



Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Instituto de Estudos em Direito e Sociedade
Faculdade de Direito

JONAS PEREIRA BEZERRAS JÚNIOR

ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso
Orientador: Prof. Carlos Henrique Costa Marques

Marabá – 2019

JONAS PEREIRA BEZERRAS JÚNIOR

ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Carlos Henrique Costa Marques

Marabá
2019

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

Bezerras Júnior, Jonas Pereira

Ativismo judicial e separação dos poderes / Jonas Pereira Bezerras Júnior ; orientador, Carlos Henrique da Costa Marques. — Marabá : [s. n.]; 2019.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2019.

1. Separação de poderes - Brasil. 2. Poder judiciário e questões políticas. 3. Poder discricionário. 4. Juízes – Decisões - Brasil. 5. Estado de direito. I. Marques, Carlos Henrique da Costa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.233

Elaborada por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583

JONAS PEREIRA BEZERRAS JÚNIOR

ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Área de concentração: Direito Constitucional

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Carlos Henrique Costa Marques (Orientador)

Prof. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará

Prof. Me. Edieter Luiz Cecconello
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará

Marabá
2019

*Aos meus pais, Jonas e Luciene, que nunca
economizaram amor.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que graças ao seu amor infinito deu o seu Filho Unigênito para morrer por nós na cruz, a fim de que tenhamos a oportunidade da salvação. Pai grandioso que me proporcionou a oportunidade de ingressar na graduação e me deu sabedoria e força para concluí-la, não me abandonando um segundo sequer.

À minha mãe, que nunca mediu esforços para proporcionar uma vida digna e de qualidade aos seus filhos, por sempre oferecer o ombro quando estou triste, por compartilhar os momentos importantes da minha vida ao meu lado e por todo o seu amor, carinho e suporte desde sempre.

Ao meu pai, um exemplo de homem e de Cristão, que possui os mais valiosos ensinamentos, que me mostrou o significado de honestidade, bondade e trabalho; que, apesar das dificuldades da vida, sempre batalhou para garantir um futuro melhor à nossa família; e que, com toda a sua compaixão, nunca desiste de mostrar a todos o caminho certo a ser seguido.

À minha irmã, por todos os momentos de felicidade que me proporciona, pelas conversas alegres e também inteligentes e por estar sempre ao meu lado.

À Chaira, companheira leal durante a graduação e que se tornou uma grande e especial amiga, por toda a ajuda, todos os conselhos, todo o tempo destinado a me ouvir quando precisei, por me apoiar nas dificuldades, enfim, por ter tornado meu percurso mais leve e agradável.

Aos meus amigos Bruno José, Nízia Maria, Gabriela Dias, Simone Rodrigues, Davvy Lima, Nyanne Guajajara, Vitória Xavier, Bianca Freitas e Dionel Barbosa. Em especial, agradeço ao Manoel Ítalo, por todo apoio e por me ensinar o verdadeiro sentido e valor da amizade.

A todos os colegas da Defensoria Pública do Estado do Pará em Marabá, principalmente à Halline Karol, exemplo de profissional e exímia defensora dos direitos daqueles que mais precisam, por ter comigo compartilhado valiosos conhecimentos e por ter me ajudado a ser um jurista e um cidadão melhor.

Aos colegas de trabalho e amigos do escritório Garcia & Filho Advogados Associados, os quais se mostraram grandes companheiros e têm me ensinado muito sobre a ciência jurídica, contribuindo, assim, para o meu crescimento intelectual e profissional. Agradeço, sobretudo, ao Itamar Caixeta, pela oportunidade concedida e por todos os ensinamentos proporcionados.

Ao meu orientador, pela paciência, pelas lições, pela liberdade que me deu para a realização deste trabalho e, claro, pela amizade.

A todos aqueles que contribuíram para que este momento fosse possível.

RESUMO

No presente trabalho busca-se analisar o fenômeno do ativismo judicial e suas nuances, a fim de expor se ele viola ou não a separação dos Poderes. O objetivo é delimitar um conceito para ativismo judicial e examinar, a partir dele, sua compatibilidade com a separação dos Poderes, princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Para tanto, a metodologia envolveu a revisão da legislação pátria e da literatura nacional e estrangeira, além da análise de decisões judiciais brasileiras, tendo como técnica utilizada a qualitativa, notadamente a da interpretação de texto. Verificou-se que o ativismo judicial é uma conduta consciente, voluntária e discricionária de juízes e Cortes que extrapola a competência do Poder Judiciário e invade a zona de atribuições dos demais Poderes. Com base nas pesquisas realizadas chegou-se à conclusão de que o ativismo judicial representa um risco ao Estado Democrático de Direito, não encontrando amparo na Constituição da República de 1988, uma vez que viola a separação funcional dos Poderes.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação dos Poderes. Discricionariiedade. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The following essay seeks to analyze the phenomenon of judicial activism and its nuances in order to expose whether or not it violates the separation of the Three Powers. The aim is to define a concept for judicial activism and, while at it, examine its compatibility with the separation of the three branches of the Brazilian federal government -a fundamental principle of the Federative Republic of Brazil. With that in mind, the methodology involved a review of the national legislation and both national and foreign written material in addition to an analysis of Brazilian judicial outcomes with the use of a qualitative approach, especially text interpretation. What we ascertained was that judicial activism is a conscious, voluntary and arbitrary practice from the part of judges and courts and that it goes beyond the jurisdiction of the judiciary; it also invades areas attributed to other branches of the Brazilian Republican government. Based on empirical research, we concluded that it represents a risk to the Democratic Rule of Law as it doesn't find any upkeep in the 1988 Constitution since it violates the functional separation of Powers.

Keywords: Judicial activism. Separation of Powers. Discretion. Democratic state.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

AI 5 – Ato Institucional n. 5

ART./ARTS. – artigo/artigos

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CR/88 – Constituição da República de 1988

DF – Distrito Federal

e.g. – *exempli gratia*

HC – Habeas Corpus

LGBTI – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais

LGBTI+ – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais e mais

MC – medida cautelar

MI – Mandado de Injunção

MT – Mato Grosso

p.ex. – *por exemplo*

PLS – Projeto de Lei do Senado

REsp – Recurso Especial

RS – Rio Grande do Sul

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UK – United Kingdom

v.g. – *verbi gratia*

vs. – *versus*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A SEPARAÇÃO DOS PODERES	13
2.1	Surgimento e evolução da concepção de separação dos Poderes estatais	13
2.2	Separação dos Poderes na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos	19
2.2.1	Inglaterra	19
2.2.2	França	20
2.2.3	Estados Unidos da América	21
2.3	Separação dos Poderes no Brasil	22
2.4	A ascensão e o protagonismo do Poder Judiciário	25
3	O ATIVISMO JUDICIAL	33
3.1	Raízes históricas do ativismo: a experiência estadunidense	33
3.1.1	A Análise de Arthur Schlesinger	33
3.1.2	O caso <i>Marbury vs. Madison</i> (1803)	35
3.1.3	O caso <i>Dred Scott vs. Sandford</i> (1857)	37
3.1.4	O caso <i>Lochner vs. New York</i> (1905)	39
3.1.5	O eterno embate entre conservadores e liberais na Suprema Corte estadunidense e o papel do ativismo judicial	41
3.2	O ativismo judicial ao redor do mundo	45
3.2.1	A experiência alemã	45
3.2.2	A experiência italiana	46
3.2.3	A experiência colombiana	47
3.2.4	A experiência costa-ricense	48
3.2.5	A experiência canadense	48
3.2.6	A experiência sul-africana	49
3.3	Definição de ativismo judicial	50
3.4	Ativismo judicial no Brasil	57
4	DECISÕES JUDICIAIS ATIVISTAS	61
4.1	Supremo Tribunal Federal e a criminalização da homofobia: ADO 26/DF, MI 4733/DF e a criação de tipos penais por meio de decisão judicial	61
4.1.1	Análise da decisão	65
4.2	Superior Tribunal de Justiça e a taxatividade mitigada do rol de cabimento do agravo de instrumento: REsp 1696396/MT e REsp 1704520/MT	72
4.2.1	Análise da decisão	76
5	O RISCO DO ATIVISMO JUDICIAL	79
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um fenômeno ligado à atuação do Poder Judiciário. O debate acerca do ativismo surgiu nos Estados Unidos da América a partir das decisões tomadas pela Suprema Corte desse país, a *Supreme Court of the United States*. O paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803, é considerado o marco inicial do ativismo judicial (*judicial activism*) nos Estados Unidos e no mundo, apesar de que a Corte, anteriormente, já havia julgado outros casos de forma ativista, estes, porém, menos expressivos.

Marbury vs. Madison foi um caso paradigmático, histórico e muito importante para o Direito porque a Suprema Corte estadunidense invalidou lei que considerou inconstitucional (*judicial review*) mesmo diante de uma Constituição que, expressamente, não previa essa possibilidade e não lhe conferia essa competência.

No Brasil, as discussões acerca do ativismo judicial, apesar de não serem incipientes (remetendo aos anos posteriores à promulgação da Constituição da República de 1988), ainda não estão solidificadas e suscitam inúmeras dúvidas, porquanto se cuida de uma expressão polissêmica, por vezes utilizada de forma inadequada, destinada a designar um fenômeno verdadeiramente complexo e abrangente.

De toda forma, há vários escritos que analisam o ativista praticado pelos juízes e Cortes pátrias, podendo ser classificados em dois grupos: os que o defendem e os que o condenam. Os primeiros alegam que o ativismo judicial é uma postura legítima voltada à concretização dos direitos previstos na Constituição da República, especialmente quando se está diante de inércia ou de ineficiência dos demais Poderes. Os segundos, por sua vez, consideram que o ativismo judicial representa um modo de agir do Judiciário incompatível com o princípio fundamental da separação dos Poderes e, portanto, com a Constituição da República que o prevê, pois caracteriza uma corrupção na relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

A separação dos Poderes é um dogma que tem raízes na Grécia Antiga, mas que ganhou a forma como é conhecida hoje durante a Idade Moderna, principalmente após o Iluminismo. Tal teoria foi fortemente influenciada pela ascensão da burguesia, que via na limitação do poder estatal (do rei, em especial) uma necessidade para a sua consolidação e crescimento.

John Locke e Montesquieu deram importantes contribuições para a teoria em voga. Este último, porém, é o filósofo responsável pelo desenvolvimento da separação dos Poderes praticada, com algumas modificações durante o tempo, pela maioria dos Estados ocidentais modernos, já que ele escreveu, em *O Espírito das Leis*, em defesa da teoria tripartite, que divide

o poder do Estado em três: Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual com a sua competência bem delimitada.

Ainda hoje a teoria da separação funcional dos Poderes é vista como fundamental para a existência do Estado de Direito e da democracia. Considera-se que o poder nas mãos de uma só pessoa (ou de um só órgão) é prejudicial, pois possibilita o seu exercício sem limitação alguma. Não é preciso lembrar que as ditaduras são caracterizadas justamente pela concentração de poder nas mãos do ditador, que não possui freios externos e conduz o Estado-nação de acordo com o seu entendimento.

Dessa forma, a atuação harmônica e independente dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é imprescindível para a manutenção da democracia e dos direitos assegurados, pois evita que um só concentre poder absoluto. Para isso, os poderes constituídos devem agir de acordo com as competências que lhe foram outorgadas, não invadindo ou usurpando as dos demais.

Disso se percebe que ativismo judicial e separação dos Poderes estatais são temas conectados. O ativismo judicial é consentâneo ou não com a separação dos Poderes conforme for a posição adotada: se se entender que a postura ativa (ativista) dos juízes se insere na competência funcional do Judiciário, pois autorizada pelo ordenamento jurídico constitucional, não há violação; ao contrário, se entendida como transbordamento das funções do Judiciário, que acaba invadindo a competência dos demais poderes, há ofensa à separação dos Poderes.

Nesse contexto, este trabalho tem como escopo analisar o ativismo judicial em busca da sua compatibilização ou não com a separação dos Poderes e, em última análise, com a Constituição da República de 1988 (CR/88), texto normativo que eleva a separação a princípio fundamental.

A hipótese é a de que o ativismo judicial, por pautar-se na sobreposição da vontade do julgador à norma jurídica que foi positivada por meio de um processo político-democrático, viola a separação dos Poderes e, conseqüentemente, não encontra guarida jurídico-constitucional, daí exurgindo a sua prejudicialidade ao Estado Democrático de Direito.

O objetivo geral é delimitar um conceito para o vocábulo ativismo judicial e examinar, a partir do conceito proposto, a compatibilidade do ativismo com o princípio da separação dos Poderes e, conseqüentemente, com a Constituição da República. Tem-se como objetivos específicos investigar a teoria da separação dos Poderes, levantar as características do ativismo judicial e identificar e examinar decisões ativistas do Judiciário brasileiro.

A justificativa revela-se diante do quadro de incerteza quanto ao ativismo judicial, porque não há consenso e conclusão acerca da sua compatibilidade ou não com a separação dos

Poderes estatais. Assim, a pesquisa se apresenta relevante nos campos teórico e prático, respectivamente, porque é necessário fixar balizas à atividade do Poder Judiciário para que ele haja conforme as atribuições que lhe outorga a Constituição, e tendo em vista que tem se tornado cada vez mais comum a acusação de que algumas decisões desse Poder, inclusive em temas importantes e sensíveis, são ativistas, extrapolam a competência dele e violam a separação dos Poderes.

A metodologia consistiu na revisão da legislação pátria e da literatura nacional e estrangeira sobre o ativismo judicial e a separação dos Poderes, e no levantamento e exame de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Portanto, as fontes são bibliográficas e documentais. A técnica utilizada foi a qualitativa, notadamente a da interpretação de texto. A área geográfica da pesquisa é nacional, já que se trata de assunto que afeta todo o território brasileiro, ressaltando-se, entretanto, que doutrinas alienígenas foram utilizadas. O campo de conhecimento engloba Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito.

O presente trabalho está organizado em quatro capítulos. O primeiro deles contextualiza a separação dos Poderes, abordando o seu surgimento e evolução, as características em outros países e no Brasil e os seus atributos e traços atuais, principalmente aqueles atinentes às competências do Poder Judiciário.

O segundo capítulo trata do estudo do ativismo judicial, abrangendo seu surgimento, seu desenvolvimento nos Estados Unidos, sua ocorrência em outros países, seu conceito e suas características no Brasil.

O capítulo seguinte se centra na análise crítica de duas decisões judiciais: a do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADO 26/DF e do MI 4733/DF, que criminalizou a homofobia e a transfobia, enquadrando-as nos diversos tipos penais da Lei n. 7.716, de 8/1/1989, e a do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos REsp 1696396/MT e REsp 1704520/MT, que alargou o rol de cabimento do agravo de instrumento no processo civil para abranger hipóteses em que verificada urgência decorrente da inutilidade da apreciação da questão em recurso de apelação

Por derradeiro, fixadas as balizas teóricas e analisados os casos concretos acima, o capítulo quatro analisa o risco do ativismo judicial para a Constituição da República, diploma normativo que institui o Estado Democrático de Direito e que prevê a separação, harmonia e independência dos Poderes.

2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 Surgimento e evolução da concepção de separação dos Poderes estatais

Já na Antiguidade havia preocupação com a organização do Estado. Aristóteles, mesmo que de forma ainda imatura, notou o perigo e a injustiça na concentração de poder em um só indivíduo. Além disso, o filósofo grego identificou três funções diferentes no exercício do poder estatal, as quais denominou de “poderes”: (i) o poder responsável pela deliberação dos negócios do Estado; (ii) o poder que abrange as magistraturas ou poderes constituídos (necessários para o agir do Estado); e (iii) o poder de jurisdição (PAULA, 2014, p. 13).

Em Aristóteles é possível encontrar ligeira referência à eficiência da atribuição de poderes a mais de um indivíduo, quando menciona que é impossível na prática que um só homem preveja tudo o que nem mesmo a lei pode especificar (DALLARI, 2013, p. 215). Apesar disso o filósofo grego aceitava que as funções do Estado pudessem ser exercidas por uma mesma pessoa ou mesmo órgão (PAULA, 2014, p. 13).

Sendo assim, é possível afirmar que o pensamento formado na Antiguidade contribuiu para o arranjo político constitucional na Modernidade, mas não com uma teoria de separação dos Poderes, senão com a defesa de um governo sujeito às leis que se sobrepõem à vontade do governante (FERREIRA, 2014, p. 18).

Entre a Antiguidade e a Idade Média pouco se discutiu sobre o Estado e os regimes de governo. Todavia, na Inglaterra, houve um acontecimento importante. A Carta Magna de 1215 impôs ao Rei João Sem Terra uma série de garantias quanto a direitos civis de barões ingleses e da Igreja. A citada Carta foi uma tentativa de limitar o poder do Rei e mesmo que tenha sido negada pelos governantes subsequentes ocupou espaço importante no século XVII, quando recrudesceram as relações entre o Rei e o Parlamento, situação que levou à Revolução Gloriosa de 1688 (PAULA, 2014, p. 14).

Da Revolução Gloriosa (1688) surgiu o *Bill of Rights*, carta de declaração de direitos que conferiu independência ao Parlamento, passando a Inglaterra, a partir desse momento, a ter dois Poderes, exercidos por dois órgãos distintos: o Poder Legislativo (Parlamento), órgão coletivo autônomo de representação da sociedade incumbido da função deliberativa legislativa, e o Poder Executivo, que exercia as funções remanescentes, isto é, de administrar, governar e julgar (PAULA, 2014, p. 14).

Não é demais afirmar que a primeira expressão da separação dos Poderes estatais foi de equilíbrio de forças, e teve como ponto de nascimento o constitucionalismo inglês, no qual é possível vislumbrar a prática do equilíbrio social e institucional (BOLDRINI, 2012, p. 144).

É com John Locke, que escreveu o Segundo Tratado do Governo Civil, e com o Barão de Montesquieu, o qual é autor de O Espírito das Leis, que o constitucionalismo moderno começa a ganhar forma.

Com base na Revolução Gloriosa (1688), John Locke apontou a existência de quatro funções fundamentais do Estado, exercidas por dois órgãos. O primeiro era o Parlamento, que teria como finalidade a elaboração de leis e a determinação do modo do emprego do uso da força. O segundo era o Rei, subordinado ao Parlamento, lhe incumbindo as funções de executar as leis, de manejar a política e as relações internacionais e de agir discricionariamente quando em favor do bem público, mesmo que tenha de agir contra a lei (PAULA, 2014, p. 14-15).

Na obra citada, Locke propôs uma divisão dos Poderes da seguinte forma: Poder Executivo, Poder Legislativo (Poder predominante, supremo) e Poder Federativo, esse último uma faceta do Executivo responsável pelos aspectos externos ou internacionais do governo. Locke não fez menção ao Poder Judiciário, pois entendia que a função judicante se situava no âmbito do Legislativo (FERREIRA, 2014, p. 19-20).

Montesquieu, ao contrário de seus antecessores, se preocupou com a sistematização das diferentes funções do Estado, atribuindo cada uma delas a órgãos também distintos, pois defendia que poderes limitados proporcionam governos moderados (PAULA, 2014, p. 16). Especificamente frente a Locke, Montesquieu situa o Poder de Julgar fora do Poder Legislativo, ou seja, ambos possuem independência (FERREIRA, 2014, p. 24).

Montesquieu dedicou, dentro do Livro XI (*Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição*) de O Espírito das Leis (1748), o Capítulo VI (*Da constituição da Inglaterra*) para traçar as linhas da separação dos Poderes que ainda hoje servem como parâmetro para a formulação dos Estados ocidentais, o que fez com base na Constituição inglesa, como sugere o título. O autor realizou uma análise do Poder estatal tendo como premissa que a concentração dele acarreta perda da liberdade individual dos cidadãos¹.

O Barão de Montesquieu, na célebre obra, atingiu um nível de maturidade e densidade de conteúdo acerca dos Poderes do Estado nunca antes experimentado, nem mesmo por meio dos escritos de Locke. De fato, foi Montesquieu quem, com base na experiência principalmente

¹ Nas palavras do Barão de Montesquieu (1996, p. 168), “A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.”

inglesa, fixou as bases da organização estatal dos Estados Constitucionais ocidentais contemporâneos (PAULA, 2014, p. 17).

Para o excepcional autor a *força geral* (o poder) pode ser conferida a uma só pessoa ou a várias delas. Segundo ele, alguns pensaram que seria mais de acordo com a natureza depositar o poder nas mãos de um só, pois a natureza havia definido o poder paterno (MONTESQUIEU, 1996, p. 16).

Entretanto, esse entendimento é equivocado, afirma, já que o exemplo do direito paterno nada prova, tendo em vista que após a morte do pai quem exerce o poder são os irmãos, e após eles os primos irmãos, o que demonstra o exercício do poder por várias pessoas (MONTESQUIEU, 1996, p. 16).

Nesse sentido, Montesquieu (1996, p. 16) concluiu que o “poder político inclui necessariamente a união de várias famílias”, ou seja, pressupõe a sua distribuição nas mãos de vários, refutada qualquer intenção de concentrá-lo nas mãos de um só. Assim, “Quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma *Democracia*. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, chama-se uma *Aristocracia*.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 19, grifo do autor).

A consequência da concentração de poder em uma só pessoa, o que deve ser evitado, leva, ao fim e ao cabo, à tirania. Nas palavras do Barão de Montesquieu, “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166).

O iluminista francês via na concentração de poder um risco à liberdade individual. Necessariamente o despotismo, para o filósofo, conduz a uma agressão à liberdade individual, pois quando se concentra na mesma pessoa a função legislativa e executiva, não existe liberdade porque o mesmo monarca ou o mesmo senado pode criar leis tirânicas para executá-las também tiranicamente. Além disso, também não existe liberdade, na visão do francês, se o Poder de Julgar não for separado do Legislativo e do Executivo, porque, caso contrário, no primeiro o juiz seria um legislador, e no segundo o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Somente o poder pode limitar o próprio poder, daí resultando a importância da divisão entre Executivo, Legislativo e Judiciário², cada qual com suas funções específicas, se limitando reciprocamente ao mesmo tempo que se completam. Segundo Eber de Meira Ferreira:

² Montesquieu é enfático ao defender que “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.” (Montesquieu, 1996, p. 166). Nessa linha, ele afirma que “Existem em cada

O grande legado de Montesquieu no âmbito da chamada doutrina da separação dos poderes reside em alocar três diferentes funções, Legislativa, Executiva e Judiciária, outorgadas a titulares diferentes, de forma que, sejam independentes e ao mesmo tempo harmônicas entre si, que possuam mecanismos de controles recíproco que permitam evitar que uma se arrogue poderes absolutos ou deles abuse. (FERREIRA, 2014, p. 23).

A separação preconizada pelo filósofo francês não era absoluta. Isso porque ao mesmo tempo que os Poderes instituídos devem exercer, com exclusividade, as suas funções específicas, para isso precisam executar outras tarefas que não lhes são atinentes, do que é exemplo a figura do veto de uma lei do Parlamento. A característica de absoluto diz respeito à atividade predominante e primeira do Poder (PAULA, 2014, p. 21).

A ideia de Montesquieu era a limitação do poder absoluto do monarca, fazendo-o subordinar-se às leis. Essa aversão aos Estados Absolutistas foi determinante para a expressiva adesão à separação funcional dos Poderes nos Estados de Direito surgidos a partir das Revoluções Liberais (PAULA, 2014, p. 20).

Especificamente quanto às características de cada Poder, para o barão de *la Bréde* (1996, p. 167-168) o Poder Legislativo tem a função precípua de criar leis que valem por um tempo ou para sempre e corrigir ou anular as leis que foram feitas. Já o Poder Executivo fica incumbido de fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, instaurar a segurança e prevenir invasões. Por fim, o Poder de Julgar castiga crimes ou julga as querelas entre os particulares.

O Poder de Julgar não deve ser dado a um “senado permanente”, mas sim exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, nos termos prescritos em lei. O tribunal deve durar somente o tempo necessário (MONTESQUIEU, 1996, p. 169). É de acordo com esse modelo o tribunal do júri no Brasil, previsto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República de 1988.

Se os Tribunais não deveriam ser fixos, Montesquieu entendia que os julgamentos por eles proferidos devem sê-lo “a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 170). O autor continua dizendo que “os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei;

Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166).

são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 175).

É possível concluir que o filósofo francês colocava o Poder Judiciário às margens dos demais Poderes instituídos, com uma função aparentemente menos importante: servir como um meio entre a lei e o caso concreto. A função do juiz, na concepção dele, era de aplicador da lei existente, atuando como um verdadeiro *bouche de la loi* (Escola de Exegese).

De acordo com Ferreira:

Embora haja em Montesquieu uma preocupação com a formulação de um poder judiciário, seu papel em face dos demais poderes mostrava-se diminuto, primeiro porque ao poder legislativo cabia a expressão da vontade geral do povo, por meio de um sistema representativo, e ao poder executivo, a execução desta vontade geral, estampada na produção legislativa do órgão deliberativo. (FERREIRA, 2014, p. 27).

É nítido, assim, na obra de Montesquieu, que o Poder Judiciário possui menor importância e relevo frente aos demais, isto é, ao Legislativo e ao Executivo (PAULA, 2014, p. 18). Eram esses últimos que definitivamente, segundo o pensamento do autor, devem conduzir os rumos do Estado-nação, cabendo ao primeiro a tarefa de pacificar os conflitos sociais que eventualmente exsurtem entre os particulares ou causados pela prática de crimes.

Quanto ao Poder Legislativo, para o autor, um Estado livre tem como pressuposto que todo homem supostamente livre seja governado por si mesmo. Por isso, o povo, em conjunto, deve cuidar da atividade legislativa, mas como é impossível que todos o façam, seja nos grandes Estados, seja nos pequenos, dela devem cuidar os representantes do povo (MONTESQUIEU, 1996, p. 170).

O Poder Executivo, por sua vez, deve estar nas mãos de um monarca, porque a tarefa de aplicar as leis precisa quase sempre de uma ação instantânea, que é mais bem executada por uma pessoa só do que por várias (MONTESQUIEU, 1996, p. 172). Esse Poder deve ter o direito de limitar as iniciativas do Legislativo para que ele não se torne despótico ao outorgar-se o poder que quiser, anulando os demais Poderes (MONTESQUIEU, 1996, p. 173-174).

O Legislativo, por outro lado, não precisa ter a faculdade de limitar o Executivo, pois ele já é limitado por sua própria natureza. Além disso, o Poder de executar é exercido sempre sobre coisas momentâneas. Todavia, afirmar que o Legislativo não pode frear o Executivo não significa dizer que aquele, num Estado livre, não deve ter a faculdade de examinar de que maneira as suas leis foram aplicadas por este (MONTESQUIEU, 1996, p. 174).

Avançando na história, no século XX mudanças ocorreram na organização política dos Estados, marcadas principalmente pelo choque dos ideais burgueses de um Estado

abstencionista e a necessidade crescente de uma participação estatal na concretização de direitos fundamentais, tarefa que somente o Estado Liberal não possuía capacidade de suprir (FERREIRA, 2014, p. 31).

O Executivo ganha mais relevo e assume novas competências, o que só ocorre em razão do alargamento do sufrágio – permitindo-se o acesso político a mais classes sociais e não só à burguesa – e a intervenção do Estado na seara econômica (FERREIRA, 2014, p. 32). Dessa forma, passa ele a agir em busca do atendimento dos anseios da população no Estado Social (*Welfare State*).

Diante da ineficiência do Parlamento, o Poder Executivo assume boa parte das atividades estatais, inclusive de forma cada vez mais crescente a de legislar, o que é verificável em *terrae brasilis* a partir da edição, pela Presidência da República, de inúmeras medidas provisórias mesmo que ausentes os seus requisitos constitucionais (FERREIRA, 2014, p. 33-34). “Os parlamentos, sobretudo no século XXI, passaram a dar sinais de crise, não somente de legitimidade, mas sobretudo de ineficiência, dando terreno ao Poder Executivo para que agisse em seu lugar.” (FERREIRA, 2014, p. 33).

O Poder Judiciário, nesse contexto, teve que se readequar. Sua atividade passa a englobar o controle dos atos dos demais Poderes para que ajam em concordância com o que dispõem a Constituição e as leis, convalidando tais atos ou não (FERREIRA, 2014, p. 34).

Com o pós-Segunda Guerra Mundial, novas Constituições surgiram carregadas de direitos fundamentais, com o objetivo principal de blindar os indivíduos contra a atuação abusiva e arbitrária do Estado. O controle exercido pelo Judiciário sobre o Legislativo e o Executivo e a supremacia da Constituição tornam-se indissociáveis e assumem relevância no século XX (FERREIRA, 2014, p. 35).

A função de boca da lei do Poder de Julgar cede, em grande medida, espaço a uma função muito mais livre, criadora (e criativa) e não raro com conteúdo político. Várias questões antes abrangidas pela atividade do Legislativo e, principalmente, do Executivo, são alçadas à competência do Judiciário, que toma decisões com forte conteúdo axiológico.

Para Ferreira:

Questões complexas, as quais segundo considerável parte da crítica deveriam ser objeto do debate legislativo, ou mesmo no seio da articulação entre os Poderes Executivo e Legislativo, já que é assente na atualidade que a divisão destes órgãos deu lugar a um campo de coordenação e realização da atividade governamental, têm sido postas em debate perante o Poder Judiciário, resultando em decisões, sobretudo no âmbito do controle de constitucionalidade, que não raro tem feito às vezes de decisões políticas fundamentais, novamente tomando emprestada terminologia de Loewenstein. (FERREIRA, 2014, p. 43).

É cada vez mais árdua a tarefa de identificar a fronteira entre o *juris dicere* e seus limites contemporâneos. Com base nessa verificação, parte da doutrina jurídica tem chamado a atenção para o desvio de finalidade da atividade jurisdicional, pois ao que parece esse Poder atua como verdadeiro *decison maker* (FERREIRA, 2014, p. 43).

2.2 Separação dos Poderes na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos

O Poder Judiciário, que assumiu papel de destaque no Brasil após a Constituição da República de 1988, também assim se apresenta nas matrizes constitucionais da Inglaterra, da França e dos Estados Unidos da América, como demonstra a história mais recente desses países. Aliás, a cultura judicial estadunidense contribuiu bastante para o cenário de independência do Poder Judiciário e a possibilidade de ele controlar atos dos demais Poderes, pois ela reconhece há muito tempo o controle de constitucionalidade como um dos papéis centrais do Judiciário (BOLDRINI, 2012, p. 143).

2.2.1 Inglaterra

Na Inglaterra, o surgimento da separação dos Poderes decorreu da necessidade de equilíbrio de forças, e foi fruto de um processo demorado que se iniciou no século XIII, se consolidou no século XVII e serviu de inspiração para o Barão de Montesquieu, no século XVIII (BOLDRINI, 2012, p. 145).

A principal circunstância que levou à ascensão de ideias de controle e limitação do poder em solo inglês foi o radicalismo do poder absoluto dos reis. A monarquia absolutista era violenta e cruel com a nobreza, com o parlamento e até mesmo com membros da família real, nesse último caso em decorrência de disputas de poder (BOLDRINI, 2012, p. 146).

Em 1215, diante de excessivos tributos e arbítrios cometidos pela Coroa, os barões ingleses obrigaram o rei João Sem-Terra a assinar a Magna Carta *Libertatum*, documento por meio do qual ele se comprometia a observar certos costumes feudais, a respeitar direitos e interesses dos barões e a não decidir alguns assuntos, como tributação, sem consultar os nobres (BOLDRINI, 2012, p. 146).

Após a Revolução Gloriosa (1688), a filha de Jaime II e seu marido, Guilherme de Orange, foram levados ao poder pelo Parlamento. Os novos monarcas tiveram que assinar o

Bill of Rights (1689), documento imposto pelos Lordes que tinha como principal objetivo garantir a supremacia do Parlamento (BOLDRINI, 2012, p. 147).

Mais recentemente, modificações na legislação da Inglaterra anunciam o processo de perda de prerrogativas e competências do Parlamento, em especial da Câmara dos Lordes. Em 1999 foi aprovada lei que proíbe o acesso à Câmara dos Lordes em virtude de título hereditário de nobreza, e em 2009 foi inaugurada a Suprema Corte (*United Kingdom Supreme Courte*), instalada fora da Câmara dos Lordes e com maior independência que os antigos responsáveis por essa função judicial, os *Law Lords* (BOLDRINI, 2012, p. 148).

A Instituição da Suprema Corte na Inglaterra ocorreu por meio do *Reform Act 2005*. Essa Corte foi criada de forma separada e independente da Casa dos Lordes (*House of Lords*) – que havia acumulado, durante os séculos, funções executivas, legislativas e jurisdicionais. Com a extinção do *Appellate Committee* a partir da criação da *UK Supreme Court*, o *Lord Chancellor*, que acumulava o cargo de governo de *Lord Chancellor* (uma espécie de Ministro da Justiça), o cargo parlamentar de Presidente da Casa dos Lordes e o de magistrado, perdeu o que lhe restava de suas arcaicas funções jurisdicionais (REVERBEL, 2015, p. 19-20).

A inauguração da *UK Supreme Court* representa perda de poder dos Lordes e a ascensão do Poder Judiciário, acompanhando o fenômeno mundial atual de aumento dos poderes desse último frente ao Executivo e ao Legislativo. Segundo Boldrini (2012, p. 150), o país caminha rumo à “Juristocracia”, que não significa, na visão do autor, governo de juízes, mas sim “uma separação dos Poderes que reconheça o Judiciário como um poder independente capaz de controlar os atos das demais instituições políticas”.

2.2.2 França

Na França também esteve presente a monarquia, porém muito menos violenta que no caso inglês. Os reis franceses sempre estiveram ao lado de conselheiros do clero, que resolviam os conflitos por meio de negociação. Os monarcas franceses almejavam o poder absoluto, porém a forma como os conselheiros lidavam com a situação, sem uma mentalidade belicista, contribuiu para a expressão do poder real (BOLDRINI, 2012, p. 150).

A burguesia, almejando a defesa e a proteção dos direitos individuais contra investidas da monarquia absolutista, advogou a necessidade de criação de uma Constituição escrita. O constitucionalismo francês foi marcado pela declaração de direitos no texto da Lei Maior, respeito à liberdade individual nos moldes liberais burgueses e autonomia da esfera privada em face da pública. A primeira Constituição da França, no art. 1º, do Capítulo V, do Título III,

vedava o exercício da atividade judicante pelo Legislativo ou pelo Rei (BOLDRINI, 2012, p. 151-152).

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em solo francês em 1789, o artigo XVI prevê que “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” (DALLARI, 2013, p. 217).

2.2.3 Estados Unidos da América

Os Estados Unidos inicialmente adotaram a teoria da separação dos Poderes nos moldes originários ingleses, com um Poder Legislativo destacado. Posteriormente, revisaram esse modelo, bem alinhado à teoria de Montesquieu, e criaram um sistema de freios e contrapesos, o conhecido *checks and balances* (PAULA, 2014, p. 22).

A ideia inicial dos pais fundadores foi transferir o poder dos cargos administrativos aos legislativos locais, visando à implementação de um modelo semelhante ao parlamentarismo constitucional inglês, mas sem a figura do rei. Nessa conjuntura, as constituições das antigas 13 colônias britânicas, promulgadas em 1776, instituíram uma forma de governo *assembleística*, com órgãos legislativos locais sobrepondo-se ao Executivo (PAULA, 2014, p. 22-23).

Após verificada a fragilidade do modelo adotado quanto às relações entres os Estados-membros e entre eles e outros Estados soberanos, bem assim por influência dos defensores do Federalismo, em especial James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, foi convocada a Convenção da Filadélfia (1787), que resultou no estreitamento dos vínculos dos Estados-membros por meio da adoção da Federação, com um Executivo forte (presidencialismo) e um Poder Legislativo de supremacia mitigada (PAULA, 2014, p. 23-24).

Sobre o sistema de freios e contrapesos adotados na terra estadunidense, Paula (2014, p. 24) adverte que ele busca a efetiva cooperação entre os Poderes, razão pela qual não pode ser confundido com a fórmula de Montesquieu, que atribui a cada Poder a faculdade de refrear os demais ou impedi-los de agir contrariamente ao Direito ou ao equilíbrio constitucional. Por sua vez, no sistema dos *check and balances* cada atribuição dos Poderes é tão bem delimitada que nenhum deles pode ultrapassá-las sem que seja detido e contido pelos outros (controle recíproco).

2.3 Separação dos Poderes no Brasil

A primeira Constituição brasileira foi fortemente inspirada nos ideais burgueses do modelo francês, cuja característica era o liberalismo, a contestação ao absolutismo e a defesa à limitação do poder político do governante por meio de uma Constituição escrita. Entretanto, a primeira Carta brasileira era paradoxal, pois ao mesmo tempo em que se baseava no modelo citado, sendo feita para limitar o poder do Imperador (Dom Pedro I), garantia mecanismos adequados ao exercício do poder absoluto por ele (BOLDRINI, 2012, p. 175).

Os artigos 9º e 10, da Constituição de 1824, previam, respectivamente, que “a Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece” e que “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial” (BRASIL, 1824).

Todos os Poderes estavam submetidos ao Poder Moderador, de titularidade do Imperador. Com isso, ele possuía forte capacidade decisória sobre os assuntos políticos do país, demonstrando que a repulsa, oriunda da França, à concentração de poder em um só sujeito não foi de fato observada na primeira Constituição brasileira. A separação dos Poderes foi criada *à la brasileira*, em consonância com o anseio do príncipe Imperador.

É interessante notar que o Poder Moderador tinha raízes na França, pois foi baseado na proposta de Benjamin Constant acerca da teoria tetrapartida de poder. Segundo Constant, o Poder Executivo deveria ser dividido do poder real, cabendo esse último ao Monarca, que o exerceria para fiscalizar os demais Poderes, zelando para que nenhum deles ultrapassasse os seus limites e competências. Assim, o Poder do Monarca era neutro (COSTA, 2014, p. 146).

No Brasil, entretanto, a leitura da teoria de Constant conduziu à criação de um superpoder, responsável por permitir a ditadura monárquica brasileira. Sem dúvidas o Poder Moderador previsto na Carta outorgada de 1824 não era um corregedor de excessos, um judiciário da política, mas um Poder acima de todos os outros (COSTA, 2014, p. 146).

A segunda Constituição do país foi promulgada após a proclamação da República, em 1891. O modelo estadunidense foi usado como norte, em especial no que tange à adoção do federalismo. O Brasil passou a se chamar “República dos Estados Unidos do Brasil”. Apesar de não haver mais um Imperador com um Poder com traços nitidamente absolutistas, o Executivo ainda continuou com destaque no cenário brasileiro (BOLDRINI, 2012, p. 176).

A Constituição de 1891 previa, no art. 15, que “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (BRASIL,

1891). Nela já havia traços de controle recíproco em vista do equilíbrio entre os Poderes, como se pode conferir no art. 16, que previa que o Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (disposição semelhante existia no art. 13 da Constituição de 1824).

Por sua vez, a Constituição promulgada de 1934 trouxe logo no art. 3º a divisão funcional dos Poderes, nos seguintes termos: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.” (BRASIL, 1934). A preocupação em evitar que uma pessoa exercesse funções de mais de um Poder ocasionou na inclusão do § 2º ao artigo em apreço, com a seguinte redação: “O cidadão investido na função de um deles [Poderes] não poderá exercer a de outro.” (BRASIL, 1934).

A coordenação dos Poderes incumbia ao Senado Federal, nos termos do *caput* do art. 88, e ao Poder Judiciário era vedado conhecer de questões exclusivamente políticas, como explicitamente consignado no art. 68 (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937, a seu turno, sequer previa expressamente a separação dos Poderes. Todavia, reproduziu, em seu art. 94, a mesma redação do art. 68 da Constituição anterior, vedando ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (BOLDRINI, 2012, p. 177).

Há que se esclarecer que implicitamente havia a separação dos Poderes, pois a Constituição de 37 disciplinou, no art. 38 e seguintes, o Poder Legislativo; no art. 73 e seguintes, o Executivo; e no art. 90 e seguintes, o Judiciário (BRASIL, 1937).

O Poder Executivo, na pessoa do Presidente da República, possuía proeminência diante dos demais Poderes, o que é perceptível a partir da leitura do art. 73, com a redação dada pela Lei Constitucional n. 9, de 1945: “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País.” (BRASIL, 1937).

Com o restabelecimento da ordem democrática, em 1946, surge uma nova Constituição. Ela se preocupou em deixar claro, no art. 36: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. O § 1º previa que “O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição”, e o § 2º estabelecia ser “vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.” (BRASIL, 1946).

O Governo Federal podia intervir nos Estados para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes estaduais, conforme art. 7º, IV, e para assegurar a observância da

independência e harmonia dos Poderes, à luz do inciso VII, “b”, do mesmo artigo. O Presidente da República, caso atentasse contra a divisão dos Poderes, cometeria crime de responsabilidade, nos termos do art. 89, II, da Carta. No que concerne ao Judiciário, não havia mais previsão expressa de vedação ao julgamento de questões exclusivamente políticas (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1967 (e a de 1969, de acordo com a Emenda n.º 1, de 1969) previa no art. 6º, *caput*, serem Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1967). No entanto, a divisão funcional não se operava na prática, pois o Regime Militar, que instalou uma ditadura no país, concentrava o poder em suas mãos. De acordo com Boldrini (2012, p. 177), “instalada uma ditadura, nem será preciso dizer que a separação de Poderes, de fato, não era praticada”.

O Poder Executivo, que estava sendo controlado por presidentes militares, exercia atos de atrocidade, sejam eles no campo teórico, seja no prático, como foi o caso das perseguições, prisões arbitrárias, fechamento do Congresso Nacional e aposentadoria compulsória de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Decerto que não havia harmonia e equilíbrio entre os Poderes, pois o Executivo tudo podia e tudo fazia. O Ato Institucional n.º 5 (AI 5), previu, no art. 2º, *caput*, que o Presidente da República podia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores não só diante de estado de sítio, mas também fora dele, só voltando a funcionar quando convocados pelo Chefe do Executivo Federal, de modo que, de acordo com o § 1º, do art. 2º, era o Poder Executivo correspondente autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios (BRASIL, 1968).

O Poder Judiciário também sofreu interferências indevidas com o AI 5. O art. 6º suspendeu “as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.” (BRASIL, 1968), tudo isso ao arrepio da Constituição então vigente. A consequência da suspensão estava presente no § 1º, do art. 6º, cuja redação era no sentido de que o Presidente da República podia, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias.

Após decisão do Conselho Nacional de Segurança, por meio de um Decreto do Governo Militar de 16 de janeiro de 1969, os Ministros do Supremo Tribunal Federal Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal foram aposentados compulsoriamente. Os Ministros Antônio Carlos Lafayette de Andrada e Antônio Gonçalves de Oliveira renunciaram em protesto contra as cassações de seus pares, e acabaram oficialmente aposentados por decreto no mês seguinte (OLIVEIRA, 2014).

Foram vários os atos contrários à Constituição perpetrados pela Ditadura Militar, mas os acima citados já esboçam a inexistência da separação dos Poderes, pois o Executivo era fortalecido diante do Legislativo e do Judiciário, que viam as suas funções serem tolhidas e usurpadas por aquele.

Por sua vez, a Constituição da República de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, enquadrou como princípio fundamental a separação dos Poderes, prevendo no art. 2º serem “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O art. 60, § 4º, III, da Carta considera cláusula pétrea (imodificável, portanto) a separação dos Poderes (BRASIL, 1988).

Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 a cultura de concentrar maior poder e prestígio no Executivo ainda existe. Ilustra bem essa circunstância a edição de inúmeras medidas provisórias sem que estejam presentes os requisitos da relevância e urgência. Boa parte da legislação brasileira acaba não sendo feita por quem realmente deve exercer a atividade legiferante (o Congresso Nacional), mas pelo Executivo que, além de governar, também legisla via medidas provisórias (BOLDRINI, 2012, p. 179-180).

Ocorre que o Judiciário tem cada vez mais assumido posição de destaque, principalmente quando se vê instado a resolver questões com forte cunho político. Segundo Boldrini (2012, p. 181), os juízes têm entendido o seu papel de guardiões da Constituição e buscado cada vez mais concretizar os direitos individuais, sociais e difusos nela previstos. Caso paradigmático, segundo o autor, é a ADPF 45-MC, julgada em 29 de abril de 2004, oportunidade em que o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que não viola a separação dos Poderes decisões do Judiciário que garantam direitos, se a omissão inconstitucional violar direitos sociais.

2.4 A ascensão e o protagonismo do Poder Judiciário

O século XIX foi o século do Poder Legislativo, marcado pelo Estado mínimo, que se pautou em uma política não intervencionista. Como a sociedade tinha traços rurais, com uma vida em que o tempo transcorria de forma muito lenta, era factível que as decisões pudessem ser tomadas em um ambiente complexo: o Legislativo. Aliás, esse Poder era formado basicamente pela burguesia triunfante. Após a vitória das revoluções burguesas, essa parcela da sociedade passou a concentrar o poder político em suas mãos, ditando o caminho a ser trilhado pela sociedade nos campos econômico, social e político (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78).

No século seguinte, XX, quem roubou a cena no ambiente político-institucional foi o Poder Executivo, pois o período exigia respostas rápidas, imediatas – influência das duas Grandes Guerras Mundiais e do fenômeno da globalização econômica, que demandavam do Estado atitudes mais ativas e menos burocráticas (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78).

A seu turno, segundo Lewandowski (2009, p. 78), o século XXI é o século do Poder Judiciário, já que por várias razões os outros dois Poderes deixaram de ser protagonistas, dentre as quais se inserem a perda de legitimidade do Legislativo, a sua dificuldade em funcionar e em aprovar pautas, e a ineficiência do Executivo, que não consegue atender às demandas da sociedade.

Costa (2014, p. 166) afirma que a crise de legitimidade do Poder Legislativo, envolto em vários escândalos de corrupção; a inércia em legislar sobre questões atinentes a direitos fundamentais, como é o caso da greve do servidor público; a irradiação de teorias neoconstitucionalistas que ressaltam o papel da magistratura e o fortalecimento da jurisdição constitucional concentrada são fatores que contribuem para o robustecimento do papel dos juízes e Tribunais.

O protagonismo do Judiciário é incontestável. Tanto quem critica a ascensão desse Poder como quem aplaude há de reconhecer que ela é uma realidade. Basta acompanhar os noticiários de âmbito nacional, estadual e mesmo municipal que se nota serem constantes reportagens relacionadas a alguma decisão judicial importante e impactante.

Deve-se observar que o Poder Judiciário passou, junto aos demais Poderes e quiçá de forma mais proeminente que eles, a ser construtor da sociedade, apontando, para o bem ou para o mal, os caminhos que devem ser trilhados. A história está sendo moldada pelo Poder Julgador, e ele será cobrado por essa mesma História mais cedo ou mais tarde. Vê-se, assim, que a responsabilidade dos magistrados é grande, e a projeção de suas decisões, mormente aquelas que versam sobre direitos fundamentais e sociais e outras matérias relacionadas ao Estado-nação, é pujante.

A principal atribuição do Poder Judiciário no século XXI vai além da resolução de conflitos privados, que só interessam a sujeitos individuais. O seu papel ganhou o predicado de fundamental, pois envolve a concreção e a efetivação dos direitos fundamentais, direitos compreendidos como patrimônio da humanidade (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78).

O patrimônio de direitos assegurados não é imutável, porque condicionado às mudanças ocorridas no seio da sociedade. Por essa razão surgem diuturnamente novos direitos, que se juntam àqueles já conquistados e precisam ser materializados na prática, tendo no Judiciário o seu guardião e promotor primeiro (LEWANDOWSKI, 2009, p. 80).

Ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário ascendia como protagonista do século, o cidadão comum foi criando a consciência de que tem direitos. E mais, ele descobriu que esses direitos são exigíveis dos Poderes Públicos e podem ser postulados em juízo.

Esse fenômeno de “popularização” da Justiça é uma verdadeira quebra de paradigma. No início do século XX estar em um Fórum ou Tribunal era para poucos. Quem entrava nesses locais era o indivíduo de gravata, a elite dominante. As pessoas “do povo”, o cidadão simples e que, muito por essa razão, sofria maiores violações de direitos, ficava à margem da tutela jurisdicional, resolvendo seus problemas por conta própria, às vezes com violência (LEWANDOWSKI, 2009, p. 80).

A democratização da Justiça no Brasil, tanto no aspecto subjetivo, qual seja, as pessoas que hoje podem demandar, quanto no aspecto objetivo, isto é, quais matérias podem ser abordadas, decorreu da positivação de uma Carta Constitucional plural e inclusiva que traz em seu texto uma série de mecanismos que garantem essa democratização.

A Constituição prevê o remédio do *habeas corpus*, que pode ser impetrado “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, conforme art. 5º, LXVIII (BRASIL, 1988).

Além disso, há a figura do mandado de segurança, que será concedido para proteger “direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”, nos termos do inciso LXIX, do art. 5º (BRASIL, 1988). Ele pode ser coletivo, quando a impetração é deferida a partido político com representação no Congresso Nacional e a organização sindical, entidades de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, à luz das alíneas, respectivamente, “a” e “b”, do inciso LXX (BRASIL, 1988).

O mandado de injunção, por sua vez, é ação constitucional destinada a situações em que a “falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, de acordo com o inciso LXXI (BRASIL, 1988).

Outra ação prevista no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, da CR/88, especificamente no inciso LXXII, é o *habeas data*, destinado a “assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”, nos termos da alínea “a”, e à “retificação de

dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”, conforme alínea “b” (BRASIL, 1988).

Para preservar valores caros à sociedade o Constituinte previu a ação popular (inciso LXXIII), cuja legitimidade é dada a todo e qualquer cidadão para “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. O autor da ação popular é isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé (BRASIL, 1988).

O aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade (meio pelo qual se avalia a compatibilidade de normas infraconstitucionais com o texto constitucional) também foi decisivo para a ascensão do Judiciário. Os instrumentos do controle concentrado foram aperfeiçoados com a Constituição de 1988, alguns outros foram criados e o rol de legitimados foi estendido, não se esquecendo da possibilidade de controle difuso.

Na Constituição anterior (1967/1969), por exemplo, somente o Procurador-Geral da República era legitimado a contestar a constitucionalidade de leis perante o Supremo. O art. 114, I, “I”, dispunha a competência do STF para processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (BRASIL, 1967).

Sobre o tema, Ricardo Lewandowski leciona:

No passado, apenas o procurador-geral da República podia ingressar em Juízo no controle concentrado de constitucionalidade para eventualmente questionar alguma lei ou ato administrativo, e no passado recente nós sabemos, vivíamos no regime militar, e o procurador-geral da República era diretamente nomeado pelo presidente da República, que era o representante do alistamento militar; obviamente só eram declaradas inconstitucionais, ou o Supremo só era provocado, quando interessava aos próprios detentores do poder. Temos, portanto, um avanço extraordinário. (LEWANDOWSKI, 2009, p. 81).

Consoante o art. 103, *caput* e § 2º, da CR/88 (BRASIL, 1988), podem propor a ação direta de inconstitucionalidade – ADI, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO e a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, além do Procurador-Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nesse contexto, Gilmar Mendes argumenta que o legislador constituinte garantiu ao Procurador-Geral da República o direito de “propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.” (MENDES; BRANCO, 2017, 1193).

A consequência da previsão de rol abrangente de legitimados pela Constituição é elucidada por Mendes, que preleciona:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1193-1194).

Outros instrumentos importantes ao acesso ao Judiciário, presentes na Constituição da República de 1988, são a reclamação (art. 102, I, “I”), o recurso extraordinário (art. 102, III) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) (BRASIL, 1988).

Assim, a Constituição Cidadã inaugurou um novo modelo de controle de constitucionalidade, permitindo ao Supremo Tribunal Federal conhecer e julgar de uma miríade de questões, especialmente relacionadas a direitos fundamentais e sociais. Mas não só o mais alto órgão do Poder Judiciário se tornou legitimado a julgar toda e qualquer questão envolvendo direitos, como também as Cortes Superiores e os demais Tribunais, e até os juízes de primeiro grau, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta.

O art. 5º, XXXV, prevê, *ipsis litteris*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988). Por força da inafastabilidade da jurisdição, também chamada de princípio do acesso à Justiça, o Judiciário pátrio está autorizado a conhecer de infinitas matérias, que vão desde o divórcio e a partilha até a possibilidade de responsabilizar o Poder Público por danos ambientais.

Todas as matérias que são levadas ao conhecimento da jurisdição devem ser apreciadas e uma decisão deve ser dada (proibição do *non liquet*). O Judiciário não pode deixar de prestar jurisdição. Ele não busca intervir na realidade política, social e econômica: instado a fazê-lo, deve dar uma resposta (LEWANDOWSKI, 2009, p. 85).

A infinidade de questões que podem ser judicializadas também é consequência do fato de a Constituição ter deixado de ser uma mera carta de intenções do Legislativo para ser a lei primeira de toda a sociedade, prevendo seus fundamentos, bases e diretrizes. É extremamente

marcada pela presença de normas que carregam em si conteúdos abertos, maleáveis, gerais, que devem, não raro, ser preenchidos pelo intérprete (PAULA, 2014, p. 84-85). Por conseguinte, a Lei Maior é entendida como suprema formal e materialmente, e todas as demais normas do sistema jurídico devem ser com ela compatíveis, sob pena de vício e expurgo.

Nesse contexto, “à medida que os intérpretes adquirem liberdade cada vez maior para definir o sentido de normas, o julgador se afasta progressivamente de um modelo de aplicação essencialmente lógico, dedutivo, subsuntivo.” (ASSIS, 2011, p. 48). O intérprete passa a agir com maior liberdade, decidindo com base em valores que, ao menos hipoteticamente, estão presentes na norma e dela podem ser extraídos.

O Poder Judiciário navega na cultura do pós-positivismo [que é rechaçado por alguns juristas], uma cultura em que o direito se aproxima cada vez mais da ética. O Judiciário supera a hermenêutica tradicional, que desvenda, que descobre o direito, a partir das regras jurídicas exclusivamente; ele passou a desvendar o direito a partir dos princípios, superando a visão ortodoxa que se tinha de que os princípios seriam meras normas programáticas, ou seja, um mero programa de ação dirigido ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário: são metas, se der pra atingir, se não der, paciência; agora, realmente entende-se que os princípios são normas constitucionais dotadas de eficácia e que devem ser realmente aplicadas pelos operadores do direito em suas várias especialidades. (LEWANDOWSKI, 2009, p. 81).

A normatividade “aberta” e axiológica da Constituição aliada à falha do Executivo e do Legislativo em cumprir com suas funções típicas e atípicas, especialmente no que toca à concretização das promessas constitucionais, tornaram o Judiciário em “promotor ativo do que se pode chamar de programaticidade dirigente constitucional” (PAULA, 2014, p. 86), isto é, um enérgico participante na interpretação e promoção de direitos.

[...] o protagonismo do Poder Judiciário foi impulsionado também pela “nova” interpretação constitucional, por meio do que se reconhece que a mera subsunção do fato à norma passou a ser insuficiente para a efetiva concretização das constituições promulgadas no pós-Segunda Guerra Mundial, em que predomina o uso de conceitos abertos ou indeterminados e de princípios. (PAULA, 2014, p. 83-84).

Especificamente quanto ao Supremo Tribunal Federal, mas em lição que pode ser aplicada a todo o Judiciário, Ricardo Lewandowski (2009, p. 84) sagazmente arremata que “quase no vácuo dos demais poderes, [o STF] passa a decidir questões em que os demais poderes ou demonstrem incapacidade, ou inapetência, dada a complexidade das questões, ou até a controvérsia que certas questões suscitam”.

Claro está que esse quadro jurídico abre margem para que o Poder Julgador analise matérias de cunho eminentemente político, isto é, que estão inseridas na zona de atuação dos

demais Poderes (aqui não se cuida se isso é bom ou ruim, compatível ou incompatível com a Constituição; é somente uma constatação). Esse contexto expõe a nova “roupagem” da divisão dos Poderes, de acordo com o entendimento de Ferreira, para quem:

O princípio da separação dos Poderes ainda se mostra caro e de extrema importância ao desenvolvimento das democracias no século XXI, contudo, é certo que não podemos fechar os olhos à sua nova roupagem, dando-lhe o valor necessário sem que fiquemos presos a conceitos erigidos sob uma sociedade que não mais espelha a complexa realidade político-social contemporânea. (FERREIRA, 2014, p. 43).

Mas nada disso seria possível se a magistratura não fosse protegida de ataques dos demais Poderes e de qualquer pessoa que porventura tenha interesse em prejudicar a atuação independente do Judiciário. As garantias dos juízes são fundamentais para que o Judiciário seja forte, independente e julgue conforme o Direito.

O art. 95, da CR/88, respectivamente nos incisos I, II e III, prevê as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio a todos os juízes (BRASIL, 1988), o que proporciona que eles atuem despreocupados com reações e retaliações imorais e ilegais de quem quer que seja.

Essas mesmas garantias são asseguradas aos membros do Ministério Público, conforme dicção do art. 128, I, alíneas “a”, “b” e “c” (BRASIL, 1988). A propósito, o fortalecimento do Ministério Público também contribuiu de forma significativa para a ascensão do Judiciário, pois possui uma série de competências, previstas principalmente no art. 129, da Constituição, que o permitem atuar judicialmente em defesa de direitos.

Ao lado do Ministério Público como órgão promotor da ascensão e do protagonismo judiciário se tem a Defensoria Pública, que é a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, expressão e instrumento do regime democrático que tem como incumbência, fundamentalmente, “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º [da CR/88]”, como está previsto no art. 134, *caput*, da CR/88 (BRASIL, 1988).

Segundo o inciso LXXIV, do art. 5º, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988).

A Defensoria Pública é instituição importantíssima para assegurar o acesso de pessoas economicamente mais necessitadas às portas do Poder Judiciário. Não fosse ela, grande parcela da sociedade não conseguiria levar suas demandas adiante, pois não teria condições de custear o patrocínio de um advogado.

Portanto, não é possível dizer que o fortalecimento e a ascensão do Poder Judiciário como principal agente da sociedade atual decorre de um único fator isoladamente. São várias as circunstâncias que combinadas tornam esse momento possível, algumas mais notáveis, como as citadas ao longo desse título, outras mais secundárias, mas igualmente importantes. Certo é que o Judiciário é o protagonista do cenário atual, assumindo relevantes funções no Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário surgem discussões sobre a postura mais ativa do Poder Judiciário, que ficou conhecida como ativismo judicial. Os pontos de debate giram em torno, principalmente, da legitimidade dessa atuação frente à separação dos Poderes. O fenômeno do ativismo judicial será analisado detidamente no próximo capítulo.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Raízes históricas do ativismo: a experiência estadunidense

3.1.1 A análise de Arthur Schlesinger

Historiador, crítico social e ganhador de dois prêmios Pulitzer, Arthur Schlesinger foi um dos primeiros a escrever sobre o *judicial activism*. Segundo ele, em análise publicada em 1947 na revista *Fortune*, os embates na Suprema Corte dos Estados Unidos ocorriam por conta da presença de dois comportamentos antagônicos entre os magistrados que a compunham: uma conduta ativista (*judicial activism*), encabeçada pelos *Justices*³ Black e Douglas, e outra de autocontenção (*judicial self-restraint*). Uma posição intermediária entre as duas era ocupada pelos juízes Reed e Vinson (ASSIS, 2011, p. 145-146).

Schlesinger percebeu que os magistrados com posição ativista proferiam as suas decisões orientadas pelos resultados pretendidos. Eles viam o *New Deal*, por exemplo, como um instrumento para a concreção da justiça social e da promoção do *Welfare State*. Esse engajamento era necessário a fim de tutelar os interesses da parcela mais frágil da sociedade que buscava o Judiciário com demandas sociais incompatíveis com a autocontenção. Entendiam que, por ser o raciocínio jurídico flexível e pouco científico, não haveria respostas judiciais inatacáveis. Os recursos argumentativos seriam tão abrangentes que nos casos em que houvesse uma diferença razoável de opiniões várias repostas seriam possíveis ao juiz, sem que isso implicasse deformação da lógica jurídica⁴. As escolhas dos magistrados deveriam, dessa forma, ser orientadas pelos resultados sociais almejados (ASSIS, 2011, p. 146).

Para Schlesinger, “juízes ativistas tomam decisões de caráter político e de criação positiva do direito, orientados por seu sentido de justiça social, sem fidelidade ao sentido literal do texto constitucional.” (CAMPOS, 2014, p. 48).

Ao contrário, os adeptos da autorrestrrição judicial tomavam as suas decisões com base nos valores do processo democrático. Receosos com a noção de “justiça” de cada juiz,

³ *Justice* é a terminologia utilizada para designar os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos. O *Chief Justice* é o termo utilizado para designar o Chefe de Justiça, maior cargo do Judiciário do país (pode ser comparado ao Presidente do STF).

⁴ A propósito, Karl Larenz, no seu livro sobre a metodologia da Ciência do Direito, lecionando sobre a interpretação jurídica, afirmou: “A interpretação não é, como temos sempre e sempre sublinhado, um exemplo de cálculo, mas uma actividade criadora do espírito. [...] fica também ao intérprete, nos casos-limite – estes são, sobretudo, os que chegam à decisão dos tribunais superiores –, uma margem de livre apreciação, adentro da qual são <<plausíveis>> diferentes resoluções.” (LARENZ, 1997, p. 489).

consideravam que a interpretação da lei não podia ocorrer juntamente com a atividade política ou com escolhas éticas. A inexistência de um senso único de justiça e a impossibilidade de harmonizá-los deveria conduzir o Judiciário a uma posição de resistência ao impulso da supremacia judicial, deixando o Legislativo cumprir a tarefa para a qual eleito, criando leis para refletir o anseio da sociedade, mesmo que os juízes com elas não concordassem (ASSIS, 2011, p. 146-147).

O *Justice* Felix Frankfurter, expoente da autorrestricção, advogava que os juízes devem decidir casos e controvérsias. Não podem criar direito novo, porque é função do legislativo, em uma democracia, criar, cabendo ao Judiciário interpretar a lei sem fugir de seus limites semânticos. Caso contrário, estaria esse Poder usurpando uma competência do Legislativo que foi conferida pela população em um processo democrático. Dessa forma, o juiz não pode, para o *Justice*, reescrever a lei, alargá-la ou contraí-la (CAMPOS, 2014, p. 46).

Conforme Kmiec, o conflito existente na Suprema Corte, percebido por Schlesinger, pode ser descrito de diversas maneiras:

The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve *1447 the results the people want for better or worse. In brief, the Black-Douglas wing appears to be more concerned with settling particular cases in accordance with their own social preconceptions; the Frankfurter-Jackson wing with preserving the judiciary in its established but limited place in the American system.⁵ (KMIIEC, 2004, p. 1446-1447).

Em síntese, os juízes ativistas substituíam a vontade do legislador pela própria a fim de promover liberdades e garantir direitos de minorias, destituídos e indefesos. A seu turno, os defensores da autorrestricção entendiam que não cabe aos juízes atuar no campo da política, mas sim agir com deferência à vontade do legislador (CAMPOS, 2014, p. 43).

⁵ Em tradução livre: “O grupo Black-Douglas acredita que o Supremo Tribunal pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson defende uma política de autocontrole judicial. Um grupo está mais preocupado com o emprego do poder judicial para sua própria concepção do bem social; o outro, com a ampliação do leque de julgamentos admissíveis para os legisladores, mesmo que isso signifique sustentar conclusões que eles condenam em particular. Um grupo considera o Tribunal como um instrumento para alcançar os resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir que os outros ramos do governo alcancem os resultados que as pessoas desejam para melhor ou para pior. Em resumo, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com seus próprios preconceitos sociais; a ala Frankfurter-Jackson com a preservação do judiciário em seu lugar estabelecido, mas limitado, no sistema americano.”

Schlesinger defendia, como regra, a autorrestrrição, afirmando que se deve deixar às instituições submetidas ao controle popular o poder de decisão. Excepcionalmente, admitia o ativismo diante de ameaças às liberdades que garantem o próprio processo democrático (CAMPOS, 2014, p. 48-49).

3.1.2 O caso *Marbury vs. Madison* (1803)

A compreensão do ativismo judicial perpassa a história jurídica dos Estados Unidos da América, pois foi esse o país onde surgiram os primeiros debates sobre o tema, na doutrina e principalmente nas Cortes, com destaque para a Suprema Corte. O caso *Marbury vs. Madison*, julgado por ela em 1803, é paradigmático e visto como o principal marco do *judicial review* e do *judicial activism*.

Antes de *Marbury*, no entanto, a Suprema Corte havia sido instada a se manifestar por três vezes sobre a validade de leis: em 1796 decidiu, no caso *Ware vs. Hylton*, sobre a validade de uma lei da Virgínia em face de um tratado internacional; em 1796, no caso *Hylton vs. United States*, decidiu pela validade de lei federal confrontada com a Constituição; e em 1798, diante de *Hollingsworth vs. Virginia*, declarou inválida uma lei por confrontar a Constituição. Entretanto, em nenhuma dessas oportunidades a Corte apresentou os fundamentos que sustentavam o seu poder de se sobrepor aos demais Poderes, invalidando seus atos, em especial ao Legislativo (SANTIAGO, 2015, p. 288).

Marbury assume importância, nesse panorama, porque foi o primeiro caso levado à Suprema Corte em que ela declarou a inconstitucionalidade de um ato do Congresso Nacional e ao mesmo tempo explicou, isto é, declinou as razões do *judicial review* (SANTOS; OLIVEIRA, 2018, p. 329), justificando a sua conduta, fundamentando-a.

Marbury insere-se em um contexto político. Em 1800 os republicanos ganharam as eleições presidenciais. Derrotados nas urnas, os federalistas tomaram medidas para manter preservada a influência do partido na próxima administração, dentre elas a adoção do *Circuit Courts Act*, que reduziu de seis para cinco o número de juizes da Suprema Corte e estabeleceu seis novos tribunais no circuito, com dezesseis juizes ao todo, os quais foram rapidamente nomeados pelo presidente John Adams e aprovados pelo Senado (SANTOS; OLIVEIRA, 2018, p. 341).

Ao assumir o poder o presidente Thomas Jefferson ordenou ao Secretário de Estado James Madison que suspendesse as posses dos juizes que ainda não a haviam tomado. Uma delas era a de William Marbury que, descontente, impetrou um mandado de segurança na

Suprema Corte para obrigar Madison a realizar a sua posse (SANTOS; OLIVEIRA, 2018, p. 341). Marbury alegou a competência originária da Corte para julgar mandados de segurança contra ato de autoridades públicas, como secretários de estado do Governo Federal, com base na Seção 13, do *Judiciary Act* de 1789 (CAMPOS, 2014, p. 51).

A Suprema Corte negou o pedido formulado no mandado de segurança, sob o fundamento de que a Constituição, em seu art. III, não lhe outorgava competência para conhecer e julgar originariamente desse tipo de ação, mas tão somente jurisdição em sede recursal. Em razão disso, a Seção 13, do *Judiciary Act* de 1789, que outorgou essa competência para além do previsto no texto constitucional, padecia de vício de inconstitucionalidade (CAMPOS, 2014, p. 51).

O voto do *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury* deixou consignado o poder da Suprema Corte para julgar inconstitucional e deixar de aplicar qualquer lei que ferisse os termos previstos na Norma Superior. A lógica do *Chief Justice* era a de que a Constituição é a lei suprema do país, imodificável por meios ordinários, razão pela qual ato contrário a ela não é lei, é ato nulo que deve ser assim reconhecido pela Corte (CAMPOS, 2014, p. 52).

Explica a decisão do caso a circunstância de os Estados Unidos terem pensado, após sua independência como colônia britânica, em um sistema jurídico fundado no direito escrito. Os pais fundadores possuíam a certeza de que o poder soberano emana do povo e é materializado por meio de uma Constituição. Por essa razão, o pensamento estadunidense pautou-se na ideia de que se a Constituição é a expressão da vontade popular acerca de questões políticas, sociais e jurídicas básicas, essa Carta é soberana, devendo os três Poderes a ela obedecer. Até mesmo o Legislativo deve ser subordinado a ela, não podendo editar atos que contrariem os ditames do texto constitucional. Tal mentalidade abriu portas para mecanismos de controle de atos legislativos e executivos (SANTIAGO, 2015, p. 282).

Os Estados Unidos, ao combinarem a tradição do *common law*, herdado da Inglaterra, e a organização do Estado em Poderes harmônicos entre si e sujeitos à Carta Constitucional, abriram margem à possibilidade de juízes controlarem os atos do Poder Legislativo, o que é visto como algo natural pelo sistema judiciário do país (SANTIAGO, 2015, p. 284).

A Constituição de 1787 foi elaborada pensando na subordinação da ordem jurídica dos estados ao sistema federal, de modo a garantir a unidade da federação, e na supremacia da Constituição em face de qualquer legislação posterior, mas é omissa quanto à possibilidade de controle, por parte do Judiciário, dos demais Poderes, o que decorre, entretanto, do próprio sistema adotado de predominância da legislação federal e supremacia da Constituição (SANTIAGO, 2015, p. 286).

Ocorre que a decisão de Marshall e de seus pares não foi motivada apenas por fundamentos jurídicos, mas também políticos. Federalistas e republicanos disputavam o poder àquela época, e a suspensão da nomeação de Marbury era reflexo dessa disputa. Por isso o *Chief Justice* receava represálias vindas do presidente Jefferson, como o descumprimento da decisão e até mesmo o *impeachment* do juiz caso a Corte reconhecesse direito ao impetrante (CAMPOS, 2014, p. 53).

Marshall viu no caso um momento ideal para formular a *judicial review*, promovendo uma troca: se por um lado a Corte abriu mão de julgar o mandado de segurança nos termos previstos na Seção 13, do *Judiciary Act* de 1789, não se opondo aos interesses do presidente republicano, por outro afirmou o poder da Corte em revisar atos dos demais Poderes estatais (CAMPOS, 2014, p. 53).

Segundo Campos (2014, p. 52), a decisão em *Marbury* foi ativista em duas dimensões: a primeira porque a Suprema Corte faltou com deferência ao Legislativo, invalidando uma lei sem que houvesse na Constituição norma expressa autorizadora desse tipo de controle; segundo porque Marshall assentou um poder espetacular para a Corte sem que a Lei Maior nada dissesse especificamente sobre ele.

Para Luis Fabiano de Assis (2011, p. 148), a força política e jurídica das instituições jurisdicionais estadunidenses, em especial após *Marbury vs. Madison* (1803), deixa transparecer um “pioneiro potencial protagonismo judicial”, que ao longo do tempo foi se expandindo e gerando debates sobre a legitimidade de decisões tomadas a partir desse protagonismo, em especial em busca de respostas se tais decisões extrapolam os limites da função judicial, e se são ou não ativistas, contramajoritárias, antidemocráticas, excessivamente criativas ou indesejadas pelo legislador constituinte.

3.1.3 O caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857)

Esse é um dos casos cuja decisão tomada foi lamentável e equivocada. É um exemplo de que o ativismo judicial pode ser usado, quando for este o interesse de quem julga, para fins injustificáveis e, no caso, preconceituosos. Em *Dred Scott vs. Sandford*, 60 U.S. [19 How] 393 [1857], a *Supreme Court* entendeu que ex-escravos não tinham o direito de postular perante os tribunais federais porque careciam de cidadania estadunidense, mesmo depois de serem libertados.

O afrodescendente Dred Scott nasceu no estado da Virgínia. Foi comprado em 1820 por John Emerson, que viajou com ele de Missouri, local da compra, até Fort Armstrong,

Illinois, e de lá até Fort Snelling, Wisconsin. Esses dois últimos locais proibiam a escravidão. Quando Emerson retornou ao Missouri, Dred e sua esposa permaneceram em Wisconsin alugados a outras pessoas. Mudando-se para Louisiana, Emerson levou Scott e a esposa. Emerson morreu em Iowa, ficando Dred como herança à viúva, que continuou alugando-o para prestar serviços a outras pessoas (DRED SCOTT V. SANDFORD, 1857).

Após ter seu pedido de comprar a própria liberdade e a de sua família negado, Scott procurou o Judiciário alegando que foram legalmente emancipados por causa da residência em locais onde a escravidão era proibida. As Cortes de Missouri deram razão a Scott, mas a esposa de Emerson apelou. Nesse período ela havia se mudado para Massachusetts e tinha dado Scott ao seu irmão, John FA Sandford. A Suprema Corte do Missouri revogou as decisões anteriores e decidiu que Scott não alcançou a liberdade quando viveu em estados onde a escravidão era proibida. Quando Sandford se mudou para Nova York, Scott retomou a ação judicial em um tribunal federal (DRED SCOTT V. SANDFORD, 1857).

A questão chegou na Suprema Corte, que, em março de 1857, decidiu o caso. A Corte entendeu que Dred não tinha legitimidade processual para discutir a liberdade nas cortes federais do país, uma vez que ele não era cidadão, mas sim mero artigo de mercancia, uma pessoa pertencente a uma classe inferior e subordinada trazida como escrava para território estadunidense e que tinha sido subjugada pela raça dominante (CAMPOS, 2014, p. 54).

O *Justice* Roger Brooke Taney, que foi seguido pela maioria, argumentou que nem mesmo um escravo liberto poderia ingressar com uma ação no tribunal federal por causa da ascendência africana. Justificou seu posicionamento com base na Constituição, dizendo que os redatores dela viam os afro-americanos como seres inferiores e não pretenderam conceder o direito de ação a eles. Chegou a afirmar, também, que estender as proteções constitucionais aos afro-americanos, o que ocorreria caso reconhecida a sua cidadania, resultaria em consequências socialmente inaceitáveis, como o direito de viajar, de liberdade de expressão e de portar armas (DRED SCOTT V. SANDFORD, 1857).

Taney ainda argumentou que a V Emenda garantia a propriedade de escravos por parte dos cidadãos americanos e que, por essa razão, esse direito não podia ser validamente diminuído pelo Congresso. Dessa forma, Dred Scott não podia adquirir a liberdade por ter permanecido em Wisconsin, pois a Corte declarou a própria inconstitucionalidade da lei federal por meio da qual havia sido proibida a escravidão naquele território (CAMPOS, 2014, p. 55).

Na visão de Campos (2014, p. 55), a Suprema Corte “acabou constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do Congresso de tratar o tema. Agido dessa forma, a Corte não

foi só ativista, mas também inconsequente”. O autor continua: “A ação da Corte, como se sabe, só fez agravar a divisão político-ideológica do país, ajudando a eclosão da Guerra Civil”.

A decisão encontra-se inserida em um contexto político envolvendo o Presidente Buchanan. Ele ainda não tinha se posicionado sobre o tema, mas qualquer que fosse a sua posição ela traria consequências, tendo em vista que dentro do seu próprio partido havia posições divergentes. A estratégia do presidente para evitar o conflito foi despolitizar a questão, tornando-a judicial. Conseqüentemente, transferiu para a Suprema Corte a responsabilidade por uma decisão. Buchanan, dois dias antes do julgamento, declarou que a decisão caberia à Suprema Corte, e que qualquer que fosse o posicionamento adotado ele o acataria (CAMPOS, 2014, p. 56).

Observando o caso, Campos preleciona:

Dred Scott também apresenta importantes lições para a abordagem do ativismo judicial deste estudo: primeiro, decisões ativistas sobre temas cruciais podem responder aos propósitos de autoridades públicas que transferem para a Corte a responsabilidade por essas decisões como parte da estratégia de evitar custos políticos de medidas controversas; segundo, decisões ativistas sobre questões cruciais devem sempre ser precedidas de cálculos precisos quanto aos efeitos sistêmicos e consequências políticas; terceiro, o caráter multifacetado das decisões ativistas e isso por que *Dread Scott*, de um lado, representou uma postura agressiva e intrusiva da Corte em assunto eminentemente político e altamente controverso, mas de outro, foi construída sobre base metodológica e institucional de humildade judicial, notadamente a declarada fidelidade ao sentido original da Constituição e negação do poder de reforma ou *correção moral* da Carta. (CAMPOS, 2014, p. 57, grifo do autor).

O caso revela que o ativismo judicial serviu mais a interesses políticos que jurídicos e de justiça social. A decisão da Suprema Corte, considerada como uma das mais lamentáveis da sua história, serviu para justificar a subjugação de um povo que lutava pela merecida liberdade. Argumentos fantasiosos e teratológicos serviram para fundamentar a decisão, perpetuando um discurso de menosprezo a um grupo de indivíduos ao invés de promover a mudança da realidade social. A consequência não podia ser outra: a acentuação da divisão dentro dos Estados Unidos e a guerra civil.

3.1.4 O caso *Lochner vs. New York* (1905)

Os Estados Unidos, após a Guerra da Secessão, sentiram os efeitos da revolução industrial. Esse período foi marcado pela teoria econômica do *laissez-passer* e do *laissez-faire*, atingindo, inclusive, as relações de trabalho. Tudo era visto sob a ótica da lei da oferta e da

procura, e nem mesmo as relações contratuais entre trabalhadores e tomadores do trabalho eram exceção (FREITAS; WEDY, 2015).

O Estado de Nova York aprovou a *Bakeshop Act*, lei que limitava a jornada dos padeiros em dez horas diárias e sessenta semanais. O objetivo era proteger a saúde e o bem-estar dos trabalhadores nessa função. Grandes padarias não foram afetadas com a novel legislação. Melhor sorte, no entanto, não tiveram as pequenas padarias, a exemplo do estabelecimento localizado em Utica pertencente a Joseph Lochner (FREITAS; WEDY, 2015).

Lochner descumpriu a lei e sofreu penalidade de multa de US\$ 50,00, prevista na norma. Sentindo-se prejudicado com a *Bakeshop Act*, Lochner a impugnou em juízo, tendo ganhado a causa, por cinco votos a quatro, no Tribunal Supremo do país (FREITAS; WEDY, 2015).

No caso *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1905), o que se discutia era se a lei aprovada em Nova York era uma interferência legislativa necessária e apropriada sobre a liberdade individual dos contratantes, ou seja, saber se o legislador estadual podia ter atuado para limitar a autonomia da vontade naquela específica relação de trabalho (CAMPOS, 2014, p. 57).

O prolator do voto condutor, *Justice* Rufus Peckham, considerou que não era justo e razoável o exercício do poder de polícia estatal naquele caso, defendendo que tal interferência era desnecessária no âmbito da liberdade individual para avençar contratos de trabalho que possibilitassem o sustento do trabalhador e de sua família (FREITAS; WEDY, 2015).

Dentre os dissidentes, adotaram uma postura de autorrestrição judicial John Marshall Harlan e Oliver Holmes. O primeiro argumentou que a Corte estava a julgar uma questão de política legislativa envolta em divergências fáticas e teóricas, o que demandava deles uma postura de deferência ao legislador, representante da vontade do povo. Segundo ele, a Corte estava decidindo sem levar em consideração a capacidade deliberativa do legislador e a própria falta institucional para tratar de temas como saúde e segurança do trabalho. Continuou dizendo que uma postura de autorrestrição seria adequada ao caso, pois ao Judiciário somente é legítimo intervir em caso de restrição desarrazoada e desnecessária à liberdade, de inconstitucionalidade indubitosa (CAMPOS, 2014, p. 58).

O *Justice* Oliver Holmes, por sua vez, acusou os seus pares de decidirem com base em uma teoria econômica que não refletia a vontade de grande parte do país e que mesmo que concordassem com essa teoria rejeitada pela população, isso não seria motivo suficiente para impô-la sobre a vontade do legislador. Assim, para ele, a Corte não possuía legitimidade para

decidir pela prevalência de uma teoria econômica, pois esse papel cabia ao Legislativo (CAMPOS, 2014, p. 58).

Segundo Carlos Alexandre Campos (2014, p. 59, grifo do autor), o ativismo judicial do caso *Lochner vs. New York* se destacou, fundamentalmente, por duas razões bem delineadas: “A primeira foi que a Suprema Corte defendeu um direito absoluto de contratar sem previsão expressa no texto constitucional, apenas deduzindo-o de norma constitucional muito vaga e indeterminada como a do devido processo legal”; e a segunda “foi o fato de a Corte *Lochner* ter interferido em caso legislativo de política pública que, por sua natureza e conteúdo, exigia deferência à capacidade epistêmica do legislador”.

3.1.5 O eterno embate entre conservadores e liberais na Suprema Corte estadunidense e o papel do ativismo judicial

A história demonstra que o ativismo judicial nos Estados Unidos, em especial na Suprema Corte, assume a face da ideologia adotada pelos seus membros, os quais, por sua vez, são alinhados, em geral, à ideologia dos presidentes que os nomearam (Republicanos ou Democratas). No fim, a Corte é mais ou menos conservadora de acordo com a nomeação de seus membros, mas nunca deixa de ser ativista. Portanto, é possível afirmar, com Campos (2014, p. 60), que “A história do ativismo judicial nos Estados Unidos é marcada por um duelo político-ideológico entre conservadores e liberais pela alma da Suprema Corte”.

Tanto Democratas como Republicanos se aproveitam do ativismo judicial quando lhes é favorável, ou seja, ambos tendem a utilizar o ativismo para avançar as suas pautas político-ideológicas e atacam juízes e Cortes quando a decisão não condiz com a sua agenda (CAMPOS, 2014, p. 61).

O ativismo judicial da Suprema Corte no fim do século XIX é atrelado aos ideais liberais, em especial o *laissez faire* de Adam Smith. Entre 1880 e 1930 a Corte mostrou-se extremamente conservadora e não intervencionista, impedindo sempre que possível as tentativas do Legislativo e do Executivo de promover a evolução de políticas de proteção social, mesmo que contassem com grande apoio popular, ignorando as necessidades de minorias. Só entre 1934 e 1936 a Suprema Corte invalidou doze leis federais que versavam sobre proteção social e intervenção estatal na economia (SANTIAGO, 2015, p. 292).

O período de 1890 até 1937 ficou conhecido como Corte *Lochner*, pois a Suprema Corte era “ativista e conservadora na defesa do direito natural de propriedade e da liberdade de contrato, e hostil quanto à intervenção estatal na economia.” (CAMPOS, 2014, p. 63).

A característica do ativismo nesse período era de interferência nas políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo em conjunto com o Legislativo. A Corte agia com pouca ou mesmo nenhuma deferência às decisões importantes dos outros Poderes, o que favorecia a manutenção do *status quo* dos mais poderosos (CAMPOS, 2014, p. 63), sendo um nítido exemplo a jornada de trabalho dos padeiros no Caso *Lochner*, acima citado.

A Corte negou validade a importantes medidas do *New Deal* de Roosevelt. O Presidente dos EUA chegou a propor Emenda à constituição para nomear um juiz adicional para cada outro membro da Suprema Corte que superasse a idade de 70 anos. O plano não vingou, mas a Corte, sob essa pressão e em meio a uma ameaça de crise institucional, superou as decisões contra o *New Deal* proferidas anteriormente (CAMPOS, 2014, p. 64).

Os rumos ideológicos da Suprema Corte mudaram com as nomeações de oito juízes realizadas pelo presidente Roosevelt entre 1937 e 1943. Os novos magistrados eram alinhados com a política do *New Deal* e ligados ao Partido Democrata ou à sua administração. Em 1941 Roosevelt indicou um novo *Chief Justice*, Harlan Fisk Stone, republicano liberal que já estava na Corte desde 1925 e que sempre votou favoravelmente ao *New Deal*. Enfim, essa nova roupagem transformou a Corte conservadora em uma *New Deal Court*, acarretando a superação do ativismo judicial conservador da Corte *Lochner* (CAMPOS, 2014, p. 65).

Stone defendia o abandono do controle judicial assertivo da legislação econômica regulatória e o controle mais agudo (*strict scrutiny*) de leis que representassem uma agressão a valores da democracia, restringissem as liberdades civis básicas do cidadão ou fossem preconceituosas contra minorias discretas e insulares (CAMPOS, 2014, p. 67).

Mesmo sob oposição ferrenha do *Justice* Frankfurter, a Suprema Corte, no fim dos anos 30 e nos anos 40 adotou a doutrina pregada por Stone e passou a remodelar o seu papel na direção de combater violações do Legislativo a liberdades individuais (CAMPOS, 2014, p. 68).

Com as mortes de Murphy e Rutledge, o Presidente Truman nomeou dois juízes conservadores, Tom Clark e Serman Minton, que junto com Frankfurter formaram maioria na Corte e adotaram uma postura de autorrestrrição judicial. Diante do clima da Guerra Fria e pelo temor de ascensão do comunismo, a Corte chegou até mesmo a cancelar ações do Governo que representavam violações a liberdades fundamentais, inclusive da liberdade de expressão (Primeira Emenda) (CAMPOS, 2014, p. 68-69).

Já a partir de 1950, sob a presidência de Earl Warren, o Tribunal se preocupou mais com causas sociais e firmou a jurisdição constitucional como um mecanismo de transformação social e de defesa de direitos e liberdades, em especial das minorias (SANTIAGO, 2015, p. 293).

Destarte, quando Earl Warren assumiu o posto de *Chief Justice* em 1953, a Corte novamente mudou de direção. Warren defendia que a Constituição não tinha uma natureza estática. Para ele, ela era um “documento vivo” (*living document*), ou seja, os seus significados deveriam ser sensíveis à dinâmica social (CAMPOS, 2014, p. 69).

A Corte Warren, liberal e ativista, se consolidou com a aposentadoria de Frankfurter e a nomeação de Arthur Goldberg para o seu lugar (CAMPOS, 2014, p. 70). “Tal situação não se modificou com a substituição de Goldberg por Abe Fortas em 1965, e foi ainda fortalecida com a chegada do advogado ativista em questões raciais, Thurgood Marshall.” (CAMPOS, 2014, p. 70).

Em 1954 a Corte julgou o caso *Brown vs. Board of Education*, decidindo, unanimemente, pela inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas. Os negros poderiam, por força da decisão, frequentar as mesmas escolas que os brancos (CAMPOS, 2014, p. 72-73).

Os debates ocorridos nesse período revelam que os juízes ativistas (liberais) acreditavam que uma abordagem esclarecedora era a resposta para muitos dos problemas sociais, enquanto os juízes conservadores entendiam que as decisões judiciais deveriam assentar-se nos processos democráticos tradicionais (SANTOS, P., 2013, p. 135)

As mudanças promovidas pelo presidente Nixon, que tinha um projeto contrarrevolucionário conservador, deram, mais uma vez, nova roupagem à Corte. Ele nomeou, com as saídas de Warren, Fortas e Black, respectivamente, Warren Burger (1969) para *Chief Justice*, Harry Blackmun (1970) e Lewis Powell Jr. (1972). Burger era conservador, Blackmun liberal, e Powell Jr. moderado (CAMPOS, 2014, p. 79).

Com a saída de John Marshall Harlan, Nixon nomeou para a sua vaga o ultraconservador William Rehnquist, em 1972. Ford, presidente após a renúncia de Nixon, nomeou John Paul Stevens, que se mostraria liberal. Em 1981, foi nomeada por Ronald Reagan a juíza Sandra Day O’Connor, que não era uma conservadora de extrema direita mas votava, em geral, com os conservadores (CAMPOS, 2014, p. 79-82).

O advogado-geral de Reagan, Edwin Meese III, defendia a “jurisprudência da intenção original” dos *founding fathers* – o originalismo⁶ – em oposição à ideia da Constituição como um “documento vivo” (*living constitution*) (CAMPOS, 2014, p. 82).

⁶ Assis (2011, p. 152), baseado em Marshall, explica o originalismo da seguinte forma: “a bandeira originalista, comum no discurso conservador, prega a lealdade dos juízes ao texto normativo e à ‘intenção original’ dos legisladores”.

Reagan, com a saída de Warren Burger em 1986, nomeou Willian Rehnquist ao cargo de *Chief Justice*, e para o seu lugar nomeou um católico ultraconservador, Antonin Scalia, que se tornaria o líder intelectual do originalismo (interpretação original da Constituição). Em 1987, com a saída de Powell Jr., o Presidente nomeou Robert Bork, ultraconservador que enfrentou o Senado e não teve a nomeação confirmada. Diante disso, indicou Anthony Kennedy em 1988, o qual alinhava-se à ala conservadora (CAMPOS, 2014, p. 83-84).

Em seu primeiro governo (1989-1993), Bush nomeou David Souter e Clarence Thomas para as vagas deixadas com a aposentadoria de Brennan e Marshall. Souter se mostrou liberal, ao passo que Thomas aproximou-se de Scalia e da ala conservadora (CAMPOS, 2014, p. 84-89).

Enfim, a Corte Rehnquist foi extremamente conservadora, com alguns períodos de suavização do conservadorismo (CAMPOS, 2014, p. 84-89).

Ainda, Bush nomeou John Roberts para *Chief Justice* e Samuel Alito para a vaga de O'Connor, com o objetivo de tornar a Corte mais extremista-direitista. Anteriormente, Bill Clinton havia nomeado liberais moderados (Ruth Ginsburg e Stephen Breyer) (CAMPOS, 2014, p. 90).

Hodiernamente, em reflexo às mudanças que sofreu nos últimos anos, a Corte pode ser considerada conservadora e liberal. Ela se mostra hostil em relação a leis que regulam a economia ou limitam o poder econômico, “e isso vem ocorrendo em detrimento dos consumidores, dos trabalhadores e da equidade do processo político-eleitoral” (CAMPOS, 2014, p. 93).

Todavia, Roberts, Alito, Scalia, Thomas, Kennedy e alguns outros nomeados pelos presidentes Republicanos tem se afastado da aplicação de significados “originais” da Constituição para criar regras e princípios próprios de forma assertiva e expansiva para fazerem prevalecer o resultado que julgam mais adequado (CAMPOS, 2014, p. 92).

Após analisar os aspectos do ativismo judicial na Suprema Corte estadunidense e a evolução história da ideologia predominante na Corte, Campos leciona que:

[A história da Suprema Corte dos Estados Unidos mostra que] o ativismo judicial se revela por diferentes dimensões (interpretação constitucional e legal criativa, autoexpansão de poder decisório avanço de direitos indeterminados, falta de deferência aos outros poderes, etc.); e que ele não pode ser considerado pura e simplesmente uma atitude deliberada dos juízes, mas sim, que responde a diferentes fatores exógenos e endógenos, mais destacadamente elementos políticos que podem tanto constrangê-lo como utilizá-lo como instrumento de preservação ou mesmo ampliação de poder. Ficou claro também poderem decisões ativistas ser politicamente muito impactantes e que isso mostra como ativismo judicial e política praticam, na realidade, um jogo complexo de implicações recíprocas. (CAMPOS, 2014, p. 97).

O ativismo judicial, no exemplo norte-americano, é orientado por diversos fatores internos à Suprema Corte e externos a ela. É impossível dissociar o ativismo do jogo político. As decisões são ativistas de acordo com a necessidade da política dominante, e baseadas na ideologia dos juízes que compõem a Corte e que, por sua vez, refletem a ideologia da figura política responsável por nomeá-los. Se é possível concluir algo da experiência estadunidense é que o ativismo judicial é indissociável da política e, conseqüentemente, as decisões ativistas são decisões políticas.

3.2 O ativismo judicial ao redor do mundo

3.2.1 A experiência alemã

Não sendo exclusivas nos Estados Unidos e no Brasil, as discussões sobre o ativismo judicial estão presentes em diversos países. Cada um deles possui as suas peculiaridades quanto a esse fenômeno, mas discussões sobre a sua legitimidade democrática são comuns em todos os locais.

Na Alemanha, o protagonismo judicial tem se manifestado em questões envolvendo direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional Alemão tem se afirmado como principal intérprete da Constituição e participado direta e indiretamente da construção do sistema normativo constitucional (CAMPOS, 2014, p. 100).

Diretamente, o Tribunal influencia em matéria infraconstitucional ao declarar a nulidade ou a inconstitucionalidade de leis e por meio da interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Auslegung*). Indiretamente, a influência legislativa da Corte Constitucional se dá pela vinculação político-normativa de suas decisões sobre os Poderes Legislativo e Executivo. Os membros do Parlamento têm ajustado os seus projetos de lei à jurisprudência constitucional (CAMPOS, 2014, p. 101).

O Tribunal baseia-se na concepção dos direitos fundamentais, além de direitos subjetivos dos indivíduos, como uma ordem axiológica e hierárquica de princípios objetivos que devem vincular as ações estatais, a criação, a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico. Ordem objetiva de valores, efeito de irradiação e eficácia horizontal dos direitos fundamentais são teses adotadas pelo Tribunal (CAMPOS, 2014, p. 103-104).

Essas posições, em especial a tese da ordem objetiva de valores, promoveram uma expansão da dimensão jurídica dos direitos fundamentais. Junto a ela, ocorreu a diminuição da

margem de liberdade legislativa e o aumento da autoridade da Corte Constitucional (CAMPOS, 2014, p. 105).

3.2.2 A experiência italiana

Nota-se que em todos os países cujas cortes constitucionais praticam, cada qual à sua maneira, ativismo judicial, existiu um fator, melhor dizendo, um *motivo determinante* para a existência desse ativismo.

Uma característica comum, entretanto, às cortes consideradas ativistas (ou que praticam ativismo em algumas decisões) é o ataque a elas dirigido com base no argumento da invasão das atribuições dos demais Poderes, em especial do Legislativo, já que a discricionariedade política não é deferida ao Judiciário.

Por outro lado, as Cortes defendem e fundamentam o seu ativismo na defesa e na promoção dos direitos presentes nas respectivas Constituições, especialmente os direitos fundamentais. É o caso da Itália.

Assis cita as principais noções associadas à expressão ativismo judicial na Itália:

[...] o controle judicial de políticas públicas, o combate à impunidade de parte da classe política, o excesso de exposição midiática de alguns juízes e, em especial, também no plano da jurisdição constitucional, o protagonismo que se costuma vislumbrar na primeira fase de vida de uma nova constituição, quando se revela forte tensão entre leis velhas e a nova ordem jurídica. (ASSIS, 2011, p. 167).

Nesse país, o ativismo judicial surgiu em contexto de omissão legislativa. Com o término da Segunda Grande Guerra e o declínio do fascismo, a nova Constituição, de 1947, emergiu democrática e reconhedora de vários direitos. Entretanto, a nova Carta não foi aplicada como se esperava nos anos iniciais por dois motivos: o primeiro foi a omissão do Legislativo, que se manteve inerte, ocasionando o convívio da nova ordem constitucional com as leis fascistas; o segundo diz respeito à instalação posterior da Corte Constitucional (1956), fazendo com que durante o período compreendido entre o advento da Constituição e a instalação, a Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*), composta por membros de formação cultural e política ocorrida no período do regime político anterior, desse a última palavra sobre a constitucionalidade, apresentando um comportamento totalmente passivo (CAMPOS, 2014, p. 113-114).

Logo em seu primeiro julgamento, ocorrido em 5 de junho de 1956, a Corte Constitucional decidiu pela eficácia normativa imediata das chamadas normas constitucionais

programáticas, que eram consideradas pela Corte de Cassação como de eficácia diferida por depender de atuação do legislador para produzir efeitos. Além disso, entendeu pela possibilidade de controle direto e concentrado da constitucionalidade da legislação fascista anterior à nova Constituição (CAMPOS, 2014, p. 115-116).

A Corte Constitucional assumiu um papel político-reformista. Suas decisões tinham como finalidade a adequação da legislação fascista ao novo texto constitucional: do autoritário ao democrático. Para isso, muitas vezes os juízes italianos extrapolaram a função de dizer o direito e manipularam os sentidos das leis, adicionando significados normativos antes inexistentes ou substituindo os já existentes. Essas sentenças não ortodoxas são chamadas de sentenças manipulativas, e resultam da transformação do significado da lei, mas sem alteração formal do texto normativo (CAMPOS, 2014, p. 117).

Um dos tipos de sentença manipulativa, as sentenças aditivas foram o instrumento utilizado pela Corte para reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei omissa em algo que deveria prever, ao mesmo tempo em que supria a lacuna, “adicionando o significado normativo faltante” (CAMPOS, 2014, p. 118). Sentenças aditivas são aquelas que estendem, com base no argumento de igualdade, certa disposição jurídica prevista em lei a um grupo de pessoas que, originariamente, não era beneficiado (FERNANDES; BORGES, 2011, p. 74).

Portanto, o ativismo judicial italiano está relacionado à promulgação da nova Constituição, em 1947, e à criação do Tribunal Constitucional, em 1956, que se viu diante de uma quantidade enorme de leis incompatíveis com o novo regramento constitucional e de um Parlamento que se omitia em promover as devidas adequações na legislação infraconstitucional (FERNANDES; BORGES, 2011, p. 73-74).

3.2.3 A experiência colombiana

O ativismo judicial da Corte Constitucional da Colômbia ocorre, basicamente, em dois campos: “o controle das práticas políticas e das ações do Poder Executivo e a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos.” (CAMPOS, 2014, p. 123).

Quanto ao controle de práticas políticas e das ações do Executivo, a Corte tem proferido decisões que reduzem os poderes do Presidente, principalmente no que concerne à possibilidade de declarar estado de exceção, ou seja, perturbação da ordem, ameaça à estabilidade institucional e à segurança do Estado (CAMPOS, 2014, p. 123).

O segundo e mais destacado aspecto do ativismo judicial colombiano é a concretização dos direitos fundamentais, sociais e econômicos. Pode-se citar: descriminalização das drogas

(*Sentencia* n° C-221, de 5/5/1994) e da eutanásia, chamada de *homicidio por piedad* (*Sentencia* n° 239, de 20/5/1997); direitos plenos para os homossexuais, inclusive de constituir família (*Sentencia* n° C-577 e *Sentencia* n° T-283, ambas de 2011); ilicitude do trabalho sexual e os direitos básicos das prostitutas, inclusive trabalhistas (*Sentencia* n° T-629, de 13/8/2010) (CAMPOS, 2014, p. 125).

As decisões da Corte mostram que ela tem sido sensível às aspirações da população e tem se pautado pelo progressismo, não deixando que ideias conservadoras de parcela da sociedade, especialmente em temas delicados, impeçam a concretização de direitos garantidos constitucionalmente.

3.2.4 A experiência costa-ricense

Em 1989 a Constituição da Costa Rica foi reformada para criar uma nova Câmara à Corte Suprema de Justiça, que ficou conhecida como Sala IV. Essa nova Câmara foi criada especificamente para resolver questões constitucionais e defender os direitos fundamentais (CAMPOS, 2014, p. 132).

A Corte passou a demonstrar maior sensibilidade com questões políticas e sociais relevantes para o país, abandonando a antiga postura de deferência ao Legislativo e ao Executivo para passar a intervir de forma intensa naqueles assuntos. “Com toda esta estrutura de acesso e de ações constitucionais, a Sala IV tem exercido um interessante ativismo judicial em favor de direitos fundamentais, máxime diante da omissão dos outros poderes” (CAMPOS, 2014, p. 133).

Um exemplo de decisão ativista da Corte ocorreu no julgamento da declaração oficial do Presidente Abel Pacheco que apoiou os EUA na “guerra contra o terror”. A Câmara entendeu que tal declaração era inconstitucional por ferir, principalmente, mas não exclusivamente, o direito fundamental à paz previsto na Constituição e em Tratados Internacionais. Determinou que o Presidente requeresse aos EUA a exclusão da Costa Rica da lista de países que apoiavam as medidas antiterror (CAMPOS, 2014, p. 136).

3.2.5 A experiência canadense

No Canadá o ativismo judicial é relacionado, principalmente, às transformações institucionais promovidas pela *Canadian Charter of Rights and Freedom* (“Charter”), de 1982, norma que tem *status* constitucional. Essa legislação substituiu a *Canadian Bill of Rights*

(1960), que tinha natureza de lei ordinária. Com isso, a Suprema Corte do Canadá passou a aplicar a nova legislação e analisar a compatibilidade das demais normas com ela (CAMPOS, 2014, p. 137-138).

De acordo com Campos,

[...] a estrutura da *Charter* permitir que mesmo as decisões mais ativistas sejam revistas em meio a um **diálogo democrático** entre cortes e poderes políticos – **mecanismos institucionais da *Charter*** fazem com que a Suprema Corte não tenha a palavra final sobre a constitucionalidade das leis, sendo suas decisões, na realidade, uma etapa importante, mas não a única nem mesmo a definitiva, do processo de interpretação constitucional e infraconstitucional [...] (CAMPOS, 2014, p. 139, grifo do autor).

Duas características estruturais da *Charter* servem ao diálogo institucional: a *section* 1, que prevê que os direitos e liberdades individuais só podem ser limitados de forma razoável, e a *section* 33 (*notwithstanding*) – pouco aplicada em razão dos altos custos políticos que envolve e da impopularidade desse tipo de medida –, que permite a supressão legislativa da decisão por meio da inserção, prévia ou em nova legislação posterior ao julgamento pela Corte, de uma cláusula que afaste a mácula de inconstitucionalidade e neutralize a eficácia da decisão de inconstitucionalidade, pelo prazo de 5 anos, prorrogável por igual período (CAMPOS, 2014, p. 140-141).

A *section* 1 tem sido vista como a medida que, por excelência, promove o diálogo entre os Poderes e confere legitimidade democrática às decisões da Suprema Corte. No caso *R vs. Oakers*, a Corte assentou as balizas que indicam que a restrição da norma a direitos garantidos na *Charter* é razoável: a lei restritiva deve ter um objetivo importante, a restrição deve estar relacionada a esse objetivo, a restrição não deve ser além do estritamente necessário para o alcance do objetivo e a restrição não deve ter um efeito desproporcionalmente severo (CAMPOS, 2014, p. 142).

Se a Corte declarar inconstitucional alguma disposição ela aponta as condições sob as quais a restrição é razoável. De mãos disso, o legislador pode refazer a legislação. Todavia é possível que a Corte volte a declarar que a restrição ainda não é razoável (CAMPOS, 2014, p. 142).

3.2.6 A experiência sul-africana

Na África do Sul (assim como em outros países subdesenvolvidos, a exemplo da Índia), o ativismo judicial é bastante relacionado à concretização de direitos sociais (ASSIS,

2011, p. 166). Em países em desenvolvimento, que sofrem com problemas típicos dessa condição, como é o caso de dificuldade de concretização dos direitos sociais, o nível de litigiosidade nessa matéria é elevado, o que leva as respectivas Cortes a tomarem decisões que desaguam em aspectos do processo deliberativo político.

A Corte Constitucional da África do Sul tem se valido de modernas técnicas, como as sentenças aditivas e a modulação temporal da eficácia de suas decisões, para fazer com que o Legislativo cumpra com o seu papel de legislar, a fim de suprir as lacunas identificadas pelo Tribunal ou para aprimorar alguma norma cujos defeitos são declarados contrários ao texto constitucional. Interessante notar que o Tribunal não resolve de antemão esses problemas: ele indica o caminho e dá tempo razoável para que o ator competente (o legislador) o faça (CAMPOS, 2014, p. 145).

Por meio de sentença aditiva de princípios, a Corte considerou inconstitucional lei ordinária que não conferia às uniões homoafetivas o mesmo tratamento dado às uniões heterossexuais, entendendo que essa situação violava o princípio da igualdade. A Corte suspendeu por um ano a eficácia de sua decisão e deu ao Parlamento esse prazo para regular o tema (CAMPOS, 2014, p. 146).

Para Campos,

A prática da Corte Constitucional sul-africana ensina que uma corte pode ser ativista e ainda assim interagir com os outros poderes políticos sobre temas moral e politicamente relevantes e divisivos, ou seja, que exijam escolha alocativas de recursos – a Corte procura garantir os direitos fundamentais e sociais por meio de um equilíbrio entre endossar e redirecionar as políticas públicas transformativas do governo, entrando em diálogo com a outras instituições como forma de assegurar a melhor e mais legítima forma de realização dos valores constitucionais. (CAMPOS, 2014, p. 148)

3.3 Definição de ativismo judicial

O ativismo judicial é um fenômeno complexo, o que implica em dificuldades quanto à sua conceituação. O termo é muito genérico e pode abranger diversas situações. Bem por isso que a doutrina pontua diversas significações de ativismo, às vezes empregando o termo sem rigor técnico⁷. Adequada a colocação de Kmiec (2004, p. 1477), para quem “Today, a charge

⁷ Importante consignar que ativismo judicial e judicialização da política, em que pese relacionados, não se confundem. Na esteira de Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 56), “a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade — característica da sociedade de massas. A diminuição

of ‘judicial activism’ standing alone means little or nothing because the term has acquired so many distinct and even contradictory meanings”⁸. Contudo, ressalva o estudioso que “when explained carefully, the term can be a starting point for meaningful conversation about the judicial craft, an opportunity to ask the subsidiary questions that go beyond the superficial”⁹.

Ainda, Kmiec pondera que

Ironically, as the term has become more commonplace, its meaning has become increasingly unclear. This is so because "judicial activism" is defined in a number of disparate, even contradictory, ways; scholars and judges recognize this problem, yet persist in speaking about the concept without defining it. Thus, the problem continues unabated: people talk past one another, using the same language to convey very different concepts.¹⁰ (KMIEC, 2004, p. 1443).

Neste tópico serão analisadas as principais conceituações de ativismo a fim de se chegar a um conceito que seja suficientemente aceitável e englobe todos os “contextos” ativistas e que, ao mesmo tempo, ofereça segurança para a identificação desses contextos, diminuindo subjetivismos. A finalidade é permitir a identificação de decisões ativistas e a análise do fenômeno sob a ótica da separação dos Poderes.

Para Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 57) uma concepção de ativismo judicial “pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”. De acordo com eles:

[O ativismo é uma] conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já

da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.” Clarissa Tassinari (2012, p. 21-22), no mesmo sentido, afirma: “a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido.”

⁸ Em tradução livre: “Hoje, uma acusação de ‘ativismo judicial’ por si só significa pouco ou nada, porque o termo adquiriu tantos significados distintos e até contraditórios”.

⁹ Em tradução livre: “Quando explicado com cuidado, o termo pode ser um ponto de partida para conversas significativas sobre o ofício judicial, uma oportunidade para fazer perguntas subsidiárias que vão além do superficial.”

¹⁰ Em tradução livre: “Ironicamente, à medida que o termo se tornou mais comum, seu significado se tornou cada vez mais incerto. Isso ocorre porque o ‘ativismo judicial’ é definido de várias maneiras díspares e até contraditórias; estudiosos e juízes reconhecem esse problema, mas persistem em falar sobre o conceito sem defini-lo. Assim, o problema continua inabalável: as pessoas se falam, usando a mesma linguagem para transmitir conceitos muito diferentes.”

que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável. (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 56).

Melo Filho, a despeito de não apresentar um conceito, descreve a situação que, ocorrendo, deve ser considerada ativista. Segundo o autor o ativismo judicial pode ser identificado “como a postura ordinariamente não esperada dos magistrados no exercício de suas funções, tendo como escopo impulsionar os efeitos de suas decisões dentro e fora do processo.” (MELO FILHO, 2013, p. 20).

Marcelo Mazotti (2012, p. 22-32), em dissertação de mestrado em Direito apresentada na tradicional e prestigiada Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, delineou quatro concepções de ativismo judiciário:

- 1) ativismo como imposição da vontade do juiz e não da lei;
- 2) ativismo como expansão do Poder Judiciário;
- 3) ativismo como criação de direito; e
- 4) ativismo como realização de políticas públicas.

A partir do conteúdo, da delimitação e da identificação dessas concepções, o autor traçou um conceito de ativismo. Porém, antes de mencionar o conceito desenvolvido por Mazotti, cumpre analisar cada concepção por ele apontada.

A primeira delas é associada à imposição da *voluntas* do juiz e não da norma, que é verificável quando o magistrado deixa de lado o que prevê a Constituição e a lei para supervalorizar preferências e ideologias próprias, um verdadeiro voluntarismo judicial (MAZOTTI, 2012, p. 22).

A segunda aceção diz respeito à expansão do Poder Judiciário, é dizer, a ampliação da função jurisdicional rumo a matérias que tradicionalmente não se inserem em sua competência (MAZOTTI, 2012, p. 26).

O ativismo judicial como criação do direito, terceira compreensão, está associado à criação do direito pelo juiz, que atua como legislador positivo. A função típica do Legislativo é tomada pelos integrantes do Poder Judiciário (MAZOTTI, 2012, p. 29).

Por fim, Mazotti (2012, p. 30) fala em ativismo judicial como realização de políticas públicas. São várias as conotações inseridas nessa concepção, tais como a criação judicial ilegítima de políticas públicas que não estão presentes na Constituição ou que não foram queridas pelos demais Poderes ou a modificação ou anulação de políticas criadas pelos órgãos governamentais.

Após discorrer sobre todas essas concepções de ativismo, o autor conclui que elas não são suficientes quanto ao conteúdo e frágeis para identificar as decisões judiciais abrangidas

pelo conceito, porquanto baseadas em termos vagos e imprecisos. Assim, tais acepções não chegam a uma definição rigorosa e metodologicamente orientada.

Apesar dessas críticas, Mazotti reconhece que a concepção por ele adotada também não é rigorosa e metodologicamente orientada, mas é o que a doutrina costuma usar e o que, minimamente, demarca o ativismo judiciário. Segundo ele, o ativismo judicial é uma “concepção difusa de exercício ilegítimo do poder judicial, em que o juiz toma decisões com base em suas convicções e ideologias pessoais, em detrimento dos termos da lei e da Constituição.” (MAZOTTI, 2012, p. 33).

A seu turno, para Elival Ramos, o conceito de ativismo é ligado à transposição das funções institucionais do Poder Judiciário, que age em detrimento dos demais Poderes:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invalidado por decisões excessivamente criativas. (RAMOS, E., 2010, p. 116 apud FERREIRA, 2014, p. 67).

Campos (2014, p. 164) destaca que o termo “ativismo judicial” possui várias significações, sendo muitas vezes utilizado de forma pejorativa ou negativa. Geralmente, o termo é associado a decisões que ferem o princípio democrático e a separação dos Poderes. Noutras, de forma banal e inútil, para designar decisões com as quais não se concorda¹¹ (CAMPOS, 2014, p. 149-150). Ele, por outro lado, propõe um conceito mais neutro, evitando fazer, aprioristicamente, juízos de valor sobre as decisões ativistas.

Segundo Campos, “discutir o ativismo ou autorrestrrição judicial não é discutir se determinada decisão é correta ou não, pois isso é contingente, e sim o quanto de autoridade

¹¹ Essa situação fica bem evidente em notícias de opinião veiculadas em diversos sítios na rede mundial de computadores, portais esses baseados em diferentes ideologias. Como exemplo, cita-se a reportagem, datada de 7 de junho de 2019, do portal de extrema direita e ultraconservador *Jornal da Cidade*, cujo título é “O STF que agiu na questão das privatizações é o mesmo que fechou os olhos para as atrocidades do PT”. Nesse texto de opinião o advogado Guillermo Federico Piacesi Ramos critica a decisão do Supremo Tribunal Federal de que a União só pode privatizar, diretamente, sem o crivo do Congresso Nacional e sem licitação, as empresas subsidiárias de empresas públicas. O autor questiona o motivo pelo qual o Supremo não “percebeu” irregularidades em empréstimos, via BNDES, para outros países, realizados durante o Governo Dilma. O escritor do texto questiona: “Será que é porque a Corte deve ter pensado, nessa última hipótese, que se envolver com o tema iria gerar uma intromissão indevida no Poder Executivo, em um ativismo judicial ilegal?” (RAMOS, G., 2019).

constitucional e epistêmica a corte tinha para tomar essa decisão.” (CAMPOS, 2014, p. 156). Ele reconhece que é traço comum entre as decisões ativistas “o aumento da relevância da posição político-institucional de juízes e cortes sobre os outros atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional.” (CAMPOS, 2014, p. 152).

Para o sucesso de um conceito suficientemente adequado o autor advoga ser indispensável a identificação e “medição” do ativismo judicial, principalmente, por critérios qualitativos, pois não é possível aferi-lo seguramente apenas por critérios quantitativos, como a frequência que a corte julga inconstitucionais atos normativos de outros Poderes ou supera precedentes anteriores (CAMPOS, 2014, p. 160). A propósito, ensina Kmiec (2004, p. 1464) que “The mere fact that the Court has struck down more laws in recent years does not automatically render the individual decisions suspect”¹².

O que se deve ter em conta ao avaliar a falta de deferência do Judiciário, para Campos (2014, p. 160), é “a autoridade legal e epistêmica para a tomada de decisões, o nível de densidade normativa das disposições constitucionais utilizadas como parâmetros de validade e o grau de relevância social e de politicidade dos temas julgados.”

Outra característica indispensável do ativismo judicial que reflete na sua compreensão é o caráter dinâmico e contextual dele. Ativismo e autorrestrrição judicial variam “de sistema para sistema, de matéria para matéria, de tempos em tempos, sempre em função das particulares estruturas constitucionais, políticas, culturais e institucionais locais.” (CAMPOS, 2014, p. 162).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos se posiciona pela adoção da multidimensionalidade do ativismo judicial:

Essas decisões [ativistas] apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. (CAMPOS, 2014, p. 163).

Para o autor, as propostas que definem o ativismo judicial sob uma ótica unidimensional devem ser rejeitadas por causa de sua insuficiência epistêmica (CAMPOS, 2014, p. 201).

As decisões judiciais podem ser, ao mesmo tempo, ativistas e autorrestritivas. Veja-se o exemplo de *Marbury*: a Suprema Corte estadunidense foi ativista em reconhecer a inconstitucionalidade de legislação ordinária que lhe conferia competência não prevista na

¹² Em tradução livre: “O simples fato de o Tribunal ter derrubado mais leis nos últimos anos não torna automaticamente suspeitas as decisões individuais”.

Constituição, ao mesmo tempo em que não contrariou politicamente os interesses do Presidente Jefferson, o que demonstra a sua face autorrestritiva. Mas a dimensão ativista na solução desse caso supera a autorrestritiva, porquanto ao passo que a Corte perdeu a competência para julgar *mandamus* contra ato de autoridades do governo, inaugurou o *judicial review* (CAMPOS, 2014, p. 201-203).

Campos utilizou cinco diretrizes na construção do conceito de ativismo judicial: representa uma postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo, tem um caráter dinâmico e contextual, é limitado, favorecido ou moldado por uma série de variáveis contextuais e, por fim, possui uma estrutura adjudicatória multidimensional (CAMPOS, 2014, p. 164). Com base nisso, o autor define o ativismo judicial como

[...] o *exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.* (CAMPOS, 2014, p. 164, grifo do autor).

As dimensões do ativismo judicial, para Azevedo Campos, são: interpretação da Constituição, criação legislativa, deferência (falta dela) aos demais Poderes, afirmação de direitos, políticas públicas sociais, autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios, superação de precedentes, maximalismo, partidarismo e soberania judicial.

Ativismo judicial e interpretação da Constituição refere-se à interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais, aproveitando-se da vagueza e imprecisão para decidir sobre condutas concretas sem intermediação do legislador infraconstitucional, criando direitos e afirmando poderes implícitos ou não muito claros na Constituição. Os julgadores aproveitam-se da plasticidade das normas constitucionais e da consequente possibilidade de juízos políticos e morais para ultrapassar a barreira literal do texto (CAMPOS, 2014, p. 165-166).

Nesse ponto, importante destacar as colocações de Continentino (2012, p. 146), o qual, preocupado com a integridade do Direito, chama a atenção que mesmo diante de princípios constitucionais abstratos o intérprete não pode julgar o caso concreto ao arrepio da construção constitucional já realizada pela jurisprudência, sob pena de casuísmo jurídico, inimigo primeiro da coerência e da integridade do Direito e, ao mesmo tempo, elemento revelador do ativismo judicial. “Decisões distintas proferidas por um mesmo tribunal ou juiz em situações

semelhantes deixam transparecer um forte potencial de ativismo, além de subjetivismo e de irracionalidade judicial.” (CONTINENTINO, 2012, p. 146).

Em relação ao ativismo judicial e criação legislativa, Campos afirma que o termo é empregado para as situações em que cortes, especialmente as constitucionais e as supremas, assumem verdadeiras competências legislativas que, teoricamente, são reservadas aos outros Poderes (CAMPOS, 2014, p. 166).

Outra dimensão do ativismo, segundo Campos (2014, p. 167-168), é a falta de deferência do Judiciário à autoridade política, legal e empírica dos outros Poderes constituídos. Isso ocorre quando ele invalida os atos desses últimos, não permitindo o exercício da discricionariedade e do poder conformador, sendo exemplos o controle de constitucionalidade material de emendas constitucionais e a intervenção estatal na economia e no processo eleitoral¹³.

A afirmação de direitos é a dimensão relativa à concretização de direitos fundamentais, quando juízes ativistas utilizam de valores morais da sociedade para decidir, baseados na ideia de que os direitos humanos são justificados em princípios morais da humanidade, prévios e legitimadores da ordem jurídica (CAMPOS, 2014, p. 169).

No que concerne à dimensão de políticas públicas e sociais, ela diz respeito à prática de cortes e juízes de, literalmente, intrometerem-se em políticas públicas do Legislativo e do Executivo, não só para anulá-las, mas também para definir os seus rumos (CAMPOS, 2014, p. 170-171).

Outras três dimensões, que podem ser adjetivadas como procedimentais ou processuais, são a autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios, que ocorre quando as cortes e os juízes expandem o seu papel institucional ampliando o acesso à sua jurisdição e o seu espaço de atuação; a superação de precedentes, relacionada ao desprendimento de precedentes pelos magistrados, que os superam quando for necessário para concretizar as normas constitucionais segundo a sua perspectiva; e o maximalismo, termo empregado para decisões que estabelecem regras e princípios gerais que servirão para a resolução de casos futuros (CAMPOS, 2014, p. 171-172).

As últimas dimensões são o partidarismo e a soberania judicial. Algumas decisões são tomadas sem fundamentação em razões jurídicas, mas nas preferências político-partidárias dos juízes. Quando isso ocorre tem-se partidarismo. Por sua vez, está-se diante de soberania judicial

¹³ William Marshall aponta sete acepções presentes nas discussões sobre o ativismo judicial. A primeira acepção ligada ao termo é a atitude contramajoritária de juízes (*conter-majoritarian activism*), é dizer, a resistência manifestada na invalidação de atos dos outros Poderes democraticamente eleitos (ASSIS, 2011, p. 151).

quando a decisão judicial é tão expansiva e ambiciosa que acaba excluindo os Poderes políticos do debate e da construção do sentido da Constituição, ou seja, magistrados dão a última palavra e, por vezes, a única palavra sobre o tema (CAMPOS, 2014, p. 173-174).

Após a análise de todos os conceitos e seus fundamentos acima expostos, desenvolvidos por diversos estudiosos, impõe-se construir um conceito que esteja de acordo com a ideia deste trabalho e que sirva ao fim aqui proposto. Isso porque, como assevera Kmiec (2004, p. 1443), “The term has always embodied a variety of concepts, and it is imperative that speakers explain which meaning they seek to employ”¹⁴.

A definição deve ser suficientemente ampla para englobar os diversos “ativismos”, porém objetiva o bastante para evitar subjetivismos.

O conceito proposto é o seguinte: o ativismo judicial é a postura discricionária adotada pelo Poder Judiciário, principalmente, mas não exclusivamente¹⁵, pelas cortes constitucionais e supremas, que transcende as atividades institucionais desse Poder e invade a competência dos demais, violando a separação dos Poderes. Logo, o que se tem é uma “concepção de ativismo que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.” (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 56).

3.4 Ativismo judicial no Brasil

Após o fim da Ditadura Militar o Brasil iniciou o processo de redemocratização, que culminou com a promulgação da Constituição da República de 1988. Uma das Cartas Constitucionais mais completas e democráticas do mundo, é também a peça fundamental para entender o ativismo judicial realizado pelos magistrados no país.

A Carta de Outubro é repleta de direitos destinados à construção de uma sociedade justa e igualitária, pautada na defesa e promoção da dignidade da pessoa humana. Logo no seu art. 1º enuncia que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, sendo um de seus fundamentos, nos termos do inciso III, desse mesmo artigo, a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

¹⁴ Em tradução direta: “O termo sempre incorporou uma variedade de conceitos, e é imperativo que aqueles que o abordem expliquem qual significado eles procuram empregar”.

¹⁵ “Destaque-se que o Ativismo Judicial não pode ser considerado somente aos casos levados à Jurisdição Constitucional, mas também à Jurisdição Ordinária; assim sendo, este fenômeno se dá em todos os níveis de Jurisdição. Qualquer juiz, em qualquer decisão pode criar direito por meio de uma norma individualizada.” (SANTOS, P., 2013, p. 151).

Dentre os objetivos fundamentais da República estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esses objetivos se encontram, respectivamente, nos incisos I, III e IV, do art. 3º, da Constituição (BRASIL, 1988).

Em coerência com os fundamentos e os objetivos do país e em busca de alcançar o tão sonhado Estado de Bem-Estar Social, a Constituição concebe diversos direitos ao longo de seu texto, merecendo destaque os direitos e garantias fundamentais do art. 5º e os direitos sociais dos arts. 6º e 7º.

Como é sabido, o Estado Social almeja o bem-estar dos indivíduos, e um dos instrumentos para alcançar esse objetivo é a formulação de diversas leis, que não se confundem com as leis que preveem simples normas de conduta; são leis que prometem situações a alcançar por meio de um programa que demanda intensiva presença do Estado (DOBROWOLSKI, 1995, p. 95).

No caso brasileiro, apesar das inúmeras normas legais, o Estado falhou miseravelmente na concretização de um Estado Social. O país ainda padece de diversas mazelas, como a pobreza extrema, a falta de acesso a uma moradia digna e de qualidade, deficiências em saneamento básico, índices consideráveis de analfabetismo, saúde precária e problemas na segurança pública.

Diante desse quadro, o Judiciário avança no campo de atuação do Legislativo e do Executivo¹⁶ aproveitando-se da inércia e da ineficiência desses Poderes em concretizar as promessas feitas sob a forma de normas jurídicas nas Constituições brasileiras, em especial na vigente (FERREIRA, 2014, p. 71).

A partir da Constituição de 1988 e com a redemocratização do país, assistiu-se ao reforço do papel institucional do Judiciário. Transformações institucionais como a ampliação do acesso à justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos. (CAMPOS, 2014, p. 210).

¹⁶ “[...] é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político.” (CITTADINO, 2001/2002, p. 137).

Segundo Cittadino (2001/2002, p. 137), os “tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhes são apresentadas”. Outrossim, relata Veríssimo (2008, p. 411) que o Judiciário é enxergado como canal de representação de minorias e de grupos sociais excluídos do processo político formal.

Na visão de Paulo Junior Trindade dos Santos (2013, p. 148), a liberdade dos magistrados frente às “amarras do sistema”, deixando de ser simples boca “irresponsável” da lei, é um fenômeno extraordinário que os torna operantes não apenas para dizer, mas para livremente fazer o que os demais Poderes se omitiram de fazer.

Coadunando com esse posicionamento, Dobrowolski advoga que o Judiciário, nos tempos atuais, não pode mais exercer somente a função jurídica, técnica e secundária. “Não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sociopolítica dos dias presentes” (DOBROWOLSKI, 1995, p. 99).

Ainda, segundo o autor (1995, p. 99), o Judiciário deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos políticos, pois de outra maneira não poderá fazer frente aos excessos dos demais Poderes avantajados no Estado Social, e também não reprimirá os abusos dos poderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas.

Outro fator do ativismo nacional, possibilitado pela Constituição de 1988, diz respeito à abrangência do seu conteúdo. Bastante ampla, a Carta cuida de assuntos que não são propriamente constitucionais. São questões sociais, econômicas e públicas abordadas em diversos artigos com conteúdo axiológico amplo. A consequência prática disso é a permissão para que o Poder Judiciário se esmiúce em vários temas que residem dentro da esfera de opções políticas e legislativas (FERREIRA, 2014, p. 65-66).

Nesse mesmo ângulo, Veríssimo (2008, p. 408) aduz que o novo arranjo constitucional vivido pós-1988 constitui-se em uma espécie de fuga acelerada de temas políticos (política pública, ação governamental executiva, política representativo-partidária) para dentro do Direito e, deste, para os órgãos jurisdicionais.

Outro aspecto que contribui para o maior destaque judicial é a vontade política. Muitos temas têm sido levados propositalmente para a apreciação do Poder Judiciário pelos próprios atores políticos, motivados por fins meramente eleitorais. São assuntos que podem surtir efeitos indesejados nas próximas eleições, ou seja, que carregam consigo um custo eleitoral muito elevado. Verdadeiras reformas política, tributária e previdenciária têm sido feitas pela via

judicial, ainda que sejam pontuais, pois o debate político mostra-se contraproducente e até mesmo indesejado por serem impopulares (FERREIRA, 2014, p. 72).

A temática da homossexualidade, por exemplo, ainda hoje é tratada pelo Legislativo brasileiro de forma insuficiente. É um tema complexo que envolve diversas variáveis e interesses conflitantes. Tal como a sociedade, o Legislativo tende a evitá-lo. Em razão da inércia desse Poder diante da impopularidade do assunto, recentemente o Supremo Tribunal Federal foi chamado, no âmbito da ADO 26/DF e do MI 4733/DF, a resolver se a homofobia, prática de ódio contra homossexuais, constitui crimes de preconceito, previstos na Lei n.º 7.716/89. Em decisão do Plenário que reconheceu a mora legislativa inconstitucional, a homofobia e a transfobia foram enquadradas nos diversos tipos penais da lei acima, até que sobrevenha legislação autônoma.

O autor da ADO 26/DF foi o Partido Popular Socialista. Apesar das críticas de diversas personalidades políticas do Executivo e do Legislativo, que se insurgiram por acreditarem que o Supremo legislou (invadiu competência de outro Poder), a decisão foi cômoda ao Congresso Nacional pois evitou que seus integrantes abordassem o assunto que é bastante impopular (custo eleitoral elevado), em especial no âmbito religioso.

4 DECISÕES JUDICIAIS ATIVISTAS

Neste capítulo serão analisadas duas decisões, uma do Supremo Tribunal Federal e outra do Superior Tribunal de Justiça, que podem ser enquadradas no conceito de ativismo judicial proposto no capítulo anterior. Os casos foram selecionados em vista da relevância das matérias neles tratadas e do elevado grau de ativismo judicial praticado.

4.1 Supremo Tribunal Federal e a criminalização da homofobia: ADO 26/DF, MI 4733/DF e a criação de tipos penais por meio de decisão judicial

O Partido Popular Socialista ajuizou, em 19/12/2013, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, alegando a existência de inércia legislativa, imputável ao Congresso Nacional, o qual estaria frustrando a tramitação e a apresentação de propostas legislativas destinadas a incriminar qualquer ato que configure homofobia e transfobia, furtando da comunidade LGBTI efetiva proteção jurídico-social (BRASIL, 2019a).

A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou, em 10/5/2012, o Mandado de Injunção 4733/DF contra o Congresso Nacional, alegando que ele estava em mora quanto à criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, principalmente ofensas individuais e coletivas, e quanto à criminalização de homicídios, agressões, ameaças e discriminações motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero (BRASIL, 2019a).

Em julgamento conjunto das duas ações, o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, rejeitou o pedido, formulado na ADO, de responsabilização civil do Estado em face da alegada omissão legislativa. Para a Corte não é possível, em controle concentrado de constitucionalidade, formular pedido condenatório, pois nas ações desse tipo, dirigidas à tutela objetiva da ordem constitucional, não se discutem situações individuais ou interesses subjetivos. Com base nessa fundamentação, o Plenário rejeitou o pedido indenizatório para ressarcir danos materiais e reparar danos morais (BRASIL, 2019a).

O Ministro Relator da ADO, Celso de Mello, dela conheceu, em parte, para, nessa extensão, julgá-la procedente para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em implementar a legislação a que se referem os incisos XLI e XLII, do art. 5º, da Constituição da República, e para declarar essa omissão inconstitucional e cientificar o Congresso Nacional, para os fins do art. 103, § 2º, da CR/88, e art. 12-H, *caput*, da Lei n. 9.868/1999 (BRASIL, 2019a).

Outrossim, o Relator determinou a aplicação dos tipos penais da Lei n. 7.716/1989 aos casos de homofobia e transfobia, até que sobrevenha legislação autônoma.

O Relator argumentou que a Constituição da República impõe a punição de atos discriminatórios. Para ele, o art. 5º, incisos XLI, que prevê que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e XLII, que determina que a prática do racismo constitui crime, são mandamentos de incriminação. Nessa medida, a omissão do Congresso Nacional em adimplir os mandamentos constitucionais é ato ilícito e afronta o texto constitucional (BRASIL 2019b).

Celso de Mello considerou que o mero apelo ao legislador nem sempre é solução eficaz para dar um fim à mora, em razão da indiferença desse Poder que, levando em consideração decisões anteriores do STF, tem persistido em se manter inadimplente. Por isso, justificou, o Tribunal tem criado soluções para fazer cessar a omissão, como, por exemplo, a possibilidade de ele formular solução jurisdicional para viabilizar a aplicação da norma constitucional dotada de eficácia limitada, o que ocorreu, por exemplo, no caso da greve dos servidores públicos civis, abordado no julgamento conjunto do MI 670, do MI 708 e do MI 712 (BRASIL, 2019b).

Justificando a posição adotada, o Ministro Relator afirmou que a decisão do Supremo não configura usurpação da competência dos demais Poderes, no caso, do Legislativo:

Nessa senda, destaca-se que o procedimento hermenêutico realizado pelo Poder Judiciário objetiva extrair a necessária interpretação dos diversos diplomas legais vigentes para, em razão da inteligência e do sentido exegético que lhes der, obter os elementos pertinentes à exata aplicação do direito. Isso em nada se confunde com o processo de elaboração legislativa. Ou seja, o processo de interpretação dos textos legais e da Constituição não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais poderes da República. (BRASIL, 2019b).

Quanto à matéria de fundo, para o Ministro Relator “a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei n.º 7.716/1989 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica”. Com base na sua visão de que práticas homofóbicas e transfóbicas são formas contemporâneas de racismo, argumentou que ele se projeta “numa dimensão abertamente cultural e sociológica, a abranger até mesmo situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero” (BRASIL, 2019b).

Aparentemente preocupado com eventuais alegações de que o STF legislou sobre matéria penal, o Relator fundamentou seu voto no método da interpretação conforme a Constituição para enquadrar as práticas homofóbicas e transfóbicas no conceito de racismo, alegando que é impossível, em controle de constitucionalidade, tipificar condutas

homotransfóbicas, mas é plenamente possível subsumi-las aos diversos preceitos primários da Lei n. 7.716/1989, porquanto consistem em manifestações de racismo social (BRASIL, 2019b).

O Ministro terminou o seu voto afirmando que ninguém, nem mesmo os grupos majoritários, se sobrepõe aos princípios superiores estampados na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2019b).

O Ministro Edson Fachin foi o relator do Mandado de Injunção 4733. Ele julgou procedente a impetração para reconhecer a mora do Congresso Nacional e aplicar, com efeitos prospectivos, a Lei n. 7.716/1989 às situações de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero até que lei específica seja editada pelo Legislativo (BRASIL, 2019b).

Ele sopesou que o direito presente no art. 5º, XLI, contém efetivo mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, e que por conta da “mora do Congresso Nacional, essa ordem comporta, até que seja suprida, a colmatação pelo STF por meio de interpretação da legislação de combate à discriminação.” (BRASIL, 2019b).

Para Fachin a lacuna legislativa não decorre exclusivamente da falta de norma tipificadora (portanto, ele reconheceu a ausência de tipo penal que criminalize a homofobia e a transfobia), mas também da ofensa à igualdade, pois condutas igualmente reprováveis recebem tratamento distintos: enquanto o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional são punidos pela Lei n. 7.716/1989, a discriminação decorrente da identidade de gênero e da orientação sexual não é punida (BRASIL, 2019b).

Fachin consignou que o STF não pode substituir o legislador, mas no caso concreto havia comando constitucional para regulamentar situações concretas. Como a lei específica não foi editada pelo Parlamento, a sua falta inviabiliza o exercício de direitos, e a Constituição não exclui o mandado de injunção de qualquer seara específica de incidência (BRASIL, 2019b).

O Ministro, ainda, defendeu que não se trata de analogia *in malam partem* aplicar a lei existente sobre discriminação em sentido amplo. Por fim, secundou a decisão proferida por Celso de Mello, pois congruente com o seu voto no Mandado de Injunção, ao passo que esse último acompanhou o voto de Fachin no MI (BRASIL, 2019b).

Os Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso alinharam-se aos votos de ambos os Relatores. O primeiro enfatizou que a interpretação deve ter efeitos *erga omnes* e vinculante somente a partir da publicação do acórdão, e o segundo disse que a Lei do Racismo incide não por analogia ou interpretação extensiva, mas por causa do conceito de racismo afirmado pelo STF, que abrange a homofobia e a transfobia.

Por maioria de votos o Plenário julgou procedentes os pedidos formulados na ADO e no MI, reconhecendo a omissão legislativa e entendendo que as práticas homotransfóbicas se

qualificam como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS (caso *Ellwanger*). O Colegiado fixou a seguinte tese:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. (BRASIL, 2019c).

Ficaram vencidos, em ambas as ações, os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Os dois primeiros conheceram em parte das ações e as julgaram parcialmente procedentes somente para reconhecer a mora do Congresso Nacional e lhe dar ciência para adotar as medidas necessárias. Entenderam que somente o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal, sob pena de violação do princípio da reserva legal (BRASIL, 2019c).

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio inadmitiu o MI, diante dos limites impostos ao STF quanto à jurisdição constitucional, e admitiu a ADO em parte, para julgar, nessa extensão, improcedente o pedido, por não vislumbrar que se extraia “criminalizar” do vocábulo “punirá” previsto no art. 5º, XLI, da CR/88. Assim, não reconheceu haver omissão do Parlamento. Ainda, defendeu a proteção de minorias e de grupos socialmente vulneráveis, mas também a

preservação dos limites da separação dos Poderes e da reserva legal em matéria penal (BRASIL, 2019c).

4.1.1 Análise da decisão

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26 e no MI 4.733 demonstra que a Corte utilizou, de forma inadequada, a técnica de interpretação conforme a Constituição, conferindo novo significado às palavras raça e racismo. Consequentemente, o Tribunal criou tipos penais na Lei n. 7.716/89, uma vez que condutas inicialmente não previstas nesse diploma legal passaram a ser consideradas racismo e, portanto, fatos típicos.

A crítica aqui formulada em nada tem que ver com a criminalização de atos homofóbicos e transfóbicos¹⁷. É legítima a pretensão de proteção à população LGBTI, que historicamente é marginalizada pela sociedade, inclusive pela classe política. Todos possuem dignidade (art. 1º, III, da CR/88) porque todos são seres humanos, iguais entre si. E como também detentores de dignidade, as pessoas do grupo LGBTI merecem respeito e tratamento igualitário como qualquer outro ser humano.

O que não se pode concordar é com a criminalização de condutas pela via judicial, motivo pelo qual se tece a presente crítica à decisão do STF. A punição de atos considerados homofóbicos e transfóbicos deveria passar por ampla e democrática discussão no *locus* adequado: o Parlamento. O processo legislativo confere legitimidade (constitucional e democrática) à legislação, porque pressupõe o debate, a participação da sociedade e a obediência às normas jurídicas procedimentais que orientam a criação de leis.

A decisão da Suprema Corte efetivamente criou um novo tipo penal. Em outras palavras, o que o STF fez foi criminalizar condutas que, apesar de reprováveis, ilegítimas e repugnantes, não constituem ilícito penal, pois não se enquadram no conceito de racismo. De mais a mais, não é possível considerar que a população LGBTI é abarcada pelo conceito raça.

Segundo o art. 1º, da Lei n. 7.716/89 (BRASIL, 1989), “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou

¹⁷ Interessantes as ponderações de Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lenio Luiz Streck e Flávio Pansieri (2014), veiculadas em coluna no sítio Consultor Jurídico – CONJUR. Além de criticar a pretensão de criminalização da homofobia por meio de um mandado de injunção, os renomados juristas afirmam que tal criminalização é contrária à melhor filosofia do direito penal, representando um aceno ao direito penal máximo e a visualização dele como a resposta adequada aos problemas da sociedade.

procedência nacional”. São conceitos relevantes trazidos na lei: discriminação, preconceito, raça e racismo.

O preconceito, que não se confunde com discriminação, repousa no interior do indivíduo. “Preconceito está na esfera psicológica e diz respeito a noções falseadoras da realidade, que buscam justificar uma hierarquia socialmente construída” (JESUS, 2013, p. 63). O preconceito atinge negros, mulheres, idosos, nordestinos, deficientes, obesos (JESUS, 2013, p. 63) e, claro, homossexuais.

A discriminação se realiza na exterioridade do sujeito, sendo comportamento resultante do preconceito. Se manifesta de várias maneiras, como institucionalmente e de formas menos ostensivas e, possivelmente, mais insidiosas e difíceis de extirpar (v.g., não permanecer no mesmo local que uma pessoa homossexual) (JESUS, 2013, p. 65).

De acordo com José Claudio Monteiro de Brito Filho, a discriminação é a exteriorização do preconceito, devendo “ser compreendida como toda e qualquer conduta que se traduza em distinção, exclusão ou preferência, e que tenha por fim negar à pessoa igualdade de oportunidades ou de tratamento.” (FILHO, 2013, p. 837).

No que toca ao conceito de raça, ele é flexível. Ora se relaciona com diversidades fenotípicas, ora com questões de origem geográfica ou ancestral, e ora a elementos culturais e sociais. A ideia de raça é utilizada há muito tempo para justificar situações de dominação, sob o fundamento de que as diferenças (físicas, culturais, ancestrais, etc.) entre as pessoas comprovam distintas possibilidades de ordem moral e intelectual (JESUS, 2013, p. 57).

Conclusões de estudos científicos sobre os genes, porém, não permitem a classificação dos seres humanos em diferentes tipos de raças. Biologicamente falando não existem diferentes raças humanas. Por outro lado, enquanto conceito social a noção de raça ainda permanece relevante, já que explica as relações de hierarquia entre grupos com características diferentes (JESUS, 2013, p 59-60).

Raça, nessa conjuntura, é uma construção social, política e cultural produzida no interior das relações sociais e de poder ao longo do processo histórico; é uma categoria que diferencia, hierarquiza e subjuga diferentes grupos que são marcados fenotipicamente (JESUS, 2013, p. 60-61).

A raça é um conceito construído socialmente ligado às características físicas, morfológicas, comportamentais dos indivíduos. Aqueles que possuem características semelhantes são agrupados e classificados em uma “raça”. Desse modo, hodiernamente o uso moderno do termo se consolidou em torno das características fenotípicas (JESUS, 2013, p. 62).

“As diferenças mais comuns referem-se à cor de pele, tipo de cabelo, conformação facial e cranial, ancestralidade e genéticas” (SANTOS et al., 2010, p. 124).

Comentando o art. 1º, da Lei 7.716/89, Ricardo Antonio Andreucci (2013, p. 64) explica que raça deve ser entendida como “cada um dos grupos em que se subdividem algumas espécies animais (no caso específico da lei – o homem), cujos caracteres diferenciais se observam através das gerações (p.ex., raça branca, amarela, negra).”

Em relação ao racismo, ele “é um comportamento, uma ação resultante de aversão, por vezes, de ódio, em relação a pessoas que possuem um pertencimento racial observável por meio de sinais, tais como cor de pele, tipo de cabelo, formato dos olhos, etc.”, e resulta “da crença de que existem raças ou tipos humanos superiores e inferiores, a qual se tenta impor como única e verdadeira.” (MUNANGA, 2006, p. 179 apud JESUS, 2013, p. 70).

De acordo com Andreucci:

O termo “racismo” geralmente expressa o conjunto de teorias e crenças que estabelecem uma hierarquia entre as raças, entre as etnias, ou ainda uma atitude de hostilidade em relação a determinadas categorias de pessoas. Pode ser classificado como um fenômeno cultural, praticamente inseparável da história humana.

A “discriminação”, por seu turno, expressa a quebra do princípio da igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferência, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas.

Já o “preconceito” indica opinião ou sentimento, quer favorável, quer desfavorável, concebido sem exame crítico, ou ainda atitude, sentimento ou parecer insensato, assumido em consequência da generalização apressada de uma experiência pessoal ou imposta pelo meio, conduzindo geralmente à intolerância.

Portanto, em regra, o racismo ou o preconceito é que levam à discriminação. (ANDREUCCI, 2013, p. 63).

A homofobia e a transfobia não se enquadram nos tipos penais da lei de racismo. A partir dos conceitos expostos acima é possível inferir que a comunidade LGBTI não pode figurar como uma “raça”. Apesar de a raça ter definição construída socialmente, seu conteúdo é relacionado a circunstâncias fenotípicas, e a comunidade LGBTI não é agrupada levando em consideração questões fenotípicas (como a morfologia e a cor da pele). Pelo contrário, o grupo tem em comum a orientação sexual ou a identidade de gênero.

É plenamente possível e factível a ocorrência de preconceito e discriminação contra o grupo LGBTI. Como dito ao norte, o preconceito está no âmbito psicológico do indivíduo e a discriminação no mundo exterior. Na sociedade são inúmeros os preconceitos dirigidos à comunidade LGBT (p.ex., demonstrações de afeto entre pessoas do mesmo sexo, como o beijo, ser considerado impróprio, banal e digno de censura), e corriqueiros os casos de discriminações (e.g., expulsar pessoas homossexuais de um espaço físico porque estão demonstrando afeto).

Ocorre que essas situações não configuram racismo, assim entendido como a conduta de aversão a pessoas em razão de suas características fenotípicas (raça).

Não se pode querer igualar racismo e discriminação¹⁸. Ao passo que todo racismo é discriminação, nem toda discriminação é racismo porque ele é apenas uma das espécies do gênero discriminação. Esclarecedoras são as palavras de Filho:

Observe-se, ainda, a respeito da discriminação, que ela designa genericamente toda e qualquer hipótese de distinção, preferência ou exclusão, pelo que, mesmo suas formas mais conhecidas, como o racismo e a intolerância religiosa, devem ser vistas como espécies do gênero, ou formas qualificadas de discriminação, a partir de um estereótipo ou de um estigma determinado. (FILHO, 2013, p. 837).

Nesse diapasão, somente lei específica prevendo a repressão contra condutas discriminatórias motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero teria o condão de criminalizar a homofobia e a transfobia, uma vez que elas não estão abarcadas pelas normas da Lei n. 7.716/89.

Mesmo que se entenda que o art. 5º, XLI, da Constituição, o qual prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988), impõe que a punição de condutas discriminatórias ocorra na seara penal, esse dispositivo possui baixa densidade normativa, de modo que para que seja aplicado necessita da atuação do legislador infraconstitucional (FILHO, 2013, p. 838), que acabou sendo substituído pelo STF no julgamento da ADO e do MI sob análise.

Os efeitos gerados pelo art. 5º, XLI, da Carta Cidadã são limitados aos comuns a toda e qualquer disposição constitucional, quais sejam, a proibição de o Estado atuar contra tal disposição, manifestada pela proibição de criar normas contrárias ao dispositivo e pela proibição de revogar normas editadas com o intuito de punir a discriminação; e a imposição de excluir do ordenamento jurídico qualquer norma anterior que seja incompatível com o inciso (FILHO, 2013, p. 838).

Não se está a dizer que a discriminação motivada pela orientação sexual e pela identidade de gênero não possa ser reprimida, sem a edição de norma infraconstitucional, nos campos civil, trabalhista e administrativo. O que não pode, como, equivocadamente, fez o STF,

¹⁸ Para uma posição contrária e minoritária, cf. Adilson Moreira (2019, p. 32-33): “Também queremos problematizar algo presente na doutrina, na legislação e na jurisprudência brasileira: a noção de que racismo e injúria possuem naturezas distintas. Todas as ofensas raciais possuem uma dimensão objetiva, porque incidem sobre uma forma de identidade. As pessoas são ofendidas porque fazem parte de um determinado grupo, razão pela qual a classificação da injúria como crime dirigido a um indivíduo particular e o racismo como um delito que ofende uma comunidade de pessoas carece de sentido. O sentimento de honra tem uma dimensão coletiva, porque estigmas raciais afetam a reputação social de todas as pessoas negras.”

é criminalizar essas condutas, posto que no Direito Penal “não há possibilidade de atuação sem lei expressa que defina o crime e a pena. No aspecto repressivo, na esfera penal, dessa forma, somente havendo lei será possível sancionar o ato de discriminação.” (FILHO, 2013, p. 838).

A Constituição é muito clara ao dispor, no art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988). A mesma previsão está presente no art. 1º, do Código Penal.

Trata-se do princípio da legalidade, pelo qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato tenha sido criada lei que o defina como tipo delitivo e preveja a respectiva sanção. O princípio é uma garantia do cidadão, constituindo uma limitação ao poder estatal de interferir nas liberdades individuais (CALLEGARI, 2013, p. 821).

O Supremo Tribunal, apesar de negar, valeu-se da analogia para aplicar os tipos penais da Lei n. 7.716/89 aos casos de homofobia e transfobia. Essa forma de integração do ordenamento jurídico, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal atinente a um caso semelhante, é vedada em Direito Penal quando prejudicar o agente, pois vige, como visto, o princípio constitucional da legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (GRECO, 2015, p. 93).

Nesse sentido, assevera Rogério Greco (2015, p. 94) ser vedado ampliar “o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador”, pois é terminantemente proibido o recurso à analogia quando for utilizada para prejudicar o indivíduo, a chamada analogia *in malam partem*.

Para contornar essa situação o STF utilizou, de forma inadequada, a técnica de interpretação conforme a Constituição, prevista no parágrafo único, do art. 28, da Lei n. 9.868/99, *ipsis litteris*:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1999).

A partir da interpretação conforme se prefere, entre duas interpretações possíveis de uma lei, a que se revele compatível com a Constituição, ou seja, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1411-1413). Trata-se, assim, de não se considerar nula

uma lei quando dela se pode extrair uma interpretação compatível com o texto constitucional (STRECK, 2014a, p. 746).

As decisões do Supremo Tribunal Federal na ADO e no MI não escolheram, diante de várias possibilidades, uma interpretação da Lei n. 7.716/89 que se mostrasse compatível com a Constituição. Em verdade, essa legislação nem estava sob apreciação do Tribunal, assumindo posição incidental ou secundária no julgamento, porque serviu tão somente como norma-base para a analogia *in malam partem*.

O STF adicionou novo significado à Lei do Racismo. Inseriu em seus dispositivos situações que não eram por eles abrangidas originariamente, incorrendo no que a doutrina chama de decisões manipulativas de efeitos aditivos¹⁹. Segundo Gilmar Mendes, o STF já se valeu, em vários casos, da técnica da interpretação conforme para adicionar sentidos às normas. Ou seja, “a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1416, grifo do autor).

Uma decisão é manipulativa quando o órgão de jurisdição constitucional “modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1416).

As decisões manipulativas são distinguidas em duas categorias: decisões manipulativas de efeitos aditivos e decisões manipulativas com efeito substitutivo. Essa última se verifica quando o tribunal declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina no lugar de outra, substituindo a disciplina conferida pelo Poder Legislativo por outra que seja concordante com a Constituição. A seu turno, as decisões aditivas, que importam para a presente análise, são aquelas em que a corte declara a inconstitucionalidade de um dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou o seu âmbito de incidência (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1417).

Sobre as sentenças aditivas, Streck ensina:

Não é novidade esse tipo de decisão. Lafuente Balle também denomina esse tipo de sentença de *aditiva*, pela qual o Tribunal dá provimento ao recurso e adiciona ao conteúdo normativo da disposição impugnada uma regulação que faltava para

¹⁹ Como visto nos tópicos 2.2 e 2.6, as sentenças aditivas marcam o ativismo judicial das Cortes Supremas italiana e sul-africana.

assegurar sua conformidade com a Constituição, ou como *sentença manipulativa*²⁰, que se caracteriza toda vez que o Tribunal acolhe um recurso e altera o conteúdo normativo da disposição impugnada, substituindo a norma contrária à Constituição por outra de acordo com a Constituição. Nas sentenças aditivas, o texto da disposição legal impugnada permanece inalterado. A decisão declarará que esta nova norma se infere do conteúdo da Constituição e que sua adição à disposição recorrida resulta determinante para assegurar a constitucionalidade desta. Nas sentenças manipulativas, por outro lado, ocorre a substituição do texto impugnado. (STRECK, 2014a, p. 763, grifo do autor).

Streck ainda ressalta a impossibilidade de sentenças manipulativas em matéria penal, por força do princípio da legalidade:

E não se diga que o princípio da legalidade impede, em matéria, penal, a imposição de sentenças manipulativas. Como bem observa Medeiros, o Tribunal Constitucional italiano considera que este princípio não lhe permite intervenções modificativas da medida da pena ou da *fatispécie* incriminadora que agrave a posição dos réus. Aliás, atendendo à proibição de retroatividade das normas incriminadoras menos favoráveis ao réu e à exigência da relevância da decisão de inconstitucionalidade no processo *a quo*, a extensão do âmbito de uma norma incriminadora mais desfavorável ao acusado constitui uma “eventualidade totalmente remota” em sistemas, como o italiano, que assentam a fiscalização da constitucionalidade num controle concreto e incidental. Em contrapartida, *quando esteja em causa “uma espécie de reformatio in melius, a Corte Constitucional admite a opção pela decisão modificativa”*. (STRECK, 2014a, p. 763, grifo do autor).

A interpretação conforme a Constituição possui limites que resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada “vontade do legislador”. Portanto, só é admissível quando “não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1415). Ao adicionar sentidos à Lei n. 7.716/89, alargando a abrangência dos conceitos de raça e racismo, o STF não observou esses limites da interpretação conforme. Houve violação à expressão da lei (limites semânticos) e ao próprio sentido normativo nela impregnado.

Esclareça-se, com Lenio Streck, que a interpretação conforme não autoriza o julgador a decidir criando direito novo, melhor dizendo, legislando:

À evidência, isso não significa dizer que o Judiciário se transformará em legislador positivo. O instituto da interpretação conforme e os demais mecanismos hermenêuticos não têm o condão de transformar o Poder Judiciário em um órgão que está acima da Constituição. (STRECK, 2014a, p. 747).

²⁰ Streck diferencia as decisões aditivas das manipulativas. As decisões manipulativas, na doutrina de Streck, são as decisões manipulativas com efeito substitutivo.

Até mesmo quem defende a possibilidade de o STF, nas hipóteses de injustificada omissão legislativa, satisfazer normativamente o direito constitucionalmente consagrado, vê com cautela o suprimento, pelo Judiciário, da mora legislativa em matéria penal. É o caso de Alves Jr. (2015, p. 191) que, comentando a ADO 26 e o MI 4.733 em artigo publicado antes do julgamento delas, afirmou que “se acolhida a pretensão, o STF estará tipificando penalmente condutas inconvenientes, civilmente ilícitas, imorais na perspectiva liberal, mas que ainda não são criminosas. Seria um passo demasiadamente largo e absurdamente perigoso”. O autor ainda afirma ser necessário vigilância sobre o STF para que ele não caia na “tentação diabólica” de inovar o ordenamento jurídico mediante a criação de tipos penais. Segundo Alves Jr., seria o “começo do fim. Nessa linha, só restaria ao Tribunal também criar tipos tributários e, como supremo ápice de seu ativismo, decretar a inconstitucionalidade de preceito normativo constitucional originário.” (ALVES JR., 2015, p. 192).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, usou como pretexto a interpretação conforme para proferir uma decisão aditiva, acrescentando no conceito de raça da Lei n. 7.716/89 um grupo que não era por ele originariamente abarcado, e considerando como racismo as condutas homofóbicas e transfóbicas. A consequência foi, apesar de contestado pelo Tribunal, a ocorrência de analogia *in malam partem*, vedada pelo ordenamento constitucional vigente por força do princípio da legalidade insculpido no rol de direitos e garantias da Constituição, mais precisamente no inciso XXXIX²¹.

Aqui, uma ironia como última observação: o Ministro Celso de Mello, em seu voto, disse, como mencionado linhas acima, que ninguém está acima da Constituição. Mas, pelo visto, o STF não segue a mesma regra. O guardião da Constituição, a pretexto de cumpri-la, a viola sem pudores.

4.2 Superior Tribunal de Justiça e a taxatividade mitigada do rol de cabimento do agravo de instrumento: REsp 1696396/MT e REsp 1704520/MT

²¹ Nesse mesmo sentido, defende Clève et al. (2014): “Na medida em que a CF não estabelece a obrigação de criminalizar a homofobia, o deferimento do Mandado de Injunção faria com que o Judiciário legislasse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus. Como já referido, a CF estabelece a obrigação de criminalizar o racismo, mas a extensão do conceito de racismo para a homofobia ou transfobia é um claro exercício do que se poderia designar de *panhermeneutismo*, sem considerar aqui a ocorrência da absolutamente vedada analogia *in malam partem*. Não há abrigo constitucional para tal.”

Os REsp 1696396/MT²² (BRASIL, 2018a) e REsp 1704520/MT²³ (BRASIL, 2018b), ambos de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foram julgados pela Corte Especial do STJ em 5 de dezembro de 2018, tendo ocorrido a publicação do acórdão no Diário de Justiça Eletrônico em 19 de dezembro do mesmo ano. Nesses recursos, processados e julgados sob o rito dos repetitivos (Tema 988), o Tribunal assentou ser possível a interposição de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que não estejam previstas nas hipóteses do art. 1.015, do CPC²⁴, desde que verificada urgência decorrente da inutilidade da questão em recurso de apelação.

A Corte Especial do Tribunal Superior fixou a seguinte tese para o Tema Repetitivo 988: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” (BRASIL, 2018a).

O objetivo dos recursos era definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015, do CPC, e verificar a “possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.” (BRASIL, 2018a, p. 8).

A Relatora assentou, em seu voto, que a exposição de motivos da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto que se tornou o PLS/166/2010 previu que o agravo de instrumento somente seria cabível nos casos para os quais houver previsão legal expressa. A Ministra reconheceu que, “ao que tudo indica”, houve uma “consciente e política opção do legislador pela taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento” (BRASIL, 2018a, p. 25-27).

²² A Certidão de Julgamento, a Ementa, o Acórdão e os votos dos Ministros podem ser conferidos em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?b=ACOR&livre=201702262874.REG.%20E%20@DTPB=20181219>>.

²³ A Certidão de Julgamento, a Ementa, o Acórdão e os votos dos Ministros podem ser conferidos em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?b=ACOR&livre=201702719246.REG.%20E%20@DTPB=20181219>>.

²⁴ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. (BRASIL, 2015).

Entretanto, para ela, cabia ao STJ conferir à regra do art. 1.015, do CPC, interpretação que melhor se coaduna com a sua razão de existir e com as normas fundamentais insculpidas no próprio diploma processual. Segundo a Ministra, por se tratar de ramo do Direito Público, o direito processual deve ser lido e interpretado, sempre, à luz da Constituição (BRASIL, 2018a, p. 36, 38).

De acordo com a Relatora, o critério adotado pelo legislador para fixar o rol do art. 1.015, do CPC, foi baseado nas situações que não poderiam aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação. A Ministra argumentou ser possível extrair desse critério que o agravo será cabível sempre diante de situações de urgência, devendo ser este o elemento norteador de qualquer interpretação relacionada ao rol em questão (BRASIL, 2018a, p. 38).

Aduziu a magistrada que sob a ótica do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição é inconcebível que apenas algumas poucas hipóteses eleitas pelo legislador sejam agraváveis de imediato (BRASIL, 2018a, p. 41).

Nancy Andrighi refutou a possibilidade de se adotar a tese da interpretação extensiva ou analógica, porque elas não conferem parâmetro minimamente seguro e isonômico e não abarcam todas as hipóteses possíveis. Também afastou a tese de que o rol previsto no CPC é exemplificativo, "pois essa interpretação conduziria à repriminção do art. 522, caput, do CPC/73, contrariando frontalmente o desejo manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso, o que não se pode admitir" (BRASIL, 2018a, p. 45).

A tese por ela proposta consiste na adoção do requisito objetivo da urgência, que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação. Assim, é cabível o agravo de instrumento, em caráter excepcional, sempre que houver urgência, independentemente de uso da interpretação extensiva ou analógica do rol do art. 1.015, do CPC (BRASIL, 2018a, p. 46).

A julgadora se preocupou em justificar que esse entendimento não viola a escolha político-legislativa:

Não há que se falar, destaque-se, em desrespeito a consciente escolha político-legislativa de restringir o cabimento do agravo de instrumento, mas, sim, de interpretar o dispositivo em conformidade com a vontade do legislador e que é subjacente à norma jurídica, qual seja, o recurso de agravo de instrumento é sempre cabível para as *“situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”*, nos termos do Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego. (BRASIL, 2018a, p. 46, grifo da autora).

Portanto, para a Relatora, o STJ somente estava reconhecendo que o rol de cabimento do agravo possui uma “singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de

cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.” (BRASIL, 2018a, p. 46).

Por fim, insta destacar que a Ministra admitiu que “Qualquer que seja a interpretação a ser dada por esta Corte, haverá benefício e prejuízos, aspectos positivos e negativos, tratando-se de uma verdadeira ‘escolha de Sofia’.” (BRASIL, 2018a, p. 34-35).

Em voto-vista, a Ministra Maria Thereza abriu divergência por entender que o agravo de instrumento só é cabível nas hipóteses previstas no art. 1.015, do CPC, tratando-se de rol *numerus clausus*. Ela considerou que a admissibilidade de interpretação extensiva ou analógica ou a adoção do critério de urgência proposto pela Relatora conduzirão à insegurança jurídica quanto ao instituto da preclusão, porque o art. 1.009, § 1º, do CPC, prevê que as questões não impugnáveis pelo agravo de instrumento não são cobertas pela preclusão e podem ser alegadas em preliminar de apelação (BRASIL, 2018a, p. 3).

Segundo a Ministra Maria Thereza, apesar de a escolha do legislador ser questionável, “a possibilidade desta Corte agir no lugar do legislador para tentar corrigir eventual equívoco não me parece razoável, pois penso que trará muita insegurança jurídica”, acrescentando, ainda, que não vê como “possível que o Poder Judiciário possa assumir a tarefa de criar novas hipóteses ao rol de decisões interlocutórias agraváveis, notadamente porque foi evidente a escolha do Poder Legislativo pelo *numerus clausus*” (BRASIL, 2018a, p. 5, 9, grifo da autora).

Acompanhando a divergência, em seu voto-vista o Ministro João Otávio de Noronha afirmou que a escolha do legislador pela taxatividade está em consonância com o objetivo de celeridade encampado pelo diploma processual de 2015, e que interpretação extensiva ou analógica não são possíveis porque não são suficientes para abarcar todas as questões que devem ser analisadas de imediato, e também porque o legislador não deu margem a essas interpretações, motivo pelo qual não é dado ao intérprete flexibilizar os critérios de cabimento do recurso se o legislador pretendeu restringir (BRASIL, 2018a, p. 5-6).

O Ministro Og Fernandes, também em voto-vista, acompanhou a divergência. Ele frisou, como os demais, que a adoção do critério da urgência trará problemas quanto à preclusão, pois a escolha do “urgente” caberá sempre à parte, com sufrágio do tribunal. Além disso, argumentou não ser de competência do Judiciário substituir a escolha do Poder Legislativo, que é composto pelos representantes do povo eleitos democraticamente. Disse, ainda, que pensamento contrário implicaria em deixar de aplicar o art. 1.015, do CPC, sem, no entanto, declará-lo inconstitucional, o que não é adequado (BRASIL, 2019a, p. 3).

A decisão foi tomada por apertada maioria. Acompanharam a Ministra Relatora os Senhores Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Benedito

Gonçalves, Raul Araújo e Felix Fischer. Ficaram vencidos os Senhores Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.

4.2.1 Análise da decisão

A decisão do Superior Tribunal de Justiça nos REsp 1696396/MT e REsp 1704520/MT escancara a invasão do Judiciário nas atribuições típicas do Poder Legislativo. O que ocorreu nesses julgados foi a substituição do conteúdo normativo estabelecido pelo legislador pela axiologia defendida pela maioria dos membros da Corte, que por não concordarem com a norma positivada a modificaram sem amparo constitucional.

O Tribunal deixou de aplicar uma norma com base nas percepções pessoais dos julgadores sobre o problema – percepção pessoal dos Ministros que não votaram vencido. A norma formal e materialmente válida foi deixada de lado para dar lugar a outra regra criada com base no poder de uma decisão judicial. A situação é mais grave porque a decisão foi tomada em sede de repetitivos, ou seja, deve ser aplicada por qualquer juízo ou tribunal que se deparar com caso semelhante.

Tal como ocorreu na decisão do STF na ADO 26 e no MI 4.733, a Corte Especial do STJ valeu-se de norma prevista na Constituição para, com base nela, violar essa mesma Constituição. A Ministra Relatora, em seu voto, registrou que a decisão estava de acordo com a inafastabilidade da jurisdição, que encontra guarida no art. 5º, XXXV, da CR/88, cuja redação é a seguinte: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Para a Relatora, é inconcebível que apenas algumas poucas hipóteses eleitas pelo legislador sejam agraváveis de imediato, sob pena de violação da inafastabilidade da jurisdição.

Todavia, não se pode olvidar que é concedida ao legislador a possibilidade de editar “normas destinadas a conferir conformação ao direito de proteção judicial efetiva, ou, por outro lado, consideradas como resultado de colisões com outros direitos e deveres, que apontam para restrições extremas ao direito tomado amplamente em sua concepção *prima facie*” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 421). Ademais, pode o legislador infraconstitucional restringir ou limitar o exercício do direito à inafastabilidade da jurisdição, desde que o núcleo essencial desse direito fundamental não seja agredido (MENDES; BRANCO, 2017, p. 421-422).

No mesmo sentido, preconiza Fredie Didier Jr. que “direitos fundamentais podem sofrer restrições por determinação legislativa infraconstitucional. É necessário, porém, que esta

restrição tenha justificação razoável [...]”. Em suma, segundo o processualista, “pode a lei restringir, em certos casos, o acesso ao Judiciário.” (DIDIER JR., 2016, p. 181).

Desta forma, verifica-se que o legislador infraconstitucional decidiu restringir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento somente àquelas estabelecidas nos incisos e no parágrafo único do art. 1.015, do Diploma Processual Civil. Assim, o Código prevê um rol indubitavelmente *numerus clausus*.

Diferentemente do que deu a entender a respeitável Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, a escolha legislativa – de restringir as hipóteses de cabimento – não é desconforme com o direito de inafastabilidade da jurisdição, já que ele não teve o núcleo rígido atingido pelo legislador, porquanto as matérias não previstas no rol de cabimento podem ser objeto de apreciação posterior, em sede de recurso de apelação, nos termos dos parágrafos do art. 1.009, do CPC. O poder de conformar e de limitar direitos, desde que não atente contra o núcleo rígido deles, é deferido ao Legislativo.

A Corte utilizou de uma norma constitucional abstrata que não foi violada – da leitura dos votos extrai-se que não houve discussão constitucional, apesar da argumentação da Ministra Relatora de que o rol taxativo não era condizente com o art. 5º, XXXV, da CR/88 – para substituir a norma legal por uma norma “judicial”, forjada no seio de um órgão fracionário do STJ que não tem legitimidade democrática fora da competência que lhe confere a Constituição, como bem alerta Lenio Streck: “Nesse sentido, parece evidente que os Tribunais não podem se substituir ao Legislativo ou ao Executivo. Entretanto, a democracia exige respeito à Constituição.” (STRECK, 2014a, p. 120).

A exigência de respeito às leis democraticamente criadas, dever que decorre da separação dos Poderes, é um dos preceitos do Estado de Direito:

Aliás, tudo isso tem relação justamente com o problema que o conceito de Estado de Direito busca atacar: que as autoridades públicas não ajam como quiserem, mas estejam constringidas pelas leis que determinam suas funções e seus poderes. Em relação aos juízes, a quem falta legitimidade democrática, cabe mais uma vez impor maiores controles na sua atividade interpretativa, para que por meio dela não distorçam o conteúdo da lei ou até da Constituição. (STRECK, 2018, p. 33).

A posição tomada pelo STJ, de afastamento de uma norma jurídica de sentido inequívoco e incontroverso (o art. 1.015, do CPC), além de violar a separação dos Poderes, consagrada no art. 2º da Carta Cidadão de 1988, transgrediu a clausula de reserva de plenário,

prevista no art. 97, da Constituição²⁵: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (BRASIL, 1988).

Consequentemente, houve infringência da Súmula Vinculante 10, que categoricamente prevê: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”²⁶.

O Superior Tribunal de Justiça agiu como Bruno Cavalcanti Mendes (2018, p. 71-72) diz que é preciso evitar: baseado em uma postura ativista dotada de subjetivismos tal que, “a despeito de conferir efetividade de direito fundamentais”, se reverteu em decisão arbitrária e discricionária.

²⁵ A situação foi verificada pelo Ministro Og Fernandes, que em seu voto-vista teceu os seguintes comentários: “Do contrário, de que serviria o rol do art. 1.015 se o Judiciário ignorar o elenco trazido na lei e erigir a urgência como critério para o cabimento do agravo de instrumento? Caso assim não fosse, o STJ estaria deixando de aplicar o art. 1.015 do CPC sem, no entanto, declará-lo inconstitucional, o que não é adequado.” (BRASIL, 2019a, p. 3).

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 15 set. 2019.

5 O RISCO DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é incompatível com a separação dos Poderes e, por via de consequência, com o Estado Democrático de Direito. O ativismo judicial é um ato de vontade: a vontade de quem julga, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, já que ocorre extrapolação dos limites na atuação do Poder Judiciário por meio de uma decisão tomada com base em critérios não jurídicos (STRECK, 2014b, p. 65).

À vista disso, o ativismo judicial é “uma disfunção no exercício da atividade jurisdicional”, envolvendo a recusa dos tribunais de se “manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pelo sistema constitucional” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 233). O fenômeno é problemático, complexo e perigoso, principalmente em uma jovem e frágil democracia como a brasileira, na medida em que, ressalte-se, “envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 233).

Diante de uma postura ativista o que se tem é uma decisão que vai além do texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de *rompimento constitucional*, verificado quando o texto permanece igual, mas a prática é modificada pelas práticas das majorias, como ocorreu com a Constituição de Weimar na Alemanha nazista (STRECK, 2014b, p. 63).

Na medida em que o ativismo judicial representa uma interferência, sempre indevida, do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, a independência e a harmonia entre eles se transformam em promessas vazias. Nesse sentido, Fischer, Marcht e Neto (2017) são certos ao afirmar que o ativismo judicial “oferece riscos potenciais” quanto à legitimidade democrática, “considerando a disposição constitucional referente à coexistência harmônica entre os três poderes da União e os limites ao poder estabelecidos pelo próprio poder”.

Ainda com Fischer, Marcht e Neto (2017), é possível dizer que o decisionismo típico do ativismo, caracterizado pela manifestação de vontades políticas e morais do juiz, que acaba contrariando o seu dever de agir com zelo à Constituição e às leis, é problemático porque vulnera o Direito.

Aliás, é característica ínsita do ativismo judicial a substituição da disposição prevista na norma jurídica (aqui incluída a Constituição) pela vontade do julgador. O desejo do juiz substitui a disposição presente na norma legítima e legalmente aprovada pelo Poder Legislativo, incumbido da função legiferante. E tudo isso com base em argumentos morais individualistas do sujeito incumbido de julgar (subjetividade).

Streck (2013, p. 13-14) enxerga muito bem essa situação. Segundo ele, após o iluminismo (*Aufklärung*) nasceu a subjetividade. O sujeito passa a “assujeitar” as coisas, isto é, dar-lhe significados. Nesse esquema sujeito-objeto o mundo passa a ser explicado e fundamentado pela razão. No âmbito do Direito o problema ocorre quando a verdade é reduzida a um exercício da vontade do intérprete (do que é exemplo a frase “julgo conforme a minha consciência”), “*como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva.*” (STRECK, 2013, p. 19, grifo do autor).

No entanto, o Direito não é e não pode ser aquilo que o intérprete quer que ele seja. Desta forma, o Direito não é aquilo que o juiz ou o Tribunal (no seu conjunto ou na individualidade de seus membros) dizem que é, sob pena de lesar a tradição, a coerência e a integridade do direito (cf. STRECK, 2013, p. 25-27).

Nesse sentido, André Karam Trindade e Rafael Oliveira (2017, p. 236-237) sopesam que “o ativismo judicial praticado no Brasil vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade do ordenamento jurídico”.

A discricionariedade transforma juízes em legisladores. Contudo, ser magistrado implica abdicação da discricionariedade em prol do respeito à Constituição. O juiz deve estar além de influências partidárias e de fundamentos políticos e morais que predam o Direito. O magistrado ativista-discricionário-decisionista-solipsista²⁷, que fundamenta a sua decisão em argumentos políticos e morais, deixa de lado a superioridade técnica (decidir conforme argumentos legais) para decidir como qualquer outro concidadão seu (SANTOS, B., 2018 p. 113).

Interessante notar que os partidários do ativismo judicial defendem que ele é uma forma de deixar a letra fria da lei para trás e colocar em prática os princípios presentes na Constituição, concretizando-os (por meio da discricionariedade, aplicando preceitos morais, políticos e bastante subjetivos, ressalte-se). Por essas simples razões acreditam fielmente estarem superando o positivismo jurídico.

O que os defensores do ativismo não percebem, entretanto, é que estão praticando o que tentam abandonar. A prática ativista nada mais é do que uma forma de se praticar o positivismo normativo, do qual Hans Kelsen é expoente.

²⁷ Conforme Lenio Streck (2018, p. 25), “Do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Assim, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo.”

Segundo Kelsen, no famoso capítulo VIII de Teoria Pura do Direito, normas jurídicas de escalão superior (leis, por exemplo) sempre deixam uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica. Assim, a norma jurídica possui o caráter de um quadro ou moldura a preencher por meio do ato do órgão jurídico (KELSEN, 1998, p. 388).

Nesse contexto, Kelsen defendia que o Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação, sendo conforme o Direito o ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura. Por essa razão a interpretação de uma lei não deve conduzir, necessariamente, a uma única solução como sendo a correta, mas possivelmente a várias soluções de igual valor, dentre as quais, entretanto, apenas uma será efetivamente aplicada pelo órgão jurídico (KELSEN, 1998, p. 390-391).

Em Kelsen o juiz é criador do Direito de forma relativamente livre, tal como o legislador, uma vez que a norma individual (decisão) é uma função voluntária. O juiz cria o Direito porque a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica que está sendo aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a decidir (o que é isso senão discricionariedade?). Portanto, a interpretação realizada corresponde a um *ato de vontade*, em que o órgão efetua uma escolha entre as possibilidades contidas na moldura da norma jurídica (cf. KELSEN, 1998, p. 393-394).

O ativismo judicial, assim, é uma face do positivismo jurídico normativo. Para Streck:

Em julgamentos de tribunais e em empolgadas conferências, lemos e ouvimos que os juízes não devem “cumprir a letra ‘fria’ (sic) da lei” e que *há(veria) dois tipos de juízes*: “o positivista, que se apega à lei” e o “crítico pós-positivista, que se utiliza dos princípios” (que seriam a “positivação dos valores”). Segundo essa tese, o primeiro tipo de juiz deve “desaparecer”; o segundo, o dos princípios, é/seria o modelo ideal de juiz...! Ora, nesse último caso, olvida-se que, ao incentivarem a “busca dos valores”, seus autores mal sabem que o que estão fazendo é uma vulgata do velho positivismo fático (realismo jurídico). (STRECK, 2013, p. 84, grifos do autor).

Kelsen pregava a discricionariedade do julgador dentro da moldura jurídica que o legislador deixa ao criar uma norma jurídica de primeiro escalão. Com isso, o julgador escolhe entre diversas possibilidades igualmente “corretas”, aplicando aquela que melhor lhe convém. De igual forma juízes ativistas escolhem a decisão que melhor lhes parece adequada de acordo com as possibilidades que, segundo defendem, o ordenamento lhes confere (os princípios, por sua abstração, são a peça chave, por isso são muito usados para fundamentar esse tipo de decisões). Ativismo e positivismo normativo é tudo a mesma coisa: discricionariedade.

Compartilhando da mesma opinião, Lenio Streck advoga que:

Na verdade, o “drama” da discricionariiedade que critico reside no fato de que *esta transforma os juizes em legisladores*. E, para além disso esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à *dis*-posição de um protagonista (intérprete *lato sensu*). (STRECK, 2013, p. 95-96, grifos do autor).

Pode-se afirmar que “*Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas*. Do mesmo modo que são positivistas hoje os juristas que apostam na discricionariiedade judicial...! Ou em ativismos judiciais irresponsáveis (o que dá no mesmo). Seja isso para o bem ou para o mal” (STRECK, 2013, p. 90, grifo do autor).

Aqui, cabe esclarecer que o que se defende ao criticar o subjetivismo não é a submissão do Poder Judiciário a qualquer norma jurídica que agrida a Constituição da República, entendida em seu todo principiológico. Não se quer furtar à apreciação jurisdicional os atos do Legislativo e do Executivo que sejam afrontosos à Constituição, tendo em vista que qualquer lei ou ato que a firmam merecem a censura da jurisdição constitucional (STRECK, 2013, p. 112-113). O que não se concorda é com a discricionariiedade dos órgãos jurisdicionais, que decidem não baseados nos preceitos legais, mas sim em posições pessoais (argumentos morais e políticos).

Combater o ativismo judicial representa lutar pela democracia e pela separação dos Poderes, o que significa ter compromisso com a Constituição:

Combater a discricionariiedade, o ativismo, o positivismo fático, etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer *compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída*, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública das questões ético-morais da sociedade. Portanto, não será o juiz, com base na sua particular concepção de mundo, que fará correções morais de leis “defeituosas” (afasto, pois, a tese – e cito, por todos, a de Robert Alexy – expressa na sua conferência em Pequim em 2007 – de que *a*) “defeitos morais invalidam a lei”; *b*) que a dimensão ideal do direito encontra a sua expressão na moral corretiva; e *c*) que o direito pode ser corrigido pelo argumento da injustiça). (STRECK, 2013, p. 112, grifo do autor)

O Estado Democrático de Direito, que tem como base a convivência independente e harmônica dos Poderes instituídos, corre perigo diante da aplicação do Direito pelos Tribunais (especialmente os Superiores e o Supremo) sem ter como base uma adequada teoria da decisão judicial (STRECK, 2014a, p. 121). “O afastamento do ativismo, do decisionismo e da discricionariiedade judicial passa a condição de possibilidade de sobrevivência do paradigma do Estado Constitucional e Democrático [...]” (STRECK, 2014a, p. 121).

A discricionariedade remete à subjetividade do intérprete. O ativismo judicial, que pressupõe um ato de vontade de quem julga (lembra de Kelsen?), é discricionário. Por conseguinte, a configuração de um Poder Judiciário não ativista demanda a superação do imaginário assentado na premissa de que os juízes detêm poderes discricionários e/ou liberdades interpretativas²⁸ (TASSINARI, 2012, p. 102).

O ativismo corrói as estruturas democráticas e cria uma ditadura: a ditadura de quem justamente devia zelar pela integridade, estabilidade e continuidade do regime criado pela Constituição. E como disse Rui Barbosa, “a pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”. Enfim, “num sistema constitucional equilibrado, o Judiciário deve se manter no seu devido lugar que é ser o fiel da balança” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 241).

²⁸ “Vou me repetir: direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito não é filosofia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (mesmo que seja o STF).” (STRECK, 2014c).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial deve ser entendido e visto como a conduta de magistrados que, consciente e voluntariamente, transcendem os limites impostos ao Poder Judiciário, invadindo e usurpando a competência atribuída aos demais Poderes (Executivo e Legislativo). Portanto, a postura ativista viola a separação dos Poderes, dogma do Estado Moderno que serve para limitar a atuação estatal e garantir a democracia e a estabilidade das instituições.

Executivo, Legislativo e Judiciário são (ou deveriam ser) Poderes harmônicos e independentes entre si, como reconhecido na Constituição da República de 1988, em seu art. 2º. A divisão funcional do poder do Estado é uma garantia do cidadão de que tal poder não fique concentrado nas mãos de uma só pessoa ou de poucas pessoas, o que proporciona a manutenção das instituições, o regime democrático e a obediência ao Direito.

A História demonstra que onde o poder ficou concentrado nas mãos de um só ou de poucos a liberdade dos cidadãos foi cerceada, a democracia foi trucidada e as instituições políticas severamente enfraquecidas. Não custa lembrar que o surgimento da separação dos Poderes está atrelado à necessidade de limitar o poder do rei despótico, que tudo podia e tudo fazia.

O Brasil mesmo passou por vários momentos de autoritarismo, inclusive na sua história recente. No regime pré-1988, ou seja, durante a Ditadura Militar (1964-1985), inegavelmente a separação dos Poderes foi desrespeitada, sendo esse fator uma das principais razões para a ocorrência da violação sistemática de direitos que ocorreu na época: ausência de liberdade de expressão, tortura, assassinatos a mando do Estado, para ficar nos exemplos mais conhecidos.

Onde as instituições não são fortes e independentes, onde elas não são respeitadas e preservadas, não existe democracia, muito menos direitos. O Estado Democrático de Direito não subsiste sem que haja a divisão funcional do Poder.

Mas não se deve deixar iludir. A fragilização do Estado Constitucional, por meio de violação do princípio da separação dos Poderes, não é possível tão só com atitudes provindas do Poder Executivo. O Legislativo e o Judiciário também podem violar esse princípio e, por via de consequência, destruir as estruturas democráticas e transgredir direitos básicos e fundamentais dos cidadãos.

O ativismo judicial possui essa plena capacidade, a despeito de defenderem nos quatro cantos do país que ele é benéfico para o constitucionalismo e representa a morte do simples

magistrado boca-da-lei, que agora passa a ser protagonista no cenário da concretização de direitos.

Em verdade, o ativismo judicial nada mais é do que a substituição de argumentos jurídicos por argumentos pessoais, carregados de carga moral e política. O juiz deixa de lado o conteúdo da lei para fazer valer a sua vontade, decidindo conforme lhe convém. Ocorre que o Estado de Direito pressupõe o respeito ao Direito (o que é bastante óbvio), e a norma jurídica é direito (ao menos uma parte dele). Se o Direito não está sendo cumprido pelo magistrado (justamente quem deve zelar pela sua preservação), a vontade da sociedade não está sendo obedecida, logo também não se tem um Estado Democrático.

A decisão do STF na ADO 26 e no MI 4733 e a do STJ nos REsp 1696396/MT e REsp 1704520/MT (Tema Repetitivo 988) deixa claro as características do ativismo, acima destacadas, e os riscos que ele representa.

No caso da ADO 26 e do MI 4733, que tiveram julgamento conjunto, a Corte Suprema inovou o ordenamento jurídico, e o que é mais grave, para criar tipos penais. Ora, é uma garantia do cidadão que a definição, ou melhor, a criação de tipos penais incriminadores só pode ocorrer por meio de lei em sentido estrito. Ou será que não é isso que se extrai da dicção do art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Constitucional (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”)?

Percebe-se que o STF, a partir da moral individual de seus integrantes, acabou por desconsiderar a Constituição. O Tribunal agrediu princípio basilar do Direito Penal, o da legalidade, e fez analogia *in malam partem*. Portanto, uma garantia presente no rol de direitos fundamentais foi totalmente desconsiderada pela Corte, e tudo isso com base em uma decisão que se valeu de argumentos infundados e insuficientes. Como visto no Capítulo 3, os Relatores das ações aplicaram, de forma distorcida, a técnica de interpretação conforme a Constituição.

Recorde-se que ditaduras não respeitam direitos. Estados totalitários não respeitam direitos. Monarquias absolutistas não respeitam direitos. O que faz, então, um Judiciário que não respeita direitos – no caso acima, direito fundamental, violado justamente por quem mais deveria protegê-lo, ou seja, o guardião da Constituição?

Em relação ao STJ, a decisão nos REsp 1696396/MT e REsp 1704520/MT, julgados sob a égide dos recursos repetitivos (Tema 988), também leva à conclusão de que a legislação foi flagrantemente desrespeitada com base no entendimento individualista (subjetivismo) dos membros que participaram do julgamento e formaram a maioria para relativizar o rol de cabimento do agravo de instrumento. A lei processual civil foi desrespeitada sem pudores pelo Superior Tribunal, que usou de todo o tipo de argumento, menos jurídico.

Em todos os casos relatados ao norte o Poder Judiciário substituiu o conteúdo normativo por disposição nova, uma atribuição que não lhe confere a Constituição. O Judiciário não tem competência para legislar. Juiz não é legislador, e nem deve ser. Sua função é aplicar o Direito. Ressalte-se que cumprir a lei democraticamente criada não é ruim, e não pode ser confundida com uma atitude positivista.

Por sua vez, quem defende o ativismo nada mais faz do que defender o positivismo, pois a discricionariedade típica do positivismo normativo (mais uma vez cite-se Kelsen) é marca registrada também do ativismo judicial. Quem deixa de cumprir a norma, quem viola os seus limites semânticos, acaba por adotar uma atitude solipsista e discricionária. Nada menos que positivismo, portanto.

Nessa conjuntura, conclui-se que o ativismo judicial viola a separação dos Poderes, uma conquista da humanidade e, mais do que isso, um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, como reconhece o art. 2º, da CR/88. Dessa forma, o ativismo é um risco para o Estado Democrático de Direito e para a própria Carta Constitucional. Disso resulta o dever dos magistrados de abdicarem da discricionariedade, deixarem de lado os seus posicionamentos pessoais e seus valores morais, para decidir conforme o Direito.

Por ser incompatível com o texto constitucional (afinal, é ele que prevê a divisão dos Poderes), o ativismo judicial é ilegítimo e não deve existir. As regras do jogo democrático devem ser respeitadas. Não é desrespeitando a lei (*lato sensu*, incluindo a Constituição) que se garante direitos. Não é de justiceiros que o Poder Judiciário precisa, e sim de magistrados compromissados com a Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES JR., Luís Carlos Martins. O ativismo judicial da “República Togada” e o princípio da legitimidade na “democracia parlamentar”. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 27, p. 167-198, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-27.oajr>>. Acesso em 6 jun. 2019.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ASSIS, Luis Fabiano de. **Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho**. 2011. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação dos Poderes**. 2012. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967.

_____. **Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 de dez. 1968.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 jan. 1989.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1696396/MT**. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Corte Especial. Brasília, DF, 5 de dezembro de 2018a. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?b=ACOR&livre=201702262874.REG.%20E%20@DTPB=20181219>>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1704520/MT**. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Corte Especial. Brasília, DF, 5 de dezembro de 2018b. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?b=ACOR&livre=201702719246.REG.%20E%20@DTPB=20181219>>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 930/STF**. Brasília, DF, 11 a 15 de fevereiro de 2019a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo930.htm>>. Acesso em: 9 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 931/STF**. Brasília, DF, 18 a 22 de fevereiro de 2019b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo931.htm>>. Acesso em: 9 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 944/STF**. Brasília, DF, 10 a 14 de junho de 2019c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm>>. Acesso em: 9 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 15 set. 2019

CALLEGARI, André Luís. Art. 5º, XXXIX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin et al. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. **Consultor Jurídico**, 21 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 12 set. 2019.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 193, jan./mar. 2012, p. 141-149. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/193/ril_v49_n193_p141.pdf>. Acesso em: 5 set. 2019.

COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira.** 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER JR., Fredir. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. Sequência, Florianópolis, v. 31, p. 92-101, 1995. **Buscalegis.** Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>>. Acesso em: 5 set. 2018.

DRED SCOTT V. SANDFORD, **60 U.S. 393 (1857).** Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 48, n. 192, out./dez. 2011, p. 67-77. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242930>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia.** 2014. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. Art. 5º, XLI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

FISCHER, Julia Santi; MARCHT, Laura Mallmann; NETO, Alfredo Copetti. As contribuições de Lênio Streck sobre jurisdição constitucional e o ativismo judicial: o caso brasileiro. In: SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 25., 2017, Ijuí. **Salão do Conhecimento,** ISSN 2318-2385. Disponível em: <<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/8349>>. Acesso em: 04 set. 2018.

FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. **Revista de Doutrina da 4 Região,** Porto Alegre, n.65, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/JuarezFreitas_GabrielWedy.html>. Acesso em: 26 ago. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: impetus, 2015.

JESUS, Vinicius Mota de. **Do silêncio ao Estatuto da Igualdade Racial: os caminhos da igualdade no direito brasileiro.** 2013. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, n. 92, Berkeley, out. 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, p. 77-85, mai./ago. 2009.

MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição Constitucional e Ativismo Judiciário**: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MELO FILHO, Renato Soares de. **O ativismo judicial em investida ao Estado democrático**. 2013. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. A democracia é incompatível com consciências pessoais: revisitando a teoria dos precedentes a partir do novo Código de Processo Civil e das ilações de Lenio Streck sobre o livre convencimento. *In*: SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz; MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Diálogos sino-luso-brasileiros sobre jurisdição constitucional e a crítica hermenêutica do direito de Lenio Luiz Streck**. Salvador: JusPodivm, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

MUNANGA, Kabengele. **O negro no Brasil**. São Paulo: Global, 2006.

OLIVEIRA, Mariana. Golpe de 1964 fez do Supremo um ‘enfeite institucional’, diz pesquisador. **G1**, Brasília, 30 mar. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/50-anos-do-golpe-militar/noticia/2014/03/golpe-de-1964-fez-do-supremo-um-enfeite-institucional-diz-pesquisador.ht> ml>. Acesso em: 01 ago. 2019.

PAULA, Carolina Gattolin de. **A atuação do STF no pós-88**: o impacto sobre o equilíbrio entre os poderes. 2014. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

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

RAMOS, Guillermo Federico Piacesi. O STF que agiu na questão das privatizações é o mesmo que fechou os olhos para as atrocidades do PT. **Jornal da Cidade Online**, 07 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.jornaldacidadeonline.com.br/noticias/14905/o-stf-que-agiu->

naquestao-das-privatizacoes-e-o-mesmo-que-fechou-os-olhos-para-as-atrocidades-do-pt>. Acesso em: 7 jun. 2019.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita. **RPGE**, Porto Alegre, v. 36, n. 76, p. 9-29, 2015. Disponível em: <<https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201705/31182122-revista-76-1.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Marbury v. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: UFF. vol. 7, n. 2, mai./ago. 2015, p. 277-297.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: JusPodivm, 2018.

SANTOS, Diego Junior da Silva et al. Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar. **Dental Press J. Orthod.**, Maringá, v. 15, n. 3, p. 121-124, junho 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-94512010000300015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 set. 2019.

SANTOS, Michele Carvalho; OLIVEIRA, Leandro Corrêa. O mito de *Marbury v. Madison*: a questão da fundação da supremacia judicial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, set./dez. 2018, p. 325-347.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **O ativismo judicial (?) e a criação do direito pela via da interpretação**: as (possíveis) contribuições da filosofia no direito. 2013. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

_____. O ativismo, o justo, o legal e a Lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo. **Consultor Jurídico**, 31 jul. 2014c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. A luta da Crítica Hermenêutica do Direito contra o solipsismo judicial. *In*: SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz; MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Diálogos sino-luso-brasileiros sobre jurisdição constitucional e a crítica hermenêutica do direito de Lenio Luiz Streck**. Salvador: JusPodivm, p. 23-36, 2018.

_____; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 51-62.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

TRINDADE, A. K. OLIVEIRA, R. T. de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). **Crise dos Poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 225-243, 2017.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial. **Revista Direito GV**. São Paulo 4(2), jul-dez 2008, p. 407-440.