**LUCAS RODRIGUES DE LIMA**

**ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES**

**UNIVERSIDADE DE CUIABÁ – UNIC**

**FACULDADE DE DIREITO**

**CUIABÁ – MT**

**2015**

# LUCAS RODRIGUES DE LIMA

**ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Monografia apresentada pelo(a) acadêmico(a) Lucas Rodrigues de Lima à Faculdade de Direito da Universidade de Cuiabá / UNIC/IUNI- Campus Beira Rio, como critério para aceite no programa de ensino de graduação no curso de Direito - ano 2015, para desenvolvimento do Trabalho de Conclusão de Curso II do 8º. Semestre Matutino, Turma A.

# Professora orientadora: Drª. Catia Gohda

**UNIVERSIDADE DE CUIABÁ - UNIC**

**CUIABÁ - MT**

**2015**

# APRECIAÇÃO

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

# DEDICATÓRIA

Ao meu pai Roberto Rodrigues de Lima e a minha mãe Jorgeane Fátima Moreira Silva Lima, pessoas que muito amo, sem as quais o sonho da faculdade seria impossível.

**AGRADECIMENTO**

Agradeço de grande coração a todas as pessoas que colaboraram com esse processo científico, tanto somando materialmente ao conteúdo aqui anotado quanto me motivando ou compartilhando ideias. Em especial menciono o Desembargador Sebastião do TJ/MT que me disponibilizou horário no mesmo momento em que solicitei sua ajuda e a Dr.ª Fernanda Tavares Homem de Carvalho, Defensora Pública da União, que muito me ajudou emprestando material e sugerindo temáticas ao trabalho. Por fim, ao Governador do Estado de Mato Grosso, Pedro Taques, que deu atenção à pesquisa científica da UNIC falando sobre Ativismo Judicial e Judicialização.

“*Julgue seu sucesso pelas coisas que você teve que renunciar para conseguir*. ”

Dalai Lama

**SUMÁRIO**

**INTRODUÇÃO**............................................................................................09

**CAPÍTULO I**

**ESTADO**.....................................................................................................11

* 1. Definição e aspectos gerais..................................................11
	2. Evolução do Estado..............................................................13

1.2.1 Estado Antigo...............................................................13

1.2.2 Estado Grego...............................................................14

1.2.3 Estado Romano............................................................15

1.2.4 Estado Medieval...........................................................16

1.2.5 Estado Moderno...........................................................17

1.3 Estado Moderno e Democracia..................................................17

**CAPÍTULO II**

**PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**........................................22

* 1. Evolução histórica......................................................................22
	2. Concepção atual........................................................................25

**CAPÍTULO III**

**TRANSFORMAÇÕES** **DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**..................................................................................30

* 1. Contexto histórico......................................................................30
	2. Interpretação Constitucional......................................................33
	3. Surgimento do Ativismo Judicial................................................36
	4. Ativismo judicial: Definição.........................................................37
	5. Ativismo Judicial versus Judicialização da Política....................40

**CAPÍTULO IV**

**APLICABILIDADE DO MODELO NORTEAMERICANO AOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**............................................................................................45

* 1. Importação do modelo americano..............................................45
	2. Análise jurídica do Ativismo Judicial..........................................48

1.2.1 Posições contrárias...........................................................48

1.2.2 Posições favoráveis...........................................................51

**CAPÍTULO V**

**AMEAÇA À ORDEM DEMOCRÁTICA**.....................................................57

* 1. O Ativismo Judicial como um problema...................................57
	2. Síntese de julgados ativistas e contenciosos...........................60
	3. Proposta de combate ao discricionarismo judicial por Lênio Streck.......................................................................................71

**ANEXOS**..................................................................................................75

**CONCLUSÃO**..........................................................................................79

**REFERÊNCIAS**........................................................................................81

|  |  |
| --- | --- |
|  |  |

**INTRODUÇÃO**

 A presente pesquisa científica teve como propósito discutir o fenômeno do Ativismo Judicial e sua relação com o Princípio da Separação dos Poderes diante da atual perspectiva constitucional.

Tratado na Constituição Federal como clausula pétrea, o Princípio da Separação dos Poderes passa por instabilidades com a tendência da sociedade em dirimir os conflitos e exigir prestações do Estado através da via judicial, ao invés da cobrança aos representantes do povo.

Este estudo aborda não somente a conceituação dos fenômenos que envolvem a problemática, mas também analisa sob uma perspectiva crítica suas consequências na vida prática da coletividade.

A literatura jurídica se divide quanto ao tema colacionado, constatando-se tanto defesa quanto repressão do instituto do neoconstitucionalismo. Por um lado críticos do ativismo judicial, como o professor Lênio Streck, entendem que este instituto fere gravemente a função e independência dos Poderes Legislativo e Executivo, admitindo que juízes não escolhidos pelo povo decidam sobre a vida em sociedade, impondo, em face da discricionariedade da lei, vontades pessoais ao decidir, além de restringir o debate a um grupo seleto de pessoas.

Os constitucionalistas, por sua vez, defendem o Judiciário proativo, combatente e exigente ao querer aplicar as disposições do texto constitucionais, mesmo diante de falhas nas atribuições do Executivo e Legislativo. O poder conferido pela Constituinte ao Judiciário o autoriza a invalidar atos do Executivo e a revogar leis do Legislativo quando eivados de inconstitucionalidade, utilizando-se dos meios difusos e concentrado de ações.

O Judiciário poderá, ainda, exigir dos poderes que sejam regulamentados ou executados determinados direitos fundamentais, por meio de Mandado de Injunção e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Analisando as controvérsias, deverão ser sopesados os benefícios e malefícios de cada meio empregado para decidir as demandas e, ao fim, buscar determinar o mais indicado para o caso brasileiro.

**CAPÍTULO I**

**ESTADO**

* 1. **Definição e aspectos gerais**

Desde os primórdios da humanidade, nota-se a necessidade de viver conjuntamente. Percebeu-se que caçar, reproduzir e se proteger tornava-se mais descomplicado à medida que o agrupamento aumentava. Com o decorrer da história, esses pequenos núcleos de pessoas tornaram-se tribos, depois vilas e, posteriormente, converterem-se em pequenas cidades.

 Deste modo, o inter-relacionamento humano ficou mais intenso, causando, por conseguinte, pequenos conflitos, resolvidos pelo instituto da autotutela, vencendo o mais forte. A medida que a sociedade se desenvolvia e estipulava a consolidação de seus princípios e costumes implicitamente definidos, averiguou-se, que tal maneira de resolução de conflito não poderia mais ser tolerada.

 Paulatinamente, nesse processo histórico, foram surgindo as primeiras características de relação de poder entre os indivíduos de um grupo. Posteriormente, a implementação e sofisticação das técnicas de controle de massa deram origem ao Poder Estatal, ocasião em que indivíduos seletos governavam o grupo do qual pertenciam. [[1]](#footnote-1)

Por se tratar de assunto inteiramente relacionado ao Estado, cabe decifrar, preliminarmente, seu conceito e significado, aprofundando, em segundo momento, o cerne da discussão.

O Estado é um grupo politicamente organizado. A denominação “estado” (do latim *status,* que significa “estar firme”) é citado pela primeira vez por Maquiavel, na obra “O Príncipe”, publicada em 1513, com significado de situação permanente de convivência ligada à sociedade política. [[2]](#footnote-2) No decorrer dos séculos, a expressão foi sendo admitida em escritos pelos franceses, ingleses e alemães.

12

A tese não se reduzia à questão de nome, sendo mais importante a aplicação do nome “Estado” a sociedades políticas dotadas de certas características bem definidas. Observa-se, no entanto, preferência em considerar que esta designação é válida às sociedades políticas que, com a superior, fixaram as regras de conveniência de seus membros.

Na tentativa de compreender o surgimento do Estado, inúmeras teorias foram criadas, dentre as quais destacam-se três:

1) A teoria de Eduard Meyer e Wilhelm Koppers defende que, desde que o homem vive sobre a Terra, o Estado, assim como a sociedade, sempre existiram, dotando-se de poder para determinar o comportamento de todo o grupo;

2) Uma segunda ordem de autores acreditam que, por um tempo, a sociedade humana existiu sem o Estado e depois o constituíram por motivos diversos, tendendo-se a atender as necessidade ou conveniências em grupos sociais;

3) A terceira posição é a que já foi referida: a dos autores que só admitem como Estado a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas. Autores adeptos desta teoria, como o jurista Carl Schmidt, entendem que o conceito de Estado é um conceito histórico concreto, que surge quando nasce a ideia de soberania, o que só ocorreu no século XVII.

Na visão de Kelsen, o Estado compreende “uma unidade especificamente normativa e, de maneira alguma, como uma formação, de algum modo compreensível, mediante a legalidade causal”. [[3]](#footnote-3) O pensador estabeleceu essa teoria a fim de confrontar a teoria dos dois rostos de Georg Jelinek, que definiu Estado como instituição jurídica e formação social. Jelinek afirma, ainda, que Estado é uma comunidade de homens que se encontram

13

sob um poder soberano, enquanto Kelsen compreende os elementos do Estado com rigoroso sentido jurídico. [[4]](#footnote-4)

Como se pode ver, o Estado passou por diversas fases no decorrer de sua existência, o que implica a necessidade de melhor compreender sua evolução histórica. Estabeleceu-se, então, uma ordem cronológica, compreendendo as seguintes fases: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.

**1.2 Evolução do Estado**

**1.2.1 Estado Antigo**

Embora tenha sido comprovada a existência de civilizações anteriores, a Idade Antiga é estudada pela ciência do Estado desde 3.000 anos antes até o século V depois da era cristã. Nesta época a família, a religião, o Estado, a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente.[[5]](#footnote-5)

O traço comum que define essa era é a de que os Estado eram formados e mantidos pelas forca das armas[[6]](#footnote-6), pois viviam em guerras, obtendo lucro adquirindo, explorando e vendendo populações escravizadas. Por conta disso, também eram instáveis, pois a medida que percebiam novas conquistas também estavam sujeitas a serem derrotados por outros. Sem contar na extrema influencia do poder divino nessa época, em que as pessoas acreditavam que o poder era concedido aos reis por ordem de(os) deus(es).

Não se pode esquecer de duas marcas fundamentais das características deste período: a natureza unitária e a religiosidade. A primeira cinge-se na idade de que o poderio sempre aparecia no comando de uma única pessoa, não estabelecendo qualquer divisão interna, nem de funções. Tal ideia corroborou por toda antiguidade. No que tange ao fator religioso podemos

14

enxergar dois casos possíveis, um em que o próprio governante se confundia com a figura divina, e noutro sentido do poder limitador [[7]](#footnote-7)sacerdotal, quando o governante era pendente da aprovação da autoridade divina, esta podendo ser representada por um sacerdote ou curandeiro.

**1.2.2 Estado Grego**

Ao se remeter ao Estado Grego, geralmente vem a cabeça a ideia da democracia. No entanto, essa concepção se muito desconfigura do conceito atualmente considerado. O próprio Estado ateniense, no auge de sua glória, possuía população de meio milhão [[8]](#footnote-8)de habitantes, cerca de 60% de escravos, sem direitos políticos de quaisquer espécies, bem como os estrangeiros, que correspondiam em torno de 20.000. Assim, o poder soberano do povo era concedido apenas a uns poucos homens livres.

Embora haja diferenças profundas entre os costumes adotados por Atenas e Esparta, a sua concepção política da cidade-estado, ou seja, a *polis* era a mesma. Aristóteles em sua obra A política, a definia como “a sociedade constituída por diversos pequenos burgos forma uma cidade completa, com todos os meios de se abastecer por si, tendo atingido, por assim dizer, o fim a que se propôs”. Assim, se caracterizou o Estado Grego.

A contribuição desse período é inegável. Considerado o berço do ideal constitucionalista e democrático foi lá em que se definiu a separação das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião e a existência de um sistema judicial, das quais muito se assemelham da atualmente utilizada. A vida política ateniense era pautada pela Assembleia, o Conselho e as Cortes. Na primeira, os cidadãos se reunião para discussão, no Conselho, principal órgão de poder, composto por quinhentos homens, eram definidos a condução da administração, e por fim as cortes continham grandes

15

júris populares, tendo papel político mais amplo do os órgãos judiciais modernos.[[9]](#footnote-9)

**1.2.3 Estado Romano**

 Neste período resta difícil definir o Estado Romano como bem caracterizada em razão de ter passado por diversas formas de governo. No entanto, podemos citar a presença constante da cidade-estado, desde a fundação em 754 a.C., até a morte de Justiniano, em 565 da era cristã. Outra peculiaridade é a base familiar da organização da qual organizava o comando do poder nas famílias originarias do Estado, conhecidos como Patrícios.

Com muita precisão Sahid Maluf acrescenta outras características deste período com as vividas no Estado Grego:

*“O Estado romano, muito semelhante ao Estado grego, tinha suas características peculiares: distinguia o direito da moral, limitando-se à segurança da ordem pública; a propriedade privada era um direito quiritário que o Estado tinha empenho em garantir; o homem gozava de relativa liberdade em face do poder estatal, não sendo obrigado, praticamente, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; o Estado era havido como nação organizada; a vontade nacional era a fonte legitima do Direito.”*

Em Roma, o espírito constitucionalista de limitação do poder também foi compartilhado onde a república se implantou em 529 a.c. O poder militar e político romano se estendeu por quase todo o mediterrâneo mas sua estrutura política e instituições políticas concentraram-se em um número limitado de órgãos e pessoas. Tais instituições constituíram-se em Assembleias, e outros altos funcionários, além do Senado que se caracterizava como órgão meramente consultivo. A participação popular era reduzida. [[10]](#footnote-10)

16

Com a queda de seu império e iniciando a era cristã foram se perdendo a experiência e o ideal constitucionalista advindo desde os gregos. A partir Dalí, o constitucionalismo desaparecia por mais de um milênio, retomando apenas no final da idade média.[[11]](#footnote-11)

 **1.2.4 Estado Medieval**

Com a invasão dos bárbaros, o império romano foi desmoronando e sobre os escombro do paganismo ressurgiu uma nova ordem estatal, segundo o estilo germânico-oriental. Assim, substituíram completamente as tradições romanas. Passou-se a desaparecer a violência arrasadora por um estilo de vida mais compatível com a dignidade humana., baseando-se no respeito aos princípios do direito natural, na liberdade individual, na inviolabilidade da família e no direito de livre associação. Os germânicos desconheciam o conceito de personalidade do Estado.[[12]](#footnote-12)

Os usos e costumes foram as fontes principais do direito, em consonância com as regras superiores do direito natural, de fundo eminentemente cristão, prescrevendo como deveres do homem a união com Deus e a fraternidade com os seus semelhantes.[[13]](#footnote-13)

Em síntese podemos afirmar que são características fundamentais do Estado medial a forma de governo, a supremacia do direito natural, a confusão entre os direitos públicos e privado, a descentralização feudal, a submissão do Estado ao poder espiritual representado pela Igreja Romana. [[14]](#footnote-14)

Nesse período, Barroso explica que *“... começa a esboçar-se o processo de concentração do poder que levaria à formação dos Estados nacionais como*

17

*organização política superadora dos modelos muito amplos e difusos (papado, império) e dos muito reduzidos e paroquiais (tribos, feudos).”*[[15]](#footnote-15)

**1.2.5 Estado Moderno**

Os senhores feudais com o tempo já não toleravam mais as exigências de monarcas aventureiros e que se mantinham em intenso estado de guerra, só causando prejuízo a vida econômica e social.

Dessa forma, foram surgindo uma nova visão de Estado, e apesar da divergência doutrinária quanto à classificação das características básica desse período resumidamente se pautaram constituído o conceito de Estado por soberania, território, povo e a finalidade. Isto se deu com o inicio do século XVI, no final da idade média, nascendo, logo em seguida, o absolutismo, libertando-se do poder religioso mas sem desprezar a legitimação.[[16]](#footnote-16)

Soberania é o conceito determinante centrado na pessoa do monarca, conforme defende Jean Bodin e Hobbes, e na figura do Parlamento com John Locke e Revolução Inglesa. Já sob a influência de Rousseau e com a Revolução Francesa e Americana, o poder passa nominalmente para o povo.[[17]](#footnote-17)

**1.3 Estado Moderno e Democracia**

A base do conceito de Estado Democrático é, sem duvida, a noção de governo do povo, relevada pela própria etimologia do termo, tendo suas primeiras características aparecendo no século XVIII.

Conforme reforça Dallari[[18]](#footnote-18), o Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Daí a grande influencia dos jus naturalistas, como

18

Locke e Rousseau. Foram através de movimentos que a população conseguiu consolidar direitos.

No mesmo sentido o autor elenca três grandes movimentos político-sociais que levaram os pensamentos teóricos ao plano prático democrático: o primeiro desses movimentos foi o que chamamos de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689; o segundo foi a revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independências das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de Rousseau.[[19]](#footnote-19)

A compreensão do inicio dessas revoluções não pode ser analisada sem dar ênfase ao sentimento das pessoa na época. No que tange a Revolução Inglesa, as pessoas influenciadas pela ideologia do protestantismo e a intenção de estabelecer limites ao monarca, ambos contribuindo para afirmação da liberdade e igualdade como direitos naturais, bem como a vontade em estabelecer um governo de maioria resultaram nesse movimento.[[20]](#footnote-20)

Posteriormente, as ideias de Locke acabaram por influenciar na independência das treze colônias americanas. Apesar de gozarem de razoável autonomia em relação a metrópole, terem corpo legislativo eleito pelos cidadãos locais, bem como judiciário independente não foram suficientes para apaziguar a relação entre eles. Ao longo dos anos 1760 os episódios agravaram-se após a matriz interferir economicamente no cotidiano da colônia.. A tensão aumentou após episódios como *Stamp Act* em que a Coroa britânica institui um imposto do selo, incidente sobre jornais, documentos e diversos outros itens; o Massacre de Boston, onde morreram cinco pessoas resultante do conflito motivado pela

19

instauração de tarifas sobre as importações das Colônias; e o *Boston Tea Party*, em que permitiriam a Companhia das Índias Ocidentais distribuírem seus estoques no mercado americano, prejudicando o comercio local.[[21]](#footnote-21)

Iniciado a guerra, sob o comando de George Washington foi assinada pelas colônias uma declaração de independência em 4 de julho de 1776, e em 17 de setembro de 1787 fora instaurada a primeira constituição escrita do mundo consolidando a revolução americana em seu tríplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação dos poderes, na igualdade e na supremacia da Lei[[22]](#footnote-22)

Evidentemente tal episódio fora influenciado pelo movimento iluminista que pairava na Europa, nesta mesma época, sendo os Estado Unidos da América o primeiro país a adotar o sistema de tripartição dos poderes, designado por Montesquieu, 1754(eu acho). Antes mesmo deste, Locke já rompia com o ideal absolutista, defendendo a instauração do Parlamento como representação popular e limitador do poder.

Assim, surgia uma nova era que passou a influenciar o mundo todo. A disseminação de valores inalienáveis como a vida e a liberdade e a procura da felicidade seriam protegidos pelos governantes com justos poderes do consentimento de seus governados. O Ideal democrático havia sido implantado, em que a vontade da maioria predominava as novas terras dos Estados Unidos.

O terceiro movimento se deu com a Revolução Francesa poucos anos depois, 1798, em que inspirada na independência das colônias inglesas na América, a França que passava por conflitos internos como a insatisfação do modelo absolutista que limitava o crescimento da burguesia, os ideais democráticos ascenderam a revolta que repercutiu na queda do regime monárquico. Nesta época, com a vitória dos burgueses foi instalado o Estado

20

Mínimo e valorado os direitos individuais o que, por conseguinte, resultou na Declaração do Homem e do Cidadão, 1789, dando caráter universal aos direitos naturais e imprescindíveis ao homem, tais como liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência a opressão.[[23]](#footnote-23)

Decai o poderio absolutista implantando o liberalismo no qual minimizam o poder estatal absoluto. Insurge uma era baseada na vontade da lei, ou seja, um Estado de Direito, onde o poderio estatal não agiria com discricionariedade como em tempos retro. [[24]](#footnote-24)

Como bem explica o ministro Barroso, o Estado de Direito tinha como sua essência impor normas de repartição e limitação de poder, aí abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado. Contudo, essa forma não era suficiente para ascender o espírito democrático, pois o Estado de Direito afirma sua vigência com a simples existência de algum tipo de ordem legal que seriam observados tanto por órgãos do poder quanto por particulares, ou seja, até mesmo um estado autoritário ou totalitário que seguissem a disposição normativa configuraria dentro do Estado de Direito.[[25]](#footnote-25)

O conceito de democracia como Estado constitucional democrático foi melhor construído no século XX. Em seu sentido formal inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais como a liberdade de expressão, associação e locomoção realizáveis através de uma conduta não interventiva do estado. Em sentido material pode ser encarado não somente como governo da maioria, mas como governo de todos, em que a vontade da maioria não pode excluir os direitos de um grupo minoritário. Nesse sentido, não basta tão só o respeito do estado contra esses grupos de menores expressão e minoria política, é necessário o estabelecimento de mecanismos

21

que garantam igualdade material entre eles para que desfrutem de efetiva liberdade.[[26]](#footnote-26)

**CAPÍTULO II**

**PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

**1.1 Evolução histórica**

Como analisado pontualmente nos tópicos anteriores, a noção de Estado passou por diversas mudanças no decorrer histórico, sem que fosse possível, até a atualidade, defini-lo com exatidão. Vejamos, porém, o consenso entre os doutrinadores quanto aos elementos que o caracterizam.

Desde os antigos gregos já se notava a participação popular nas decisões políticas da *polis*. Os cidadãos elegiam indivíduos que os representassem e tomassem decisões, de cunho social, por eles, no qual vigora tal sistema até hoje, que claro, com uma estrutura muito mais complexa. [[27]](#footnote-27)

 Atualmente, essa relação de poder está tripartida em três órgãos independentes e harmônicos entre si, atribuídos da função legislativa, executiva e judiciária, que não se confunde com a primeira teoria da separação dos poderes.

Esta, abordada na obra “A Política”, de Aristóteles, afirmava que em todo governo há três poderes essenciais, quais sejam: a) a função deliberativa – o poder que delibera sobre os negócios do Estado; b) a função executiva – o poder que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado; c) a função judicial – o poder que abrange os cargos de jurisdição. Segundo o pensador, era demasiadamente perigoso dar poder a um só homem. [[28]](#footnote-28)

Com a Magna Carta, foi imposto pelos nobres ao Rei João Sem Terra limitações ao Poder Monárquico, a fim de que não fosse deposto. Desta forma, a Monarquia Inglesa se subordinava ao Parlamento erguido pela vontade

23

popular, sendo uns dos primeiros marcos da desconcentração do poder estatal.[[29]](#footnote-29)

 Já o autor filósofo inglês e ideólogo do liberalismo John Locke, inspirador da revolução gloriosa de 1698, publicou sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” dois anos mais tarde, versando sobre a existência de três poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo. Apesar da divisão das funções, ainda considerava o Poder Legislativo hierarquicamente acima dos demais, pois acreditava que o poder de definir as leis deveria sobrepor o poder dos que meramente as executavam:

*“Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados. [[30]](#footnote-30)”*

O professor José Afonso da Silva, na obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, assevera que John Locke, Aristóteles e Rousseau conceberam o princípio da separação dos poderes, sendo consolidado na obra “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, que obteve positivação nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, e, posteriormente, na Constituição dos Estados Unidos de 1787.

O referido princípio tornou-se, com a Revolução Francesa, dogma constitucional na Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 ao declarar que

24

não teria constituição à sociedade que não assegurasse a separação dos poderes.[[31]](#footnote-31)

A obra constitui referência até os dias de hoje, tamanha sua relevância, tendo sido baseada na tripartição em Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo, todos harmônicos e independentes entre si.

Segundo o autor, o primeiro seria formado por duas esferas: uma por pessoas da própria sociedade e outra por nobres, pessoas intelectuais e influentes. Eram assembleias independentes que apresentavam propostas de leis e estatutos que regeriam a Monarquia e o Estado, tendo de passar pela aprovação do rei.

O Executivo seria regido pelo rei, com poder de veto sobre as decisões do Legislativo, formado pelo parlamento. O Judiciário, por fim, não deveria ser único, visto que considerava que alguns nobres devessem ser julgados por outros nobres, razão pela qual afirma-se que Montesquieu não pregava a igualdade de fato. [[32]](#footnote-32)

O filósofo francês acreditava que as três funções estatais seriam melhor administradas se fossem independentes e autônomas entre si. Dessa forma, seria evitada a tirania de um só governante, distribuindo o poder de mando entre os demais. Se o poder de julgar e legislar reunir-se ao executivo, não há liberdade, pois há de se temer que leis tirânicas sejam criadas.

Raciocínio análogo é aplicado se aquele que julga é o mesmo que elabora as leis, tornando opressora a figura do juiz: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”. [[33]](#footnote-33)

Obra consagrada no período liberal, não dá ao Estado qualquer atribuição interna a não ser o poder de julgar e punir. Logo, as leis seriam

25

elaboradas pelo Legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos e só haveria intervenção do Executivo para punir quem não as cumprisse. [[34]](#footnote-34)

Convém lembrar que a distribuição das funções estatais entre diferentes órgãos do estado não implica independência absoluta entre eles, tampouco substancial, mas sim uma independência formal. O que se triparte em órgãos distintos é o seu exercício. [[35]](#footnote-35)

**2.2 Concepção atual**

Apesar de clássica a expressão separação dos poderes, os doutrinadores já pacificaram tratar-se de divisão de poderes haja vista que o poder é uno e indivisível. De outro lado, também há quem diga que não existe uma separação, mas apenas má distribuição de funções. [[36]](#footnote-36)

Para José Afonso da Silva a independência dos poderes significa que a permanência e a investidura de uma pessoa num dos órgãos não depende da confiança de outros; que os titulares não precisem consultar os outros, podendo tomar decisões por si próprios; que na organização dos respectivos serviços cada um é livre observada as disposições constitucionais e legais.[[37]](#footnote-37)

Em contrapartida, para ilustríssimo doutrinador, diferentemente do conceito abordado acima, harmonia entre os poderes é o tratamento entres os órgãos e o respeito de suas atribuições entre si. Até porque, em face do sistema de freio e contrapesos, nenhum poder é absolutamente independente. Cada uma exerce a função típica designada, mas também realiza funções atípicas com o escopo do equilíbrio necessário à realização do bem da

26

coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. [[38]](#footnote-38)

Dallari[[39]](#footnote-39) também contribui com o estudo afirmando que sistema de separação dos poderes, consagrado na constituição foi associado a ideia do Estado Democrático de Direito e deu origem a construção doutrinaria conhecida como sistema de freios e contrapesos, em que cada poder exerceria uma função típica e outra(s) atípica(s) pensando no equilíbrio, como é o exemplo do Poder Executivo que administra a maquina estatal (função típica) mas também pode legislar (função atípica) através das medidas provisórias que têm força de leis por período determinado e depois são chanceladas pelo Congresso.

Barroso entende que a independência orgânica demanda na realidade brasileira atual três requisitos: “(i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política, e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais poderes.”[[40]](#footnote-40)

O autor ainda defende não acontecera violação do principio da separação dos poderes por se tratar de clausula pétrea definida no art. 60, parágrafo quarto, inc. III, CF. Sobretudo, poderá ocorrer se seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado, ou seja, se a modificação provocar uma concentração de funções e um poder ou se a inovação introduzida esvaziar a independência orgânica dos poderes ou suas competências típicas.[[41]](#footnote-41)

27

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de dezenas de constituições estaduais por violação dos poderes, quando tentaram invalidar a reforma do Judiciário (EC n. 45.2004) quando criado o Conselho Nacional de Justiça sem a participação de membros de outros poderes.

Tal teoria é criticada por não ter conseguido assegurar a liberdade ou caráter democrático do Estado, tendo garantido liberdade apenas para uma pequena parcela da população através do liberalismo, que cominou numa acentuada desigualdade social. De qualquer forma, esse sistema foi aplicado com o escopo de limitar o Poder do Estado, ideal defendido no momento histórico em que viviam.[[42]](#footnote-42)

Outra crítica relevante a teoria de Montesquieu, é a feita por Charles Einsenmann em sua obra Melange Carré de Malberg, Sirey, em que contesta Montesquieu quando se tenha referido a separação funcional quer à separação material das autoridades do Estado. Para ele, essas funções muito das vezes se confundem na mesma autoridade e no *mesmo poder:*

*“Assim, nenhuma dessas três autoridades é ao mesmo tempo senhora da integralidade de uma função, absoluta no exercício dessa função e especializada nessa única função: o parlamento tem apenas uma parte do poder legislativo; ele controla, por outro lado, a execução das leis e tem, além do mais, uma certa competência jurisdicional; o governo tem realmente o exercício integral da função executiva, mas não o seu exercício soberano; de outro lado, ele não está restrito ao Poder Legislativo, mas participa na função legislativa por meio do seu voto direto de veto; os tribunais, enfim, estão talvez bastante especializados na sua função jurisdicional, mas não integralmente de momento que o parlamento também poderá exerce-la em alguns casos. Das*

28

*três autoridades do Estado, duas – o parlamento e o governo – não são, portanto, nem senhoras absolutas de uma função nem especializadas em uma única função; a terceira – os tribunais – se só intervém no exercício de uma função, essa função, é partilhada com outra autoridade[[43]](#footnote-43).”*

O referido autor conclui então que os órgãos do Estado não estão, portanto inteiramente separados funcionalmente no sistema de Montesquieu.

Em suma, os estudos de Einsenmann e Lambert demonstram que a separação de funções não conseguiu se estabelecer de forma equânime entre eles. O que vai determinar a sobreposição de um poder sobre o outro é cultura política de cada nação. NA Inglaterra e na França, por exemplo, a ruptura do equilíbrio se verificou em beneficio do Poder Legislativo com a instauração do governo parlamentar. Nos Estados Unidos o desequilíbrio operou-se em favor do Poder Judiciário que passou a dominar e controlar os demais poderes, estabelecendo um governo de juízes[[44]](#footnote-44)”.

Nos Estado Unidos, o controle de constitucionalidade permite que qualquer ato do poder Executivo possa ser anulado por ilegalidade e qualquer lei do Congresso tornada inexpressiva e nula quando contrária aos preceitos constitucionais.[[45]](#footnote-45)

Cavalcanti explica que separação dos poderes não se confunde com equilíbrio dos poderes, como é o caso do Poder Executivo que se limita a agir dentre dos conformes estabelecidos pela lei (Poder Legislativo), entretanto, não há incompatibilidade funcional entre a separação e o equilíbrio dos poderes.

Tanto é que a Constituinte de 1988 em seu art. 2º visando o equilíbrio entre os poderes, sem que um se hipertrofie sobre o outro estabeleceu que o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre

29

si. Dessa forma, cada poder atuará autonomamente, sem subordinar aos outros, e de forma harmônica, para que os preceitos constitucionais sejam cumpridos sem instabilidade na ordem democrática.

Não é, portanto, o que se verifica da realidade que presenciamos haja vista que a independência entre eles é limitada com o mecanismo do *check and balances*. Caso do Executivo que não pode atuar em desacordo com o estabelecido pelas normas trazidas pelo Legislativo; do Legislativo que terá suas leis anuladas pelo Judiciário se em desconformidade com a Constituição Federal; e o Judiciário que terá a composição de seus ministros por indicação do Presidente da República.

A problemática que atualmente evidenciamos é a ascendência do Judiciário nos últimos anos acostada na produção de direitos fundamentais na Constituinte e pela possibilidade do Poder Judiciário invalidar atos do Legislativo e Executivo quando contrario àquela. Isso se deve as transformações do direito constitucional contemporâneo como a formação do Estado Constitucional de Direito, o pós-guerra e redemocratização, a construção do pós-positivismo e as mudanças de paradigmas.

Para o ex-Procurador da República, Ex-Senador e atual Governador do Estado Pedro Taques a divisão clássica de Montesquieu, de 1748, precisa sofrer uma revisitação. Se até determinado momento o magistrado tinha a função de retirar sentido do que estava na lei, hoje ele tem uma outra função: dar sentido ao que está escrito no texto legal[[46]](#footnote-46).

**CAPÍTULO III**

**TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

**1.1 Contexto histórico**

 Desde o século XIX as nações passaram momentos significativos em suas estrutura interna. O estado de direito começou a se consolidar na Europa. Primeiro com o Estado pré-moderno, depois o Estado Legislativo e o Estado constitucional de direito. A adoção do modelo da separação dos poderes e proteção dos direitos individuais com a revolução francesa desencadearem no mundo todo a influencia em outras nações, de que o poder estatal devia ser limitado e distribuído, para evitar o arbítrio em que viviam pelos monarcas na época, bem como os direitos individuais deveriam ser respeitados pela ordem constitucional face ao liberalismo, industrialização e exploração da massa trabalhadora que não tinham praticamente qualquer direito trabalhista.

No primeiro momento, através do estado pré-moderno o direito era caracterizado pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica. A doutrina e a jurisprudência desempenhavam o papel criativo do direito. Já no Estado Legislativo de Direito, o estado passou a monopolizar a fonte do direito, uma vez que prevalecia a supremacia da lei, passando a ter natureza positivista. Posteriormente, surge o Estado Constitucional de Direito finda segunda guerra mundial e se aprofunda no último quarto do século XX caracterizando pela legalidade contida duma constituição rígida. Nesta fase, não apenas se impõe limitações ao legislador e ao administrador mas também lhes determina deveres de atuação. Nasce também, a jurisprudência com poderes para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da constituição.[[47]](#footnote-47)

Para o Governador de Mato Grosso, Pedro Taques, no século XXI, temos um Estado que não é só garantidor, como no século XIX; não é só

31

prestador, como no século XX; mas é um Estado transformador. Essa transformação se faz através de constituições que têm força normativa própria, com hiperatividade, e através do chamado “ativismo judicial[[48]](#footnote-48)”.

A jurista alemã Ingeborg Maus interpreta o Judiciário como superego da sociedade, e hoje ele é visto como algo a que todos devem recorrer. A nossa constituição permitiu isso, porque é uma constituição deste momento histórico: por um lado, há uma interpretação dando sentido; por outro, há uma força do Poder Judiciário[[49]](#footnote-49).

No Brasil, o novo constitucionalismo ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Adveio a produção teórica e jurisprudencial responsável pela ascensão do direito constitucional. Rompeu-se com tradição da Constituinte como documento prioritariamente político que jurídico de domínio da administração e parlamento, e reconheceu a força normativa às normas constitucionais. Houve a travessia do regime autoritário e intolerante para o Estado democrático de direito.[[50]](#footnote-50)

Enquanto no século XVI prevalecia o jus naturalismo acostado nos princípios de justiça universalmente válidos, que influenciaram as grandes revoluções democráticas, foi sendo gradualmente trocado com as constituições escritas e codificadas. Prevalecia assim, o positivismo jurídico, no final do século XIX, o qual buscava a objetividade cientifica, equiparando o direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça que dominou a primeira metade do século XXI. Depois dos horrores da segunda guerra

32

mundial, novos valores surgiram priorizando o exercício dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.[[51]](#footnote-51)

A partir daí, o mundo ocidental com o constitucionalismo democrático teve como objetivo e fundamento a dignidade da pessoa humana, materializando-a em declarações de direito, convenções internacionais e constituições.

A dignidade humana é um valor fundamental, seja político ou moral, ingressando usualmente no mundo jurídico como forma de principio. Se desempenhando o papel interpretativo, o principio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais, além de servir como bússola na busca da melhor solução quando colidentes os direitos fundamentais. Como fonte direta de direitos e deveres como quando implica a proibição da tortura, por exemplo.

Além dos parâmetros mencionados acima das transformações constitucionais contemporâneas um marco histórico na mudança de paradigma foi o ganho da força normativa da constituição. Aqui a norma constitucional ganha status de norma jurídica ao longo do século XX, chegando ao brasil somente a partir da década de 80. Outro marco relevante foi a expansão da jurisdição constitucional. Na Europa, antes de 1945, pairava um modelo da supremacia do Poder Legislativo pautada pela supremacia do Parlamento Inglês e Francês. Todavia, isso mudou com o modelo americano que abordava a supremacia da constituição.[[52]](#footnote-52)

Tal modalidade melhor abarcava a proteção dos direitos fundamentais, e assim aos poucos, países como Alemanha (1951) e Itália (1956) criaram tribunais constitucionais, restando apenas, Reino Unido, Holanda e Luxemburgo sem a adoção do sistema do *judicial review*.[[53]](#footnote-53)

33

No Brasil, apesar de haver controle de constitucionalidade desde a constituição republicana de 1891, apenas em 1988 é que conseguiu expandir sua eficácia verdadeiramente. Sua causa determinante foi a disponibilidade desse dispositivo também para as minorias politicas e mesmo para segmentos sócios representativos. Com isso, somou-se a criação de novos mecanismos como a ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental e Ação declaratória de Constitucionalidade.

Outra transformação digna de nota foi a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional pesando pelo pluralismo de visões, buscando o cumprimento dos direitos fundamentais, da concretização da dignidade humana, por influencia na demanda por justiça foram afetadas as tradicionais premissas teóricas, filosóficas e ideológicas de interpretação tradicional, possibilitando ao interprete definir os conflitos com as necessidades contemporâneas de cidadania.

Essa nova hermenêutica, a expansão da jurisdição constitucional e o constitucionalismo democrático do pós-guerra gerou o que denominam os doutrinadores de neoconstitucionalismo. Modelo também sujeito a criticas, mais que induvidosamente reflete uma profunda revolução no direito contemporâneo, rompendo com um modelo simplesmente de regras e de subsunção, em que busca o equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções.[[54]](#footnote-54)

**3.2 A interpretação constitucional**

Para Barroso, o papel da Constituição deve limitar o governo da maioria, através da enunciação de valores fundamentais a serem preservados, inclusive o das minorias, e o de propiciar o governo da maioria através do qual se utilize de procedimentos adequados à assegurarem a participação igualitária de todos e a alternância do poder.[[55]](#footnote-55)

34

Baseando-se nisso, o interprete da constituição deve levar em conta não apenas a letra da lei, norma constitucional, mas sim o que o “espírito” da constituinte pretende passar, ou seja, interpretá-la de modo que se efetive de fato os preceitos fundamentais, ainda que indiretamente apontados, face as desigualdades ou abusos evidenciados.

Em seu conceito terminológico, “*interpretação jurídica consiste na atividade de relevar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. ”*[[56]](#footnote-56)*.* Vale lembrar que o interprete não utiliza esse poder que tem para decidir da forma que lhe convém ou para inventar livremente, pelo ao contrário, deve ser fiel a preceito jurídico.

Barroso, ainda menciona que:

*“Além das fontes convencionais, como o texto da norma e os precedentes judiciais, o interprete constitucional deverá ter em conta considerações relacionadas à separação dos poderes, aos valores éticos da sociedade e à moralidade política. A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia. ”[[57]](#footnote-57)*

O jurista alemão Rudolph Von Ihering ainda no século XIX defendia que o direito devia servir aos fins sociais, antes que aos conceitos e às formas.

Nos Estados Unidos, por terem a Constituição concisa e os direitos abstratos, por um lado, a dimensão interpretativa atribuída aos interpretes concedeu mais garantias previstas ao cidadão, por outro, gerou desconfiança

35

sobre as cortes se ao decidir não estavam impondo suas próprias convicções morais acima dos fundamentos jurídicos[[58]](#footnote-58).

Com a nova tendência constitucional em relacionar direito e moral os críticos do ativismo judicial criticam a interpretação e a própria leitura moral da Constituição, pois, acabam propiciando ao judiciário a possibilidade de se postularem de forma elitista, antipopulista, antirrepublicana e antidemocrática. Essa discricionariedade de juízes e tribunais acaba permitindo que as decisões sejam influenciadas a partir de uma intencionalidade político-partidária[[59]](#footnote-59).

Métodos de interpretação constitucional como o clássico alemão utilizam o emprego de regras, princípios e elementos tradicionais de interpretação jurídica para os casos fáceis, o que não é suficiente para resolução de casos difíceis que envolvem normas de textura aberta ou princípios antagônicos.[[60]](#footnote-60)

A constituição não pode ser vista apenas como texto normativo, mas também deve ter aplicado seu conceito à realidade social em que está acostada. Para isso, o interprete deve se fixar ao caso concreto dispondo dentro das possibilidades oferecidas pelo ordenamento.

Nos Estados Unidos, a corrente *Interpretativista* nega legitimidade ao desempenho de qualquer atividade criativa do juiz, que não estaria permitida a impor seus valores à coletividade. A *não* *interpretativista* significa ao contrário, que os interpretes constitucionais estariam permitidos a buscas fora do texto constitucional na atribuição de sentido à constituição, como as mudanças na realidade ou os valores morais da coletividade.[[61]](#footnote-61)

A primeira corrente abriga duas linhas de pensamento: o textualismo, que descreve as normas escritas como única fonte legitima em que o juiz pode

36

utilizar, e o originalismo, que prevê a vontade dos constituintes como sentidos a ser atribuído[[62]](#footnote-62).

Para o *não interpretativismo*, também conhecido como construtivismo, reúne três modalidades essenciais: a) a interpretação evolutiva, a qual entende a Constituição como documento vivo devendo suas normas e princípios acompanharem as mudanças ocorridas ela coletividade; b) a leitura moral da constituição, preconiza uma postura do interprete de acordo com os valores morais vigentes, mantendo de alguma forma consonância com o anteriormente abordado, como é o caso das punições cruéis, devido processo legal; c) o pragmatismo judicial, visa as melhores consequências praticas, ainda que não seja mais coerente com o disposto constitucional[[63]](#footnote-63).

**1.3 Surgimento do Ativismo Judicial**

Para Luiz Roberto Barroso surgiu com a decisão da Suprema Corte Norte Americana quando decidiu sobre a segregação racial.[[64]](#footnote-64) No momento, em que ela desafiou as leis federais vigentes em que apoiavam a discriminação, e então as confrontou com um posicionamento progressista.

 Em sentido contrário, Carlos Eduardo de Carvalho[[65]](#footnote-65) assevera que a expressão surgiu pela primeira vez na imprensa belga, no século XIX, mas que só ganhou repercussão no século XX, nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte deu-lhe efeito mais abrangente.

 Para o ex-Senador e atual Governado do Estado de Mato Grosso, Pedro Taques, a revisitação à Teoria de Montesquieu com o objetivo de dar sentido ao texto constitucional fortaleceu o se denomina de Ativismo Judicial: uma

37

maior participação do juiz na concretização de políticas públicas. Para ele, a Constituição tem força normativa própria, com hiperatividade reforçada, não uma declaração de intenções, e for essa força normativa, os magistrados, hoje, não só retiram sentido, como dão sentido às normas[[66]](#footnote-66).

Fazendo uma abordagem histórica, o ilustríssimo professor Barroso, afirma ainda que o ativismo judicial surgiu duma época de profundas revoluções nos Estados Unidos quanto a produção de uma jurisprudência progressista no que concerne aos direitos fundamentais:

*“Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificara atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...)Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes[[67]](#footnote-67).”*

**1.4 Ativismo Judicial: definição.**

Seguindo o demonstrado anteriormente, surgiu o que se chama de *ativismo judicial* que pode ser conceituado como a maneira mais intensa do

38

Judiciário aplicar os preceitos constitucionais na concretização dos valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Para Elival, deve-se entender de ativismo judicial:

*“o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferarão (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com inclusão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes[[68]](#footnote-68).”*

Barroso explica que tal fenômeno se manifesta por meio de diferentes maneiras que incluem:

 *“(i) a aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de politicas públicas[[69]](#footnote-69).”*

39

No último caso é visualizada a constante intervenção judiciária no domínio das politicas publicas quando o estado é condenado ao fornecimento de medicamentos ou aparelhos terapêuticos. Assim, o STF, em 2010, atribuiu a competência a todos os entes federativos a responsabilidade solidaria pelo fornecimento de medicamentos e terapias de eficácia reconhecida no pais[[70]](#footnote-70).

De contraposto, vem a figura da autocontenção que por sua vez restringe o espaço de incidência da Constituição em favor do legislador ordinário. O Ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo invadir o campo da criação livre do direito.

A crítica a esta postura do Judiciário enuncia que os juízes não são agentes políticos, eleitos pelo povo, que carreguem legitimidade para decidir a vontade popular, ou seja, ausência de justo titulo democrático. Todavia, há posições que respondem o questionamento dessa legitimidade. Alegam, que serve para assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação ampla e o governo da maioria. Porém, não se resume ao principio majoritário. Para proteger os valores e direito fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. O exemplo ocasionalmente usado é o da sala com oito católicos e dois muçulmanos, o primeiro não pode deliberar jogar o segundo pela janela pelo simples fato de ser maioria[[71]](#footnote-71).

Nesse sentido, Barroso afirma que a contenção judicial e ativismo devem andar lado a lado. Quando o processo politico majoritário esta funcionando com representatividade e legitimidade, com debate publico amplo, os juízes e tribunais devem se abster. De outro lado, quando grupos vulneráveis da coletividade forem oprimidos e forças politicas minoritárias oprimidas somente o Judiciário poderá fazer avançar o processo politico e social[[72]](#footnote-72).

40

Este instituto, analise de estudo desta pesquisa, muito se confunde com a judicialização da política, razão pela qual necessária se faz a seguir a tentativa de diferenciar estas duas atuações do Poder Judiciário que vem provocando muitas polêmicos nos últimos anos.

**1.5 Ativismo Judicial versus Judicialização da Política**

Como explanado já em outros tópicos, com o advento da Constituinte de 1988 o Brasil passou por uma revolução na ordem jurídica, preservando direitos anteriormente constituídos e inovando com outras, bem como trazendo novos mecanismo de garantia no seu cumprimento.

Ademais, a Constituição ampliou os poderes do Judiciário, de forma que participasse de forma mais presente na concretização dos fundamentos constitucionais e envolvendo um maior relacionamento entre direito e política.

Desta nova perspectiva, surgiu dois fenômenos de muita indagação na área acadêmica, buscando entender melhor suas essenciais. Trata-se do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política.

Para dar continuidade no cerne desta pesquisa, precisa-se de antemão fazer uma breve distinção entre os dois institutos, que não se confundem, porém, necessitam de uma especial atenção para sua diferenciação, frente suas semelhanças.

As constituições, também conhecidas como Cartas Políticas, já foram utilizadas para legitimar o Poder do soberano. Atualmente, na visão contemporânea do Direito constitucional, ganham nova roupagem, servindo de limitação do poder político e principalmente como instrumento de promoção e garantia dos direitos fundamentais bem como dos demais anseios da vontade popular.

Para Pedro Taques, Governador e ex-Senador do Estado de Mato Grosso, a concretização de politicas públicas por parte do Poder Judiciário é uma tendência para os próximos anos. As constituições pós-Segunda Guerra Mundial, em especial a do Brasil, estabelecem o que se denomina de piso mínimo de dignidade, o mínimo existencial. No Brasil, temos dificuldade em assegurá-lo, pois não passamos pelo Estado de bem-estar social,

41

diferentemente de Estados centrais como a Alemanha, Inglaterra, França. Somos um Estado periférico que pulou direto para uma constituição com força normativa própria[[73]](#footnote-73).

Em resumo, pode se dizer que a Judicialização da política se refere propriamente a um fato em que se vive no atual cenário jurídico, enquanto o ativismo judicial seria como uma atitude do Poder Judiciário, com enfoque do Supremo Tribunal Federal, utilizando os fundamentos da Constituição em sua atuação, que vai além das habituais, muita das vezes sendo acusada de intervir na função dos outros dois poderes.

Clarissa, em sua obra identifica que a política e o Direito estão diametralmente ligadas no ordenamento jurídico. A política em tese, deveria ser a “mola propulsora” do direito, não podendo deixar que este se qualifique com alguma espécie de “argumento corretivo” do direito, que geralmente é o Judiciário. Em outras linhas, significa dizer que quando a política não oferece a concretização ou produção normativa em forma de direito consolidado, terá que recorrer ao Judiciário para fazer valer o que está previsto.

Já para o Ministro Barroso, o Direito apresenta ambiguidade, vez que vezes é política, vezes não é, como é quando a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Porém direito é politica na medida em que:

*“(i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade politica, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memoria e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, consequentemente, sua*

42

*subjetividade há de interferir com os juízos de valor que for mula.”[[74]](#footnote-74)*

Apesar do brilhantismo do autor, não se pode com a leitura acima diferenciar o ativismo judicial da judicialização. Mesmo assim, o autor insere três fatores marcantes para formulação da judicializacao no Brasil. São eles a redemocratização, constitucionalismo abrangente e incorporação de um sistema hibrido de controle de constitucionalidade (modelo difuso e concentrado). Logo, por ser um fato a judicialização, esta se diferencia do ativismo em função de suas diferenças nas causas que lhe deram origem[[75]](#footnote-75).

De outro lado, o ativismo judicial se caracteriza como um modo especifico e proativo de interpretar a constituição, expandido o seu sentido e alcance ,ou como uma postura que procura ao máximo das potencialidade dos preceitos constitucionais, sem contudo, interferir no campo da criação do livre direito. Para Barroso a aplicação direta da constituição, a declaração de inconstitucionalidade e a imposição de condutas ao poder publico pode ser consideradas como condutas que caracterizam o ativismo judicial.

Segue nesse sentido a transferência do Estado Social para o Estado democrático de direito com o advento da Constituição Federal de 1988, que deslocou o polo de Tensão do Executivo para o judiciário. Após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e a forte influência dos sistemas americanos e europeu contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político no Brasil[[76]](#footnote-76).

Pode se dizer, que a Judicialização da Politica trata-se de uma questão social, incitada pela legitimação de direitos e regulamentação constitucional

43

que por fim desaguarão no Judiciário[[77]](#footnote-77), não dependendo deste para que isso ocorra.

Com a ampliação do papel politico do judiciário pós-constituinte de 1988 a ampliação do poder judiciário restou inequívoca, podendo este revogar atos dos outros poderes, a possibilidade do interprete estender a sentença baseada em princípios ou fundamentos da constituição ou até mesmo, quando ausentes do texto formal, fundamentando suas decisões pela própria intenção do legislador constituinte, entre outras atribuições de poderio.

Para Elival da Silva Ramos, “o problema do ativismo judicial envolve, pelo menos, três questões: o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito[[78]](#footnote-78).”

Nos Estados Unidos, por conta da atuação ativista dos tribunais gerou bastante discussão, no entanto no Brasil, apesar de também ocorrer, verificamos que tal legitimidade foi dada a eles quando através do pacto democrático firmado pela Constituição; em contrapartida, afirmam que um controle feito a partir da vontade ou consciência do juiz não está concretizando o texto constitucional mais sim o seu desvirtuamento[[79]](#footnote-79).

Outro ponto em questão, não é somente a discussão do ativismo judicial ao ponto de evitar que tome funções do governo, ou sobre o controle de constitucionalidade que permite a anulação dos atos dos demais poderes, mas também como que se dá esse controle judicial [[80]](#footnote-80)(revisão judicial).

Apontando a diferenciação entre judicialização e ativismo judicial Lênio Streck afirma que:

44

 *“um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de politica, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrado); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [[81]](#footnote-81)[...]”*

Por fim, o ativismo judicial pode ser concebido como a configuração de um poder revestido de supremacia, com competências que não lhes são reconhecidas expressamente pela CF., portanto, os doutrinadores entram consenso assim caracterizando a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política:

*“Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Politica;*

*Segundo, a inter-relação entre direito e politica não autoriza a existência de ativismos judiciais;*

*Terceiro, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno;*

*E Quarto, a judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo judicial diz respeito a uma postura do judiciário para além dos limites constitucionais. ”*

**CAPÍTULO IV**

**APLICABILIDADE DO MODELO AMERICANO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

**1.1 Importação do modelo americano**

Os doutrinadores em sua maioria confirmam que a origem do ativismo judicial teria nascido através dos casos norte-americanos em que detiveram grande repercussão na mídia por atuarem de forma ativa nas decisões politicas da nação.

Também se entende que o sistema daqui do Brasil muito se assemelha com o de lá. Porém, de toda há um grau acentuado de divergência em suas origens e justificativas. Uma delas são as diferentes tradições jurídicas, enquanto no Brasil prevalece a *civil law*, nos Estados Unidos é a *commom law*, devidamente relacionados com a tradição jurídica de cada pais[[82]](#footnote-82).

No entanto, esses modelos muito se fundiram com o tempo, não podendo isola-los um do outro, sendo que no ordenamento mundial atual é difícil caracterizar tradições puras, até mesmo porque há relações evidentes como o Controle de Constitucionalidade presente nos dois sistemas[[83]](#footnote-83).

O caso Marbury versus Madson ficou mundialmente conhecido quando a Corte Americana revisou uma decisão política. Transcreve-se abaixo um breve resumo do caso:

*“John Adams, presidente dos Estados Unidos, na véspera de deixar o cargo, designou que Willian Marbury ocupasse o cargo de juiz de paz, entretanto, Thomas Jefferson, sucessor na presidência, não reconheceu o designo de Adams. Marbury recorreu a Suprema Corte para que James Madison, então Secretario de Estado, o*

46

*empossasse como juiz de paz com base na seção 13do Judiciário ACT de 1689. No entanto, 1802, o Congresso revogou o Judiciário ACT. Então, ciente de que se fosse concedido o mandado a decisão poderia não ser cumprido.Marshall estabeleceu que Marbury tinha direito de ser empossado, tendo em vista que a nomeação era irrevogável. Mas negou que a Suprema Corte poderia julgar o caso, pois a seção 13 do Judiciário ACT que lhe atribuía tal competência, era inconstitucional, na medida em que ampliava a competência da suprema Corte estabelecida constitucionalmente[[84]](#footnote-84).”*

Tal decisão definiu limites ao agir governamental através do fundamento do art. III, inc. VI que garante a supremacia da Constituição. Por outro lado, havia uma forte dúvida quanto a legitimação do Controle de Constitucionalidade pelas Cortes, pois muitos acreditavam ser abusivo, mesmo expresso na Constituição. De qualquer modo, é inegável que isso foi muito importante para a historia do Direito Constitucional, pois ali surgiram os primeiros debates sobre a legitimidade da atuação da Corte Constitucional[[85]](#footnote-85).

A busca pela fundamentação da legitimidade da *Judicial Review* buscou amparo na Constituinte, mas não conseguiu como visto anteriormente, face a falta de previsão expressa da possibilidade deste controle pelo Judiciário. Sobretudo, apesar de diversas procuras infrutíferas em achar a legitimação a experiência constitucional estadunidense repercutiu no cenário mundial, através de dias importantes afirmações: “*da soberania da Constituição, no sentido de que o texto constitucional passou a ser considerado superior a*

47

*outros atos normativos; e do papel do judiciário na defesa da Constituição, incluindo o dever de tornar nula legislação que lhe confrontasse[[86]](#footnote-86).”*

Sistema norte-americano, baseado no *commom law* prevê que as decisões das Cortes devem respeitar as regras estabelecidas em julgamentos passados, precedentes e jurisprudência. Neste mesmo sentido, os tribunais inferiores também são vinculados a decidirem da mesma forma em casos semelhantes de casos já julgado pelos superiores. Insta lembrar que só são vinculante as decisões tomadas pelo mesmo órgão judiciário, exceto a Suprema Corte Federal que vincula todas as instancias, e as Cortes Estaduais, que abrangem as decisões tomadas em seu Estado[[87]](#footnote-87).

Assim, comprando os precedentes da tradição norte-americana e as sumulas vinculantes da brasileira Georges Abboud esclarece que no brasil temos a vinculação obrigatória, passível de ser reclamada no STF se não cumprida, ao passo que dos precedentes não ocorre essa vinculação; encerra-se em um texto normativo, tal qual a produção legislativa, motivo pelo qual seu alcance parece delimitado o que não ocorre no caso dos precedentes, que dependem de decisão baseado em casos semelhantes já decididos; foram criados com o fito de engessar o Judiciário enquanto no dos precedentes de primeiro foi uma forma de fortalecer a atuação jurisdicional em face dos poderes do rei e depois como modo de controlar a decisão judicial, no intuito de preservar a segurança jurídica[[88]](#footnote-88).

Alguns autores afirmam ainda que há áreas em que a teoria do direito tem “locais de produção” e “locais de recepção”. O primeiro consistiria em círculos intelectuais de grande prestigio, com influencia transnacional. Já os locais de recepção seriam os países periféricos que adotariam o sistema dos locais de produção. É o caso do Brasil, que incorporou os contributos da

48

doutrina norte-americana sem observação das especificidades do caso brasileiro[[89]](#footnote-89).

Nesse espeque verifica-se que o Brasil mesmo tendo o Direito acostado no predomínio da lei (e da Constituição), insiste em acentuar o papel da jurisdição, pois copia o modelo norte-americano que assim aplica. Porém lá como se trata de tradição jurídica da *comom law*, tipicamente baseada pelos precedentes[[90]](#footnote-90).

Como a Constituição Americana é extremamente concisa, contendo somente o básico dos direitos fundamentais e dos preceitos básicos de limitação ao poder, tendo apenas sete artigos e vinte e sete emendas, assim cria um campo fértil para a proliferação de posturas ativistas, pois não possui o mesmo numero de amarras que a brasileira. Assim, sendo a Constituinte brasileira regulando vários aspectos, com 250 artigos e mais de 70 emendas, possuindo riqueza de detalhes não haveria necessidade de resolver constitucionalmente alguma contenda jurídica do mesmo modo dos Estados Unidos[[91]](#footnote-91).

**1.2 Análise jurídica do ativismo judicial**

**1.2.1 Posição contrária**

 *“A politização do Poder Judiciário é muito criticada. Mas o que ela significa? Eu fui eleito governador. Mostrei à população um programa de governo, que foi aprovado. Fiz um compromisso com o cidadão. Tive voto. A politização do Judiciário retira da soberania popular um pouco de sua força. Imagine um prefeito de um município pequeno que decida construir uma quadra de esportes ao invés de um*

49

*hospital. Daí, um juiz entende que, na escala de valores da Constituição, a saúde tem prioridade. Com uma ação ajuizada, o juiz condena o município a não construir a quadra, e sim o posto de saúde. Mas e se o prefeito foi eleito com o compromisso de construir essa quadra? Deve haver aí um limite[[92]](#footnote-92).*

 A citação acima começa abordando o eixo central da limitação do Ativismo Judicial com um exemplo prático da vida política em que se evidencia os conflitos gerados por essa postura.

Uma das criticas dirigidas a esse instituto é a utilização de função de um poder na de outro. O Judiciário principalmente, pois através dessa atitude proativa ao inovar o ordenamento jurídico traz consigo regulamentação de assuntos não regrados, omissos pela Legislação, o que acaba fazendo o que o Legislativo deveria disciplinar.

Dessa forma, o jurista Lênio Streck[[93]](#footnote-93) afirma que os juízes estão se utilizando da constituição, da força normativa dos princípios constitucionais para apreciar o direito conforme o subjetivo de sua pessoa. Como se soubesse mais do direito que o próprio constituinte. Ainda conclui que quando não concordamos com a lei ou a constituição, construímos um princípio e levamos ao judiciário, onde se torna um grande guichê de reclamações. Deixa-se de fora o debate político, a discussão aberta e restringimos a uns poucos julgadores que não eleitos pelo povo, democraticamente, diz o que pode e o que não pode o que é e o que não é direito.

Configura-se então, o que se pode prever como a função reguladora do judiciário em ditar normas com força de lei, o que é função típica do Poder Legislativo.

50

Outro posicionamento tangente é o de que os juízes, tribunais e principalmente os tribunais constitucionais não possuem legitimidade democrática para deliberar sobre atos do Executivo e Legislativo. Seja agindo como legislador negativo, invalidando atos e leis dos outros dois poderes, seja como legislado positivo, interpretando as normas e princípios e lhes dando atribuindo juízo de valor[[94]](#footnote-94).

Para Daniel Souza Sarmento, os juízes pautando pelo euforismo principiologico surgiu o decisionismo jurídico em que negligenciaram o dever de fundamentar suas decisões:

*“E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a*

51

*segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico[[95]](#footnote-95)”.*

Para Ronald Dworkin, o ativismo judicial prejudica a própria noção de subjetivismo jurídico, implicando na intervenção dos demais poderes e destroçando os longos períodos de batalha democrática e respeito a constituição[[96]](#footnote-96):

*“O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima[[97]](#footnote-97)”.*

**4.2.2 Posições Favoráveis**

 De outro lado, os defensores do ativismo judicial explanam que a estrutura tripartite das funções do poder foi transformada consideravelmente. Houve uma evolução no principio da separação dos poderes, sobrevindo uma flexibilização. É o que demonstra André Ramos Tavares:

*“Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A*

52

*realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários.”[[98]](#footnote-98)*

 A política tem como finalidade propor normas e leis que garantam os direitos de um povo através de um poder, que modernamente é incumbido ao Legislativo, e sendo ao Executivo compelido a adotar programas e instrumentos de concretizá-los.

 No entanto, como pode se notar no Brasil, há um grande descaso com a implantação dessas medidas, seja por má gestão, seja por corrupção dos representantes políticos.

A população não pode ficar a mercê desses indivíduos negligentes. Para isso, é invocado o Poder Judiciário, que com sua dinâmica e hermenêutica busca dar aplicabilidade ao direito positivo e resgatar os direitos fundamentais, mesmo que embasados por princípios arraigados na constituição.

Nesse sentido, em entrevista ao Ex-Corregedor e atual Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, Sebastião de Morais Filho, afirma que as interpretações extensivas da lei podem ser dadas para conferir direitos, não podendo ser utilizada para prejudicar direitos. O juiz não pode eximir de julgar o processo para definir uma situação. Não precisa ficar vinculado ao direito brasileiro, poderá utilizar das leis, códigos e normas de outras nações[[99]](#footnote-99).

Nem por isso o magistrado defende o envolvimento do Judiciário nas questões políticas, alegando não ser ambiente próprio, tampouco tratar de sua função.

Quando indagado sobre o envolvimento do Direito e Moral, explanou que estão diametralmente ligados, certo que, por muitas vezes uma decisão é

53

judicialmente correta mais moralmente incorreta e vice-versa, tendo que se utilizar duma ponderação de valores para cada caso concreto visando não privar o direito das minorias através de conceitos morais dominantes e também ao decidir não seguir a risca a letra de lei sob ameaça do direito não acompanhar a realidade social[[100]](#footnote-100).

Quanto à colisão de princípios, onde abre margem ao magistrado decidir a lide da forma que lhe convencer é valida desde que devidamente fundamentada.

Por fim, o douto desembargador defendeu a atuação do Poder Judiciário em fazer valer as normas constitucionais quando provocados pelo Ministério Público e Defensoria Pública, perante ao Poder Executivo que costumeiramente descumpre com o mínimo existencial dos indivíduos[[101]](#footnote-101).

Para Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen[[102]](#footnote-102) uma vez não aplicado os direitos fundamentais pelos então legitimados a desempenha-los, cabe ao Poder judiciário obrigar a sua implantação. Pois as normas estão arroladas na Carta Política, o que se faz é sua concretização dos direitos.

 É a forma em que se garante a aplicação dos direitos das minorias, uma vez que dificilmente o Congresso ou as Assembleis Legislativas de cada Estado se interessem a debater assuntos polêmicos e divergentes, em que muito das vezes seu próprio eleitorado a reprovaria caso fosse determinado algo que não agradasse a maioria. É o caso dos direitos LGBTs.

 Nesse sentido, o Ministro Luiz Roberto Barroso explica a função do ativismo judicial nessas horas:

54

*“A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela! pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Ativismo e contenção judicial desenvolvem uma trajetória pendular nos diferentes países democráticos. Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável[[103]](#footnote-103).””*

 O Ativismo judicial detém a oportunidade de conferir direitos aos que não conseguiriam o mesmo beneficio se discutidos frente às discussões politicas convencionais com discursos fadados muito das vezes em interesses particulares, descaso com o interesse público e a ignorância de alguns políticos. Através dos princípios e direitos contidos na Constituição o magistrado tem a possibilidade de oferecer ao indefeso a proteção e efetivação do seu direito.

55

No decorrer do processo histórico foi evoluindo a função do magistrado como promotor do estado democrático de direito e ativista na proteção e aplicação dos direitos fundamentais. Inicialmente com os juízes progressistas dos Estados Unidos no século XX, e agora, aqui no Brasil, com o Supremo Tribunal Federal, que se manifesta imponente e atuante em prol dos princípios constitucionais.

 Por essa postura, é abertamente criticado por grande parte da doutrina e políticos e contraposta sua credibilidade. No entanto, foi verificado que em alguns casos esse procedimento se mostra satisfatório e que pode ser um instrumento hábil a garantir a efetividade dos ensejos da população, em face da perda de atuação política no cenário atual.

 O ativismo judicial deve se manter operante dentro dos limites fixados no ordenamento jurídico constitucional e regular quando o legislativo se atrasar ou for omisso a determinado tema, pois a vontade popular não pode esperar. Consequentemente esse instituto perderá sua finalidade e sua atuação quando as políticas públicas voltarem a demonstrar sua força e efetividade. O judiciário não precisará ser provocado se o direito está sendo exercido normalmente.

 Quanto à critica da violação dos poderes pela pelo ativismo do judiciário os defensores afirmam que a função tripartite dos poderes foi transformada significativamente. O principio da separação dos poderes evoluiu e sobreveio uma flexibilização[[104]](#footnote-104). É o que aduz o André Ramos Tavares em sua obra:

*”Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação*

56

*entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários[[105]](#footnote-105)”.*

De outro argumento, há doutrinadores que entendem que o Poder Judiciário é quem deve expressar valor normativo e controlar a legalidade de qualquer ato emanado pelo Poder Público. Vejamos o seguinte trecho:

*“Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingencia também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição[[106]](#footnote-106)”.*

Há quem entenda que o Ativismo Judicial traz mais benefícios que malefícios para a realidade social dentro do quadro político em que vive o Brasil, como o ex-Procurador da República, ex-Senador e Governador do Estado de Mato Grosso Pedro Taques. Infere ainda que há uma falta de legitimidade no sistema de representatividade. Quando o filósofo britânico Stuart Mill analisou a representatividade, ele não pensou em categorias. No Congresso, por exemplo, a quantidade de bancadas alteram a representatividade e enfraquecem a legitimidade do órgão. Daí o Judiciário vai buscando seu espaço[[107]](#footnote-107).

**CAPÍTULO V**

**AMEAÇA À ORDEM DEMOCRÁTICA**

**1.1 O ativismo como um problema.**

Para Clarissa Tassinari, o ativismo judicial no Brasil é caracterizado em dois aspectos, pela adoção de um modelo que não é próprio, importado dos Estados Unidos, e pela utilização despojada do contexto de seu surgimento. Além do mais, aparece carregada de um pragmatismo, de forma perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador. Assim, acompanhando raciocínio de Lênio Streck, num momento em que predominantemente é necessário o ativismo judicial para concretizar direitos no Brasil, o instituto não funciona da forma que deveria[[108]](#footnote-108).

Miguel Carbonell afirma que o novo constitucionalismo não se limita apenas a proliferação dos textos constitucionais, à uma postura jurisprudencial diferenciada (agora voltada à concretização de direitos fundamentais), mas agrega a estes dois níveis a necessidade de uma nova teoria da Constituição[[109]](#footnote-109). Insurge também a contraposição ao positivismo, o resgate ao papel dos princípios constitucionais, reconciliação do direito e moral, e a afirmação do protagonismo judicial com um aumento de faculdades interpretativas do julgador, a partir da defesa da discricionariedade judicial[[110]](#footnote-110).

Desta Analise, o trabalho firmado por Streck problematiza o ativismo judicial no atual cenário jurídico contra três desafios, quais sejam, o

58

enfrentamento das recepções teóricas equivocadas, a superação da discricionariedade judicial e a preservação da autonomia do direito[[111]](#footnote-111).

Entende ainda que o direito brasileiro tornou-se campo fértil para proliferação de posicionamento derivados de outras culturas jurídicas, o que foi prejudicial, por ter sido introduzido em nosso ordenamento de modo acrítico e equivocado, provocando, inclusiva, mixagens de teorias. É o caso da adoção da jurisprudência dos valores, modelo surgido no âmbito do constitucionalismo alemão do qual prega a utilização dos conceitos indeterminados e das clausulas gerais quando não se consegue resolver o caso através da legislação[[112]](#footnote-112). Assim, o judiciário torna-se tutor da politica, agindo como um guardião da moral e dos bons costumes[[113]](#footnote-113).

O ativismo judicial compromete a democracia, vez que através dos valores, juízes e tribunais desvinculam-se da legalidade; pela ponderação abre-se a escolha ao julgador a aplicação dos princípios que serão colocados em colisão; e com o ativismo norte-americano, o Judiciário toma total interferência política[[114]](#footnote-114).

 Herbert Hart, por sua vez, admite que as regras que constituem o Direito possuem textura aberta, surgindo “zonas de penumbra”. Neste espaço é onde surge a possibilidade de escolher nos casos difíceis[[115]](#footnote-115).

Outro aspecto relevante é perda da autonomia do Direito. O autor Lênio Streck chama como predadores externos do direito, que com a influencia da

59

Moral e da Econômica acabam por prejudicando estruturalmente o DNA do direito, perdendo sua identidade como efetivamente esfera jurídica[[116]](#footnote-116).

Luigi Ferrajoli aponta que as teorias constitucionais estão direcionadas a promover a reconciliação entre Direito e Moral, o que denota inclinação ao jus naturalismo, do qual discorda Lênio Streck. Tal circunstancia adveio como forma de ataque ao positivismo jurídico e à tese de separação entre Direito e Moral, que, por conseguinte caracterizou o ativismo judicial decorrente de direitos estabelecidos por princípios[[117]](#footnote-117).

Dessa forma, evidenciamos que a relação entre a defesa da autonomia do Direito e o ativismo judicial é que este se manifesta na presença dos predadores esternos, como os critérios de Economia, Moral ou de Politica, ou seja, o que não é jurídico. Assim, se apresenta como um desafio a manifestação da autonomia do Direito, frente a interferência das outras esferas, quando acostado o poder de decisão aos juízes[[118]](#footnote-118).

O Governador Pedro Taques, rebate a tese afirmando que o Ativismo Judicial é prejudicial somente quando o Estado não tem capacidade de gestão. Salienta que se o Estado tem capacidade de gestão, a politização do Judiciário é minimizada. Um exemplo disso é a indústria de liminares na saúde. Ela só existe porque o sistema de regulação é defeituoso. O juiz então concede a liminar para aquele determinado tratamento médico. Se o Estado funciona, essa função do Poder Judiciário é esvaziada[[119]](#footnote-119).

No que tange ao benefício em que o Estado poderia a vir receber, esta pesquisa científica não conseguiu visualizar nenhuma senão pela concretização

60

dos direitos fundamentais. Pedro Taques, afirma que o Ativismo Judicial beneficia o cidadão, mas sempre levando-se em conta a reserva do possível, visto que muitas das vezes a decisão é inexequível[[120]](#footnote-120):

*Digamos que um juiz tenha condenado o Estado de Mato Grosso a contratar servidores na saúde, por meio de concurso. Quem deve determinar se o concurso será ou não realizado sou eu, que tenho a discricionariedade, conveniência e oportunidade política. Mas, e se o juiz determina a realização do concurso e eu não possuo espaço orçamentário? A decisão será inexequível[[121]](#footnote-121).*

**5.2 Síntese de julgados ativistas e contenciosas**

Para melhor entendermos esse fenômeno na atuação dos tribunais, necessário se faz trazer alguns julgados que demonstrem sua afirmação na jurisprudência nacional. Nesse sentido, através da busca em palavras-chaves como “ativismo judicial”, “ativismo”, e “autocontenção” achamos as seguintes decisões:

*“Apelação Cível 70008795775 – 7ª Câmara Cível – Relator: José Carlos Teixeira Giorgis – Jul.: 23/06/2004 – DJ: 05/08/2005 Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE.*

61

*REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho" , que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004)”*

*“Apelação Cível 599134566 – 6ª Câmara Cível – Relator: Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior – Julg.: 22/12/1999*

 *“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE DANO. INCÊNDIO. LEGITIMIDADE ATIVA DO*

62

*SEGURADO. DISSENSO SOBRE VALOR. PROVA TÉCNICA. Legitima-se à cobrança da indenização, quando se está a cuidar de seguro por conta própria, o segurado. Se há dissenso sobre o valor do bem segurado, inteiramente destruído, e possível sendo a realização de prova técnica, deve determiná-la o juiz, com base no art. 130 do CPC. No moderno processo, ampliou-se o espaço para o ativismo judicial. Processo parcialmente desconstituído. (Apelação Cível Nº 599134566, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, Julgado em 22/12/1999)”*

*Aqui a expressão esta vinculada aos poderes instrutórios do juiz.*

Caso: STJ, REsp 650728/SC – Segunda Turma – Relator: Herman Benjamin – Julg.: 23/10/2007 – Dje: 02/12/2009: responsabilidade civil pelo aterramento de um manguezal, sendo esta área considerada de preservação permanente pela Constituição e pela lei ambiental. O posicionamento do relator é no sentido de que não há que se falar em ativismo judicial ao defender que o manguezal é APP, mas ativismo judicial da lei e da Constituição. Na ementa:

*“No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador."*

O ativismo é compreendido como desnecessário para concretizar direitos.

63

Um dos mais significativos casos de ativismo judicial vislumbrado em nosso ordenamento jurídico foi o das uniões homoafetivas, em que o STF conheceu da causa e por decisão unanime, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omenes* e efeito vinculante que os casais do mesmo sexo pudessem formar união estável.

Assim, o voto do Ministro Gilmar Mendes começou a questão do ativismo contrapondo-se ao dialogo do texto de Lênio Streck, Vicente Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira [[122]](#footnote-122)arguindo que o Judiciário deve ter um papel ativo, na espera que o legislativo venha a atuar, que “se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político, a resposta do Supremo Tribunal Federal só pode ser de caráter positivo”.

Já para o Ministro Celso de Mello, entendeu que o ativismo judicial se perfaz quando da necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da Republica, muitas vezes desrespeitada, como na espécie da omissão dos poderes públicos. Aponta ainda, como uma necessidade institucional.

Segue abaixo a ementa do caso:

*“Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE*

64

*DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO*

65

*CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes.*

66

*Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um*

67

*legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer*

68

*significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. ”*

De lado oposto ao ativismo, também encontram-se julgados acostando-se na figura da autocontenção. É o caso do Mandado de Segurança de nº 25579MC/DF – Tribunal Pleno – Relator: Sepúlveda Pertence – Julg.: 19/10/2005 – Dje Pub.: 24/09/2007. Afim de evitar uma leitura extensiva e complexa do caso, Clarissa[[123]](#footnote-123) resume a ementa da seguinte forma:

 *“Caso: Mandado de segurança com pedido de liminar impetrado pelo Dep. José Dirceu contra o recebimento e o processamento da representação no Conselho de ética e Decoro Parlamentar e a eventual e consequente cassação de seu mandato parlamentar. O termo aparece em parte da ementa: “Na qualidade de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da acao dos demais Poderes do Estado. No exercício desses mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra da autocontenção que lhe impede de invadir a esfera reservada À decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão. À luz deste ultimo imperativo, cumpre a esta Corte conhecer de impetração na qual se os atos ministeriais do parlamento licenciado se submetem à jurisdição censória da respectiva câmara legislativa, pois a matéria tem*

69

*manifestamente estatura constitucional, e não interna corporis. Mandado de segurança conhecido”.*

Autocontenção como postura que evita a invasão do Judiciário na defesa dos outros Poderes.

Como bem sabido, o Poder Judiciário só age quando provocado, não podendo deixar de decidir o caso por ausência de norma. Dessa forma, utilizar-se-á dos demais fontes do direito como analogia, costume, princípios gerais do direito, como bem preleciona o art. 4º da LINDB (Lei de Introdução ao Direito brasileiro).

Logo, o ativismo judicial se vê presente nos casos em que se debate a constitucionalidade das normas, e sendo o Judiciário quando provocado, obrigado a decidir utiliza-se dos meio hábeis para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato político.

O direito constitucional brasileiro tem duas formas de exercer o controle de constitucionalidade: difuso ou concentrado. A concentrada foi instituída em nosso ordenamento jurídico em 1965, da qual detém mecanismos próprios de reclamar a inconstitucionalidade determinada lei diretamente ao tribunal. Já a modalidade difusa consiste na possibilidade de arguir a inconstitucionalidade da norma em qualquer processo, mesmo no juízo de primeira instância, possibilitando, assim, uma grande constitucionalização de direitos[[124]](#footnote-124).

No modo concentrado o efeito será erga omnes, ou seja, vinculará todos o território brasileiro a sujeição àquela determinada decisão. Quanto ao modo difuso, obrigará somente as partes interessadas, podendo também repercutir o efeito *erga omenes* nos casos previsto do art. 52, X, Constituição Federal.

Esses são casos em que se questiona a constitucionalidade de leis vigentes ou não, inseridas no ordenamento jurídico ou não. Tal poderio investido ao Poder Judiciário, permite que se utilize de certa mutação constitucional para dar nova interpretação ao texto constitucional, apesar de que o único formalmente permitido que seja alterado o texto constitucional seja

70

por emenda constitucional, processo legislativo rígido que exige aprovação em dois turnos de cada casa do congresso nacional por 3/5 dos votos dos respectivos membros, chancelado posteriormente pela Presidenta da Republica.

Para o Ministro Eros Graus[[125]](#footnote-125), não obstante, critica tal poderio ao Judiciário caracterizando o Poder Legislativo como mero órgão de comunicação das decisões do Judiciário no caso do modelo difuso, pois se o Parlamento está sujeito a revisão do Judiciário, está se prejudicando a chancela dos representantes do povo no processo de controle de constitucionalidade, mitigando a participação democrática indireta.

Outro argumento, é que está violando direitos fundamentais, pois cidadãos estão sendo obrigados a cumprir decisões de que nem tiveram a possibilidade de participar no curso da ação, sendo uma clara violação ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

Outro caso muito comentado no mundo jurídico foi a arguição da ADPF n. 178 que trata da união homoafetiva. O caso foi muito comentado e considerado uma grande vitória para a concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Sobretudo, os críticos, mesmo reconhecendo que a causa seja justa e a união homoafetiva deva ser regulada, acreditam que não seria os tribunais, os melhores a tratar da matéria. Por vivermos em uma sociedade democrática, deve-se haver uma ampla representação social e fundamentação por parte do povo em determinar o futuro dessas pessoas[[126]](#footnote-126).

Além do mais, considera-se ativista a postura do STF primeiramente por não ser a ADPF a melhor ferramenta a tratar do caso, e sim o mandado de injunção, pois não se trata de omissão, uma vez que a Constituição e o Código civil determina a relação entre homem e mulher. Contudo doutrinadores como Lênio Streck, Vicente Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira também entendem

71

que também não caberia mandado de injunção certo que nem sempre uma omissão aponta para uma inconstitucionalidade e sim uma opção política[[127]](#footnote-127).

O que Clarissa questiona é e se o STF tivesse entendido pelo não reconhecimento da união homoafetiva. É nessa linha, e independente do resultado é que o ativismo judicial mesmo diante de posturas progressistas, o judiciário não pode ser meio hábil a concretizar direitos, pelo simples fato de a sociedade ficar a mercê da oscilação das decisões judicias[[128]](#footnote-128).

Essa abrangência de legitimidade dada ao Judiciário é demais de prejudicial, de modo que instrumentaliza a Constituição como meio formal do Poder dos tribunais. Nesse espeque, Marcelo Cattoni corrobora[[129]](#footnote-129):

*“A constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles podem compreender o exercício de suas funções como substituição do papel do cidadão em uma democracia, sob pena de ser dar continuidade as tradições autoritárias com as quais a constituição vem romper. A constituição é nossa, como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais; se não, não é Constituição.”*

**5.3. Proposta de combate ao discricionarismo judicial por Lênio Streck**

 Essa tese busca não apenas dar uma nova tônica à interpretação judicial, mas também em demonstrar que a superação da discricionariedade só pode se dar quando acostada em pressupostos democráticos.

72

Elaborada com o fito de enfrentar o protagonismo de juízes e tribunais Lênio Streck apresenta a *teoria da decisão judicial*, estruturada em quatro elementos centrais:

*“a) um novo modo de conceber o ato interpretativo, possibilitado pelos aportes da Filosofia, compreendida não como uma filosofia ornamental ou de orientação, mas como standard de racionalidade. Nesse sentido, a utilização do método hermenêutico-fenomenológico, de matriz heideggeriana, possibilitou um novo modo de compreender o fenômeno jurídico, denunciando a dimensão interpretativa do Direito, seja através da desmitificação dos conceitos jurídicos como enunciados com conteúdos determinados a priori, seja a partir da diferença entre texto e norma (que, segundo Streck, é ontológica) A isto são agregados os aportes da hermenêutica filosófica gadameriana, no interior da qual o momento de interpretação de um texto deixa de ser percebido de modo separado de sua aplicação, mas como um acontecimento unitário, denominado pelo filosofo alemão de applicatio. O ato aplicativo do Direito deixa de ser um procedimento de extração (reprodução) do sentido do texto (Auslegung) e passa a ser concebido como atribuição de sentido (Sinngebung), que ocorre através de um contexto de intersubjetividade, transformação através da qual Streck faz a primeira ruptura hermenêutica com a tradição: o afastamento das posturas objetivistas (vontade da lei/vontade do legislador).*

*b) Por sua vez, da teoria do direito de Ronal Dworkin é extraído o segundo elemento estrutural da nova teoria da interpretação que compõe o Constitucionalismo Contemporâneo: a responsabilidade politica dos juízes. Segundo Streck, se o advento do Estado Democrático de Direito tencionou a relação entre os Poderes em*

73

*direção à esfera jurisdicional, também obrigou/responsabilizou os juízes perante à sociedade, especialmente porque o Judiciário passou a decidir questões que envolvem direitos sociais. Assim, incorporando a noção de integralidade do Direito presente na obra de Dworkin, que se traduz na ideia de Direito considerado como um todo (que se volta ao tratamento equânime e igualitário na busca da melhor justificativa para as praticas jurídicas), Streck afirma que os juízes, ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade;*

*c) Esta responsabilidade politica dos juízes se desdobra, também, em um dever de fundamentação, que advém, de forma secundária, da própria dogmática constitucional brasileira (art. 93, IX, da Constituição), conformando, assim, o terceiro elemento da teoria de Streck. Este dever de fundamentar se desdobra na diferença entre decisão e escolha: “a escolha ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstancia. [...] A escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade politica constrói como direito (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)”;*

74

*d) Por fim, esta exigência de fundamentação não se da em quaisquer termos, mas a partir do que Lênio Streck passou a chamar de respostas constitucionalmente adequadas (quarto e último elemento que dá estrutura à sua teoria da decisão). Com este dever de cumprimento da Constituição, a discricionariedade judicial é radicalmente superada, representando uma ruptura com posturas solipsistas, que fragilizam a forca normativa do texto constitucional. Ganha espaço, portanto, o papel dos princípios como fechamento interpretativo e o respeito à historia institucional do direito (seu DNA, diria Streck). Com a tese da resposta correta (que não é nem a única, nem a melhor, mas a resposta adequada ao caso), também inspirada no posicionamento de Dworkin, há a segunda ruptura com a tradição: a superação das posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito. Tal posicionamento democrático, sendo indispensável para a legitimidade da jurisdição[[130]](#footnote-130).*

 Deste modo, seria uma maneira a se combater a discricionariedade judicial no Constitucionalismo contemporâneo, uma vez que o atual cenário em que se jogam o exercício da cidadania a responsabilidade ao judiciário posturas ativistas e protagonismo judicial representam riscos democráticos.

**ANEXOS**

**ENTREVISTA REALIZADA**

Foram colhidos dois depoimentos durante a pesquisa científica. A primeira foi realizada com a presença do Desembargador do Tribunal de Justiça Sebastião de Morais filho, enquanto na segunda entrevista, o Governador do Estado de Mato Grosso, ex-Procurador da República e ex-Senador, Pedro Taques, disponibilizou um período de seu tempo para falar sobre Ativismo Judicial.

 Ressalta-se que ambos os entrevistados posicionaram-se à favor do Ativismo Judicial, entendendo que o instituto está sendo bem utilizado pelos demandantes bem como pelos interpretes ao concretizar as reivindicações do texto constitucional.

 Também alertaram sobre a falta de representação parlamentar no atual cenário político, que por tabela, acarreta na judicialização da política, em outras palavras, leva-se ao Judiciário, questões atreladas aos representantes populares.

**6.1 Perguntas:**

1) O Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, pode vir a comprometer a sua harmonia com os demais Poderes?

2) Essa concretização de políticas públicas por parte do Poder Judiciário é uma tendência para os próximos anos?

3) Até que ponto pode o Poder Judiciário intervir nas políticas públicas para concretizar os ditames constitucionais?

4) A proatividade desse poder acarreta, em sua maioria, mais benefícios do que malefícios na realidade social?

5) Como esse fenômeno, crescente em nosso ordenamento jurídico, pode vir a afetar ou a beneficiar o Governo do Estado de Mato Grosso?

6) Mas haveria alguma hipótese de benefício ao Estado?

7) Como podem ser estabelecidas as prioridades de um governo quando não há recurso para medicamentos, mas há verba para gastos com publicidade?

76

8) Qual é a postura a ser tomada pelo governante a fim de concretizar os direitos sociais previstos na constituição?

**6.2 Respostas:**

**1)** Penso que a divisão clássica de Montesquieu, de 1748, precisa sofrer uma revisitação. Se até determinado momento o magistrado tinha a função de retirar sentido do que estava na lei, hoje ele tem uma outra função: dar sentido ao que está escrito no texto legal.

Isso fortaleceu o que se denomina de “ativismo judicial”: uma maior participação do juiz na concretização de políticas públicas. A nossa constituição é uma constituição com força normativa própria, com hiperatividade reforçada, não uma declaração de intenções. Como nossa carta tem essa força normativa, os magistrados, hoje, não só retiram sentido, como dão sentido às normas.

No século XIX, após a Revolução Francesa, com o Positivismo, com o Código Napoleônico de 1804, tínhamos um Estado garantidor, uma força maior do Legislativo e dos Parlamentos. No século XX, a partir das constituições Mexicana (de 1917) e Alemã (de 1919), surge o que se denomina de Estado de bem-estar social. Passamos a ter um Estado não só garantidor, mas prestador.

Já no século XXI, temos um Estado que não é só garantidor, como no século XIX; não é só prestador, como no século XX; mas é um Estado transformador. Essa transformação se faz através de constituições que têm força normativa própria, com hiperatividade, e através do chamado “ativismo judicial”.

A jurista alemã Ingeborg Maus interpreta o Judiciário como superego da sociedade, e hoje ele é visto como algo a que todos devem recorrer. A nossa constituição permitiu isso, porque é uma constituição deste momento histórico: por um lado, há uma interpretação dando sentido; por outro, há uma força do Poder Judiciário.

**2)** É uma tendência. Essas constituições pós-Segunda Guerra Mundial, em especial a do Brasil, estabelecem o que se denomina de piso mínimo de dignidade, o mínimo existencial. No Brasil, temos dificuldade em assegurá-lo, pois não passamos pelo Estado de bem-estar social, diferentemente de

77

Estados centrais como a Alemanha, Inglaterra, França. Somos um Estado periférico que pulou direto para uma constituição com força normativa própria.

**3)** A politização do Poder Judiciário é muito criticada. Mas o que ela significa? Eu fui eleito governador. Mostrei à população um programa de governo, que foi aprovado. Fiz um compromisso com o cidadão. Tive voto. A politização do Judiciário retira da soberania popular um pouco de sua força. Imagine um prefeito de um município pequeno que decida construir uma quadra de esportes ao invés de um hospital. Daí, um juiz entende que, na escala de valores da Constituição, a saúde tem prioridade. Com uma ação ajuizada, o juiz condena o município a não construir a quadra, e sim o posto de saúde. Mas e se o prefeito foi eleito com o compromisso de construir essa quadra? Deve haver aí um limite.

Esse limite é abordado pela Teoria da Reserva do Possível, que defende a necessidade de atingir o piso mínimo de dignidade, mas o relaciona com a questão orçamentária e financeira.

**4)** Dentro do quadro político em que o Brasil vive, mais benefícios. Observo que há uma falta de legitimidade no sistema de representatividade. Quando o filósofo britânico Stuart Mill analisou a representatividade, ele não pensou em categorias. No Congresso, por exemplo, a quantidade de bancadas alteram a representatividade e enfraquecem a legitimidade do órgão. Daí o Judiciário vai buscando seu espaço.

**5)** Ele só afeta quando o Estado não tem capacidade de gestão. Se o Estado tem capacidade de gestão, a politização do Judiciário é minimizada. Um exemplo disso é a indústria de liminares na saúde. Ela só existe porque o sistema de regulação é defeituoso. O juiz então concede a liminar para aquele determinado tratamento médico. Se o Estado funciona, essa função do Poder Judiciário é esvaziada.

**6)** Beneficia o cidadão, mas sempre deve-se levar em conta a reserva do possível, visto que muitas vezes a decisão é inexequível. Digamos que um juiz tenha condenado o Estado de Mato Grosso a contratar servidores na saúde, por meio de concurso. Quem deve determinar se o concurso será ou não realizado sou eu, que tenho a discricionariedade, conveniência e oportunidade

78

política. Mas, e se o juiz determina a realização do concurso e eu não possuo espaço orçamentário? A decisão será inexequível.

**7)** Temos de entender que a comunicação é direito fundamental do cidadão. Ele tem o direito de saber o que eu estou fazendo, então é preciso haver uma proporcionalidade. A saúde tem um valor vinculado, 12% da receita corrente líquida, mas o gasto com comunicação também é importante, pois faz chegar ao cidadão as atividades do Estado. O problema é quando há autopromoção. A norma do artigo 37 da Constituição Federal preceitua a impossibilidade de dispêndio com propaganda que ofenda o princípio da impessoalidade.

**8)** O Estado tem o objetivo do bem comum. É para isso que o Estado existe: concretizar políticas públicas e direitos sociais presentes no artigo 6º da Constituição Federal, como saúde, segurança, educação, moradia. Eu, como governador, tenho buscado concretizar isto.

**CONCLUSÃO**

 Embora o presente tema demonstre diversas criticas decorrentes de suas variáveis interpretações, podemos concluir que o ativismo judicial viola o Princípio da Separação dos Poderes. O fato de o Poder Público não acompanhar as demandas sociais à tempo, a sociedade se utiliza do Poder Judiciário para a concretização de seus pleitos, oportunidade em que é obrigada a decidir a lide, havendo ou não regulamentação pelo Legislativo ou aplicação destes direitos pelo Executivo.

Por outro lado, não se pode olvidar que a não realização de politicas publicas que materializem os direitos sociais está condicionada à disponibilidade de recursos públicos no espaço de discricionariedade das escolhas do Governo, bem como a falta de legislação sobre determinadas matérias que previstas desde a constituinte de 1988 à sujeição de norma infraconstitucional, enseja na perda de direitos daqueles interessados.

Por esse motivo, com a constitucionalização do direito a partir da Segunda Grande Guerra Mundial e a criação de tribunais Constitucionais na Europa, irradiou para o nosso ordenamento jurídico o enfoque aos direitos fundamentais, visando o bem estar social, protagonizando o direito à vida, moradia, saúde, educação, liberdade, dignidade da pessoa humana frente aos interesses econômicos.

Pela Carta Magna de 1988, o Brasil adotou o mesmo modelo advindo da Europa, finalizando com a ditadura militar quando não se respeitava a universalização dos direitos fundamentais com sua devida vênia, e trazendo uma infinidade de direitos ao ordenamento jurídico, muito antes desconhecido, a força da norma constitucional e seus princípios, bem como garantias de sua eficácia através dos remédios constitucionais.

Essa nova ótica de se entender o direito, visando o mínimo existencial e a necessidade de aplicação dos dizeres da Constituinte pelo Poder Judiciário, caracterizou uma nova era, conhecida como neoconstitucionalismo.

Assim, é a realidade atual do nosso ordenamento jurídico configurado por um fato jurídico, a Judicialização da Política, em que questões como

80

ausência de representatividade política, a irradiação de direitos constitucionais e o aumento do acesso à justiça justificaram essa tendência de levar questões políticas e negligenciadas pelo Poder Político ao Judiciário.

Tal fenômeno levou aos Tribunais a necessidade de atender as demandas sociais de competência dos demais poderes, que não cumpriram com suas funções e agora se situa em condições de decidir seja “legislando”, seja obrigando o Poder público à concretizar os direitos fundamentais, com base no que manda a Constituição, sendo, nesses casos, constatado a postura ativista do Judiciário.

Métodos como o Controle de Constitucionalidade e a discrionariedade da aplicação do texto constitucional baseado tanto em normas quanto princípios nela contidos, sofrem severas criticas pela doutrina, pela ameaça da possibilidade do Poder Judiciário tornar-se um super poder e de decidir os conflitos baseado na mera vontade do intérprete.

Salienta-se que a crítica é pertinente e digna de atenção, no entanto, atualmente vislumbra-se que o Judiciário tem-se saído bem quando atuado proativamente com o escopo de fazer valer a norma constitucional. A notória crise política atual, onde o poder Legislativo não consegue regulamentar questões urgentes e relevantes por embate partidários, nem o Poder Executivo concretizar os direitos fundamentais (saúde, educação, transporte), do qual muito das vezes se justifica alegando não possuir recursos suficientes (o que é muito questionável haja vista que o Brasil está entre as dez maiores economias do mundo sopesando um alto encargo tributário sobre os contribuintes), acabam por serem resolvidas no Judiciário.

Frente à colisão de princípios constitucionais da Separação dos Poderes e da Dignidade da Pessoa Humana, certamente este deverá prevalecer, certo que de nada valerá a separação das funções estatais se não funcionar para garantir os ditames emanados pela Lei Maior. Diante, da omissão do Poder Público caberá ao Poder Judiciário intervir em nome da efetivação dos direitos fundamentais, prestigiando-se à máxima de que os fins justificam os meios.

**BIBLIOGRAFIA**

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise critica da atuação do STJ e STF**; in: Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos.SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009 Disponível em: < <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf> >. Acesso em: 15/11/2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**, 2010. Disponível em: < http://www.slideshare.net/chlima/constituiçãodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-poltica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 15/11/2013.

CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo em su labirinto. In: - (Org.). **Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos.** Madrid: Editoral Trotta, 2007.

CARVALHO, **Ativismo judicial em crise**. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12781>. Acesso em: 06 jan. 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**, 3. Ed. Ver e atualizada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

82

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, politica e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

\_\_\_\_. **Conceito histórico da Separação dos Poderes.** Disponível em: <<http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>>. Acesso em : 20/09/2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

**Democracia Liberal.** Disponível em: <http://www.pead.faced.ufrgs.br/sites/publico/eixo5/organizacao\_escola/modulo1/democracia\_liberal.pdf data acesso 11-10-2015>. Acesso em 09/11/2015.

DE MORAIES FILHO, Sebastião. **Sebastião de Morais Filho**: depoimento [novembro.2015]. Entrevistador: Lucas rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida, exclusivamente, ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima.

DWORKIN, Ronald**. O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspesctos do direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de Andre Karam Trindade. Separata do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional.** Curitiba: Conceito Editorial.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 9ª ed. Ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

83

LEVY, Leonard W. Marbury v. Madison. In -; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution: selections from the Encyclopedia of the American Constitution**. New York: Macmillan, 1990, p. 15-20.

\_\_\_\_\_.**Magna Carta**. Disponível em: <http://brasilescola.uol.com.br/historiag/magna-carta.htm>. Acesso em:17/10/2015.

MALLUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do Espírito das Leis.** Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010.

**\_\_\_\_\_.O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=14052> . Acessado em 12/11/2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

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

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**,** Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 42-53, jul. 2007.

SARMENTO, Daniel Souza. l(Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

84

SARMENTO, Daniel Souza. l(Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: contribuição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

TALLARICO, Rafael; BRITO, Sirlei. **História da Filosofia Ocidental:** da Pólis Grega ao Estado de Direito Contemporâneo. São Paulo: D’Plácido, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein. 1997.

1. MALLUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. [↑](#footnote-ref-1)
2. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-2)
3. KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 9ª ed. Ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. [↑](#footnote-ref-3)
4. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. [↑](#footnote-ref-4)
5. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-5)
6. MALLUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2010. [↑](#footnote-ref-6)
7. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-7)
8. MALLUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2010. [↑](#footnote-ref-8)
9. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-9)
10. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-10)
11. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-11)
12. MALLUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2010. [↑](#footnote-ref-12)
13. MALLUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2010. [↑](#footnote-ref-13)
14. MALLUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2010. [↑](#footnote-ref-14)
15. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-15)
16. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-16)
17. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-17)
18. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-18)
19. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-19)
20. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-20)
21. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-21)
22. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-22)
23. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-23)
24. [http://www.pead.faced.ufrgs.br/sites/publico/eixo5/organizacao\_escola/modulo1/democracia\_liberal.pdf data acesso 11-10-2015](http://www.pead.faced.ufrgs.br/sites/publico/eixo5/organizacao_escola/modulo1/democracia_liberal.pdf%20data%20acesso%2011-10-2015) [↑](#footnote-ref-24)
25. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-25)
26. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-26)
27. ##  TALLARICO, Rafael; BRITO, Sirlei. História da Filosofia Ocidental: da Pólis Grega ao Estado de Direito Contemporâneo. São Paulo: D’Plácido, 2013.

 [↑](#footnote-ref-27)
28. [http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes] – até 20092015 [↑](#footnote-ref-28)
29. Disponível em: <<http://www.brasilescola.com/historiag/magna-carta.htm>l>. Acesso em: out. 2015. [↑](#footnote-ref-29)
30. Disponível em: http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: set. 2015. [↑](#footnote-ref-30)
31. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. [↑](#footnote-ref-31)
32. [http://tres-poderes.info/] [↑](#footnote-ref-32)
33. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do Espírito das Leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010. [↑](#footnote-ref-33)
34. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-34)
35. ZIPPELIUS, Reinhold. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein. 1997. [↑](#footnote-ref-35)
36. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-36)
37. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. [↑](#footnote-ref-37)
38. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. [↑](#footnote-ref-38)
39. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-39)
40. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-40)
41. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-41)
42. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. [↑](#footnote-ref-42)
43. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**, 3. Ed. Ver e atualizada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997. [↑](#footnote-ref-43)
44. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**, 3. Ed. Ver e atualizada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997. [↑](#footnote-ref-44)
45. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**, 3. Ed. Ver e atualizada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997. [↑](#footnote-ref-45)
46. TAQUES, Pedro**. Pedro Taques**: depoimento [dezembro. 2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-46)
47. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-47)
48. TAQUES, Pedro**. Pedro Taques**: depoimento [dezembro. 2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-48)
49. TAQUES, Pedro**. Pedro Taques**: depoimento [dezembro. 2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-49)
50. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-50)
51. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-51)
52. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-52)
53. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-53)
54. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-54)
55. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-55)
56. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-56)
57. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-57)
58. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-58)
59. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-59)
60. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-60)
61. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-61)
62. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-62)
63. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-63)
64. BARROSO, **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 2009, p. 07 2009 BARROSO, 2009, p. 07 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 05/11/2013. [↑](#footnote-ref-64)
65. CARVALHO, **Ativismo judicial em crise**. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12781>. Acesso em: 06 jan. 2010. [↑](#footnote-ref-65)
66. TAQUES, Pedro. **Pedro Taques**: depoimento [dezembro. 2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-66)
67. BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** 2010. Disponível em: < http://www.slideshare.net/chlima/constituiçãodemocracia-

e-supremacia-judicial-direito-e-poltica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 15/11/2013. [↑](#footnote-ref-67)
68. RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-68)
69. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-69)
70. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-70)
71. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-71)
72. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [↑](#footnote-ref-72)
73. TAQUES, Pedro. **Pedro Taques**: depoimento [dezembro. 2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-73)
74. BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009 Disponível em: < <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf> >. Acesso em: 15/11/2013. [↑](#footnote-ref-74)
75. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-75)
76. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-76)
77. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-77)
78. RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo. Saraiva, 2010. [↑](#footnote-ref-78)
79. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-79)
80. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-80)
81. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: contribuição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. [↑](#footnote-ref-81)
82. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-82)
83. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-83)
84. LEVY, Leonard W. Marbury v. Madison. In -; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis J. (Orgs**.). Judicial Power and the Constitution: selections from the Encyclopedia of the American Constitution**. New York: Macmillan, 1990, p. 15-20. [↑](#footnote-ref-84)
85. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-85)
86. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-86)
87. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-87)
88. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-88)
89. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-89)
90. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-90)
91. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-91)
92. TAQUES, Pedro**. Pedro Taques**: depoimento [dezembro. 2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-92)
93. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. [↑](#footnote-ref-93)
94. Pag da web acessado em 14/11/2015 22:41 [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=14052 ] [↑](#footnote-ref-94)
95. SARMENTO, Daniel Souza. l(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. [↑](#footnote-ref-95)
96. SARMENTO, Daniel Souza. l(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. [↑](#footnote-ref-96)
97. DWORKIN, Ronald**. O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. [↑](#footnote-ref-97)
98. TAVARES, André Ramos. ***Curso de direito constitucional***. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. [↑](#footnote-ref-98)
99. DE MORAIES FILHO, Sebastião. **Sebastião de Morais Filho**: depoimento [novembro.2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida, exclusivamente, ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-99)
100. DE MORAIES FILHO, Sebastião. **Sebastião de Morais Filho**: depoimento [novembro.2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida, exclusivamente, ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-100)
101. DE MORAIES FILHO, Sebastião. **Sebastião de Morais Filho**: depoimento [novembro.2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida, exclusivamente, ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-101)
102. SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**,** Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 42-53, jul. 2007. [↑](#footnote-ref-102)
103. BARROSO, Luis Roberto**. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009 Disponível em:<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 15/11/2013. [↑](#footnote-ref-103)
104. [ <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052> ] [↑](#footnote-ref-104)
105. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. [↑](#footnote-ref-105)
106. ANDRADE, Fernando Gomes**. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise critica da atuação do STJ e STF**; in: Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos.SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. [↑](#footnote-ref-106)
107. TAQUES, Pedro**. Pedro Taques**: depoimento [dezembro. 2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-107)
108. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-108)
109. CARBONELL, Miguel**. Presentación: el neoconstitucionalismo em su labirinto**. In: - (Org.). Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Madrid: Editoral Trotta, 2007, p. 9-12. [↑](#footnote-ref-109)
110. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-110)
111. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-111)
112. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-112)
113. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, politica e filosofia: contribuições para uma teoria discursivo da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. [↑](#footnote-ref-113)
114. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-114)
115. HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009. [↑](#footnote-ref-115)
116. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-116)
117. FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo.** Tradução de Andre Karam Trindade. Separata do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, Conceito Editorial. [↑](#footnote-ref-117)
118. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-118)
119. TAQUES, Pedro**. Pedro Taques**: depoimento [dezembro. 2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-119)
120. TAQUES, Pedro**. Pedro Taques**: depoimento [dezembro. 2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-120)
121. TAQUES, Pedro**. Pedro Taques**: depoimento [dezembro. 2015]. Entrevistador: Lucas Rodrigues de Lima. Cuiabá: 2015. Gravador de voz. Entrevista concedida ao acadêmico de direito Lucas Rodrigues de Lima. [↑](#footnote-ref-121)
122. STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e canto das sereias: sobre ativismo judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”.** Revista de Estudos constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo. [↑](#footnote-ref-122)
123. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-123)
124. [↑](#footnote-ref-124)
125. Voto do ministro Eros Roberto Graus proferido em sede de julgamento da Reclamação 4335 disponivel em <http... [↑](#footnote-ref-125)
126. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-126)
127. STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”.** [↑](#footnote-ref-127)
128. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-128)
129. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, politica e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. [↑](#footnote-ref-129)
130. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. [↑](#footnote-ref-130)