

Leonardo Araujo Negrelly

### RESUMO

O presente artigo tem por finalidade o exame da atuação dos órgãos jurisdicionais, em especial do Supremo Tribunal Federal, na consecução de sua atividade de controle da produção legislativa e a legitimidade desta atuação dentro do cenário democrático atual, e, caso seja verificado essa possibilidade, tentar-se-á delimitar os limites desta atuação. Para tanto, serão analisados os conceitos de democracia, com o objetivo de verificação da existência de contrariedade da atuação da Corte Suprema em relação à esta forma de governo; o conceito de separação de poderes, que é diretamente relacionado à democracia e permitirá a correta avaliação do grau de interferência cabível à atuação judicial; e, por fim, o conceito de ativismo judicial, correlacionando-o com as jurisprudências atuais acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVES:** Democracia – Separação de Poderes – Ativismo Judicial – Supremo Tribunal Federal.

### ABSTRACT

The present article has for purpose the examination of the performance of the judicial bodies, in special of the Supreme Court of Brazil, in the achievement of its activity of control of the legislative production and the legitimacy of this performance inside of the current democratic scene, and, in case that this possibility is verified, will be tried to delimit the limits of this performance. For in such a way, the democracy concepts will be analyzed, with the objective of verification of the existence of opposition of the performance of the Supreme Court in relation to that form of government; the concept of separation of powers, that it is directly related to the democracy and it will allow the correct evaluation of the degree of interference admitted to the judicial performance; and, finally, the concept of judicial activism, correlating it with the current jurisprudences concerning the subject.

**KEYWORDS:** Democracy – Separation of Power – Judicial Activism – Supreme Court

## 1- INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva a realização de uma análise, sob o enfoque democrático, da atuação do Poder Judiciário em relação ao controle que é feito sobre a produção legislativa, na qual a principal via de atuação judicial seria por meio do controle de constitucionalidade.

Para tanto, será examinado os conceito de democracia para que seja possível a apreciação das possíveis contrariedades existentes em algumas formas de atuação da Corte Suprema em relação a esta forma de governo, sendo esta a modalidade eleita pelos constituintes e, conseqüentemente, positivada na Constituição brasileira de 1988, como modelo adotado em nosso país. Ainda na seara da democracia será estudado o princípio da separação de poderes e sua implicação no modelo brasileiro de governo, demonstrando as possíveis flexibilizações e limites impostos pelo legislador e este princípio.

Em outro momento será ponderado sobre o ativismo judicial em razão dessa forma de atuação judicial vir se fortalecendo hodiernamente. Neste ponto, para melhor compreensão sobre o objeto em estudo, serão avaliadas questões como a aplicabilidade da nomenclatura “judicialização política”, capacidade e balizas hermenêuticas, assim como será feita o acompanhamento de algumas decisões, que nitidamente abrangem matérias de cunho político, para que, só então, possamos avaliar o direcionamento tomado pelo Supremo Tribunal Federal nas questões relativas a fiscalização da produção legislativa.

Por fim, se tentará concatenar todas as idéias agregadas a este opúsculo a fim de responder de forma abrangente e fundamentada se o controle judicial de normas produzidas pelo Poder Legislativo é legítimo dentro do cenário democrático atual, tendo como paradigma a Constituição brasileira de 1988 e, caso seja possível a realização desta atividade, tentaremos definir quais são os seus limites.

## 2- DEMOCRACIA

Como fora advertido por Pontes de Miranda<sup>[1]</sup>, as ambigüidades nas significações de um termo são temerosas e prejudiciais ao desenvolvimento de qualquer ciência, sendo crucial, portanto, a especificação do termo democracia para a adequada execução deste artigo.

Neste sentido, sem que nos apeguemos demasiadamente à distinção entre conceito e concepção inicialmente elaborada por John Rawls<sup>[2]</sup>, cabe mencionar que o conceito é algo mais largo e abrangente, fazendo parte dele os elementos que necessariamente estarão presentes em toda e qualquer concepção que será criada. No

tocante ao termo concepção, este deve ser empregado no detalhamento do conceito, ou seja, poderá haver sobre um mesmo conceito várias concepções distintas, porém, todas partirão de um mesmo princípio formador, o conceito.

Assim, inicialmente, apesar de haver várias concepções de democracia (democracia direta, democracia representativa, etc), iremos em busca do conceito de democracia, nos abstendo de tratar sobre especificidades do sistema democrático, e, neste diapasão, tem-se que salientar que esse termo sempre foi aplicado na designação de formas de governo, ou seja, seria a democracia “um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político”[3].

Diante disto, Hans Kelsen vaticina que, apesar das pessoas serem idealmente iguais, essa igualdade somente se mostrará efetiva caso a sociedade se submeta a um comando (governo) que seja capaz de ordenar as ações sociais, porém, sem que este jamais se afaste dos princípios da igualdade e liberdade, sendo, justamente, a síntese desses dois princípios a própria característica da democracia[4], ou seja, é o favorecimento à plena liberdade e igualdade dos cidadãos.

Desta feita, como poderia se coadunar tais características aparentemente contrapostas? Como a submissão à vontade de um comando ou governo poderia ser harmonizado com a idéia de liberdade e igualdade? Essa resposta, em tempos atuais, é relativamente simples, ou seja, atribuindo-se o poder de comando/governo ao povo, ou, conforme a fórmula criada por Abraham Lincoln, “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

Este é, inclusive, o significado original do termo “democracia” (*demos* = povo, *kratein* = governo) e que foi instituído pela teoria política da Grécia antiga com a significação de “governo do povo”.[5]

Decorrente das colocações iniciais acerca da democracia há vários conceitos formulados por teóricos, porém, todos sempre circundam a própria etimologia do vocábulo em questão.

Deste modo, Norberto Bobbio conceitua democracia da seguinte forma:

Acredita-se que o conceito de democracia seja um conceito elástico, que se pode puxar de um lado e do outro à vontade. Desde que mundo é mundo, democracia significa governo de todos ou de muitos ou da maioria, contra o governo de um só ou de poucos ou de uma minoria.[6]

E continua mais à frente o autor ao tocar no contraponto conceitual de democracia:

Não, o conceito de democracia não é um conceito elástico. Na sua contraposição à autocracia é um conceito de contornos precisos. E eu o defino da seguinte forma: “democrático” é um sistema de poder no qual as decisões coletivas, isto é, as decisões que interessam toda coletividade (grande ou pequena que seja) são tomadas por todos os membros que a compõem.[7]

Neste mesmo sentido arremata Hans Kelsen ao afirmar que “A essência do fenômeno político designado pelo termo [democracia] era a participação dos governados no governo, o princípio de liberdade no sentido de autodeterminação política”[8].

Alexis de Tocqueville, tratando especificamente sobre a democracia nos Estados Unidos da América, menciona que naquele lugar é o povo que nomeia quem faz a lei e quem irá executá-la, assim como também caberá a ele, o povo, a determinação da punição a qualquer infração a ela[9]. Disto se depreende que todos os poderes (legislativo, executivo e judiciário) estão subordinados à vontade popular, concluindo que

Es, pues, realmente el pueblo quien dirige, y aunque la forma de gobierno sea representativa, es evidente que las opiniones, los prejuicios, los intereses e incluso las pasiones del pueblo no pueden encontrar obstáculos duraderos que les impidan hacerse oír y obrar en la dirección cotidiana de la sociedad.[10]

Com isso o entendimento conceitual de democracia é nítido e pacífico quanto a necessidade do povo estar encabeçando as decisões políticas, determinando o direcionamento a ser adotado pelo poder público. No entanto a execução desta vontade geral é árdua e, sem muita dificuldade, pode-se afirmar que em muitas circunstâncias essa vontade não é levada em consideração pelos representantes eleitos pelo povo detentores de cargos eletivos no Poder Executivo e Legislativo.

Esta situação de desvelamento da ineficácia do sistema democrático representativo se dá justamente em

razão do procedimento caracterizador da democracia, ou seja, o sufrágio universal. Tal afirmação se consubstancia na afirmação de Giovanni Sartori de que as eleições são um “processo descontínuo e elementar”, de forma que entre cada um dos procedimentos eleitorais o “poder do povo fica inativo”.<sup>[11]</sup>

Neste sentido, o grande problema democrático seria a inoperatividade da vontade popular, que se iniciará justamente no momento da escolha, tanto de representantes como de políticas, mantendo, portanto, estrita correlação com a questão das eleições e da formação da vontade popular. Desta forma, como instrumento utilizado para a determinação de tais anseios é utilizado o critério majoritário que se materializa por meio do sufrágio.

Assim, maior seria o problema relacionado a representatividade estatal e a efetivação da vontade popular a partir do momento em que o Poder Judiciário se imiscui no âmbito de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, haja vista o desígnio do órgão jurisdicional ser a aplicação da norma ao caso concreto de forma isenta e neutra, o que só é possível com o devido distanciamento entre o Poder Judiciário e a sociedade, de forma que essa assunção de funções pela função jurisdicional contrariaria o mencionado por Tocqueville, ou seja, o povo se afastaria das decisões governamentais, ferindo, portanto, o sistema democrático.

Neste tocante, apesar de o Estado ser uno, a sua estrutura é composta pela função executiva, legislativa e jurisdicional, todos necessários para a efetivação do Estado Democrático, contudo com atribuições bem delineadas, devendo suas atuações serem harmônicas e coerentes com os ditames constitucionais, de forma que não se poderá falar em democracia se não houver a observância do princípio da separação de poderes.

### 3- SEPARAÇÃO DE PODERES

O Estado Democrático de Direito, que é acolhido pelo artigo 1º da CRFB/88 como um conceito-chave do regime adotado, tem como fundamento o princípio da soberania popular, na qual a participação do povo na coisa pública é uma de suas características mais marcantes, porém, o Estado Democrático não se exaure, como pode aparentar, com a simples formação das instituições representativas segundo a vontade dos cidadãos<sup>[12]</sup>, havendo, portanto, outros fatores a serem observados.

Assim, uma das características essenciais à existência de um estado realmente democrático é a separação dos poderes instituídos, estando este mandamento positivado no artigo 2º da CRFB/88 como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, de forma que a atuação do referido princípio no sistema constitucional pátrio tem o condão de “induzir a interpretação das normas constitucionais, levar à integração das normas constitucionais entre si e pré ordenar a estruturação e a organização dos poderes”.<sup>[13]</sup>

Observe-se que tamanha é a importância desse instituto jurídico que fez com que o constituinte originário elevasse a separação de poderes à categoria de cláusula constitucional intocável e insuprimível da Constituição brasileira, estando expressa tal determinação no artigo 60, §4º, inciso III da CRFB/88.

Com isso, para a clarificação do conteúdo do princípio da separação de poderes, que tem várias facetas que não serão tratadas neste trabalho, mister se faz a explanação de sua conjugação com o sistema de governo.

Neste tocante, o governo é caracterizado como “o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político”<sup>[14]</sup>, sendo este último revelado por meio das funções exercidas e cumpridas pelos órgãos do governo.

Deste modo, apesar de o poder político ser uno, indivisível e indelegável<sup>[15]</sup>, este se decompõe em várias funções necessárias a plena realização da atividade governamental, sendo elas as funções legislativa, executiva e jurisdicional. Assim, atribui-se a cada uma das funções, de acordo com a doutrina de José Afonso da Silva:

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.<sup>[16]</sup>

Assim, depois de exposta as condições básicas para o entendimento mínimo acerca da separação dos poderes, segue-se com o melhor delineamento do princípio em si. Neste sentido, tem-se como núcleo essencial da cláusula da separação de poderes, em sua dimensão orgânico-funcional, os princípios da racionalização, moderação e limitação do poder estatal, sempre focado na efetivação da liberdade.[\[17\]](#)

Destarte, o referido princípio visa a constituição de um Estado respeitador das liberdades, na qual, por meio da divisão do exercício do poder, estabelece um sistema de freios e contrapesos com o fito de conter quaisquer excessos e promover a concatenação e complementação de ações governamentais. Assim, a instituição de um sistema de freios e contrapesos é um instrumento jurídico-institucional necessário ao impedimento da sobreposição de um poder (ou função) sobre outro e de possíveis interferências, especialmente política, no âmbito de atuação de cada função.[\[18\]](#)

Deste modo, trazendo para o campo de discussão deste artigo, na qual se pretende discutir a indevida ingerência do Judiciário sobre função legislativa, nos deparamos com a incongruência de cunho estrutural do Estado ao ser considerada a hipótese de existência de qualquer interferência no papel de cada Poder por outro, em especial no caso do Judiciário imiscuir-se em questões legislativas. Isso se afirma porque a autonomia para inovar o ordenamento jurídico foi deferida, essencialmente, ao Poder Legislativo, sendo este composto por indivíduos que foram escolhidos por meio do sufrágio universal como representantes do povo, isso em razão da inviabilidade do papel regulamentador ser exercido pela totalidade das pessoas que optaram por sair do estado de natureza[\[19\]](#) e ingressarem na vida em sociedade, não sendo deferida, evidentemente, tal atribuição ao Poder Judiciário.

Frisa-se que não se pretende reduzir a função jurisdicional a uma tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística das normas legais, sendo o Judiciário competente para atuar sobre o Poder Legislativo quando for para impedir abusos de poder, para propiciar a harmonia na relação entre os poderes, para garantir as liberdades ou assegurar o exercício das funções próprias[\[20\]](#).

Corroborando o retro afirmado o exposto por Benda: “la división de poderes también significa que no es legítimo privar a ninguno de los poderes públicos de las competencias requeridas para el cumplimiento de sus tareas constitucionales. Todos los poderes deben ser capaces de funcionamiento y bastarse para satisfacer sus responsabilidades”[\[21\]](#). Contudo, a usurpação da atribuição principal da função legislativa – inovar no ordenamento jurídico – é o que vem sendo discutido e renegado.

Assim, em razão da representação social indireta que o Judiciário exerce, a este órgão realmente não se pode atribuir a função legislativa, pois, as instituições democráticas normatizadoras devem estar em constante contato com a sociedade e a serviço da opinião da maioria do eleitorado[\[22\]](#). A própria atividade legislativa em si contradiz a própria concepção formal do Poder Judiciário, de forma que a assunção desse papel é dada ao parlamento, que é o órgão constitucionalmente legitimado para tanto, tendo, inclusive, sua estrutura orgânica constituída para que o exercício de sua função política seja confrontada com as alternativas mais representativas para a sociedade.[\[23\]](#)

Ademais, no contexto do Estado Democrático de Direito, não é aconselhável que as estruturas institucionais, especialmente as emanadoras de normas jurídicas, sejam vulneráveis a refletir passivamente as relações de forças incorporadas ao cenário do Poder. Para tanto, um dos mecanismos criados para a minoração deste problema foi a divisão do poder legislativo em um número grande de parlamentares (513 Deputados Federais e 81 Senadores), o que não foi reproduzido no âmbito do Judiciário (há somente 11 Ministros no STF), de forma que este último, em razão de seu menor efetivo pessoal, estaria mais propenso a tais pressões.

Contudo, a função jurisdicional, com atuação dentro de seus limites constitucionais, constitui núcleo essencial ao princípio da separação de poderes para o Estado Democrático de Direito, sendo que o controle exercido por este órgão constitui um contra-poder da função legislativa enquanto instrumento de função política. Disso se depreende que será natural a existência de alguma tensão entre a atuação destes dois Poderes, não por representarem forças político-sociais portadoras de interesses divergentes, mas, simplesmente, pelo fato de cada um deles exercer funções material e teleologicamente distintas.[\[24\]](#)

Deste modo a função do Poder Judiciário deve se caracterizar pela natureza eminentemente jurídica de sua atuação, direcionada sempre ao caso concreto, estando, assim, “despida de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural”[\[25\]](#), sendo que qualquer ampliação inconsequente das exceções ao princípio da separação de poderes tornaria sobremaneira tênue os contornos determinados à cada função estatal, esvaziando, por consequência, o conteúdo da norma constitucional que a determina.[\[26\]](#)

Nesta toada, consoante o exposto por Nuno Piçarra, como conclusão,

Serão o legítimo «contrapoder» do legislador apenas na medida em que se confinarem no controlo exclusivamente jurídico da constitucionalidade das leis. Mas já não estão, de modo algum, legitimados a erigir-se em contralegisladores ou em substitutos do legislador, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste no quadro da constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa.

A directa legitimação democrática do legislador, que não é a dos tribunais, aponta para uma presunção de constitucionalidade das leis e o princípio da separação de poderes aponta para uma *judicial self-restraint* quanto aos juízos de natureza política contidos nas leis cuja constitucionalidade se trata de apreciar, uma vez assente o primado político do legislador. [27]

#### 4- ATIVISMO JUDICIAL

Contemporaneamente, mesmo em países que tenham adotado o sistema jurídico romano-germânico como base de seu ordenamento, pautando-se, basicamente, na predominância absoluta do positivismo jurídico e com forte tendência à codificação do direito, quando estes optam por assimilar em seus textos constitucionais também a presença de normas principiológicas, tal atitude possibilita o surgimento do chamado ativismo judicial, o que, de certa forma, contrapõe a característica fundamental do sistema eleito nestas nações em razão da viabilização do espaço necessário a interpretações construtivistas [28].

Neste sentido, Ernani Rodrigues de Carvalho aponta como fator propiciador desta nova tendência judicial a “existência de um sistema político democrático, a separação de poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias” [29]. Segundo essa perspectiva, diante de um quadro no qual o ativismo judicial vem se mostrando cada vez mais presente no cotidiano do Poder Judiciário, para os fins deste opúsculo, deve-se destacar que principalmente a inobservância das instituições majoritárias e o ferimento à separação de poderes são fatores, *prima facie*, estremeceadores da democracia.

Assim, em princípio, é importante que seja determinada a real significação de ativismo judicial, delimitando-se o assunto para o âmbito de discussão que se pretende neste trabalho, até porque a referida expressão é revestida de equivocidade, podendo ser empregada, segundo a doutrina, em diferentes acepções. [30]

Deste modo, por força da margem de discricionariedade existente na atividade judicante, o ativismo judicial representa o rompimento com a postura positivista fortemente arraigada no Poder Judiciário [31], designando uma postura proativa do magistrado na interpretação da norma, em especial da Constituição, de forma a expandir o seu sentido e alcance [32], participando o juiz, portanto, no processo de criação da norma jurídica [33].

Contudo, vale lembrar, que a referida capacidade interpretativa inserta no grau de discricionariedade judicante alhures mencionada não é irrestrita, devendo, por conseguinte, ser limitada sua utilização aos julgamentos dos denominados casos difíceis (*hard cases*) [34], mesmo assim, condicionando o magistrado, como sugere a doutrina de Hans Kelsen [35], a transitar somente dentro da moldura jurídica imposta pelo legislador, sendo esta o conjunto normativo capaz de regulamentar em alguma medida o caso concreto. Tanto a limitação da ação do juiz quanto a flexibilidade interpretativa é, de certa forma, intrínseca à atuação judicial e é decorrente da própria situação fática levada ao Judiciário cumulada com a própria amplitude do ordenamento jurídico, pois, quando mais de uma possibilidade, todas razoáveis e arrimadas no direito, apresenta-se ao juiz, caberá a ele optar pela melhor solução aplicável para cada caso. [36]

Deve-se, entretanto, ressaltar a acepção tomada por ativismo judicial até então empregada, pois, como foi alertado anteriormente, o ativismo judicial pode ser considerado como uma postura participativa do magistrado na condução do processo judicial, sendo esta uma postura desejável para todo juiz e demais funcionários públicos, porém, o sentido aqui utilizado de ativismo liga-se à participação do juiz na formação da norma jurídica, tendo, portanto, foco no momento do pronunciamento judicial de mérito.

A distinção entre ambos os sentidos apontados é que no primeiro caso se fala sempre de momentos anteriores ou posteriores à decisão judicial, ou seja, são momentos do *iter* procedimental destinados à preparação do ato decisório ou à satisfação do direito reconhecido pelo pronunciamento judicial, enquanto, no segundo caso, se faz referência somente a sentença judicial prolatada pelo magistrado, pois é este o ato capaz de criar a norma jurídica concreta que será válida para a questão decidida [37] e, em alguns casos, terá

seus efeitos estendidos à toda sociedade.

Neste diapasão, segundo Alexandre Garrido da Silva, citando C. Neal Tate:

o ativismo judicial constitui uma espécie de atitude ou comportamento dos juízes no sentido de “participar na elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos habilitadas (...) e, por vezes, substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições”.<sup>[38]</sup>

Desta forma, apesar de ser justificado o ativismo judicial pelo próprio texto constitucional, a utilização da Carta Magna como repositório axiológico na interpretação de normas infraconstitucionais com o fito de permeá-las com os valores prevalecentes no meio social no momento em que é prolatada a decisão deve ser comedida e cautelosa ao se tratar de ativismo judicial, pois somente assim a referida decisão não exorbitará o campo de atuação do Judiciário adentrando no âmbito do Poder Legislativo. Isso se afirma em razão de que a possível interferência pelo Poder Judiciário na seara normativa pode violar ao princípio democrático que fundamenta a República brasileira, contrariando, portanto, a Constituição ao desconsiderar sua determinação disposta em seu artigo segundo que impõe a manutenção da independência e harmonia entre os Poderes instituídos.

Não obstante os problemas aqui colocados, frisa-se que nenhuma intervenção judicial no âmbito político pode ser tomada como uma forma ingerência desmotivada, devendo ser salientado que a própria independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade <sup>[39]</sup>, ou seja, só poderá haver a referida atuação mediante provocação. Assim, a partir do requerimento da tutela, o Judiciário não poderá se furtar a resolver o problema a ela trazido, de forma que só haverá intervenção judicial na seara normativa quando o mesmo é instado para tanto, sendo questionada, somente, a amplitude da decisão tomada, que em determinadas hipóteses invadem a esfera de atuação do Poder Legislativo.

Ademais, com o desígnio de evitar que o ativismo se converta em atitudes arbitrarias do Poder Judiciário, é imperativo a observância do princípio constitucional do contraditório, o que permitirá uma forma de defesa contra tais ingerências, principalmente quando cumulados com princípio do duplo grau de jurisdição. <sup>[40]</sup> Em relação a essa possibilidade de controle, fica uma questão: e quando tais julgamentos forem de competência do Supremo Tribunal Federal, não havendo, assim, outras instâncias recursais?

Dando seguimento ao desenvolvimento do tema, Luís Roberto Barroso explica o ativismo judicial da seguinte forma: “A idéia de ativismo judicial esta associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.<sup>[41]</sup>

#### 4.1 - ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Associa-se ao tema do ativismo judicial o que vem sendo denominado como judicialização da política, devendo, portanto, ser foco de algumas palavras neste opúsculo. Neste sentido nos valem, a título de iniciação, das palavras esclarecedoras de Alexandre Garrido Silva:

O ativismo judicial é percebido como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outros poderes. A judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de metacondições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário.<sup>[42]</sup>

Outros autores, no entanto, confeccionaram definições que praticamente utilizam a judicialização da política como sinônimo de ativismo judicial, sendo este o entendimento, por exemplo, de Jamile B. Mata Diz ao apregoar que “esta idéia relaciona-se à concretização pelo juiz dos princípios previstos abstratamente na Constituição e, portanto, ao alargamento da discricionariedade judicial” <sup>[43]</sup>. Contudo, apesar de a autora aproximar os conceitos de ativismo e judicialização, fica claro a abrangência do termo ao se mencionar que este último abarcaria a responsabilidade de o Judiciário dar concretude as normas positivadas na Constituição, autorizando-lhe, assim, se necessário for, que se valha inclusive do controle das atividades de outros poderes<sup>[44]</sup>.

Assim, apesar de próximos, os termos não devem ser empregados como sinônimos, devendo ficar claro que a judicialização é mais ampla, estando, deste modo, o ativismo judicial contido naquele, porém, cabe mencionar que muitos estudiosos do direito vem utilizando os termos como análogos. Corrobora essa idéia a anotação realizada por Luís Roberto Barroso ao explicitamente afirmar que “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmo lugares, mas não têm as mesmas origens”[\[45\]](#).

Neste sentido, a locução é elucidada por Barroso, segundo o critério aqui apresentado, da seguinte forma:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais [...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais.[\[46\]](#)

O supramencionado fenômeno vem sendo verificado com certa habitualidade nos dias atuais, porém a sua utilização é pautada, assim como no ativismo judicial, nos valores e formalidades positivados pela Constituição da República. Desta forma, é apresentada como origem ou fundamento da judicialização a redemocratização brasileira, que culminou com a promulgação da Constituição de 1988; a constitucionalização abrangente, onde matérias antes outorgadas ao processo político majoritário e para a legislação ordinária foram inseridas no Texto Magno; e, por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas legais. [\[47\]](#)

#### 4.2 - ATIVISMO JUDICIAL E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da organização judiciária brasileira, nas últimas décadas vem assumindo uma posição de destaque não só no âmbito judicial, como não poderia deixar de ser, mas também no cenário político nacional, onde atua como órgão destinado à complementação e ao desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio. Assim, vem deixando de atuar no campo ordinário do Poder Judiciário, ou seja, voltado às partes litigantes com decisões com efeitos para o passado, para ostentar um papel quase legislativo ao prolatar decisões que afetarão toda a sociedade com efeitos prospectivos[\[48\]](#).

Esse posicionamento adotado pelo STF implica na subjugação da função judicial clássica de atuação como legislador negativo e a conseqüente assunção de um papel positivo, porém, de forma mais restrita que o Poder Legislativo, até porque existem as limitações já mencionadas anteriormente, como a necessidade de provocação do órgão jurisdicional. [\[49\]](#) Tal afirmativa é confirmada pelas palavras do Ministro Celso de Mello prolatadas em seu voto no julgamento da ADPF n. 45/DF:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [\[50\]](#)

Por essa razão, o surgimento de um judiciário ativista, despido de qualquer constrangimento ao exercer competências de revisão cada vez mais amplas sobre as políticas parlamentares ou sobre políticas de ação social[\[51\]](#), destinadas a serem decididas por representantes da sociedade que ocupam cargos eletivos, torna-se inquestionável. A partir da divisão de competências judiciais atribuídas pela Constituição de 1988, na qual colocou o Supremo Tribunal Federal como órgão competente para julgar temas relativos ao Texto Magno, findou por permitir a atuação “política” desta Corte, como pode ser visto na exposição de Marcos Paulo Veríssimo a seguir reproduzida:

O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da

política representativa, com um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais.<sup>[52]</sup>

Assim, relativo à atuação no âmbito político exercido pelo STF, sua capacidade interventiva é potencializada no campo do controle concentrado de constitucionalidade, gerando, deste modo, resultados expressivos decorrentes de sua atuação. Neste sentido, considerando apenas decisões prolatadas em tempos recentes, pode-se mencionar temas políticos relevantes como a matéria relativa à Lei de Biossegurança (ADI n. 3.510), à reforma partidária (ADI n. 1.351 e n. 1.354), à verticalização das candidaturas para as eleições de 2006 (ADI n. 3.685) e a batalha judicial acerca das contribuições previdenciárias dos inativos (ADI n. 3.105)<sup>[53]</sup>, dentre vários outros.

Esse posicionamento ativista é confirmado pela estatística dos julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas entre os anos de 1998 a 2008, totalizando 978 ações, na qual apenas 16,57% dessas ações foram julgadas totalmente improcedentes, o que demonstra “uma razoável propensão do tribunal em proferir juízos de inconstitucionalidade”<sup>[54]</sup>, gerando, assim, impacto direto no direcionamento político brasileiro.

De forma coerente com o sistema normativo constitucional, Gisele Cittadino, citando Ingeborg Maus, apregoa que:

a indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve ou atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados. Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuar como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” e imunizando a atividade jurisprudencial perante a crítica a qual originariamente deveria estar sujeita (...), pois quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social..<sup>[55]</sup>

Assim, o formato de atuação política assumido pelo Poder Judiciário, em especial pela Corte Suprema, com a progressiva transferência dos poderes decisórios das instituições políticas representativas para o judiciário, segundo Ran Hirschl, é um caminho rumo à “juristocracia” (*juristocracy*)<sup>[56]</sup>, contudo, deve-se manter em mente que harmonia entre os poderes é essência de um Estado Democrático, o que acaba por gerar, com o modelo de atuação assumido, uma contrariedade à Constituição.

Referidas ingerências no âmbito legislativo são potencializadas, certamente, pelo efeito *erga omnes* atribuído a tais decisões, como é confirmado pelo voto do Ministro Relator Celso de Mello na Reclamação 2143-2/SP na qual afirma que as ordens judiciais proferidas pelo STF em sede de fiscalização abstrata possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados, Tribunais e toda Administração Pública de todas as esferas, “impondo-se, em consequência, a necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido...”<sup>[57]</sup>.

Não se questiona aqui a legalidade do efeito *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, porém, tais efeitos, quando provenientes de uma atuação que se identifica como claramente política, é prejudicial ao sistema democrático, haja vista a atuação judiciária como legislador. Esse é, por exemplo, o caso da ADI n. 3.105, na qual foi julgada a questão dos inativos, que apesar de o governo ter saído vencedor, o STF decidiu discricionariamente aumentar o limite de isenções, passando de R\$ 1.505,23 para R\$ 2.508,72<sup>[58]</sup>. Não seria o valor de isenção uma decisão que caberia exclusivamente ao Poder Legislativo? Se a Corte Suprema simplesmente tivesse reconhecido a constitucionalidade da norma, como realmente o fez, sem ter se imiscuído em atribuições do Poder Legislativo não teria havido problema algum, pois, meramente estaria cumprindo o seu papel constitucionalmente estabelecido.

No entanto, não se pode atribuir ao efeito *erga omnes*, por si só, o problema democrático brasileiro, não se devendo olvidar os pontos positivos trazidos por essa instituição jurídica como a garantia de uniformidade, regularidade, segurança jurídica, eficiência e transparência nas decisões judiciais.”<sup>[59]</sup> Os problemas aqui apontados são sempre relacionados à atuação dos magistrados que se intrometem, indevidamente, em matéria de exclusiva atuação do Poder Legislativo.

Outro ponto que não pode deixar de ser mencionado mais uma vez, para que não parem dúvidas acerca da



amplitude da discussão aqui lançada, onde poderia, diante de uma interpretação menos cuidadosa, pensar que a atuação do Poder Judiciário na revisão legislativa seria, em sua essência, um ato contrário ao Estado Democrático por desrespeito à repartição de Poderes. Neste contexto, já foi aludido neste estudo a necessidade de provocação do Judiciário, para, só então, o mesmo ter legitimidade para agir, e dessa vez recorreremos a balizada doutrina de Luís Roberto Barroso como justificativa:

É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial.<sup>[60]</sup>

Com isso, tenta-se explicitar que a crítica exalada deste artigo se destina não à atuação judicial em si, mas, e somente, às ingerências judiciais sobre matérias de competência do Poder Legislativo.

#### 4.3 - ATIVISMO JUDICIAL E HERMENÊUTICA

O ativismo judicial só é possível legitimamente em razão da margem de discricionariedade deixada ao julgador pelo legislador. Com isso é permitido ao magistrado que transite livremente dentro do espaço de escolhas amparadas pelo direito optando pela aplicação de normas que melhor se adéquem ao caso concreto a fim de se seja buscado o máximo grau de justiça.

Neste sentido, inseparável da opção de escolha do juiz ou da forma de atuação adotada está a legitimidade interpretativa própria do Poder Judiciário, sendo a referida legitimidade intrínseca à atividade jurisdicional, pois, como afirma Lenio Luiz Streck, “definitivamente, é preciso ter claro que a lei (o texto) não carrega um sentido imanente ou uma espécie de essência (substância) que o intérprete possa revelar, a partir de um ato de conhecimento. Esse sentido é atribuível”.<sup>[61]</sup>

Assim, a aplicação da norma, com a conseqüente solução do litígio, somente se viabilizará a partir da interpretação que o magistrado fará das normas jurídicas que regulam a questão, sendo que insere na interpretação realizada estará a pré-compreensão do magistrado (de caráter subjetivo). Por esta razão, o texto normativo somente terá capacidade de regulamentação a partir da atribuição de sentido que lhe dará o interprete, de acordo com os valores por ele assimilados<sup>[62]</sup>, dependendo a “existência” da norma, portanto, ao sentido que o interprete lhe atribuirá<sup>[63]</sup>.

Segundo a lógica hermenêutica de Streck, não há dúvidas acerca da capacidade e legitimidade judicial na criação de normas, tendo em vista que as normas concretas prolatadas ao fim do processo judicial somente surgirão a partir da atividade cognoscente do magistrado, porém, a legitimidade normativa se exaure na competência decisória dos casos levados ao judiciário, com efeitos *inter partes*. Ao se cogitar a possibilidade de conceber normas que regerão toda a sociedade, começa a aparecer o problema relativo à capacidade e legitimidade do Poder Judiciário, porque, para tanto, tais normas deverão ser provenientes de entes que tenham sido escolhidos pelos cidadãos para representar-lhes nas opções de cunho legislativo, não tendo a menor legitimidade o Poder Judiciário para isso.

Daí a advertência de Lenio Streck, citando Paulo Bonavides, acerca de uma possível ampliação da legitimidade interpretativa judicial:

a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que há de conter, quando cria ou “inventa” *contra legem* (acrescentaria, contra a Constituição), posto que aparentemente ainda aí na sombra da lei, é perniciososa à garantia como à certeza das instituições.<sup>[64]</sup>

Deste modo, por mais que pareçam justos ou corretos, casos decididos pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, como o da fidelidade partidária em que a Corte, em nome do princípio democrático, criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar que não se encontra no texto constitucional, a questão da extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo através da expedição de súmula vinculante que assumiu uma conotação praticamente normativa e o caso da verticalização em que elevou a regra da anterioridade anual da lei eleitora ao *status* de cláusula pétrea<sup>[65]</sup>, para citar apenas algumas questões, devem ser vistos com reservas.

Questões de monta como as citadas acima são temas a serem decididos no âmbito político, devendo o

judiciário, se for o caso de contrariedade ao ordenamento jurídico, não permitir a ocorrência de atos afrontantes à norma, porém, chegar ao ponto de gerar inovação legislativa certamente supera a competência deste poder. Torna-se ainda mais séria tais ingerências quando são originadas do STF, principalmente pelo fato da grande dificuldade no controle de arbitrariedade dimanadas da Corte Suprema, cujas decisões não cabem recurso a outra instância judicante. [66]

Assim, apesar de ser interessante que o Poder Judiciário assumira uma atitude proativa, decisões ativistas devem ser eventuais, devendo ser coerente com o momento histórico vivido pelo país, pois, interferências irrestritas e inconsequentes na atividade parlamentar impedem a consolidação da democracia, até porque eiva de incredibilidade o Poder Legislativo. [67]

Destarte, posições contrárias ao reconhecimento das atribuições de cada Poder instituído são temerosas, porém, decisões destoantes às normas constitucionais são existentes, como podemos ver no trecho do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF:

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”. [68]

Pelo exposto, vê-se que o judiciário vem assumindo uma posição extravagante às funções constitucionalmente postas a ele, na qual, neste caso, vem idealizando a concretização da Constituição como panacéia para resolver problemas brasileiros de ordem distinta [69], praticamente avocando a competência que seria originalmente do Congresso, que através de um “irracionalismo decisionista que despreza inteiramente o texto” constitucional, e, “independentemente de juízos sobre se isso é bom ou mau, o juiz ‘faz’ o direito” [70].

Reconhece-se, assim, que toda norma carece de interpretação tanto em função da imprecisa formulação linguística que não permite um sentido unívoco do ordenamento, quanto pela necessidade de aplicação ao caso concreto, todavia, nas palavras de Lenio Luiz Streck, quando

a partir de redefinições dos textos, a dogmática jurídica, no interior da qual predomina o pensamento positivista de cariz exegético-substantivo, tem conseguido – sem gerar maiores traumas ou perplexidades – *estabelecer não somente sentidos contra legem e/ou inconstitucionais, como também “novos textos”* [71] (grifos do autor),

a produção normativa pelo Poder Judiciário deve ser repelida veementemente.

Deste modo, perante o quadro apresentado, a opinião de João Maurício Adeodato conclui nosso pensamento com maestria:

Dentro desse debate sobre os limites à criatividade do Judiciário, pode-se considerar a preponderância da atividade judicante na concretização, sobretudo por parte das Cortes mais altas, como uma realidade prejudicial ao Estado Democrático de Direito, pois o Judiciário passa a ser o guardião do conteúdo moral do direito e, ao invés de a moral limitar o direito, como parece ser a intenção de jusfilósofos como Ronald Dworkin, pode acontecer exatamente o contrário: a inserção direta de princípios morais nas questões jurídicas, através de uma “moral do judiciário”, faz com que as fronteiras do que é jurídico e coercitivo ampliem-se a níveis preocupantes no contexto democrático. [72]

## 5- CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro nos últimos tempos vem ampliando o seu raio de ação, passando a assumir um papel ativo em discussões de cunho político, não obstante os membros desse Poder não serem agentes públicos eleitos pelo voto popular, não sendo, portanto, representantes direto do povo.

Assim, o órgão jurisdicional ao exercer a árdua atividade de conciliar o constitucionalismo (limitação de poderes e respeito aos direitos fundamentais) com a democracia (governo do povo), viabiliza o surgimento de tensões. Neste contexto, quaisquer eventuais conflitos deverão ser administrados de forma que não gerem circunstâncias de abalo ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que este é fundamentado na própria Constituição e tem como principais papéis o estabelecimento das regras do jogo democrático e a proteção dos “valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”<sup>[73]</sup>.

Com isso, o atual protagonismo do Judiciário pode ser interpretado como uma situação muito positiva para o contexto constitucional, desde que a expansão de suas atribuições ocorra sem a violação ao equilíbrio do sistema político conjugado ao pleno respeito aos dois pilares do sistema democrático constitucional: limitação do poder político e garantia à soberania popular, e; garantia aos direitos dos cidadãos.

Neste sentido, mediante a observância dos valores constitucionais, caberá a norma que passou por todo o processo legislativo, vindo a regularmente compor o sistema jurídico pátrio, fazer as opções entre todas alternativas que melhor aprouver o parlamento, consoante ocorre nas sociedades pluralistas, isso por uma única e simples razão: a norma originada do Legislativo refletirá a vontade geral da sociedade! Desta forma, não se poderá, com fundamento na Constituição, suprimir a política, a regra majoritária e nem o papel do Poder Legislativo, sob pena de contrapor a própria Constituição.

Por essa razão o Supremo Tribunal Federal, constitucionalmente nomeado como guardião da Constituição, deve ser comedido em suas ingerências às deliberações parlamentares, limitando-se, nestes casos, a resguardar o sistema democrático e os direitos fundamentais, não devendo, de forma alguma, a Corte Suprema avocar para si a tarefa de inovar na ordem jurídica.

Assim, conclui-se que não há nenhum problema que o Poder Legislativo seja limitado por um poder judicial que não detenha a mesma legitimidade democrática que ele, desde que tal limitação seja imposta por uma jurisdição constitucional bem exercida, dentro dos limites autorizados pela Constituição, o que fará com que a fiscalização do Poder Judiciário sobre o Legislativo seja, antes de um risco, uma garantia para a democracia.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, p. 169-188, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001. 173 p.

\_\_\_\_\_. **Qual socialismo?**: Debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1983. 111 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautela em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29/04/2004. DJ. 04/05/2004. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADPF\\$.SCLA. E 45.NUME.\)&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADPF$.SCLA. E 45.NUME.)&base=basePresidencia)>. Acesso em: 02 mar. 2010.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goitacazes, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, p. 135-144, 2001-2002.

DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 26, n. 75, p. 165-185, 1999.

EISENBERG, J.; CEPIK, M. (Org.). **Internet e política**: teoria e prática da democracia eletrônica. Belo

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: O poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. 224 p.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 140 p.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 392 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002. 786 p.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989. 281 p.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 708 p.

SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, p. 35-69, dez. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 926 p.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, p. 83-128, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia em America**: 1. Madri: Alianza Editorial, 1993. 446 p.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira?”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul/dez 2008.

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, p. 131-139, abr/jun 2008.

---

[1] MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002. p.189.

[2] RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.5-7.

[3] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001. p. 135.

[4] KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

[5] KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 140.

[6] BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?**: Debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1983. p. 79.

[7] *Ibidem*. p. 80.

[8] KELSEN, *op. cit.*, p. 140. Nota 5.

[9] TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia em America**: 1. Madri: Alianza Editorial, 1993. p.161.

[10] TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia em America**: 1. Madri: Alianza Editorial, 1993. p. 162.

[11] SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: o debate contemporâneo. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. p. 124.

[12] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.117.

[13] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: O poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 21.

[14] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.108.

[15] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.107.

[16] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.108.

[17] FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.38.

[18] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: O poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 13.

[19] PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das

- suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989. p. 69.
- [20] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: O poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 14.
- [21] BENDA, Ernesto. El estado social de derecho, apud FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.45.
- [22] PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudos das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989. p. 233.
- [23] PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudos das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989. p. 252..
- [24] PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudos das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989. p. 260.
- [25] PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudos das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989. p. 260.
- [26] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: O poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 15.
- [27] PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudos das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989. p. 261.
- [28] CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goitacases, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, 2001-2002. p. 135.
- [29] CARVALHO, Ernani Rodrigues de, 2004, apud SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p. 53-54.
- [30] DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999. p. 166.
- [31] DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999. p. 167-168.
- [32] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 75.
- [33] DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999. p. 167.
- [34] DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999. p. 168.
- [35] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.
- [36] DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999. p. 168.
- [37] DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999. p. 171.
- [38] SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p.57.
- [39] CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goitacases, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, 2001-2002. p. 137.
- [40] DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999. p. 176.
- [41] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 75.
- [42] SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p. 56-57.
- [43] DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999. p. 168.
- [44] DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999. p. 168.
- [45] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 75.
- [46] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 73.
- [47] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 73-74.
- [48] VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, abr/jun 2008. p.131.
- [49] VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, abr/jun 2008. p.133.
- [50] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautela em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29/04/2004. DJ. 04/05/2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADPF5.SCLA. E 45.NUME.\)&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADPF5.SCLA. E 45.NUME.)&base=basePresidencia)>. Acesso em: 02 mar. 2010.
- [51] VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, jul/dez 2008. p. 409.
- [52] VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, jul/dez 2008. p. 410.
- [53] VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, jul/dez 2008. p. 412-413.
- [54] VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, jul/dez 2008. p. 413.
- [55] CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goitacases, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, 2001-2002. p. 141.
- [56] SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p. 54.
- [57] VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, abr/jun 2008. p.134.
- [58] VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, jul/dez 2008. p. 413.
- [59] VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF. **Revista de**

**Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, abr/jun 2008. p.134.

[60] BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 75.

[61] STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005. p. 84-85.

[62] STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005. p. 88.

[63] STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005. p. 85.

[64] STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005. p. 88.

[65] BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 76-77.

[66] ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004. p. 179.

[67] BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 77.

[68] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF**. Relator: Min. Carlos Brito. Trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2010.

[69] ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004. p. 179.

[70] ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004. p. 180.

[71] STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005. p. 89-90.

[72] ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004. p. 178.

[73] BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 79.