer a soberania popular e a concretização da democracia.

Referente à metodologia, com relação à fonte de dados, esta é uma pesquisa bibliográfica, tendo em vista que foram pesquisadas doutrinas, legislações e jurisprudência que se dedicam à compreensão do ativismo judicial e seus reflexos no Estado Democrático de Direito.

1 A SEPARAÇÃO DE PODERES E O JUDICIÁRIO NO BRASIL

A estrutura da engrenagem de separação de poderes adotada pelo Brasil segue a concepção preconizada por Montesquieu e o modelo estadunidense, consoante previsto no art. 2º da Constituição Federal do Brasil de 1988². Assim, os poderes são independentes, contudo, na balança de poder, há uma preponderância de maior força política por parte do Poder Executivo, que seguiu o modelo norte-americano e também preconizou um sistema denominado de freios e contra pesos visando que os chamados “poderes” tenham independência. Porém, noutra perspectiva, com o advento do Novo Constitucionalismo e a promulgação da Constituição Cidadã, houve um crescimento exponencial do Poder Judiciário, o que historicamente nem sempre era destaque no cenário político do país inicialmente devido a presença de normas programáticas da Lei Maior brasileira que seguiu o modelo de José Joaquim Gomes Canotilho que foi esboçado na obra “Constituição Dirigente e Poder Vincular”, e chegou a ser colocado em prática na Constituição de Portugal de 1976, sendo que o referido catedrático da Universidade de Coimbra foi um dos principais articuladores. Importante ressaltar que o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal ganhou poderes com duas ações no tocante as possibilidades nas chamadas “interpretações conformes”, o que aumentou o seu ativismo.

1.1 A Separação de Poderes em Uma Acepção Histórica

Durante o Império, foi editada a Constituição de 1824, que no art. 10 fazia previsão de quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, este último era exercido pelo Imperador e se destinava a manter o equilíbrio entre os demais poderes constituídos. Na verdade, o imperador tinha no exercício do poder moderador funções absolutas que lhe davam supremacia total sobre os demais artífices desse modelo que não era bem liberal clássico, embora tivesse três funções distintas. Já na Constituição de 1891, durante a República Velha, o Brasil adotou, nos moldes dos Estados Unidos da América do Norte, o Presidencialismo, que no seu art. 15 previa

² Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

que “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”³.

Todavia, segundo Ricardo Fernandes⁴, isso não condizia com a realidade social, pois o poder preponderante era o executivo e havia uma forte influência dele nos governos regionais e locais (Governadores e Coronéis), com isso não havia independência do Judiciário. No mesmo ano da promulgação dessa Constituição, foi criado o STF, sua competência está prevista no art. 59 e era composto por 15 ministros; e a instituição por lei do Controle de Constitucionalidade Difuso. A fim de aumentar a autonomia e fortalecer o judiciário, foram criadas as garantias de vitaliciedade, irredutibilidade de salário e inamovibilidade.

As Constituições de 1934 e 1937 não trouxeram grandes modificações nas atribuições e na competência do Judiciário. A Constituição Polaca, outorgada por Getúlio Vargas, fortaleceu ainda mais os poderes nas mãos do Chefe do Executivo, estabelecido no art. 74, que na prática levou a um governo ditatorial e à desconfiguração da teoria política de separação de poderes e do princípio do poder de frear o poder. No entender de Éber de Meira Ferreira⁵, o Poder Judiciário permaneceu sem muita expressão política durante esse período, quase de modo apenas figurado e distante de vislumbrar uma atuação do STF nos termos de hoje. Houve a inovação do Controle de Constitucionalidade Concentrado, previsto no art. 96 da Constituição Polaca: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República”⁶.

Com a redemocratização do país e o surgimento do Estado Social, por influência da Constituição de Weimar, a Constituição de 1946, em seu art. 36, manteve os Poderes independentes e harmônicos e com uma vedação expressa: era vedado à mesma pessoa gerir mais de um poder e um poder não poderia delegar a atribuição

³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

⁴ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Análise da Separação de Poderes na Ótica do Poder Judiciário no Brasil. **Revista Científica Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v.9, n.18, p. 177-194, mai./ago., 2015, p. 4-5.

⁵ FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 16.

⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

a outro poder⁷. Essa Constituição trouxe maior equilíbrio entre os poderes e uma maior visibilidade e fortalecimento ao Poder Judiciário. Sob a égide desta Constituição e durante o Governo Militar, a EC nº 16 de 1965 instituiu a Ação Direta de Controle de Constitucionalidade - declarava que “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Durante o período do Regime Militar, foi instituída a Constituição brasileira de 1967, a qual formalmente manteve a separação de poderes, positivada no art. 6º⁸, todavia, materialmente o poder era centralizado no Executivo e comandado pelas Forças Armadas, mesmo com o funcionamento figurado dos demais poderes. Em seguida foi editada a EC nº 1 de 1969, que produziu, na realidade, uma nova Constituição, mas não inovou a situação política e jurídica em que se encontrava o país em relação aos Princípios da Separação de Poderes nem ao sistema de Checagem.

A CRFB/1988, que redemocratizou o país, trouxe, assim como as Constituições pretéritas, o mecanismo da separação de poderes, consagrando-o em seu art. 2º, o qual afirma: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, um princípio de direitos fundamentais e uma cláusula pétreia. No entender de Fernandes⁹, mesmo reduzindo substancialmente a força política do executivo, ainda continuou com um maior destaque do que os demais poderes, por exemplo, a previsão edição de Medidas Provisória, prevista no art. 62¹⁰.

⁷ Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições (BRASIL, 1946).

⁸ Art 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro (BRASIL, 1967).

⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Análise da Separação de Poderes na Ótica do Poder Judiciário no Brasil**. Op. cit., p. 16.

¹⁰ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

1.2 O Sistema de Freios e Contrapesos

Em relação ao sistema de freios e contrapesos adotado na CRFB/1988 pelo Brasil, manteve-se o modelo norte-americano, em que há certa similaridade, trazendo funções típicas e outras secundárias para assegurar principalmente a independência. O art. 49 da Lei Maior de 1988 traz uma lista de atribuições de checagem do Poder Legislativo sobre o Executivo; o Congresso faz a fiscalização e controle do Executivo, autoriza o presidente a declarar guerra, autoriza o presidente e o vice-presidente a ausentar-se do país, aprova ou suspende o Estado de Sítio, de Defesa e Intervenção Federal. Pode, ainda, sustar normas do Executivo que exorbitem o seu poder. Ainda, a Câmara dos Deputados possui competência para instaurar processo contra o presidente e o vice-Presidente, conforme positivado no art. 51, inc. I, do mesmo diploma normativo.

Ao Senado cabe, tal como disposto no art. 52, I e II da Constituição Federal, processar e julgar o presidente e o vice-presidente nos crimes de responsabilidade, ministro da Suprema Corte, procurador-geral da República, Conselho Nacional do Ministério Público, membro do Conselho Nacional de Justiça, advogado geral da União. Importante ressaltar que o julgamento do impeachment é presidido no Senado pelo presidente do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, o chefe do Executivo só pode nomear os embaixadores, ministro da Corte Suprema, presidente do Banco Central, ouvidores das Agências Reguladoras após a aprovação do Senado.

Em relação Poder Judiciário, além de haver autonomia financeira e administrativa, houve um alargamento substancial no papel do judiciário no sistema de freios e contrapesos e um enorme destaque na proteção dos direitos fundamentais, proteção das minorias, por meio da consolidação e do amadurecimento do Controle de Constitucionalidade Concentrado, positivado no art. 102, I, "a"¹¹, seja na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou no ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão,

¹¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (BRASIL, 1988).

mandado de injunção e mais recentemente a introdução da súmula vinculante por meio da EC nº 45.

Ficou demonstrado que o constituinte originário e derivado aumentou substancialmente a importância do poder político e o papel do Judiciário na estrutura da divisão de funções, tanto no aspecto qualitativo quanto quantitativo, com vista ao equilíbrio da balança de tripartição dos poderes constituídos, porém o crescimento desse poder político, que não fora escolhido pela massa popular, quando exerce a sua função jurisdicional, pode criar uma tensão com os princípios basilares da democracia.

1.3 O Discurso de Ascensão do Judiciário

Especialmente nas democracias ocidentais constitucionais, notam-se que Estados já consolidados e independentes, mostram um determinado momento político no qual foi feita a Lei Maior. Com isso se torna possível constatar que o exercício do poder constituinte não corresponde, necessariamente como regra, a uma absoluta mudança da ordem anteriormente instalada. Existem direitos e garantias já assegurados em tratados de direitos humanos e, com base no princípio da vedação do retrocesso, estes benefícios adquiridos pela sociedade estão imunes à atuação da nova ordem política. Portanto, compreende-se, algumas vezes, o processo constituinte como movimento de continuidade da democracia, com o devido respeito às obtenções culturais anteriores de direitos. Em análise específica sobre o histórico brasileiro, notadamente quanto à diferenciação entre as Constituições de 1967 e 1988, Carlos Alexandre identifica que “o que muda, pode-se concluir, é o projeto político, o equilíbrio das relações de poder e, também, a compreensão dos limites da relação existente entre sociedade e estado”¹².

Martonio Barreto Lima¹³ identifica o processo constituinte como mecanismo de expectativa de renovação da ordem jurídica e reconhece ao Poder Legislativo a legitimidade para aperfeiçoar a sociedade, exatamente pelo respaldo da escolha popular de seus representantes. Diante da postura ativista, estaria o Poder Judiciário

¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 185.

¹³LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus Executivo/Legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. **Pensar**, Fortaleza, v.11, p.185-191, fev, 2006.

inaugurando nova ordem constitucional como detentor da soberania constituinte? Estaria caracterizado estado de exceção, situação excepcional e temporária que se instala para assegurar a soberania que pode estar ameaçada?

Sabe-se que no Brasil, a CRFB/1988 previu as situações excepcionais do estado de sítio e do estado de emergência, bem como a intervenção federal como limites ao Poder Constituinte de Reforma. Em caso de abuso, o Judiciário pode ser demandado. Entretanto, não se pode desconsiderar a problemática que se percebe quando o Judiciário, por si só, analisa as demandas que lhe são propostas e transpõe sua competência constitucional. Dessa forma, o discurso de ascensão do Judiciário deve ser entendido com cautela. O estado de exceção, que não é exatamente o objeto central da análise, foi citado brevemente, a título reflexivo, para identificar, de maneira analógica, que quando o Judiciário se apresenta na condição de estabelecer as novas diretrizes de uma Constituição Democrática, talvez possa aí estar a se apresentar como soberano, em detrimento do povo, detentor direto de tal legitimidade.

De acordo com Giorgio Agamben¹⁴, o termo estado de exceção, historicamente, cinge-se à situação de guerra. No entanto, segundo Matheus Fernando de Arruda Silva¹⁵, vinculá-lo às concepções de estado de sítio e de lei marcial são impróprias para definir a estrutura do fenômeno e, desta feita, necessitam do adjetivo político ou fictício para tentar minorar a carência de lucidez conceitual, mas que, ainda que se acompanhado desses qualificadores, os termos continuariam equívocos.

Paradoxalmente, o estado de exceção, inobstante estreitar-se com uma concepção autoritária de governo, é um instituto que, modernamente, eflui de regimes vistos como democráticos. De acordo com Giorgio Agamben: “importante não esquecer que o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista”¹⁶.

O modo como esse estado de exceção é compreendido comporta diferentes interpretações que se bipartem entre os doutrinadores que o inserem como um instituto próprio ao ordenamento jurídico vigente e aqueles que o entendem como

¹⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2007, p. 15.

¹⁵ SILVA, Matheus Fernando de Arruda e. **A experiência de exceção em estados democráticos de direito e suas conseqüências para a sociedade contemporânea**. 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Piracicaba, Universidade Metodista de Piracicaba, 2017, p. 36.

¹⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. *Op. cit.*, p. 16.

exterior a esse ordenamento, assumindo um caráter substancialmente político e, dessa forma, extrajurídico, conforme o posicionamento de Carl Schmitt¹⁷.

Fernandes cita a judicialização da política e, complementarmente das relações sociais, “com um significativo deslocamento de poder da esfera do legislativo e do Executivo para o poder judiciário (o judiciário passa a ser um poder protagonista das ações)”¹⁸. O autor alerta que esse ponto, inclusive, tem sido a razão das muitas críticas direcionadas a algumas posturas neoconstitucionalistas, que, segundo o autor, podem conduzir a um verdadeiro “decisionismo e subjetivismo exacerbado” por parte do Judiciário. Assim, visando efetivar direitos fundamentais, suprir omissões ou obstar excessos de outros poderes, o judiciário, pode, a depender do teor e extensão de suas decisões, se tornar ele mesmo “o excesso ilimitado”¹⁹.

Sabe-se que as mudanças abruptas na política modificam o Direito e estas alterações na forma de aplicar o Direito geram mudança na política, trazendo à baila a grande questão discutida, ou seja, o ativismo judicial gerado pela discricionariedade exacerbada de seu intérprete e aplicador do direito.

Conceitualmente ativismo judicial, é um fenômeno que é caracterizado pela postura proativa do judiciário que conseqüentemente causa a interferência regular e significativa nas decisões de outros poderes²⁰. Portanto, essa postura intervencionista pode estar ou não respaldada na constituição.

Não há uma definição precisa sobre o termo ativismo judicial, que permeia entre os debates dos constitucionalistas, magistrados e cientistas políticos, um tema complexo que transmuda entre o direito e a política, com formas de manifestações variadas e diversos fatores, assim como o próprio termo é usado de maneira pejorativa atinente às decisões judiciais dos juízes e tribunais com a invalidação das leis e atos do legislativo e executivo, assim como os precedentes estabelecidos pelas cortes. O assunto não é novo e no século passado houve debates sobre o ativismo da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, que sempre são trazidos pela doutrina para buscar soluções para outros países, como o Brasil. Importante ressaltar,

¹⁷ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 36.

¹⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador, JusPODIVM, 2018, p. 61.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 16.

segundo Stefanie Lindquist e Frank Cross²¹, que a alcunha foi um ataque à Corte Warren²², conhecida por polêmicas em diversas questões sociais e morais, assim como os direitos das liberdades individuais e igualdade, diante das instituições políticas e administrativas.

O termo também pode, no entendimento de William Marshal²³, variar a depender do lado favorável ou contrário à decisão. Alguns contrários à tomada de decisão podem chamá-la de ativista somente porque não lhe fora favorável ou conveniente. Muitos juízes e tribunais são rotulados por ativistas por impor as “suas preferências políticas à sociedade, sem responsabilização eleitoral ou fidelidade à Constituição”²⁴. Na realidade, é uma crítica aos juízes e tribunais que estariam impondo as suas decisões baseadas em preferências políticas e valores morais que vão além das prerrogativas constitucionais do judiciário, por violar preceitos fundamentais da democracia e por tornar o princípio da separação de poderes inviável. Os representantes do parlamento podem afirmar que a conduta ativista dos membros judicantes é uma “anarquia judicial” ou “despotismo do judiciário”. Por outro lado, liberais e conservadores podem permear e conceber que uma decisão é ativista de acordo com as suas ideologias políticas.

Portanto, embora não haja verdadeiramente uma concepção firmada sobre o que é ativismo judicial, que se apresenta, às vezes, de forma diversa e até contraditória, logo ele acaba por significar sentidos distintos para cada tipo de pessoa. Tal termo surgiu para ser mais acolhido para caracterizar intervenção do judiciário, além dos limites fronteiriços de suas atribuições. Em contrapartida, no entender de Campos²⁵, o termo tem que ser levado em conta por sua identificação abstrata e conhecida concretamente.

A locução ativismo judicial, ou ainda ativismo judiciário, embora guarde uma aproximada relação com a judicialização da política, designa fenômenos jurídicos distintos, como fora citado. Logicamente, ambos surgiram de maneira clara com o

²¹ LINDQUIST, Stefanie A; CROSS, Frank B. **The Scientific Study of Judicial Activism**. Minnesota: Minnesota Law Review, 2007, p. 1752.

²² The Warren Court, 1953-1969, em que o Ativismo Judicial mais preponderou nos Estados Unidos da América, onde houve uma interferência do Poder Judiciário nos demais poderes na efetivação dos direitos fundamentais

²³ MARSHALL, William P. **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism**. Chapel Hill: University of Colorado Law Review, 2002, p. 101.

²⁴ LINDQUIST, Stefanie A; CROSS, Frank B. **The Scientific Study of Judicial Activism**. Op.cit., p. 1753.

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 151.

protagonismo do judiciário, com o aumento significativo das funções estatais, devido ao crescimento das prestações sociais estabelecidas nas diversas constituições das democracias modernas. “O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”²⁶. O ministro do Supremo Tribunal Federal faz a defesa desse crescimento com base na inércia do Congresso Nacional no seu dever previsível de inovar na ordem jurídica.

Na concepção de Luis Barroso²⁷, hoje ministro do Supremo, esse fenômeno acontece devido ao retraimento significativo do Poder Legislativo, mas também em razão da falta de efetivação das necessidades de políticas públicas a serem implantadas pelo poder executivo a impedir que as muitas carências sociais sejam sanadas.

O termo ativismo judicial, na esteira de Gustavo Buzzato²⁸, está relacionado com a escolha e a atuação de maneira mais ampla e efetiva, em desconformidade com a função típica do judiciário, como contemplada nos preceitos constitucionais, que alcançam, o campo de atuação das questões morais e políticas dos demais poderes. De outra maneira, significa que o magistrado ou o tribunal ultrapassa os limites da sua atribuição quando criam normas que divergem dos trâmites legislativos ou de jurisprudência, seja em sentido vertical ou mesmo horizontal das cortes, o que mina ou recria políticas de áreas de atuações dos demais poderes.

Essa iniciativa do judiciário por vezes está relacionada a um crescente repúdio da população à classe política, pois, infelizmente alguns dos seus membros, quando não estão respondendo processo criminal, têm seus nomes envolvidos em escândalos de corrupção o que explicaria a credulidade de grande parte da sociedade ao poder judiciário²⁹.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Op. cit., p. 25.

²⁷ Ibidem.

²⁸ BUZATTO, Gustavo. **O ativismo judicial e suas dimensões na atuação do Supremo Tribunal Federal**: uma análise sob o prisma da separação dos poderes e da judicialização. 2017. 240 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2017, p. 27.

²⁹ VOLKEN, Rafael Augusto de Azevedo. **Ativismo Judicial**: Limites frente ao Estado Democrático de Direito com base no princípio da Separação de Poderes. 2016. 56f. Monografia em Direito. Centro Universitário Univates. Lajeado. Rio Grande do Sul, p. 46.

1.4 Análise do Ativismo nos Estados Unidos da América do Norte

A tradição jurídica do Brasil é uma tradição advinda do direito civil, o que é diferente da realidade do direito consuetudinário americano. O direito consuetudinário americano foi introduzido em 13 colônias e estabelecido em quase todos os membros federais, exceto na Louisiana, que foi obtido por meio de muito trabalho. Nomeado pela França e manteve o modelo gaulês.

No entanto, esse fato não impede a proximidade entre o Brasil e o sistema americano. Especialmente considerando a convergência gradual entre diferentes tradições jurídicas ao redor do mundo, é impossível identificar um país que adote uma dessas tradições jurídicas de forma “pura”.

Nesse contexto, o escritor Olavo de Carvalho³⁰ discorre sobre a noção do desconstrucionismo. Segundo o autor:

A desconstrução parte da premissa linguística de Ferdinand de Saussure de que a língua é um sistema no qual o sentido de cada palavra é a diferença entre ela e todas as outras. O sacerdote supremo do desconstrucionismo, Jacques Derrida, joga essa premissa contra as pretensões científicas da própria linguística, ao concluir daí que, se a língua é um sistema de diferenças entre signos, ela não tem qualquer referência a um “significado” externo. Tudo o que o ser humano diz, escreve ou pensa é apenas a exploração das possibilidades internas do sistema. Não tem nada a ver com “realidade”, “fatos” etc. O universo inteiro ao alcance do pensamento humano é constituído de “textos” ou “discursos”, mas, como não há nenhuma realidade externa pela qual esses discursos possam ser aferidos, não tem sentido falar de discursos “verdadeiros” ou “falsos”. Não existe representação da realidade. Todo discurso é livre invenção de significados³¹.

Isso adentra o âmbito judiciário após o surgimento do realismo escandinavo. O fenômeno dizia que o juiz não era imparcial, tomando as decisões com base em sua própria vontade, deixando suas emoções falarem por si, não agindo de acordo com o que a lei determina.

Neste sentido, não pode o Juiz apenas seguir sua própria vontade e decidir apenas de acordo com sua própria vontade. Nesse caso, a única possibilidade que poderia ser feita seria educar esses magistrados ou estuantes para tal, incorporando bons princípios e propósitos em sua base educacional, para que quando esses venham tomar decisões a partir de suas emoções, teriam então como base esses

³⁰ CARVALHO, Olavo. **O sucesso do fracasso**. Sapientiam Autwm Non Vincit Malitia, 2017. Disponível em: <https://olavodecarvalho.org/o-sucesso-do-fracasso/>. Acesso em: 14 de jun. 2021.

³¹ Ibidem.

bons valores e propósitos. Esse juiz é humano, quer mudar a sociedade, quer ajudar a política, busca liderar o progresso da sociedade, pois é um juiz ativo e almeja bons objetivos.

Thurgood Marshall sintetiza que no ativismo judicial vigora a ideia do “faça o que você acha que é certo depois você deixa que a lei se atualize”³².

Também o norte-americano e adutor da Declaração da Independência dos EUA, Thomas Jefferson já fazia menção a este “comportamento autoritário na bancada”. O tribunal não respeita à vontade da maioria externa e nem a lei que foi feita e definida pelo representante do povo. O tribunal não tem capacidade de criar direitos, mas apenas interpretar e no caso de lacuna buscar Justiça. Naquele momento pós independência já haviam problemas. Mudavam a lei e não respeitavam o espaço dos outros grandes blocos de partidos e ainda haviam problemas, pois os Estados-membros eram até então países soberanos. Havia problemas de violação e nem o jogo eleitoral e o espaço político foram poupados, com muitas discussões durante o surgimento da democracia, presidencialismo e da separação dos poderes, além de terem esquecido de elaborar a carta de direitos.

Esse modelo se repete atualmente em alguns países. No Brasil, é possível se observar esse fenômeno de maneira clara, onde 11 ministros podem mudar praticamente tudo no país com apenas uma decisão³³, com invasões indevidas aos poderes legislativos do Congresso Nacional.

Outro problema que se observa atualmente no Brasil é que a sociedade em si movida por falta de conhecimento jurídico e por vezes por uma cultura errônea se refere a ausência de leis e direitos sempre como uma inconstitucionalidade. Por vezes não se aborda a ausência da legislação como morosidade ou desdém do legislativo. Os cidadãos provocados pela cultura errada dizem ser inconstitucional não ter a lei adequada e assim judiciário acaba sendo reduzido a uma figura paterna onde busca-se uma tutela jurisdicional, toda vez que qualquer direito ou ideia de direito que acredita-se ter direito seja imaginada ou negada. Sendo dessa forma os defensores de direitos e garantias que muitas vezes não são realmente direitos e garantias. A participação nestas atividades e a formulação de legislação interferem na legislação

³² SPINOLA, Diego. **A teoria da separação dos poderes e a invasão de competência do judiciário nos processos legislativos**. 2018. Disponível em: <https://diegosspinola.jusbrasil.com.br/artigos/575885274/a-teoria-da-separacao-dos-poderes-e-a-invasao-de-competencia-do-judiciario-nos-processos-legislativos>. Acesso em: 06 de abril. 2021.

³³ Síncope na composição do espaço público brasileiro.

típica e na atribuição atípica do Poder Executivo em suas medidas provisórias, por exemplo.

A Constituição brasileira é generosa em termos de conteúdo e tem uma das maiores “cartas de direitos” atualmente conhecida, assegurando direitos nos tratados e por todo o texto, além do artigo 5.o.. Esta Constituição cobre os mais diversos temas e até mesmo distingue questões constitucionais de não constitucionais sendo as materialmente constitucionais e formalmente constitucionais, pois trouxe muitos dispositivos que estariam melhor alocados na legislação ordinária.

Existem 107 alterações na Constituição, que explicam tudo automaticamente, pois o Poder Derivado mesmo com limites, realiza mudanças significativas. Isso traz um amplo escopo para que a cúpula do Poder Judiciário brasileiro, entenda-se Supremo, possa tratar de praticamente todos os conteúdos. Estando a matéria como constitucional, princípios e outros dispositivos, o STF tem competência. Qualquer que seja o assunto, materialmente ou formalmente constitucional prevista na Constituição Federal, poderá ser analisada e discutida por estes ministros do STF. E ainda, mesmo que não esteja previsto de forma expressa e literal na Constituição Federal, o Tribunal ainda poderá fundamentar a necessidade e legitimidade de apreciação de tal matéria, sobre o fundamento de que não está na Constituição de forma literal ou expressa, mas está contido no seu espírito, na sua essência, nos seus valores.

Dessa forma, pode-se dizer que quase todas as matérias podem ser apreciadas pela Suprema Corte, já que esse tribunal que decide o que está ou não dentro de sua competência, deixando claro que existe uma grande diferença entre o Judiciário e os demais poderes, pois na agência executiva o conteúdo no seu âmbito de alçada é pré-determinado, pelo que também é completado na legislação. Portanto, observa-se grande disparidade de poder.

O STF também interveio em muitas questões sociais e políticas nacionais, sempre apontando os conteúdos da Constituição. Exemplos dessa intervenção é a autorização do casamento homoafetivo, autorização do aborto de fetos anencéfalos, tipificação da homofobia na lei de racismo, dentre outros. Aqui, volta-se ao conteúdo das não conformidades discutidas (quando a decisão é realmente legítima e quando o STF implementa o autoritarismo político por meio do ativismo judicial?). Este questionamento é importante porque em muitos casos, a matéria não é submetida à votação da Câmara dos Deputados, onde seria necessário convencer a maioria dos deputados e senadores.

Outra questão de grande complexidade é o debate sobre as reservas indígenas, direcionadas para os índios que não sofreram interferência cultural ocidental.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 709), uma espécie de ação que objetiva evitar ou reparar danos contra algum princípio básico da CRFB/1988, foi ajuizada pelos partidos da oposição PSOL, PSB, PC do B, Rede, PT, PDT e a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. O relator foi o ministro Luís Roberto Barroso, o qual concedeu a cautelar, que fora referendada pelos demais ministros, para que a União atendesse às necessidades sanitárias dos índios e retirasse os invasores de suas terras, com o objetivo de proteção à saúde durante a pandemia tendo em vista que à época em que a ADPF foi proposta já havia sido contabilizadas 623 mortes e 21.646 casos de indígenas contaminados pelo Covid-19³⁴.

Foi argumentado que os invasores não eram simples posseiros³⁵. Na verdade, constituem grupos armados, que impõem contato forçado com estas tribos, praticam violência contra os seus integrantes e representam potenciais vetores de contágio de doenças. Por esta razão, a necessidade de remoção é imperativa, pois, a presença desses grupos nas terras indígenas consubstancia-se em grave violação do direito desses povos ao seu território e cultura, além de substancial ameaça às suas vidas e saúde³⁶.

O julgamento ocorreu no dia 05 de agosto de 2020 e reiterando a liminar dada pelo ministro Luís Roberto Barroso, por unanimidade os ministros do STF determinaram que o Governo Federal deveria adotar medidas que implicasse em efetiva proteção aos povos indígenas durante o período da pandemia pelo Covid-19.

No julgamento, além de os ministros observarem os direitos indígenas previstos na CRFB/1988, os ministros também fizeram menção a outros tratados internacionais, a exemplo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê o direito ao território e que garante, entre outros direitos, o

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709**. Distrito Federal. Data do julgamento: 21.10.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 3 Julho 2021.

³⁵ É importante destacar que em apenas uma das áreas os requerentes mencionaram cerca de 20.000 invasores.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709**. Distrito Federal. Data do julgamento: 21.10.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 3 Julho 2021.

direito dos indígenas à consulta prévia em caso de necessidade de adoção de medidas que possam impactar seus territórios.

Na cautelar, foi dado ao governo um prazo de 30 dias para elaborar um Plano de Enfrentamento à disseminação do Covid-19 entre os povos indígenas. Esse plano deveria prever, dentre outras medidas, medidas para conter e isolar invasores nas Terras Indígenas. A cautelar também determinou que o governo teria 10 dias para apresentar um plano com vistas a instalar barreiras sanitárias em trinta e uma terras indígenas. A União apresentou este plano no dia 29 de julho de 2020 e este plano começou a ser implementado até que um Plano Geral foi proposto³⁷.

O Plano Geral, no entanto, foi considerado muito genérico e vago, dificultando o acompanhamento de sua implementação. Também, deixou de estabelecer um cronograma e dispor, com objetividade e de forma detalhada, sobre as metas, ações que deveriam ser implementadas, critérios adotados e indicadores, mantendo-se também silente sobre uma diversidade de matérias fundamentais³⁸.

Por esta razão, determinou-se que fosse elaborado um novo Plano Geral, coordenado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública em parceria com o Ministério da Saúde, Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), Ministério da Mulher, da Família e da Secretaria de Direitos Humanos, além da continuidade das ações que estavam em curso e das ações recomendadas na decisão³⁹.

Complementarmente, a decisão determinou que a Secretaria Especial de Saúde Indígena deveria atender a todos os indígenas indistintamente, estivessem estes em terras homologadas ou não pois havia evidências que o atendimento

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709**. Distrito Federal. Data do julgamento: 21.10.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 3 Julho 2021.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709**. Distrito Federal. Data do julgamento: 21.10.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 3 Julho 2021.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709**. Distrito Federal. Data do julgamento: 21.10.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 3 Julho 2021.

especial aos indígenas que viviam em terras não demarcadas estava sendo negligenciado⁴⁰.

A expectativa era a de que à implementação das medidas pudessem contribuir para conter o avanço do Covid-19 em meio aos povos indígenas, especialmente entre os povos que vivem em locais mais isolados.

Trata-se, pois, de uma decisão atípica do STF, posto que ultrapassou os limites constitucionais da separação de poderes. Contudo não se nega que trata-se de decisão positiva e necessária, pois tem o caráter de políticas públicas a serem implementadas pela União com o propósito de proteger e garantir o direito fundamental à vida de grupos minoritários.

Outro caso que se mostra ostensivo é sobre o aborto. No STF, encontra-se pendente de julgamento a ADPF 442/DF, que irá discutir a possibilidade de interromper uma gravidez nos três primeiros meses de gestação. O processo tem como relatora a Ministra Rosa Weber e, no ponto em que está o processo atualmente, já foram realizadas diversas audiências públicas e juntado parecer desfavorável do Ministério Público Federal⁴¹.

Uma questão que deve ser observada a título é a divergência entre o pensamento majoritário da sociedade e o da maioria dos integrantes do STF. No caso do aborto, por exemplo, a maioria da população se mostra contrária a esta prática. Já a maioria dos integrantes do STF é favorável. Assim, sendo o aborto legalizado, a vontade da maioria da população será mitigada pela vontade de apenas um tribunal representado por 11 ministros.

O Supremo Tribunal Federal se sobressai a todos os outros poderes, pois, sua jurisdição é muito ampla. A título de exemplificação, o STF é responsável por julgar crimes comuns do Procurador-Geral da República e lidar com processos contra o Vice-Presidente, Senador, Representante, Ministro de Estado, Comandante das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) e Ministro de Estado. O Tribunal de Contas da União, o Ministro do Supremo Tribunal e o Conflito entre a União e os

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709**. Distrito Federal. Data do julgamento: 21.10.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 3 Julho 2021.

⁴¹ CHRISTOFIDIS, Juliana Farias de Alencar. Ativismo judicial ou judicialização de políticas públicas - A descriminalização do aborto pelo STF. **Migalhas**, 31.03.2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342764/ativismo-judicial-ou-judicializacao-de-politicas-publicas>. Acesso em: 26 out. 2021.

Estados membros e o Distrito Federal, e a Intervenção Federal nos Estados membros e o DF. Além disso, é o guardião da constitucionalidade da lei. Também, além de atuar como órgão de apelação em última instância, avalia os crimes políticos.

Sendo uma Corte constitucional, e última instância dos recursos, também julga quem tem foro privilegiado. Essa concentração de poder é citada por José Joaquim Gomes Canotilho:

O supremo do Brasil é o tribunal mais poderoso do mundo: primeiro, é mais poderoso que o dos Estados Unidos. Porque tem um conjunto de fiscalizações, que não é apenas a fiscalização concreta, que não existe nos EUA. Depois, articula as dimensões de tribunal de revisão, de última palavra, com as funções constitucionais. E daí vai criando o direito constitucional e, ao mesmo tempo, julgando casos. É o que eu tenho dito: o Brasil tem uma outra Constituição feita pela jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Os tribunais constitucionais [de outros países] não têm essas funções, de serem tribunais penais. E por isso é que eu digo que [o STF] é o tribunal com mais força⁴².

Por esta razão, é de grande importância, a comparação e entendimento das semelhanças e divergências entre o funcionamento da Corte Suprema dos Estados Unidos e do Supremo Tribunal Federal no Brasil, embora saiba-se que o STF brasileiro foi inspirado na Corte Suprema dos EUA.

Em 1891, na primeira Constituição Republicana, surgiu a primeira oportunidade de poder regular o Estado. Então, buscou-se o exemplo dos Estados Unidos, que é federativo, e a partir daí, passou-se a esbarrar em problemas culturais. Um deles é o de criar o Sistema Judiciário concedendo muita liberdade aos juízes, já que não existia essa cultura de os juízes vincularem suas decisões às decisões dos tribunais superiores.

Então, passaram a desenvolver esquemas para resolver esses impasses e assim foi criada a cláusula de reserva de plenário, após um grande passo em 1964, criando a possibilidade do controle abstrato. Em 1977, as decisões proferidas em sede de controle abstrato, deixaram de ser submetidas ao Senado Federal e foi também em 1977 que foi consolidado o que hoje denomina-se de eficácia *erga omnes*.

No entanto, existem algumas grandes diferenças, que causaram grandes problemas, em razão de o Brasil ter tentado copiar a Corte americana sem levar em

⁴² Apud BASILE, Juliano. O Supremo do Brasil é o mais poderoso do mundo. **Revista Valor Econômico**, Brasília, 2013. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/coluna/o-supremo-do-brasil-e-o-mais-poderoso-do-mundo.ghml>. Acesso em: 02 de jun. 2021.

conta as questões culturais, já que eles vinham de uma cultura inglesa em que a monarquia unificou o direito em todo o território, quando passaram a ter a percepção de que o direito seria uma forte ferramenta para dominação política. Foi então que surgiu o *Common Law* e desde o início o direito inglês tem como características leis amplas e mais abertas, permitindo uma atividade mais criativa ou ativista por parte do juiz.

Outra característica importante é que no sistema inglês existe o princípio da soberania do parlamento, ou seja, a última palavra, caso haja conflito, sempre será do parlamento.

Já no Brasil, o sistema é o *Civil Law*, que tem como base, os ensinamentos dogmáticos, advindos das igrejas, com o pensamento de que a lei resolve tudo, criado a partir das universidades. No entanto, cada vez mais, os países que seguem o *Civil Law* tendem a seguir precedentes o que deriva do sistema *Common Law*.

Para alguns, o ativismo judicial tem sido considerado essencial para o salutar funcionamento da democracia ou, inversamente, pode ser visto como uma anomalia no sistema constitucional⁴³.

Vivencia-se o advento de um movimento denominado pós-positivismo, movimento que tenta estabelecer uma relação entre direito e ética e leva em conta princípios e valores para determinação da interpretação legal. Diante disso o poder judiciário passa a ver seu papel na estrutura estatal, em outras palavras parte do poder judiciário recusa-se a ser tão somente um aplicador da lei e assume um papel de interpretador das normas para que possa acompanhar as transformações da sociedade e garantir uma maior promoção de direitos fundamentais.

Neste trilhar, tem-se que parte da doutrina que se mostra favorável ao ativismo judicial defende que pode, sim, o Judiciário, na ausência de uma norma, apontar possíveis soluções, a descrever possíveis caminhos para a resolução de quaisquer conflitos que lhes sejam apresentados desde que não exista violação a preceitos constitucionais. Cabe, pois,

[...] à figura do juiz, a condução dos processos decisórios que envolvem a sociedade, segundo as máximas constitucionais. Há aqui uma ampliação da função do denominado Juiz Constitucional. Tudo, repita-se, sem desrespeitar

⁴³ VOLKEN, Rafael Augusto de Azevedo. **Ativismo Judicial**: Limites frente ao Estado Democrático de Direito com base no princípio da Separação de Poderes. Op. cit., p. 56.

à divisão dos poderes, vez que sua atuação é nos limites da Constituição e do ordenamento jurídico⁴⁴.

Resta, assim, evidente que a doutrina se posiciona no sentido de que a Alta Corte deve pautar suas decisões nos ditames constitucionais e como regra não invadir uma competência legislativa.

Complementarmente, há o entendimento de que é preciso que os tribunais e em especial os tribunais superiores se limitem a examinar o caso em concreto no âmbito das balizas constitucionais, nem que para tanto precise interferir na política, no entanto, pautado sempre no Direito e não o criando, hipótese em que assumiria a postura de um legislador.

Nesse sentido, apesar do fenômeno do “ativismo judicial” ser visto por alguns como a mola que impulsiona as transformações sociais e avanços democráticos, pode, quando mal direcionado, fomentar a tirania do julgador quando provocado a tomar determinadas decisões⁴⁵.

Portanto, o Poder Judiciário precisa representar um real contrapeso com relação à função desempenhada pelos demais poderes, possuindo limites para a aplicação da norma, para que a Constituição de 1988 não seja violada. Ronald Dworkin⁴⁶ efetuou uma profunda e detalhada análise doutrinária acerca de alguns dos limites que os tribunais devem adotar, ao examinarem questões políticas, na medida em que refletiu acerca daquelas situações que ficaram consagradas como *hard cases*. Para o autor, apenas diante dos casos mais difíceis é que surge para o magistrado a faculdade de proceder-se a um julgamento discricionário.

Sobre o tema, importante também esmiuçar o questionamento proposto por Lênio Luis Streck sobre o ativismo de juízes: “como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente os juízes)?”⁴⁷.

O primeiro argumento a respeito é o que entende que os legisladores têm mais condições de estabelecer direitos que os próprios magistrados, em razão de sua

⁴⁴ SIQUEIRA NETO, José Francisco. Direito, judiciário e política. In: LEMBO, Claudio et al. **Juiz constitucional: Estado e poder no século XXI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2105, p. 297.

⁴⁵ BALESTERO, Gabriela Soares. **Reforma Política e o Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 73.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 28.

⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Decisionismo e Discricionariedade Judicial em termos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. O Direito e o Futuro, o Futuro e o Direito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 92.

representatividade, em razão de estarem os parlamentares mais unidos ao povo, o que justifica o impedimento de que os juízes tenham uma ação política. O segundo argumento está fundamentado e muito bem estruturado na ideia de que, se coubesse originariamente aos tribunais a criação de direitos, a legislação seria recorrentemente desrespeitada e, aumentando a insegurança das decisões judiciais. Seguindo este mesmo entendimento, colaciona-se Ronald Dworkin:

A democracia supõe igualdade de poder político e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores mas não juízes, é enfraquecido, o que é injusto. Não se trata de um juízo metafísico de justiça, mas sim da percepção de que a atividade política dos juízes acaba por gerar um comprometimento democrático relevante, ao ponto em que se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas⁴⁸.

Nesse sentido, as decisões que têm relação com a política e com os direitos fundamentais precisam ser decididas sempre com fundamento nos princípios constitucionais previstos com vetores para uma interpretação sistemática da Lei Maior. No entanto, o pensamento de Ronald Dworkin é contestado por Horácio Lopes Mousinho Neiva⁴⁹ que defende o positivismo exclusivo, ou seja, uma tese totalmente contrária. Para tanto desenvolveu a tese das fontes, que foi uma reação a alguns argumentos de Dworkin⁵⁰, que pauta seu raciocínio na análise de alguns casos em que os tribunais justificam suas decisões com fundamento em padrões normativos diversos das normas jurídicas.

Joseph Raz⁵¹ entende que o apelo às fontes sociais é inerente ao positivismo excludente e essencial ao conceito de direito, em razão de depender de uma reivindicação inequívoca de autoridade, mesmo que esta, na prática, nunca se materialize. Para o autor, um sistema jurídico só pode reivindicar sua autoridade se as suas diretivas puderem ser identificadas nas normas jurídicas.

Desta forma, pode-se dizer que o pensamento de Joseph Raz não coaduna-se com o de Ronald Dworkin⁵² pois este último entende que os tribunais não podem assumir a função de criadores de políticas, assumindo o papel exercido pelo Executivo

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 30.

⁴⁹ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**. Salvador: JusPODVM, 2017, p. 85.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Op. cit., p. 30-31.

⁵¹ Apud NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**. Salvador: JusPODVM, 2017, p. 86.

⁵² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Op. cit., p. 31.

e Legislativo, mas sim definir se os atos governamentais não violam os direitos básicos assegurados constitucionalmente.

Isso porque em se tratando de um Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional funciona como a garantidora dos direitos e garantias fundamentais e da própria democracia. Portanto, os tribunais não deveriam fazer o uso de argumentos políticos quando a própria política violar direitos fundamentais do indivíduo, devendo rever tais critérios interpretativos⁵³. O Judiciário não tem legitimidade, pois não teve votos e também não há respaldo na legalidade, que é um princípio dos mais importantes das democracias.

Verifica-se que o caráter transformador estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito, a verdadeira revolução copernicana pós-Segunda Guerra pressupõe a concessão de bases para a compreensão do Estado através do Direito⁵⁴.

⁵³ STRECK, Lênio Luiz. **Juiz Não é Deus - Juge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 56.

⁵⁴ *Ibidem*.

2 O CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Num Estado Democrático, é salutar que a Corte Constitucional ou um tribunal que exerça esse papel, como no caso do Brasil, segundo Éber de Meira Ferreira⁵⁵, assumam função de último intérprete da Constituição, especialmente em construções hermenêuticas advindas de conteúdos de significados com abertura semântica, abstratos e conceitos indeterminados, que pairam sobre questões de direitos fundamentais e morais da sociedade. O principal é a legitimidade dos deputados e senadores que repousa no voto universal, periódico e secreto. Por isso é inconcebível o afastamento da manifestação da vontade dos cidadãos, por meio dos seus representantes, sejam os parlamentares, sejam os governantes regularmente eleitos, pois compete aos eleitos criar espécies legislativas primárias e atos normativos, respectivamente. Uma participação do Supremo Tribunal Federal no processo decisório, portanto, não pode, em regra, legislar, pois há uma verdadeira invasão na seara política, que pode ser legítima ou não com base na Constituição. Sendo assim, aí que surge o ponto central da inquietude entre a democracia e o ativismo judicial, pois o exercício de funções atípicas não pode ser a regra e deve ser usado apenas em situações excepcionais.

A crise na democracia, no entender de Melissa de Carvalho Moreira⁵⁶, ocorre com o desgosto do povo com a seara da política representativa, pois há condenações de parlamentares e membros do Poder Executivo por crimes no exercício das suas funções que vão desde caixa dois de campanha até corrupção. Esses fatos levaram a população brasileira a desconfiar e não inspirar mais confiança. No entanto, esse fenômeno, segundo a autora, também chegou ao Poder Judiciário, que era tido como último salvador da democracia. Portanto, os juízes e tribunais nas suas escolhas e necessidades, passaram a ser questionados pelas decisões devido a diversos fatores, como julgamentos políticos e altos salários, por exemplo. Portanto, perderam a

⁵⁵ FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 28.

⁵⁶ MOREIRA, Melissa de Carvalho. Reflexões acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 213-234, 2º sem. 2018, p. 224.

confiança como poder capaz de compensar o déficit democrático do procedimento representativo. Deste modo, os juízes passam a atuar como mecanismo de solicitação de demandas diversas, seja dos grupos majoritários, seja de grupos excluídos, sendo que por isso recebem críticas. Contudo, o STF não pode buscar suprir ou substituir o autogoverno dos cidadãos por meio de substituição de suas opções políticas dos seus representantes com alicerce em preferências e interesses pessoais.

Decerto que não se deseja um Judiciário estático, como aquele pensado na Revolução Francesa. O que se almeja é que a sua postura seja ampla e livre, todavia não para impor sua ideia e afastar as ideias majoritárias, à exceção no caso das normas de eficácia limitada. Numa democracia constitucional representativa plena, todas as vontades precisam ser consideradas, inclusive de grupos excluídos e sem representação política, mas dentro de um sistema previamente determinado na Lei Maior. Neste caso, o Supremo e seus ministros devem ter como norte os princípios fundamentais positivados e expressos na Constituição e não princípios implícitos ou criados segundo a subjetividade do magistrado para fundamentar a sua tese a fim de atender a sua vontade ou o seu entendimento⁵⁷.

O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito conta com força normativa, no entanto, quando colide com aspectos sociais, econômicos e políticos evidencia-se o problema da inefetividade da Constituição, ou a denominada “baixa constitucionalidade” ou “desconstitucionalização”, em que, na aplicação do direito são observadas a ocorrência de violências diversas e afrontas à Constituição Federal⁵⁸.

Referente ao Estado de Direito, a filosofia política de Giorgio Agamben⁵⁹ tem sinalizado que exceção e democracia não mais ocupam espaços que se opõem. Assim, segundo o autor, a exceção autoritária não se constitui necessariamente em uma negação do Estado Democrático de direito, mas, ao contrário, acredita que a exceção habita *dentro* da democracia, o que possibilita a configuração de verdadeiros espaços de exceção em tempos em que a democracia está em plena vigência.

⁵⁷ MOREIRA, Melissa de Carvalho. Reflexões acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário. Op. cit.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 327-328.

⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2007, p. 19.

Sob esta ótica, com o ativismo judicial observa-se o esmorecimento da força normativa dos conteúdos constantes nas constituições e, conseqüentemente, da própria justiça que deveria garantir que a Constituição Federal do Brasil fosse respeitada. Nesse sentido, é necessário impor limites e controles sobre o produto final da interpretação realizada pelos magistrados e aplicação do direito pelos referidos juízes e tribunais de forma a conferir efetividade às normas constitucionais.

Defende-se que as decisões dos magistrados em cada caso concreto precisam se sustentar por justificativas fundamentadas em argumentos jurídicos sólidos, ocorrendo, assim, a reconstrução do direito de forma que não ocorra nenhuma afronta à CRFB/1988, o que, lamentavelmente, não tem sido observado em muitas circunstâncias, posto que não são raras as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que passaram a possuir força até maior que a Constituição Federal, sendo esta situação confirmada pelo STF. No entanto, estas arbitrariedades nem sempre são fáceis de serem identificadas. O protagonismo judicial pode ser averiguado quando o julgador justifica a sua decisão com base, por exemplo, no princípio da proporcionalidade que, se mal utilizado, abre para o magistrado a possibilidade para o exercício de discricionariedade e decisionismos⁶⁰. Ademais, lamentavelmente, não são poucas as decisões judiciais tomadas com base em critérios políticos, não em condição de complementariedade entre a política e o direito, mas sim, havendo a substituição do Direito pela Política.

A cassação em massa dos mandatos de muitos agentes políticos bem como a averiguação da vida pregressa de candidatos a cargos eletivos comprova como as justificativas jurídicas vêm sendo substituídas pelas políticas. Alcança-se, desta forma, a uma contradição, o que pode ser considerado o ápice de uma não-democracia, que é o direito sendo remodelado em política, o que deixa evidente um contrassenso, pois como muito bem coloca Lênio Luis Streck⁶¹, se o Direito é empregado com o objetivo de salvaguardar a democracia, não pode ele se tornar a própria política. A alternativa mais plausível seria o respeito aos direitos fundamentais de cada cidadão no que diz respeito à obtenção de uma prestação jurisdicional compatibilizada com a CRFB/1988

⁶⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Juiz Não é Deus - Juge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 58.

⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. **Decisionismo e Discricionariedade Judicial em termos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil**. O Direito e o Futuro, o Futuro e o Direito. Coimbra: Almedina, 2008, p. 97.

e em consonância com seus fundamentos, mais especificamente, a consecução de uma resposta, em termos hermenêuticos adequada à Constituição⁶².

A partir da convivência entre o Direito e a Política, começa-se a ter a percepção de que a Constituição precisa ser protegida dos abusos contra ela praticados, em homenagem ao princípio da supremacia constitucional⁶³. Nesse sentido, a explicitação de cada resposta fornecida pelo julgador ou colegiado de magistrados aos casos concretos que lhe são submetidos precisam estar fundamentados nos dispositivos das sentenças em justificações sólidas, em interpretações que estejam reconstruindo o Direito, tanto doutrinárias como jurisprudenciais, fornecendo todas fundamentações jurídicas condizentes com o Estado Democrático e Social de Direito.

Como é cediço, o Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça diante dos ataques de fatores externos como a política, o discurso moralista, a economia, tornando-se cada vez mais frágil diante do que a doutrina tem chamado no Brasil de “decisionismo judicial”.

O direito que surgiu como um mediador entre o princípio moral e o princípio democrático, e apesar da revisão judicial assegurar que as questões mais relevantes de moralidade política sejam por fim expostas e discutidas como questões de princípio e não somente de poder político, uma mudança somente terá êxito – de qualquer modo, não completamente – no âmbito da própria legislatura⁶⁴.

Para o positivismo jurídico exclusivo, não se pode valer da moral em nenhuma hipótese como um critério para a identificação do direito positivo, tanto no sentido da constatação de sua validade, como no sentido de realização de sua interpretação. Nesta corrente, apesar das influências de ordem genética, a moral não interfere conceitualmente na definição do direito: “algo é juridicamente válido quando corresponde a fatos sociais que podem lhe conceder essa validade, sendo que os mandamentos morais nunca adquirem relevância jurídica”⁶⁵.

⁶² BRAGA, Rogério Piccino. **Recall no Judiciário e a Composição do STF**. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 101.

⁶³ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a judicialização e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018, p. 97.

⁶⁴ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a judicialização e o ativismo judicial**. Op. cit., p. 97.

⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 75.

O único elemento juridicamente relevante, segundo Neiva⁶⁶ é a norma que foi criada por uma fonte autorizada, independentemente de conteúdo e das intenções do criador. Portanto, consagrar o princípio da supremacia constitucional implica em preservar o próprio princípio democrático em si, pois implicaria que o inteiro exercício do poder do Estado é limitado pela Constituição e deve se operacionalizar em conformidade com os parâmetros formais e materiais que nela se encontram estabelecidos.

Nesse sentido, as decisões dos tribunais, bem como o papel desempenhado pelo próprio STF a respeito de questões polêmicas a exemplo da fidelidade partidária, a vida pregressa dos candidatos, demonstra o desvirtuamento do que seria a preservação do princípio da supremacia constitucional.

A supremacia constitucional resultaria do fato de que, ao se estabelecer um relacionamento de mútua provocação entre o Direito e a política, a Constituição serviria como uma estrutura de normas superiores a todas as outras existentes na ordem jurídica, conferindo relevância à sua força normativa⁶⁷. Por esta razão, o princípio da supremacia constitucional, que inegavelmente constitui-se a afirmação do constitucionalismo moderno, torna possível a convivência harmônica com a política, possibilitando, ao mesmo tempo, a aplicação do princípio democrático.

Do exposto depreende-se que a Constituição Federal de 1988 assegura a autonomia do Direito e também da política, ao atribuir competência e fornecer diretrizes jurídicas e principiológicas que devem ser respeitadas pelo aplicador do Direito. Portanto, a lei maior se torna limitadora da política, o que segundo parte da doutrina acaba por consagrar de maneira eficaz o princípio da supremacia constitucional, respeitando os direitos fundamentais, o princípio democrático e a soberania popular.

2.1 Posicionamentos Favoráveis e Contrários ao Ativismo Judicial

⁶⁶ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**. Salvador: JusPODVM, 2017, p. 93.

⁶⁷ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia**: o STF entre a judicialização e o ativismo judicial. Op. cit., p. 99.

A temática do ativismo de algum tempo proporciona debates importantes e traz alguns grupos de constitucionalistas que se manifestam por meio de artigos e alguns até mesmo pelas decisões judiciais. Um dos defensores do ativismo no Brasil é o ministro do STF, Luís Roberto Barroso, que se posiciona a favor do que ele mesmo denomina de um “ativismo *soft*”. Para Barroso⁶⁸, justifica-se a utilização do procedimento quando os parlamentares se mostram inertes ou incapazes em relação a um acordo, para o qual não há capacidade funcional para determinada função do Estado, na qual não se sinta capaz de tomada de decisão política, social ou moral. Esse mecanismo está ligado a uma atuação mais efetiva e intensa do Poder Judiciário a fim de concretizar valores e direitos fundamentais no campo de atividade de outro poder. Nesse caso, seria legítimo o ativismo judicial. Por outro lado, afirma Barroso⁶⁹ que esse fenômeno é um remédio poderoso, mas tem que ser usado com cautela e em doses homeopáticas, pois, caso contrário, em uso excessivo, pode levar a um desvio de função do Judiciário dentro do arranjo institucional democrático.

O mesmo autor ainda afirma que a argumentação do ativismo busca-se extrair o máximo dos conceitos vagos e indeterminados da Constituição, como uma conduta legítima que busca proteger grupos minoritários com intuito de assegurar os direitos fundamentais em face de uma maioria dominante no parlamento e na sociedade⁷⁰.

Assim se manifestou Mauro Cappelletti⁷¹, ao afirmar que o juiz tem uma acentuada discricionariedade de criatividade na interpretação das lacunas deixadas pelo legislador ordinário, principalmente em razão do grau de abertura semântica e de indeterminação dos textos normativos, contudo esse espaço na atividade jurisdicional tem o seu limite dentro do texto constitucional. Esse é o contexto de aumento das diversas possibilidades da conduta ativista dos juízes e tribunais relatada com base no ordenamento italiano se parece com o brasileiro.

Na concepção de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento,

[...] a atuação ativista da Corte, muitas vezes, não é contrária ao interesse majoritário, mas a seu favor. Ainda afirma que o legislativo, diligentemente em assuntos controvertidos, a fim de evitar desgaste político perante os seus

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Op. cit., p. 31.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v.9, n. 4, p. 2171-2228, 2017, p. 2133.

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1999, p. 29.

eleitores, deixa e até espera uma solução das questões políticas e morais por parte da Corte Brasileira⁷².

Outro argumento plausível, na esteira de Figueiredo e Gibran⁷³, é que o ativismo judicial simboliza a carência do Estado em atender aos pleitos do seu povo, bem como realizar os fins que lhes foram impostos pela Constituição. Isso constitui uma verdadeira anomalia constitucional, porque a exceção virou a regra do jogo político, já que as decisões de políticas relevantes de questões fundamentais da sociedade e do Estado se deslocam dos demais poderes para bater à porta do Poder Judiciário.

Uma justificativa para uma Corte Ativista à semelhança do STF, segundo Cristina Bittencourt⁷⁴, é o entendimento de que o Judiciário não teria atribuição para uma conduta ativista por falta de legitimidade democrática, já que sua prática deve estar fundada na Constituição. Sua atuação e função são fundamentadas no próprio texto constitucional, por opção do poder constituinte, delegado pelo próprio povo. Ainda, no entendimento de Bittencourt⁷⁵, outro fundamento seria a própria evolução do constitucionalismo, pois, com o neoconstitucionalismo, o juiz é dinâmico e atento às mudanças e evoluções sociais. Portanto, no entendimento da autora é concebida a sua capacidade criativa, desde que dentro dos preceitos constitucionais; recusar essa capacidade é desprezar o caráter jurisdicional do direito.

A mesma autora expõe que os valores e os princípios nas disposições constitucionais, quando não são efetivados nas instâncias políticas, em algumas circunstâncias, são transmutados para a esfera jurídica a fim de dar concretude e efetivação a tais direitos⁷⁶.

No entendimento de Melissa de Carvalho Moreira⁷⁷, a legitimidade da Corte Suprema pode ser vista sob duas perspectivas: uma filosófica e outra normativa. A

⁷² SOUZA NETO, Claudio Pereira e SARMENTO, Daniel. Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013, p. 127.

⁷³ FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. Ativismo Judicial, o Princípio da Separação dos Poderes e a Ideia de Democracia. **Revista Unicuritiba**, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-124, 2016, p. 115.

⁷⁴ BITTENCOURT, Cristina. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: desafio institucional**. 2018, 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Rio de Janeiro, Universidade Estácio de Sá, 2018, p. 53.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem, p. 54.

⁷⁷ MOREIRA, Melissa de Carvalho. Reflexões acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário. Op. cit., p. 226.

primeira tem como pano de fundo o ativismo na jurisdição constitucional, que tutela os preceitos constitucionais, portanto, seria uma garantia do próprio Estado Democrático de Direito. A segunda diz respeito ao próprio texto constitucional na diretiva de jurisdição constitucional, por conseguinte, pautado na própria vontade popular quando do momento da elaboração da constituição pelo poder constituinte.

De forma diferente, há vários críticos ao ativismo judicial, tais como Alexander Bickel, Richard Posner, Mark Tushnet, Jeremy Waldron, Ronald Dworkin. No Brasil, há diversos críticos: Elival Ramos, Lênio Streck e Daniel Sarmento. Uma das críticas diz respeito à capacidade institucional técnica do Judiciário, na concepção de Luis Roberto Barroso⁷⁸, no que tange tomar decisões políticas de elevada complexidade que demandam especialistas. Uma decisão pode gerar um risco de efeito sistêmico repentino e inoportuno. Essas circunstâncias exigem cautela e respeito. A outra é que nem todos jurisdicionados têm acesso aos meios judiciais para pleitear as suas demandas, seja por motivos formais ou custos elevados do processo.

Lênio Streck afirma com veemência, que “a Suprema Corte não legisla”. Isso porque “a interpretação da Constituição pelo STF não pode determinar a produção de um novo texto, para além dos limites semânticos do texto”⁷⁹. Pelo que parece, o autor até concorda com a intervenção do Supremo em questões políticas, econômicas e sociais, desde que suas decisões se alicercem no texto constitucional e não se distanciem dele.

Para Streck, no julgamento do HC nº 126.192, em que se relativizou a presunção de inocência, “o STF errou. Reescreveu a Constituição e aniquilou a garantia fundamental”⁸⁰.

Na mesma esteira, acentua Elival Ramos que o ativismo caminha para “uma desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”. E que o “fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo”, que pode ter “o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Op. cit., p. 2136.

⁷⁹ STRECK, Lênio. *Mut(ili)ação constitucional: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição*. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (coord.). **Crise dos poderes da república judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 211-212.

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 217.

de controle de constitucionalidade), quanto seu espaço de conformação normativa invalidado por decisões excessivamente criativas”⁸¹.

Na decisão ativista, há uma confusão entre o campo jurídico e a seara política, na esteira de Eduardo Fin Figueiredo e Sandro Mansur Gibran⁸², posto que, muitas vezes, por desconhecimento técnico, acaba-se por realizar uma tomada de decisão política por meio jurídico. Assim, é correto afirmar que uma conduta ativista nem sempre, mesmo dentro de uma racionalidade, é uma solução correta e tão pouco mágica, inclusive porque acaba por defrontar o arranjo institucional da divisão de funções precípuas ou principais.

O ativismo judicial, no entendimento de Bittencourt⁸³, é excesso de posicionamento radical e desarrazoado do magistrado, impregnado de opções pessoais em temas de questões políticas, sociais e morais. Assim, nestas condições, o Judiciário passaria a exercer as funções dos demais poderes, violando o espírito do sistema democrático. A principal crítica ao ativismo judicial, indubitavelmente, é justamente a criação de novos direitos, isto é, criação da própria norma, logo, seria um poder ilegítimo para tal atividade, mesmo em questões de cunho político e moral, eivadas de controvérsias na defesa dos direitos fundamentais ou na defesa de grupos estigmatizados. Destarte, a crítica é contra a função de legislador positivo, o que gera uma crise incomensurável na democracia, pois o Judiciário usurpa a função do legislador.

Ronald Dworkin⁸⁴, mesmo sendo contrário ao ativismo judicial, concebe a possibilidade de atuação de juiz ativista nos casos difíceis quando se justifica fundado em princípios, entre eles os da equidade e do devido processo legal, com fundamentos racionais e persuasivos, que precisam ser justificados na sentença. A sua contrariedade ao ativismo é, em sua concepção, por causa de o juiz ativista desconsiderar o próprio texto constitucional para impor as suas escolhas e vontades sobre os demais poderes. No seu entendimento, o ativismo não se coaduna com o direito como integridade.

⁸¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131-132.

⁸² FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. **Ativismo Judicial, o Princípio da Separação dos Poderes e a Ideia de Democracia**. Op. cit., p. 119.

⁸³ BITTENCOURT, Cristina. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**: desafio institucional. Rio de Janeiro, 2018, p. 61.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo-SP: Martins Fontes, 1999, p. 73.

Neste mesmo sentido de proposição contrária o ativismo judicial, Lênio Streck⁸⁵ assevera que o ativismo judicial sempre será prejudicial aos procedimentos democráticos, pois decorre de uma atitude e perspectivas pessoais dos Tribunais e juízes nas suas interpretações.

No mesmo sentido, Melissa de Carvalho Moreira⁸⁶ entende que o STF deve limitar a sua conduta ativista de acordo com as regras do sistema político da democracia, com o que se concorda em especial se houver omissão legislativa. As decisões de questões políticas, sociais e morais devem estar contidas dentro dos ditames estabelecidos na constituição e não em escolhas pessoais e subjetivas, em especial porque os ministros do STF não foram eleitos para tal participação.

Décio Formagini Fortunato e Leandro Martins Müller⁸⁷ afirmam que há uma perda de índice democrático em decisões prolatadas eivadas de ativismo judicial quando formuladas fora dos limites do arranjo institucional. Ao se permitir que o Poder Judiciário atue de maneira descontrolada e discricionária induz-se a uma ditadura do Poder Judiciário sobre os demais poderes, o que inviabilizaria os esteios do Estado Democrático de Direito.

Segundo Daniel Mascarim Pires Kumasaka⁸⁸, uma decisão ativista é preocupante e impõe às decisões do STF um caráter arbitrário e ditatorial, tendo em vista que extrapola as fronteiras da democracia e atinge os direitos e garantias de autogoverno dos cidadãos. O mesmo autor, acertadamente, afirma que o pretexto de que o ativismo judicial efetiva valores e princípios constitucionais nos espaços reservados aos demais poderes. Isso não produz harmonia entre eles, mais sim uma confusão entre os mesmos.

⁸⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Juiz Não é Deus - Juge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 62.

⁸⁶ MOREIRA, Melissa de Carvalho. Reflexões acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário. Op. cit., p. 229.

⁸⁷ FORTUNATO, Décio Formagini; MULLER, Leandro Martins. **Ativismo Judicial e a (I)Legitimidade das Decisões Proferidas**. Santa Cruz do Sul: Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016, p. 95.

⁸⁸ KUMASACA, Daniel Mascarim Pires. **A Tripartição das Funções do Estado e as Súmulas Vinculantes**: análise histórica e impactos na atualidade brasileira. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 93.

3 O ATIVISMO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos chamados países ocidentais, a maioria dos países tem grandes obstáculos entre a instituição judicial e o status de estrela em relação a outras potências, obviamente entre as três repartições clássicas de poder. De acordo com o artigo 2º da Constituição Federal Brasileira, o Judiciário deve ser independente e harmonioso.

No entanto, quando um único poder de certa forma é abusado para se tornar autônomo e universal, isso cria o problema de uma superpotência que oprime os demais poderes, e assim não há uma maneira eficaz de usar um sistema chamado “*checks and balances*”.

Tanto o Poder Executivo como o Legislativo podem ter suas decisões revistas pelo STF, mas nenhum desses poderes é competente para revisar as decisões da corte. É notório que as decisões do Supremo Tribunal não vinculam o Poder Legislativo do Estado. Sendo assim, pode-se legislar uma lei idêntica à então declarada inconstitucional pela Corte, do mesmo modo como o executivo pode editar uma medida provisória de caráter idêntico à que poderia ser declarada inconstitucional pela Corte. Todavia e caso essas manobras se tornem habitual, outra das características dos poderes, a harmonia, seria perdida.

De mais a mais, o STF, é o único órgão de carreira estatal, que ainda hoje não é regulado segundo o prisma da CRFB/1988, conforme previa e ordenou a constituinte que mesmo não estabelecendo um prazo para tal elaboração, determinou que o Supremo ficaria responsável pela obrigação de encaminhar o novo estatuto da magistratura para as assembleias legislativas.

Assim, já se passaram cerca de trinta e três anos, e até hoje não há menção a esse regulamento, e à medida que a competência do tribunal for se ampliando, esse regulamento deve de certa forma ser revisto.

Este tema tem um significado fundamental para que se possa tratar da escolha do contencioso de omissão direta. Este é um dos recursos constitucionais previstos na Constituição, mas de fato tem efeito real.

Outro entendimento que traz preocupação ao estado democrático e hierarquia de poderes é a não submissão do STF ao Conselho Nacional de Justiça, e sim a submissão do Conselho ao Tribunal. De certo modo houve uma brecha ou falha no

poder constituinte derivado reformador, que ao promulgar a Emenda Constitucional 45/2004, dispôs em seu art. 103-B, § 4º:

Art 103-B – [...] § 4º - Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...]

A lei não fará ressalvas ou discriminações em nenhum momento, pois estabelece que o Conselho fiscalizará a atuação administrativa e financeira do judiciário e o desempenho das funções dos juízes de forma a não as repetir.

Obviamente, os legisladores não têm intenção ou desejo de excluir o STF da titularidade desses comitês. A CRFB/1988 também estipula que terá outros poderes outorgados pelo Judiciário.

3.1 Análise da Decisão da Subjugação do CNJ ao STF

O STF do Brasil entendeu no julgamento da ADIN 3.367 do Distrito Federal que a tarefa ou autoridade foi atribuída ao Conselho Nacional de Justiça, o qual está em certa medida subordinado ao próprio STF e, portanto, com base no uso posterior.

O mesmo entendimento foi observado no julgamento posterior no caso em que o CNJ julgaria o processo disciplinar contra o então ministro Joaquim Barbosa. O Conselho arquivou o processo sem julgamento de mérito pelo então juiz auxiliar da presidência do CNJ, argumentando que a Corte não se submete ao controle do citado Conselho, conforme entendimento julgado nº 3.367/DF⁸⁹.

O Juiz federal Roberto Wanderley Nogueira em artigo publicado pela revista Consultor jurídico (ConJur) disse: “a Hermenêutica pode operar milagres, quando arbitrariamente gerenciada, o mesmo que acontecia ao tempo dos Militares”⁹⁰.

Ainda sobre o judiciário Gelson Amaro de Souza, relata alguns casos:

Não se conhece estatística alguma, mas pelo que se apresenta notório, é possível imaginar que o poder que mais viola a CF é o poder judiciário. Basta lembrar alguns poucos exemplos e, logo, é possível chegar a esta conclusão.

⁸⁹ ERDELYIA, Maria Fernanda. STF analisa de novo se CNJ pode julgar ministro da corte. **Revista Consultor Jurídico**. Brasília, 17 de março de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mar-17/stf_analisa_cnj_julgar_ministro_corte. Acesso em: 16 de abril. 2021.

⁹⁰ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. O “AI-5” judiciário e a tentativa dos juízes. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-06/ai-judiciario-roberto-wanderley-nogueira-roberto-wanderley-nogueira>. Acesso em: 16 de abril. 2021.

Quem por anos e anos determinou a prisão de depositário judicial sem lei que comina se pena, configurando prisão sem lei em afronta ao art 5º XXXIX, da CF ? Quem sempre determinou a retenção de dinheiro de incapaz sem o devido processo legal(sem lei expressa nesse sentido), em afronta ao art 5º, LIV, da CF? Quem cerceia a defesa em processo ou procedimento, negando o contraditório e a ampla defesa, em afronta o art 5º, LV, da CF?(...) Apenas estes poucos exemplos já dão a extensão das inconstitucionalidades praticadas a autorizar a afirmativa acima⁹¹.

A ocorrência da judicialização da política e da politização da justiça é uma realidade no Brasil e não deveria ser tratado como hipótese, pois seria utópico exigir que acredite-se em uma imparcialidade de uma corte em que 70% dos ministros foram escolhidos por um único partido ao longo dos 14 anos de poder político. Até o final de seu mandato o presidente Jair Messias Bolsonaro terá indicado 2 ministros⁹².

No entanto, ativismo e judicialização não são termos sinônimos. Como bem distingue o Ministro Luís Roberto Barroso: “[...] judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”⁹³.

Assim pode-se constatar também que a judicialização advém de uma previsão constitucional, e, ainda, sobre a omissão dos poderes responsáveis pela elaboração das leis, a omissão desses diante dos direitos traz a oportunidade e necessidade da ação do Poder Judiciário, resguardando coletivamente e também individualmente os direitos sociais omitidos por parte do poder Legislativo e Executivo em uma de suas funções atípicas. Dessa forma, assim que o Judiciário toma essa ação, ele está atingindo de forma direta as decisões políticas, que deveriam ser gerenciadas pelos poderes responsáveis. Pode-se usar como exemplo, que quando o judiciário ou mais especificamente o STJ, entende que o Estado tem o dever de pagar um medicamento, tendo como fundamento o não cumprimento do disposto no artigo 196 da Constituição Federal, está-se diante de uma ingerência direta na política pública de saúde que

⁹¹ SOUZA, Gelson Amaro de. **Ditadura do Judiciário**. Disponível em: http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23412026_DITADURA_DO_JUDICIARIO.aspx. Acesso em: 20 de maio. 2021.

⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Presidentes da República que Nomearam Ministros para o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>. Acesso em: 23 de maio. 2021.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Suprema Cortes e do Judiciário. **Revista Consultor Jurídico**, 06.06.2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario#:~:text=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20significa%20que%20quest%C3%B5es%20relevantes,causas%20diversas%20para%20o%20fen%C3%B4meno>. Acesso em: 26 de maio. 2021.

reflete diretamente no orçamento referente a essa função estatal, trazendo alteração em seus beneficiários.

Ainda sobre a judicialização, com enfoque em políticas públicas Dimoulis e Lunardi dispõem que:

A transição do modelo liberal para o social na atuação estatal esta acompanhada de um deslocamento de competências decisórias entre poderes do Estado. Na medida em que as constituições garantem direitos sociais e mesmo delineiam políticas públicas, a matéria juridiciza-se, sendo inevitável a judicialização com respectivo aumento das competências judiciais. Com efeito, uma vez que a Constituição limita a discricionariedade do legislador ordinário em questões de direitos sociais, eventual omissão legislativa (ou executiva) permite ao Judiciário censurar a inércia, responsabilizando a autoridade competente. Em alguns ordenamentos pode também suprir deficiências mediante criação de normas falantes. Isso se verifica, sabidamente, no ordenamento brasileiro, fazendo a criação de normas parte da função do Judiciário, de acordo com o regime de separação de poderes adotado pela Constituição de 1988⁹⁴.

Assim pode-se constatar que sem levar em conta as opiniões críticas sem fundamentos concretos sobre a judicialização, é evidente que a Constituição, traz formas para que o Judiciário tome a frente nas decisões que seriam da capacidade dos demais poderes. Isso fica especialmente claro nas ações coletivas e no mandado de segurança, principalmente quando a omissão é na composição legislativa, que acaba dificultando e mitigando que o maior interessado, que no caso é o cidadão, observe e usufrua o direito social por se tratar de norma constitucional limitada, e, portanto, necessitar de uma norma regulamentadora. A Constituição deixa expresso o remédio constitucional que deve ser utilizado para tal mitigação de direitos. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e ainda o Mandado de Injunção.

Conforme explanam Neto e Cirne:

Ativismo Judicial vincula-se ao exercício discricionário e limitado das funções do Poder Judiciário; a Judicialização é caracterizada pela busca dos cidadãos pelo Poder Judiciário, ante a omissão estatal na tutela dos direitos fundamentais⁹⁵.

Com a devida distinção feita, é notável que a Constituição brasileira acaba intencionalmente trazendo uma necessária atuação do judiciário em todos os outros

⁹⁴ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n.273, set./dez. 2016, p. 246.

⁹⁵ NETO, A.C.; CIRNE, L. Ga. L. As sentenças interpretativas e o ativismo judicial: Os limites hermenêuticos necessários à manutenção da legitimidade do Estado Democrático de Direito. **Revista Direito em Debate**, v. 53, p. 260-272, 2020.

poderes. De forma legal, os poderes legislativos e executivos são a representação mais próxima do povo. No entanto, a Constituição, de forma explícita, deixa o judiciário como guardião dos direitos. Quando esses poderes que se fazem responsáveis por representar a vontade do povo tanto na elaboração da lei como na execução desta entre outros deveres, não os cumpre, a Constituição prevê a legitimidade do judiciário em atuar quando provocado. Esse poder e dever de agir é denominado de judicialização.

Desse modo, em toda questão em que alguém sente-se prejudicado e entende que algum direito seu foi violado ou retirado, é cabível que se recorra ao Poder Judiciário, órgão que atua como guardião de direitos.

3.2 O *Recall* do Poder Judiciário

Em se tratando de ativismo judicial é importante identificar o protagonismo de influência, ou seja, se o Estado influencia uma de suas funções (legislativa), a fim de empoderar a outra (judiciária), ou se o contrário ocorre, como resultado da atuação legislativa a determinar a forma como se governa, o que trará significativo instrumento de interpretação. Se estão os cidadãos diante de uma ideologia de dominação intencional por parte do poder econômico a dirigir a finalidade estatal, ou se tal dominação não se faz fruto da referida ideologia, mas de uma consequência e resultado do trabalho do Legislativo, fará toda diferença.

Braga⁹⁶ propõe o controle de convencionalidade (*recall* do poder judiciário), no sentido de controle das decisões do STF em se tratando de controle de constitucionalidade, em face de tratativas internacionais das quais o país é signatário. A proposta do referido autor atinge única e exclusivamente as decisões e a forma de composição da Suprema Corte, mediante a adoção de critérios rigorosos, no entanto, mais viáveis à evolução material do constitucionalismo brasileiro durante as últimas décadas. Aqui se sustenta, ainda, que a forma de composição da alta Corte da Justiça brasileira é democraticamente efetivada. Trata-se de um desdobramento para o preenchimento do cargo pertencente ao Poder Executivo na esfera federal, com implicações no Poder Judiciário. Mais uma vez o silogismo. A seu turno, quem elege

⁹⁶ BRAGA, Rogério Piccino. **Recall no Judiciário e a Composição do STF**. Curitiba: Juruá Editora, 2019. p. 106.

o chefe do Poder Executivo federal é o povo e quem efetiva a composição do Poder Judiciário em seu órgão máximo é o mesmo chefe do Poder Executivo.

Com a democracia semidireta o *recall* do Judiciário dialoga com a utilização de um de seus institutos, já conhecido, porém, com o formato adequado à democracia como desenvolvida no Brasil e em consonância com o anseio social, diante dos últimos enfrentamentos jurídicos e político-sociais no país. Nessa esteira, vislumbrando o *recall* do Judiciário brasileiro como forma de controle externo, a tão almejada “democratização” do Poder Judiciário será atingida sem dar azo ao populismo, ao senso comum, à opinião popularizada.

O que Braga⁹⁷ propõe é uma forma de rever o empoderamento dos Tribunais Superiores, externado atualmente por decisões claudicantes no que tange à interpretação conforme, assim como ao ativismo judicial negativo. Por negativo, nesse momento, se define a atuação exacerbada do Poder Judiciário, não interpretando dispositivos legais e efetivando valores essenciais do ser humano em sociedade, mas, literalmente, criando conceitos cuja função recai sobre o Poder Legislativo.

A materialização do novo modelo se dará via Emenda ao texto constitucional de 1988, notadamente de seus arts. 14⁹⁸ e 101⁹⁹, a fim de se inserir a nova modalidade (art. 14), bem como de especificar o ingresso e extinção da função atinente ao cargo de Ministro do STF. Já foi dito, entretanto é por todo conveniente ressaltar que não se trata de uma revogação de mandato de membros do Poder Legislativo, nem mesmo do Poder Judiciário, em primeira ou segunda instância.

Está-se a dizer da verificação popular da correlação entre as decisões do STF – em sede de controle de constitucionalidade – e os atos normativos internacionais, dos quais o Brasil é signatário. Cria-se, aqui, o controle popular de compatibilização das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade – com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, primeira-mente e, em um segundo momento, com os demais atos normativos internacionais dos quais o Brasil é signatário –, por meio do *recall* revocatório de julgados.

⁹⁷ BRAGA, Rogério Piccino. **Recall no Judiciário e a Composição do STF**. Op. cit., p. 107.

⁹⁸ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.

⁹⁹ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único – Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Noutra vertente, a nomeação de um novo integrante da mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro deverá, sob os olhos do controle do detentor do poder, obedecer aos requisitos especificados em Lei complementar, sob o risco de permitir ao eleitorado a convocação do *recall*. Não será diferente com o integrante que, ao exercer seu ministério, incorrer nas mesmas hipóteses autorizadoras do impedimento à nomeação.

Já Ginsburg e Versteeg¹⁰⁰ defendem o *judicial review* afirmando que este é um reflexo da democratização e não deve ser visto como uma instituição antidemocrática, como defende Jeremy Waldron¹⁰¹, por exemplo. Essa conclusão é ratificada pela tendência contemporânea de se adotar um sistema de controle inspirado no modelo alemão, que conjuga mandatos limitados e livre acesso aos indivíduos – e não somente a atores políticos específicos. Esse modelo, é importante acrescentar, faz com que as cortes lidem com uma ampla variedade de temas e moldem a extensão dos seus poderes a longo prazo.

Também Moisés¹⁰² apresenta uma tese complementar a essa exposta por Ginsburg e Versteeg¹⁰³ para explicar o que ele chama de juristocracia. Trata-se de um fenômeno global cujo principal mote é a transferência de poderes constitucionais ao Judiciário às expensas das instituições representativas. Esse novo regime político é consequência da judicialização da política, que pressupõe uma ampla (ou hiper) e ambiciosa constitucionalização de direitos a serem efetivados via poder judicial. A tese subjacente a esse discurso é a de que as constituições são um vetor para mudanças sociais. Nesse sentido, o *judicial review* passa a ser um dos protagonistas nos regimes juriscêntricos.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 introduziu um novo equilíbrio no sistema de separação de poderes, que foi nomeado por Vieira¹⁰⁴ como supremocracia. Esse termo diz respeito tanto à autoridade que o STF passa a exercer dentro do Poder Judiciário, mas também ao alastramento de sua autoridade para o

¹⁰⁰ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. **Why do countries adopt constitutional review?** 2013. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2319363. Acesso em: 26 Out. 2021.

¹⁰¹ WALDRON, Jeremy. **Judicial review and judicial supremacy.** 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2510550. Acesso em: 26 Out. 2021.

¹⁰² MOISÉS, José Álvaro. **Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010. p. 66.

¹⁰³ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. **Why do countries adopt constitutional review?** Op. cit.

¹⁰⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf> Acesso em: 26 out. 2021.

restante do sistema político, eclipsando os demais poderes. As causas institucionais que puseram o STF no centro da política nacional seriam a (i) amplitude do texto constitucional, que estimula uma “explosão da litigiosidade constitucional”¹⁰⁵, e (ii) a atribuição de “competências superlativas”¹⁰⁶ àquele tribunal que passa a incorporar prerrogativas que, no direito comparado, estão dispersas entre vários órgãos, como as dos tribunais constitucionais, a dos foros especializados e a dos tribunais recursais (última instância).

São posicionamentos que reúnem argumentos jurídicos fortes, lógicos e que precisam ser melhor conhecidos, estudados e aprofundados com vistas a contribuir com o estado da arte e, quem sabe, contribuir para preservar as garantias constitucionais sem, no entanto, majorar as competências do Poder Judiciário de forma que os demais poderes fiquem em desvantagem.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial, na perspectiva da democracia, tem sido motivo de controvérsias sobre a legitimidade de atuação dos juízes e tribunais nas suas condutas ativistas devido à prolação de sentenças, aos seus precedentes judiciais e às suas súmulas com busca à proteção e efetivação dos direitos fundamentais ou nas demandas de política.

Os magistrados e tribunais, por vezes, ante à ineficiência dos demais poderes ou inércia legislativa, implementam políticas públicas com vistas a atender as demandas sociais, por isso, é muito comum as concessões de liminares ou decisões ativistas referentes a políticas públicas de saúde, que em algumas ocasiões, inviabilizem o orçamento do Ente Público, os seja, tais decisões não levam em conta o custo da decisão, nem a capacidade orçamentária do poder público, nem o custo para a própria sociedade.

Em sentido diverso, a autorrestrição ou autocontenção decorre da conduta do Judiciário em relação ao alcance e o papel da Corte na interpretação constitucional dentro do arranjo institucional. Assim, a autorrestrição é o retraimento do Poder judiciário em decisões políticas e morais em prol dos outros poderes constituídos, seja por motivo de prudência política institucional, seja deferência política e democrática, ou, ainda, por causa da virtude passiva.

Até a promulgação da CRFB/1988, a Corte Brasileira sinalizava um retraimento e baixo poder de afirmação perante os demais poderes. Assim, nesse contexto, há vários fatores que fomentaram o ativismo judicial do STF no Brasil, inicialmente o aparecimento do Estado social e o neoconstitucionalismo. Além dos fatores citados, têm-se como causas o aparecimento do Estado intervencionista, que exige um comportamento mais ativo do agente público.

Nem sempre a conduta ativista da corte é alvo de críticas, algumas justificativas plausíveis são utilizadas para aceitar o seu procedimento, pois o ativismo judicial representa a carência Estatal em atender aos pleitos do povo, bem como a realização dos fins previstos na constituição; outro argumento seria a própria evolução do constitucionalismo, por reconhecer a capacidade criativa dos juízes e tribunais, na defesa dos direitos fundamentais e efetivação das políticas públicas. Por fim, a razão normativa, que seria legitimada pela própria Constituição, além de filosófica na tutela

dos preceitos constitucionais. Por isso, a principal crítica é: estariam exacerbando as funções dos demais poderes se permitirem a criação de direitos por parte do legislador positivo. Tal conduta ativista do STF está fora dos limites estabelecidos pelo arranjo institucional brasileiro. Ademais, o ativismo judicial induz à insegurança jurídica e parece representar uma ditadura do Poder Judiciário sobre os demais poderes.

Nesse contexto, ao questionar-se se a atuação ativista do STF perante os demais poderes é legítimo ou se viola preceitos da democracia, ficou demonstrado na pesquisa que é inconcebível o afastamento da manifestação da vontade dos cidadãos por meio dos seus representantes. Portanto, quando o STF no processo decisório de cunho político ou moral sobrepõe os demais poderes, há uma legítima invasão na seara política, sendo assim, aí que surge a tensão entre a democracia e o ativismo judicial. Assim, o ativismo judicial surge quando se ultrapassa o parâmetro do limite democrático das decisões de outros poderes, mesmo as de cunho moral ou político, isto é, naquelas que tenha aceitação da opinião pública ou quando o próprio parlamento não se manifesta para não se expor perante os seus eleitores. Então, nesse contexto, é possível afirmar que o STF e o Poder Judiciário manifestam-se de forma indesejável e preocupante, pois, exercem funções que extrapolam os limites impostos pelo arranjo institucional da Constituição. Logo, indubitavelmente, essa prática é nociva e corrosiva ao princípio da separação de poderes e principalmente aos ditames estabelecidos num Estado Democrático de direito.

Destarte, o procedimento do ativismo judiciário não pode ser considerado legítimo, porém, em casos extremos, é possível que seja necessário. Todavia, a conduta ativista de forma descontrolada e exaustiva, como vem demonstrando o STF pode levar às ruínas o equilíbrio institucional entre os poderes constituídos, inclusive arrisca-se a desacreditar a própria democracia. Deste modo, não se deseja uma Corte com jurisdição constitucional fraca nem que interprete de acordo como o originalismo. A fim de evitar que haja um retrocesso na democracia do Brasil e para que o país não entre num período obscuro de uma ditadura velada do Poder Judiciário, é necessária uma postura bem mais contenciosa do Judiciário Brasileiro e do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2007.

BALESTERO, Gabriela Soares. **Reforma Política e o Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: Revista (Sin)thesis, 2012.

_____. A ascensão política da Suprema Corte e do Judiciário. **Revista Consultor Jurídico**, 06.06.2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario#:~:text=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20significa%20que%20quest%C3%B5es%20relevantes,causas%20diversas%20para%20o%20fen%C3%B4meno>. Acesso em: 26 de maio. 2021.

_____. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, 2017.

BASILE, Juliano. O Supremo do Brasil é o mais poderoso do mundo. **Revista Valor Econômico**, Brasília, 2013. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/coluna/o-supremo-do-brasil-e-o-mais-poderoso-do-mundo.ghtml>. Acesso em: 02 de jun. 2021.

BITTENCOURT, Cristina. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**: desafio institucional. Rio de Janeiro, 2018.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 60-61.

BRAGA, Rogério Piccino. **Recall no Judiciário e a Composição do STF**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 26 de out. 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 26 de out. 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 26 de out. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 26 de out. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 de out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709.** Distrito Federal. Data do julgamento: 21.10.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 3 Julho 2021.

BUZATTO, Gustavo. **O ativismo judicial e suas dimensões na atuação do supremo tribunal federal: uma análise sob o prisma da separação dos poderes e da judicialização.** 2017. 240 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **O povo é inconstitucional: poder constituinte e democracia deliberativa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1999.

CARVALHO, Olavo. **O sucesso do fracasso.** Sapientiam Autwm Non Vincit Malitia, 2017. Disponível em: <https://olavodecarvalho.org/o-sucesso-do-fracasso/>. Acesso em: 14 de jun. 2021.

CHRISTOFIDIS, Juliana Farias de Alencar. **Ativismo judicial ou judicialização de políticas públicas - A descriminalização do aborto pelo STF. Migalhas,** 31.03.2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342764/ativismo-judicial-ou-judicializacao-de-politicas-publicas>. Acesso em: 26 out. 2021.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito.** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____.; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo,** Belo Horizonte, n.273, set./dez. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O Império do Direito.** São Paulo-SP: Martins Fontes, 1999.

ERDELYIA, Maria Fernanda. **STF analisa de novo se CNJ pode julgar ministro da corte. Revista Consultor Jurídico.** Brasília, 17 de março de 2008. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2008-mar-17/stf_analisa_cnj_julgar_ministro_corte. Acesso em: 16 de abril. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador, JusPODIVM, 2018.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Análise da Separação de Poderes na Ótica do Poder Judiciário no Brasil**. Santo Ângelo: Revista Científica Direitos Culturais, 2015.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin; Gibran, Sandro Mansur. **Ativismo Judicial, o Princípio da Separação dos Poderes e a Ideia de Democracia**. Curitiba: Revista Unicuritiba, 2016.

FORTUNATO, Décio Formagini; MULLER, Leandro Martins. **Ativismo Judicial e a (I)Legitimidade das Decisões Proferidas**. Santa Cruz do Sul: Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. **Why do countries adopt constitutional review?** 2013. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2319363. Acesso em: 26 de out. 2021.

KUMASACA, Daniel Mascarim Pires. **A Tripartição das Funções do Estado e as Súmulas Vinculantes: análise histórica e impactos na atualidade brasileira**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Judiciário versus Executivo/Legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia**. *Pensar*, Fortaleza, v.11, p.185-191, fev, 2006.

LINDQUIST, Stefanie A; CROSS, Frank B. **The Scientific Study of Judicial Activism**. Minnesota: Minnesota Law Review, 2007.

MARSHALL, William P. **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism**. Chapel Hill: University of Colorado Law Review, 2002.

MOISÉS, José Álvaro. **Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

MOREIRA, Melissa de Carvalho. **Reflexões acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: VirtuaJus, 2018.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**. Salvador: JusPODVM, 2017.

NETO, A.C.; CIRNE, L. Ga. L. As sentenças interpretativas e o ativismo judicial: Os limites hermenêuticos necessários à manutenção da legitimidade do Estado Democrático de Direito. **Revista Direito em Debate**, v. 53, p. 260-272, 2020.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. O “AI-5” judiciário e a tentativa dos juízes. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-06/ai-judiciario-roberto-wanderley-nogueira-roberto-wanderley-nogueira>. Acesso em: 16 de abril. 2021.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a judicialização e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHIMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Matheus Fernando de Arruda e. **A experiência de exceção em estados democráticos de direito e suas conseqüências para a sociedade contemporânea**. 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Piracicaba, Universidade Metodista de Piracicaba, 2017.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Direito, judiciário e política. In: LEMBO, Claudio et al. **Juiz constitucional: Estado e poder no século XXI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2105.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Ditadura do Judiciário**. Disponível em: http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23412026_DITADURA_DO_JUDICIARIO.aspx. Acesso em: 20 de maio. 2021.

SOUZA NETO, Claudio Pereira e SARMENTO, Daniel. **Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial**. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, 2013.

SPINOLA, Diego. **A teoria da separação dos poderes e a invasão de competência do judiciário nos processos legislativos**. 2018. Disponível em: <https://diegosspinola.jusbrasil.com.br/artigos/575885274/a-teoria-da-separacao-dos-poderes-e-a-invasao-de-competencia-do-judiciario-nos-processos-legislativos>. Acesso em: 06 de abril. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **Decisionismo e Discricionariedade Judicial em termos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. O Direito e o Futuro, o Futuro e o Direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Juiz Não é Deus - Juge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

_____. Mut(ili)ação constitucional: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (coord.). **Crise dos poderes da república judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Presidentes da República que Nomearam Ministros para o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>. Acesso em: 23 de maio. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf> Acesso em: 26 de out. 2021.

VOLKEN, Rafael Augusto de Azevedo. **Ativismo Judicial: Limites frente ao Estado Democrático de Direito com base no princípio da Separação de Poderes**. 2016. 56f. Monografia em Direito. Centro Universitário Univates. Lajeado. Rio Grande do Sul.

WALDRON, Jeremy. **Judicial review and judicial supremacy**. 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2510550. Acesso em: 26 de out. 2021.

“Todas minhas limitações são de única e exclusiva culpa própria, porque quando quis voar minha família me catapultou e quando quis pousar ela me acolheu. ”

Leia-se família, a todos aqueles que estiveram ao meu lado do meu pior momento até o resultado final da minha lapidação como ser humano em constante evolução, e não apenas aqueles que estarão presentes na obra final, e sim aos que passam por nós ao longo desse processo grandioso que nos é dado, chamado vida.

Então a todos aqueles que passaram e contribuíram de alguma forma a esse projeto particular tanto com contribuições morais, trazendo valores, também a aqueles que me trouxeram apoio psicológico em momentos de dúvidas, aos que trilharam o caminho da vida e me deixaram com um esboço do caminho a ser tomado meu mais sincero obrigado e toda minha gratidão a vocês.

Obrigado em particular a minha mãe, Larissa Elisa Machado que em momento algum me abandonou, e sempre deposita em mim doses de vontade, carinho, amor e de correções que se fazem uma consequência do amor, e principalmente apor todo exemplo de ser humano capaz, vencedora, destemida e guerreira, eu te agradeço hoje e sempre mãe, obrigado por tudo e por tanto.

A meu pai, Marcelo Haddad.

A meu avô Farid Haddad, que me proporciona sempre, mesmo que muitas vezes distante, conversas filosóficas e provocativas, além de todos os valores e exemplos de vida e profissionalismo e a oportunidade de cursar a faculdade por mim tão sonhada.

A meu avô Paulo Cleo Alves Machado, que me trouxe as maiores lições da vida, como ser humano. Responsável esse por grande parte de meus valores morais, que como sempre citado por ele a semente foi colocada com sucesso e uma hora ou outra essa semente ira germinar. Hoje não mais presente no mundo físico, sei que posso confirmar, Vô Paulo a semente germinou e cresceu e hoje te agradeço Vô, por todas as lições, por todas as parábolas contadas em minha infância, parábolas essas que se faziam estranhas aos meus ouvidos em minha infância, no entanto, essas parábolas hoje se fazem claras nas questões da vida e estão sempre presentes e ressurgem nos momentos de conflitos, e ainda obrigado por toda visão do que realmente importa nesse mundo.

A minha avó Maria Elisa Delfim Machado, que sempre foi dura o suficiente comigo para que eu não me perdesse nesse processo de crescimento e carinhosa o suficiente para me receber de braços abertos quando necessário, que foi peça fundamental na elaboração desse estudo, me ajudando em pesquisas, me mandando notícias e lendo meus esboços com todo destreza de uma professora que estive em sala de aula por muitos anos, Vó muito obrigado por tudo.

A minha vó Aid Haddad, que me ensinou tanto sobre o amor, esse amor incondicional, que traz sempre as melhores lembranças e sentimentos à tona, que não deixa por sequer um minuto o que foi vivido para trás. Deda muito obrigado por tudo.

A minha noiva, Luana Perez Coradetti, agradeço por toda paciência pela ausência durante as madrugadas de estudo e também pelo estresse advindo das noites em claro, mas principalmente te agradeço por ser esse ser humano incrível, que estive sempre disposta a me ajudar e me entender, e sonhar meus sonhos e seus sonhos comigo. Presente hoje por mais de 9 anos ao meu lado nessa jornada de evolução pessoal e também em conjunto, tivemos a oportunidade de presenciar a evolução um do outro durante esse tempo. De todo meu coração meu amor, Eu te amo e muito obrigado.

E por final, ao Professor Sergio Tibiriça Amaral, responsável por esse carinho e admiração e curiosidade pela matéria de direito constitucional, com toda maestria me apresentou tal matéria no início do curso de direito, em Teoria Geral do Estado, o terror do primeiro ano. Durante suas aulas com amplo escopo de exemplos me fazia viajar em suas histórias sobre o mundo e sobre a geopolítica, sobre as diversidades culturais dentre tantos outros temas. Professor o senhor me fez enxergar novamente o brilho da sala de aula, brilho esse perdido em meados da 4^o série, sempre tive muita dificuldade em lidar com o autoritarismo da educação escolar, e com a doutrinação imposta por esse sistema, onde não existia ali espaço para contestação ou para imaginação, o duvidar e o criticar eram vistos como rebeldia e conseqüentemente isso me afastou e me trouxe grandes conflitos durante toda minha vida acadêmica. No entanto assistindo suas aulas e de outros professores encontrados ao ingressar na Faculdade Antônio Eufrásio de Toledo, fui sendo cativado aos poucos e de maneira tão sucinta que quando percebi, meu programa favorito era me arrumar para ir pra faculdade, não assistir apenas uma aula, mas sim um show, onde me apresentavam todo um mundo desconhecido e cheio de possibilidades, e o senhor sempre trazendo tom de descontração, sarcasmo, ironia e uma super dose de

conhecimento diário para as aulas foi essencial. Conseguindo o feito de nos ensinar o que eram as ADIN, ADECON E ADPF, o que eram os efeitos “Ex tunc e Ex Nunc” com seu exemplo de tapa na testa e tapa na nuca e ainda sobre as histórias da tia Mafalda e seu banjo, nunca serão esquecidos por mim tais conceitos.

Professor, volto a repetir o que o senhor faz, salva vidas, o senhor com essa mania de investir em pessoas me deu além de toda admiração pelo direito, me entregou de bandeja o tipo de profissional e ser humano que eu quero e preciso ser, meu mais sincero obrigado professor, obrigado por ter aceitado ser meu orientador, obrigado por todas as broncas veladas e por todos os puxões de orelha por conta dos atrasos de prazos e pela paciência para comigo, obrigado por toda orientação e por todas as referências, e obrigado ainda não só por mim mas por todos os alunos que tiveram e aos que terão a oportunidade de conhecer uma aula do Professor Sergio Tibiriçá.