

O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: DEFINIÇÕES E CRÍTICAS

JUDICIAL ACTIVISM AT THE BRAZILIAN SUPREME COURT: CONCEPTS AND CRITICISM

Dante Giovanni Carminati Grein¹

Eduardo Seino Wiviurka²

Roosevelt Arraes³

RESUMO

As decisões judiciais das cortes superiores têm se tornado, nas últimas décadas, alvo de constante controvérsia, uma vez que, para muitos, algumas destas decisões possuem a característica de priorizar a vontade do tribunal em detrimento do direito positivado. Tal cenário tem estimulado os doutrinadores brasileiros a, cada vez mais, vislumbrarem aspectos de um verdadeiro protagonismo judiciário, especialmente quando se remete às decisões políticas que deveriam, idealmente, ser tomadas em foro legislativo, ou até mesmo executivo. O presente trabalho objetiva analisar o atual cenário do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, buscando, por meio de decisões paradigmáticas, auferir se existem balizas a serem utilizadas nas referidas decisões. De mesma forma, é necessária a análise conceitual do tema, visto que existe muita divergência doutrinária, especialmente no que tange à definição de em que momento uma decisão passa a se tornar ativista. Ainda que exista uma parte importante da doutrina que argumenta em prol da necessidade de que decisões deste caráter sejam parte integrante da sociedade, em busca de uma suposta evolução social, observa-se também que existem grandes argumentos em sentido oposto. Neste aspecto, o estudo demonstra que, independente das conceituações que se dá ao tema, fato é que o ativismo judicial está presente no STF, sendo inclusive defendido por muitos, de modo que devem ser buscadas e propostas maneiras de, ao menos, balizá-lo.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Balizas. Controle de Constitucionalidade. STF. Direito Constitucional.

¹ Acadêmico de Direito da Unicuritiba. Artigo apresentado como requisito parcial para a obtenção de título de bacharel em direito, sob orientação do Prof. Roosevelt Arraes.

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Especialista em Formação Pedagógica do Professor Universitário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Paraná.

³ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2002), Especialista em Ética (2004), Mestre (2006) e Doutor (2019) em Filosofia Jurídica e Política pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Atualmente é professor e pesquisador do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Tem experiência em direito eleitoral, em fundamentos do direito público (constitucional, penal e administrativo) e em filosofia jurídica e política. É sócio fundador da ARRAES & CARBONI Sociedade de Advogados, membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PR e Presidente do Instituto Mais Cidadania.

ABSTRACT

In the last decade, Brazilian superior courts decisions have been the target of controversies as long as, for many people, some of these decisions have prioritized the court's wishes at the expense of the written law. This scenario has stimulated Brazilian law writers to, increasingly, glimpse some aspects of a real judiciary leadership, especially referring to political decisions that ideally should be taken at the legislative or at executive forum. This paper aims to analyze the current judicial activism scenario at the Brazilian Supreme Court scope, trying to measure, through the study of paradigmatic decisions, the possibility of using any kind of beacons to limit these decisions. In the same way, conceptual analyzes of the theme is necessary, as there is some doctrinal divergence, especially regarding to the definition of the point that a decision becomes activist. Yet, while there is a considerable part of the writers arguing in favor to this activism as an important tool for the purposes of a supposed social evolution, one can observe that, in the same proportion, there is also those who argue in the opposite direction. In this aspect, the study demonstrates that, regardless of the conceptualizations given to the theme, the fact is that judicial activism is present in the Brazilian Supreme Court, being even defended by many, so that ways should be sought and proposed to, at least, delimit it.

Keywords: Judicial Activism. Limits. Constitucional Review. Constitucional Law.

1. INTRODUÇÃO

As decisões judiciais têm sido foco de reiteradas e relevantes discussões no Brasil, nos últimos anos, fenômeno que se observa cada vez mais claramente, uma vez que os olhos da população estão se voltando com mais veemência para os três poderes, tanto no sentido de fiscalização quanto, e principalmente, no sentido de realmente se tecer uma crítica à atuação da administração pública, dos legisladores e dos órgãos judicantes.

A polarização política que tem sido construída em nosso país também se reflete no Poder Judiciário, principalmente no que tange às argumentações, positivas e negativas, acerca de decisões judiciais que, de alguma forma, alteram o rumo do que os grupos políticos esperam.

Nesse ínterim, especialmente na última década, o Supremo Tribunal Federal tem sido o alvo preferido das críticas provenientes dos segmentos mais conservadores da sociedade, e isto se deve a algumas decisões paradigmáticas que, para estes segmentos, reputa-se terem direcionamento político oposto ao que consideram ideal.

Por outro lado, setores politicamente liberais também tecem críticas exacerbadas à atuação das cortes superiores, especialmente quando se trata de decisões que interferem na vida eleitoral do Brasil. Questiona-se, por estes setores, se tais cortes possuiriam legitimidade para, através de interpretações constitucionais não-literais, alterarem os rumos eleitorais do país.

Sob uma ótica ou sob a outra, entretanto, existe um ponto de convergência, qual seja, as decisões carregadas de ativismo judicial, nas quais o Poder Judiciário e, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal, utiliza-se de diversas prerrogativas para tomar decisões para além do que seria seu limite normativo. É sabido que à Corte Suprema se designa o papel de guardião da Constituição, e a sociedade atualmente questiona se há um limite a essa guardiania.

O presente estudo busca demonstrar as abordagens conceituais sobre o tema, e também investigar o “limite de prestação jurisdicional”, ou seja, até onde uma decisão pode ir sem ser considerada perniciosa ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, ao próprio Estado de Direito.

No caminho para tentar buscar estes limites, essencial se faz mostrar que o entendimento sobre o fenômeno do ativismo judicial é muito diverso. Não é possível se obter, no presente momento de evolução do direito, de maneira concreta, uma definição exata do que é o ativismo, do que é uma decisão ativista, e nem mesmo se as decisões ativistas são necessárias e, como consequência, “boas” para o Estado de Direito, ou se, na contramão deste entendimento, são deletérias, e, assim, “ruins” a este sistema de garantias.

O fato que não se pode negar é o de que, independentemente da lente que se utilize para avaliar o sistema jurídico, serão encontradas decisões nas quais o protagonismo do Judiciário é evidente. Estas decisões, tanto para os seus críticos quanto para os seus justificadores, são reflexos de uma demanda social crescente ao próprio Poder Judiciário. Cada vez mais as questões políticas e sociais, tanto as discutidas no âmbito legislativo quanto aquelas em que se considera haver omissão por parte destas casas, têm sido judicializadas com vistas à ratificação ou à desconstituição por parte do STF.

Nos dizeres do professor Ariosto Teixeira⁴, o fato de a Constituição assegurar direitos, mas não assegurar que sejam atendidos, é uma das explicações para o

⁴ TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão Liminar: a judicialização da política no Brasil**. 1ª. Ed: Brasília, 2001, pág. 59.

aumento do volume de demandas sobre o Judiciário registrado no período que se seguiu à sua promulgação. Assim, o novo texto constitucional foi fator determinante para a que o STF se tornasse espécie de arena política de resolução de conflitos constitucionais, “ao redefinir e ampliar suas competências no controle material de constitucionalidade de emendas à Constituição, criar novas garantias constitucionais e alargar a lista dos agentes legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade”.⁵

Este fenômeno, indubitavelmente, é a fonte do ativismo judicial. E isso não vai mudar. Torna-se necessário, a partir deste entendimento, que a esfera judiciária compreenda o seu papel na repartição dos poderes e busque, incessantemente, cumpri-lo sem que se abuse desta prerrogativa para invadir o quadrado das outras esferas e, assim, usurpá-las o poder.

2. DEFINIÇÕES PRELIMINARES

2.1 CONCEITUAÇÃO

O Poder Judiciário sempre conviveu com críticas relacionadas aos limites de sua atuação, tendo sido, por inúmeras vezes no curso da história, fonte de decisões consideradas como exorbitantes de sua função, ao que a doutrina costuma trazer diversas definições, como “Ativismo Judicial”, “Judicialização da Política” ou mesmo “Politização do Judiciário”, em que pese haver notórias diferenças entre estes três preceitos.

O tema Ativismo Judicial é foco de muita controvérsia, pois várias decisões, por algumas consideradas ativistas, são muitas vezes por outros consideradas adequadas e em tese sem interferência externa às balizas próprias do Poder Judiciário.

Encontram-se bem estipuladas na doutrina e no próprio ordenamento jurídico brasileiro diversas funções não judiciais presentes na atuação do Poder Judiciário, ao que se define como Funções Impróprias, e que, mesmo não tendo cunho jurisdicional, são inerentes ao seu escopo de atuação. A título de ilustração, podemos citar as funções executivas exercidas pelos Presidentes dos Tribunais, e até mesmo a função legislativa exercida quando da formatação, por exemplo, de

⁵ VIEIRA, Oscar (1994, apud TEIXEIRA, 2001: pág. 59).

Súmulas Vinculantes, pela Suprema Corte. Tais funções, já bem estabelecidas, não são o foco da controvérsia em que se pretende adentrar com este estudo.

O Ativismo Judicial pode ser definido, de maneira geral, como a atuação de um magistrado ou tribunal que exceda a sua função própria, passando desta forma a fazer as vezes do legislador, no caso concreto.

Outra definição comumente dada ao Ativismo Judicial é a de que ele ocorre quando a autoridade julgadora, detentora do poder estatal, decide de forma contrária ao “império da lei”, o que não significa dizer que a decisão seja “além da lei”, nem tampouco “*contra legem*”, mas apenas que estes julgadores possuem recursos a direitos implícitos ou possuem a atribuição de dar novas interpretações ao texto legal.

Entretanto, em que pese a amplitude dos conceitos gerais, inúmeros teóricos tratam de estabelecer mais precisamente o que deve ser considerado ativismo judicial, e dentre eles necessário se faz citar Barroso, que o trata não como um problema, mas como modo proativo de interpretar a Constituição, decorrente da própria função da Corte Constitucional, e nesse sentido se distinguindo da “judicialização da política”:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁶

Também relevante se faz citar o posicionamento de outro nome importante nos estudos da temática ativista, Daniel Sarmento, para quem o ativismo judicial encontra íntima relação com o Neoconstitucionalismo, uma vez que as mutações da

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 25.

cultura jurídica, o reconhecimento destas mudanças e a defesa delas fazem convergir a posição filosófica e a atuação ativista do Poder Judiciário:

(...) cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo. A principal matéria-prima dos estudos que se identificam com o neoconstitucionalismo relaciona-se às mudanças da cultura jurídica acima descritas. Em que pese a heterogeneidade dos posicionamentos jusfilosóficos dos autores que se filiam a esta linha, não me parece uma simplificação exagerada dizer que os seus principais pontos de convergência são o reconhecimento destas mudanças e a sua defesa.⁷

No Brasil, a posição de defesa do ativismo judicial em certas circunstâncias, nos moldes em que apregoam os já citados Barroso e Sarmiento, parece ser a mais difundida. Esta defesa, entretanto, pode ser considerada como uma posição moderada, no sentido de que estabelece que em apenas alguns casos a postura ativista seria justificável. Por outro lado, no debate norte americano sobre o tema, encontramos um contraponto no pensamento de Robert P. George, cujas reflexões críticas que raramente são considerados pela doutrina nacional. Sobre o assunto, leciona Robert P. George:

[...] e os tribunais podem usurpar, e usurparam, a autoridade legislativa em causas boas e más. Sempre que fazem isso, no entanto, mesmo em boas causas, eles violam o Estado de Direito ao tomar o poder autoritariamente atribuído pelos autores e ratificadores da Constituição a outros ramos do governo (mesmo que esse poder poderia, com razão, ter sido atribuído a eles). E o respeito pelo império da lei é, por si só, um requisito da justiça natural.⁸

Ainda, de maneira importante, outros autores nacionais tratam o ativismo judicial como algo impróprio, indevido, e estabelecem um limiar muito menor entre a decisão ativista e a que seria, em tese, adequada. Nesse sentido, convém citar

⁷ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 7.

⁸ GEORGE, Robert P. **Great Cases in Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2000, pág. 2282.

Streck⁹, que questiona se “*A decisão, nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares?*” e define como ativista qualquer decisão que não possa ser repetida em casos semelhantes. Assim, por trazer a baliza para mais próximo da moldura da norma, cria um universo muito mais amplo de decisões que se enquadram como ativistas. Para o autor, inúmeras decisões recentes da Corte Constitucional podem ser consideradas ativistas, exatamente por não poderem ser repetidas em situações similares:

Em um texto recente (...) escrevi acerca do grau de ativismo existente no País, mormente na Suprema Corte. Dizia, então, que uma decisão é ativista até mesmo quando, por exemplo, concede a metade da herança para a concubina-adulterina, assim como é ativista uma decisão que diz que é juízo discricionário dizer se pode haver prova antecipada no caso do artigo 366 do Código de Processo Penal (CPP). Também foi ativista a decisão do STF no caso das uniões homoafetivas (não gostaria de debater o mérito desse assunto, novamente – apenas cito a decisão como amostragem de ativismo, nada mais) (STRECK; OLIVEIRA; PARRETTO, 2009). E sobre terras indígenas. E o caso Donadon no MS 32.326. E o que dizer do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) (STRECK, 2015)? Assim, o direito à saúde pode ser concedido por decisões que concretizam adequadamente o direito, como também por decisões ativistas. Por exemplo, conceder um tratamento que consumirá um terço do orçamento do município é um caso de judicialização que acaba em ativismo. Um exemplo explícito de ativismo: foi ativista a decisão que autorizou o consumo da pílula contra o câncer e que provocou uma corrida ao Judiciário.¹⁰

Lenio Streck também se posiciona com respeito à categorização como ativistas das decisões *contra legem* (já referidas acima). Para ele, nestas decisões, “*o juiz se assenhora da lei e coloca seus juízos pessoais no lugar do constituinte e/ou legislador ordinário*”¹¹.

Também no sentido crítico e restritivo do conceito, é possível citar o jurista Ariosto Teixeira, para quem todo tipo de interferência do Poder Judiciário nas decisões políticas deve ser considerado como ativismo judicial, bem como o seu inverso senso (todas as decisões políticas que afetem a esfera de poder do judiciário também seriam, segundo ele, ativistas). Assim, existem, para o autor, duas hipóteses que, isoladas ou associadas, configurariam o ativismo:

⁹ STRECK, Lenio Luiz. “O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?”. **Consultor Jurídico**, 07 de janeiro de 2016. Seção “Senso Incomum”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: A difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. In **EJLL Joaçaba**, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016, pág. 725-726.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. 2016, pág. 726.

Tribunais ou juízes fazem ou ampliam sua participação no processo de decisório referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas” e/ou “negociações não-judiciais e fóruns de tomada de decisões tipicamente políticos são afetados ou passam a adotar em seu funcionamento e no comportamento dos seus operadores regras e procedimentos judiciais.¹²

Por fim, existem também autores que negam a existência do ativismo judicial, dentre os quais merece destaque Thamy Pogrebinschi¹³, que, em valoroso estudo de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2009, buscou responder se existe realmente uma crise de repartição dos poderes, aferindo em que medida o STF altera decisões legislativas, ou mesmo em que ponto ele toma as rédeas e decide, por ocasião de uma suposta inércia legislativa. Assim, segundo a autora, o STF se vale de três recursos institucionais: (a) a Interpretação Conforme da Constituição; (b) a Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto; e (c) a Modulação dos Efeitos da Decisão, que seriam efetivamente “*uma postura corretiva ou aperfeiçoadora, que atenua o caráter contramajoritário das decisões procedentes e procedentes em parte do STF*”¹⁴.

Esta atuação aperfeiçoadora é esmiuçada pela autora:

É um passo nessa direção que este livro pretende dar, ao tomar como objeto as relações entre Judiciário e Legislativo no Brasil, mais especificamente as relações entre o STF e o Congresso Nacional. Com o escopo de falsificar as premissas sob as quais vem se assentando o silogismo da judicialização, este livro tenta mostrar, por um lado, que, se há expansão da atuação do STF, ela não se dá em razão de um suposto vácuo deixado pelo Congresso, tampouco se exercita em detrimento de sua produção legislativa. Ao contrário, ao decidir as ações impetradas contra normas do Legislativo federal, o Supremo parece agir com bastante parcimônia, chegando mesmo a indicar algum tipo de deferência, quando não uma disposição, de preservar e aperfeiçoar o trabalho do Congresso. Ao mesmo tempo, a atividade legislativa, que já se mostra constante e diversificada ao tempo dos julgamentos do STF, vê-se impulsionada pela atuação deste quando alguma de suas normas é declarada inconstitucional, o que leva a uma resposta do Congresso, que acaba, então, por dar a última palavra.¹⁵

Desta forma, observa-se que dada uma adequada definição a respeito do Ativismo Judicial, ainda assim existem, na doutrina, diversas interpretações que se

¹² TEIXEIRA, Ariosto. Op. Cit., 2001, pág. 43.

¹³ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

¹⁴ POGREBINSCHI, Thamy. Op. Cit., pág. 13.

¹⁵ POGREBINSCHI, Thamy. Op. cit., p. 9.

assemelham, outras que se confundem, e até mesmo as que amplamente divergem entre si, tanto no aspecto conceitual quanto, de maneira mais importante, no aspecto prático.

Para tentar dirimir algumas destas divergências, faz-se necessário estabelecer as diferenças entre o Ativismo Judicial, a “Judicialização da Política” e a “Politização do Judiciário”.

2.2 “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E “POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO”

A importância da diferenciação entre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política não poderia ser trazida de maneira mais eficaz do que nos leciona Clarissa Tassinari. Para a autora, mesmo havendo uma clara e necessária distinção entre os termos, “tanto uma quanto a outra são empregadas no sentido de demonstrar a ideia do acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura”¹⁶. Diz a autora, ainda sobre a importância de tal distinção:

Com efeito, é preciso diferenciar para compreender. Para além disso, em um contexto em que frequentemente o Judiciário é acionado para resolver conflitos, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afetaria as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro. Apesar disso, da importância que assume explorar a problemática na contemporaneidade, parcela considerável da doutrina insiste em fazer uma abordagem que apresenta pouco esclarecimento, senão nenhuma diferenciação entre estas duas possíveis facetas da jurisdição. Assim, o primeiro passo para situar o problema envolvendo o ativismo judicial no Brasil é possibilitar sua dissociação do que se entende como judicialização da política.¹⁷

Ao se tratar da Judicialização da Política, importante se faz destacar que esta, comumente referida como “*a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas*”¹⁸, pode ser decorrente de diversos fatores que afastam a ideia de que o juiz ambiciona aumentar a sua força propositadamente em detrimento dos demais Poderes, não devendo ser associada, necessariamente, ao ativismo judicial.

¹⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013: pág. 17.

¹⁷ TASSINARI, Clarissa. Op. cit., págs. 17-18.

¹⁸ XIMENES, Julia Maurmann. **O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. 11.

Para Werneck Vianna e colaboradores¹⁹, o fato de os juízes ocuparem, cada vez mais, lugares pertencentes às instituições políticas e pela organização e regulação da sociedade como um todo, não decorre de sua ambição, mas sim de processos complexos e permanentes. Esses processos se originaram principalmente das grandes mudanças que afetaram as sociedades ocidentais a partir da segunda Guerra Mundial. A própria guerra iniciou o processo de punição de agentes estatais violadores de direitos humanos, dando ensejo à superposição de um direito internacional sobre o poder soberano nacional. Também ocorreu a explicitação de valores fundamentais nas Constituições dos países, que trouxe consigo a necessidade de um Judiciário capaz de exercer jurisdição sobre a legislação elaborada por aquele poder.

Necessário neste ponto reiterar os conceitos supracitados, de Barroso, segundo os quais existe uma relação íntima, porém não de equivalência, entre o Ativismo e a Judicialização das Políticas. Para o autor, “(..) a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”²⁰.

Lenio Streck²¹ também pondera sobre a necessidade de distinção entre judicialização e ativismo, ao definir que para um fato político que fora judicializado, o ativismo seria uma resposta na qual o debate político é substituído pela vontade do(s) julgador(es). Assim, conforme o autor:

[...] a questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. É por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretense “avanço”, seja para manter o *status quo*). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial. Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa.²²

¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social-Revista de Sociologia da USP, vol. 19, n. 2, pág. 39-41.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2008: pág. 25.

²¹ STRECK, Lenio. Op. Cit., 2016: pág. 724.

²² STRECK, Lenio. Loc. Cit.

Assim, para o autor, existiriam casos em que a resposta a uma questão política ofertada pelo Poder Judiciário seria adequada à Constituição e, portanto, não poderiam ser taxadas de ativistas. Seriam os casos das respostas que visam a concretizar direitos fundamentais, por exemplo, ou, ainda, as que guarneceriam regras democráticas.

Neste ponto de vista, já começa a ser desenhada o que Lênio considera ser a fronteira entre decisões ativistas e decisões conforme a Constituição.

2.3 FATORES INDICADORES DO ATIVISMO JUDICIAL

Assim, observam-se algumas situações que permitem ao menos se suspeitar que uma decisão está revestida de ativismo, quais sejam: (i) a interpretação expansiva da Constituição; (ii) a criação legislativa; (iii) a ampliação da competência de controle do STF; e (iv) o julgamento orientado pelo resultado.

A interpretação expansiva é a aplicação do texto constitucional de maneira ampliativa ao seu texto literal, de modo a estabelecer realismo a preceitos constitucionais vagos, ou, também, aumentar os direitos e/ou poderes previstos constitucionalmente.

A autora Fabiana Gomes Rodrigues, em tese de doutorado apresentada à Universidade Estadual do Norte Fluminense, ao discorrer sobre o direito a medicamentos e a intervenção do Poder Judiciário, assim define a Interpretação Expansiva:

[...] identificada nas decisões em que há a ampliação de direitos e poderes implícitos na Constituição ou não claramente previstos, ou, ainda, em decisões que conferem concretude a princípios constitucionais vagos. É o que ocorreu com o STF ao interpretar o art. 226, § 3º da CF, reconhecendo a união estável entre casal do mesmo sexo como entidade familiar, equiparando-a à união estável entre um homem e uma mulher.²³

Exemplifica-se com o voto do Min. Ayres Brito, em voto sobre a ADI 4.277/DF²⁴, ao versar sobre o mesmo reconhecimento da União Estável entre pessoas do mesmo sexo. A referida ação foi julgada pelo Supremo em 2011, e o relator votou no sentido de dar “interpretação conforme a Constituição” para excluir

²³ RODRIGUES, Fabiana Gomes. **Ativismo Judicial e Defesa dos Direitos: Fornecimento Gratuito de Medicamentos e a Intervenção do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro, 2018, pág. 30.

²⁴ BRASIL. STF - Pleno, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJ de 14.10.2011.

qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Para o Ministro, “o sexo das pessoas, salvo disposição em contrário, não se presta para desigualação jurídica” e, assim, o não reconhecimento destas uniões feriria o Art. 5º, IV, da CF, que veda qualquer discriminação em função de raça, sexo ou cor:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, **faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.** Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.²⁵

Ao aceitar o entendimento de que “a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo” como justificativa para o aumento de um direito, ocorre a interpretação expansiva da Constituição, hipótese que evidencia certo grau de ativismo judicial no referido voto.

Outra questão recente que trouxe à tona a discussão sobre o ativismo judicial no STF, por utilização do conceito de interpretação expansiva, foi o julgamento da ADPF 54/2004²⁶, de propositura pela Confederação Nacional dos Profissionais de Saúde. Tal medida objetivava obter um pronunciamento da Corte Constitucional a respeito da possibilidade de aborto de fetos anencefálicos em privilégio ao princípio da dignidade humana da mulher gestante, em contraposição ao direito à vida do feto.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Relator (Ministro Marco Aurélio), julgou procedente a ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta penalmente tipificada.

²⁵ BRASIL. STF: ADIN 4277/DF. Voto do Min. Ayres Britto.

²⁶ BRASIL. STF: ADPF 54/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão eletrônico DJe-080 Divulgação 29-04-2013 Publicação 30-04-2013. “ESTADO. LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO. INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. MULHER. LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA. SAÚDE. DIGNIDADE. AUTODETERMINAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME. INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

Com relação à criação legislativa, importante dizer que aqui talvez se encontre a forma de ativismo judicial que mais possui defensores em toda a doutrina. Trata-se de suprir uma inércia do poder legislativo, ou eventualmente do poder executivo, em suas funções impróprias, em criar textos legais dos quais a sociedade insistentemente carece.

A omissão da legislação tem como consequência uma demanda da sociedade, que pode vir em forma de provocação ao próprio legislativo, mas que também, comumente, chega ao Poder Judiciário por meio de demandas judiciais com temática abordando lacunas na lei, o que abre uma brecha para a exacerbação da função judiciária pelo próprio Tribunal, e este acaba por se imbuir de uma função não prevista nas suas competências originárias, qual seja, legislar.

Diversos exemplos atuais são esclarecedores de tal atuação, dentre as quais podemos apenas citar a decisão a respeito do direito de greve dos servidores públicos. Nela, ante a um verdadeiro clamor pela regulamentação do direito à greve, o STF, que já havia denunciado a omissão legislativa, em revisão de seu próprio posicionamento anterior, decidiu pela adoção da legislação de greve para o setor privado como regulamentação para as greves do setor público, ao julgar conjuntamente os mandados de injunção de números 670, 708 e 712, no ano de 2007.²⁷

Destaca-se a clara preocupação da Corte Constitucional em dar efetividade à norma fundamental que assegura o direito de greve aos servidores públicos, superando a inércia abusiva do poder legislativo que, por anos, frustrou “(...) a *eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo texto constitucional*”. Segundo o Ministro Celso de Mello²⁸,

[...] revela-se essencial que se estabeleça, tal como sucede na espécie, a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de forma que, presente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, tornar-se-á possível não só imputar comportamento moroso ao Estado [...] mas, o que é muito mais

²⁷ BRASIL, STF: MI 670. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Gilmar Mendes. MI 708. Impetrante: SINTEM - Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Gilmar Mendes. MI 712. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP; impetrado; Congresso Nacional. Relator: Eros Grau. Data de Julgamento: 25.10.2007.

²⁸ BRASIL. STF: MI 708. Impetrante: SINTEM - Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Gilmar Mendes. Voto do Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 25.10.2007.

importante ainda, pleitear, junto ao Poder Judiciário, que este dê expressão concreta, que confira efetividade e que faça atuar a cláusula constitucional tornada inoperante por um incompreensível estado de inércia governamental.

Desta forma, evidencia-se uma posição ativista justificada, ou justificável, por uma omissão legislativa em situações nas quais existe uma imposição constitucional de legislar.

No que tange à ampliação de competência de controle, trata-se aqui de um mergulho do Poder Judiciário (e neste caso em específico, não apenas dos Tribunais Superiores, mas também dos próprios juízes de primeira instância) nas celeumas do Poder Executivo. Por meio da expansão da competência de controle das decisões do próprio Judiciário, o STF autorizou, em 2010, ao julgar do RE 607.582²⁹, que todos os juízes do país pudessem bloquear verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos em demandas do gênero.

Também neste sentido de controle, importante se faz citar o Ministro Luís Roberto Barroso³⁰, que define, dentre as posturas que considera ativistas, “*a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição*”. Assim, o aumento das demandas por inconstitucionalidade de dispositivos legais e infralegais acarreta uma maior possibilidade de que as Cortes Superiores, em sua avaliação, acabem deduzindo a inconstitucionalidade, porém tendo como base critérios mais subjetivos, menos firmemente expressos na Carta Magna, ou até mesmo baseado em interpretações expansivas, conforme visto anteriormente.

Isso caracteriza o aumento da competência de controle, e quando esta competência se preenche de subjetividade, de menor rigor literal, ou de interpretações diversas, surge em seu cerne o ativismo judicial.

Por fim, outra particular forma de ativismo judicial é o que se conhece por “*juízo orientado pelo resultado*”, no qual se observa a pré-existência de uma vontade política ao julgamento ou à decisão jurídica em debate. O que se vislumbra nestas situações é a busca incessante por uma justificativa legal literal, ou próxima

²⁹ BRASIL, STF: RE 607.582/RG, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Julgamento 13/08/2010, Publicação 26/08/2010.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.26.

da literalidade, que possa embasar uma decisão que já está tomada. Um dos casos mais relevantes de julgamento orientado pelo resultado no âmbito brasileiro é o da edição da Súmula Vinculante nº. 13, que versa sobre o nepotismo na esfera administrativa e legislativa, em correlação com a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 12 (sobre o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário). No caso, o STF se aproveitou de julgamento sobre a constitucionalidade de resolução sobre nepotismo no Poder Judiciário, de cunho do CNJ (Resolução 07/2005), para fazer valer sua vontade política de, ante a inércia / omissão dos poderes legislativo e executivo, estabelecer regramento também para estes Poderes e para os entes da Federação.

Sobre o tema, entende Grostein³¹:

A crítica doutrinária que pende sobre este caso, assim, considera o fato de o STF externar a opinião particular de seus membros sobre assunto que deveria ser regulado pelo Legislativo. Diz-se, ainda, que a inércia em afastar o incômodo causado pelo nepotismo propiciou que o Supremo Tribunal se substituísse na vontade política do legislador, expondo claramente suas convicções sobre o ajuste fino da vedação, o que alcançou a definição dos graus de parentesco.

Assim, a vontade política previamente definida é que direciona o entendimento do julgador, que se utiliza de uma questão ainda pouco debatida para positivar o seu ponto de vista sobre determinado tema.

Como forma de melhor observar os conceitos expostos em termo práticos, passa-se a explicitar algumas decisões que servem como parâmetro sobre os limites que o próprio STF considera como razoáveis para a sua atuação jurisdicional. A análise destes julgados permite demonstrar não apenas o pensamento da própria Corte em termos de ativismo judicial, mas também expõe os conceitos que o carregam, bem como os argumentos que a Corte utiliza para justificá-lo.

3 ARGUMENTAÇÕES CRÍTICAS E ARGUMENTAÇÕES JUSTIFICADORAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Ao analisar o pensamento de alguns dos mais relevantes nomes da literatura nacional e internacional sobre o ativismo judicial, principalmente sobre a forma que

³¹ GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: Análise comparativa do direito constitucional norte-americano e brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2019, págs. 170-171.

criam balizas para definir se uma decisão é ativista ou não, é importante realizar uma organização dos argumentos relacionados às justificativas e às críticas à postura ativista das Cortes. Neste aspecto, os argumentos apresentados pela doutrina podem possuir força e relevância maior, de forma que mais complexo se torna desconstituí-los, ou possuírem força menor e, por conseguinte, serem mais facilmente contrapostos.

Utilizaremos aqui esta organização, que nos foi primeiramente apresentada no trabalho de Wiviurka³², a respeito do pensamento de Robert P. George, em que são avaliados sobremaneira os argumentos considerados contrários, ou críticos, à postura ativista das Cortes Constitucionais, porém sempre em contraposição com os argumentos considerados favoráveis.

3.1 ARGUMENTOS JUSTIFICADORES MENORES

Dentre os argumentos utilizados pela doutrina que é favorável ao ativismo judicial, existem alguns que, ou já estão ultrapassados pela própria evolução do direito, ou possuem contra-argumentação que aparenta possuir maior plausibilidade.

Assim, pode-se colocar neste grupo a argumentação de que não se pode defender uma corrente de interpretação estrita da Constituição, e que este conceito justificaria, por si só, a presença de atitudes ativistas por parte dos Tribunais. Entretanto, o argumento é ultrapassado. As próprias teorias positivistas já apresentavam, em algumas de suas correntes (como a corrente subjetivista, por exemplo), algum espaço à interpretação constitucional. Desta forma, defender que os juízes não sejam puramente a “boca-da-lei” não significa, necessariamente, que eles devam exibir uma postura ativista, uma vez que entre estas duas formas de atuação existe um universo de outras atuações possíveis.

Ainda neste grupo de argumentos, também é possível afirmar que existem, na própria Constituição, garantias implícitas e normas não escritas que poderiam ser utilizadas como referência e fundamentação de uma decisão. Ora, aqui também se encontram conceitos que não necessariamente caracterizam uma decisão como ativista, como por exemplo a proporcionalidade de Alexy, ou a amplitude possível de

³² WIVIURKA, Eduardo S. Sobre o Ativismo Judicial e a Posição de Robert George: Entre o Estado de Direito e o Despotismo da Toga. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 71-97, 2o sem. 2018 – ISSN 1678-3425: pág. 74.

se concretizar o Princípio da Igualdade. Decidir conforme estes princípios não significa, impreterivelmente, ser ativista.

No que tange à legitimidade de atuação dos representantes do Poder Judiciário para atuarem de forma a legislar, alguns argumentos também procuram definir o ativismo como possível. Nesse contexto, alguns autores, como o próprio Ministro Barroso³³, defendem que o fato de haver uma sabatina no Congresso Nacional transforma, ainda que indiretamente, os Ministros do STF em representantes do povo. Talvez este argumento possa até ser válido no contexto do Supremo Tribunal Federal, porém, por analogia, como seria possível extrapolar tal argumentação para um determinado juízo de primeira instância?

Ainda sobre a atuação judicial, alguns poderiam defender a existência de sanções e punições aplicáveis aos magistrados que cometem abusos ou excessos, ou seja, que efetivamente existam institutos de modulação da ação judicial. Entretanto, ao trazermos para o mundo dos fatos, torna-se fácil a verificação de que os referidos institutos ou inexistem, ou não são aplicáveis. Exemplificadamente, por mais que se diga que há punição ao juiz que extrapola, punições como aposentadoria compulsória jamais se demonstraram eficazes. Neste aspecto, importante citar o Projeto de Lei 4.754/2016, ao qual fora apenso o Projeto de Lei 1.182/2019, que versa sobre criação de crime de responsabilidade para juiz que passa a decidir de forma muito política, usurpando competência dos outros poderes³⁴.

3.2 ARGUMENTOS CRÍTICOS MENORES

Do mesmo modo, alguns dos argumentos utilizados para definir o Ativismo Judicial como pernicioso à democracia possuem muita fragilidade. Nesse sentido, a argumentação de que as decisões ativistas sempre serão erradas, sob o ponto de vista legal, encontra muita discussão na literatura.

³³ BARROSO, Luiz Roberto. Op. cit., 2012: pág. 135.

³⁴ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 1.182/2019: “Art. 1º Esta lei acrescenta o inciso 6º ao art. 39 da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, para incluir como crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a usurpação de competência do Poder Legislativo. Art. 2º O art. 39, da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso 6º: “Art. 39: (...) **6. Usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.**” (NR) Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Neste sentido, pode-se citar a argumentação utilizada por Streck, ao definir que uma postura ativista traz uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Konrad Hesse denomina de rompimento constitucional, quando o texto permanece idêntico, mas a prática é modificada pelos conceitos das maiorias. Define o autor, neste particular, ser exatamente isso o que ocorreu com a Constituição de Weimar e o nazismo.³⁵

O simples fato de existirem notórios doutrinadores que discorrem favoravelmente às práticas ativistas, como por exemplo, defendendo que o ativismo judicial é um instrumento da modificação – e por que não dizer - da evolução social, já explicita que o ativismo não pode ser considerado simplesmente um erro.

Nesse contexto, importante citar uma das conclusões de Thamy Pogrebinski em sua já referida obra: A existência de maneiras de os próprios poderes Executivo e Legislativo exercerem algum controle sobre as decisões do STJ, como por exemplo a repositura, com pequenas alterações, de projetos de lei, torna o controle de constitucionalidade exercido pelo STF legítimo, ainda que algum resultado prático possa parecer ativismo judicial, vez que o considera este ato um exercício da vocação experimentalista, que condiciona o crescimento da própria democracia.³⁶

Um outro argumento que pode se enquadrar neste grupo é o citado por Streck³⁷, de que quando o Judiciário comete um equívoco, a quem se salvaguarda o compromisso de corrigi-lo? Este se trata de um argumento que pode até ser verdadeiro para alguns tipos de decisões, mas que de forma alguma se aplica a todas. Por exemplo, em termos de controle concentrado de constitucionalidade, ao tornar uma lei, ou parte dela, inconstitucional, existe permissão constitucional para repositura, desde que com alterações mínimas.

3.3 ARGUMENTOS JUSTIFICADORES MAIORES

³⁵ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., 2011: pág. 53.

³⁶ POGREBINSKI, Thamy. Op. cit., pág. 175.

³⁷ STRECK, Lênio Luiz: "O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?" **Consultor Jurídico**, 13 de junho de 2013. Seção "Senso Incomum". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em 08 de setembro de 2020: "Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?".

Neste ponto, adentre-se em uma seara argumentativa que traz consigo embasamentos mais rígidos, que fazem com que os conceitos aqui expostos se tornem, no mínimo, controversos e tragam consigo uma força de argumentação mais difícil de ser contraposta.

Primeiramente, um dos argumentos que mais frequentemente é adotado pela doutrina favorável à postura ativista é o do “ativismo por legítima defesa”. Reside, este argumento, no fato de que a sociedade demanda respostas dos outros Poderes e, por conta de uma reiterada omissão destes em resolver as situações emergentes da coletividade, é que se abre uma brecha para que o Poder Judiciário os substitua na tarefa. Trata-se da verdadeira omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, trazendo situações em que o Poder Judiciário se obriga a, através de uma postura verdadeiramente ativista, cumprir o papel social de resolução de Hard Cases.

É facilmente observável o papel do judiciário na substituição ao legislativo inerte na já tratada omissão quanto ao tratamento da questão do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, conforme se discutiu anteriormente. Também, nas demandas sociais sobre as emergentes necessidades de rever as regulamentações a respeito do aborto, por exemplo, na já citada regulamentação sobre o aborto de fetos anencefálicos, ou no aborto de gestação resultante de estupro.

Também se observa, neste ponto, a interferência do STF em questões de omissão do Poder Executivo, como é possível observar na sua atuação frente ao discutido “Estado de coisas inconstitucional”, por meio da ADPF 347.³⁸

Outro argumento em que muito se aprofunda a doutrina filosófica do direito brasileiro é o de que, em alguns casos, o ativismo é necessário para cumprir com os ditames de uma suposta “justiça natural”. Assim, para quem argumenta neste sentido, existem normas naturais e valores morais que estão acima do texto jurídico positivado, e que devem ser invocados para se tomar uma decisão em que haja conflitos de normas e de princípios. Os defensores desta linha de pensamento argumentam que os “hard cases” são sempre julgados com base em ponderação de princípios, o que de certa forma é uma aplicação da justiça natural, o que validaria o ativismo judicial nestes e em outros casos.

³⁸ BRASIL. STF: ADPF 347/MG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico DJe-031 Divulgação 18-02-2016 Publicação 19-02-2016.

Nesse sentido, cita-se o voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 140.265/SP³⁹, defendendo que o magistrado, ao examinar uma lide, deve idealizar uma decisão mais justa baseada em valores metapositivos, e somente depois recorrer à dogmática para formalizar sua decisão. Neste modo de decidir, considera-se que alguns valores morais estão acima de qualquer norma positivada e podem ser invocados a qualquer tempo, dentro da fundamentação de um julgamento. Assim, decisões *contra legem* em hard cases seriam em conformidade com princípios balizadores da justiça, como pode ser verificado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MOLDURA FATICA - INTANGIBILIDADE - CONSIDERAÇÕES. No julgamento de recurso de natureza extraordinária, há de se distinguir entre o revolvimento de fatos e provas coligidos na fase de instrução, e o enquadramento jurídico da matéria contida no próprio acórdão impugnado. A vedação limita-se ao assentamento de moldura fática diversa da retratada pela corte de origem para, à mercê de Acórdão inexistente, concluir-se pelo conhecimento do recurso. **2. OFÍCIO JUDICANTE – POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o Magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la.** 3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – OFENSA. Ocorre a transgressão ao Princípio da Legalidade – Artigo 5º, Inciso II, da Constituição Federal – quando o Tribunal “a quo” admite a existência de norma legal impondo determinada exigência para o provimento do cargo e, no entanto, agasalha item do edital de concurso que a elastece. Isto acontece quanto ao interstício requerido para a movimentação no Ministério Público – Acesso ao cargo de supervisor de ensino. Se na Lei Complementar pertinente – Nº 444, de 27 de dezembro de 1985, do estado de São Paulo, cuida-se do interstício para o provimento do cargo, descabe cogitar da aplicação de item do edital que acabe por retroatrain o implemento da condição na data em que realizada a inscrição no certame. Tal extravasamento resolve-se pela declaração de ilegalidade do ato administrativo, mediante conhecimento de Recurso Extraordinário, por violência ao Princípio da Legalidade, interposto contra decisão proferida em demanda rescisória, para acolher o duplo pedido nela formulado – De rescisão do Acórdão e, no juízo rescisório, de prolação de outro que implique homenagem à ordem jurídica.

Um terceiro argumento justificador que encontra respaldo na obra de Roberto Barroso é o da “vanguarda iluminista”. Na obra denominada “*Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas*”, Barroso defende que um dos papéis inerentes às Cortes Constitucionais nas democracias da atualidade é de exercer um papel de vanguarda iluminista, qual seja, o de promover e contribuir, em nome de valores racionais, para

³⁹ BRASIL. STF - RE: 140265/SP, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 20/10/1992, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 28-05-1993.

avanços civilizatórios, e em procedendo desta forma, empurrar a história para frente⁴⁰.

Nesse particular, utiliza-se do caso *Brown vs. Board of Education*, de 1954, considerado um caso paradigmático em que a postura ativista foi responsável por superar a segregação racial nos Estados Unidos. Este argumento, entretanto, encontra crítica dura no aspecto de contraexemplo: Em verdade, a decisão dada ao caso *Brown vs. Board of Education* é considerada como uma correção a outro caso paradigmático anterior, o *Pless vs. Fergusson*, de 1896, quando a mesma postura ativista, celebrada no caso de 1954, foi a responsável pela criação dos ambientes de segregação racial nos moldes “iguais mas separados”, ou seja, o caso de 1954 apenas corrigira uma distorção do texto constitucional criada por meio de ativismo judicial, em 1896.

Também, ainda na seara da dita vanguarda iluminista, uma crítica que se mostra bastante pertinente é a de que inexiste uma real legitimidade para que o STF seja o real “guardião da moralidade”, uma vez que o próprio Iluminismo se trata de permitir que o povo se autodetermine, se esclareça, e defina seus caminhos. Assim, como poderiam onze Ministros, que sequer foram indicados pelo povo, arrogar-se o dever de promover valores civilizatórios e dizer o que é melhor para toda a população?

Por fim, existem ainda dois fortes argumentos, que são conexos, e que demonstram uma verdadeira utilidade prática aos atos ativistas: (i) a mobilização social e (ii) o papel contramajoritário do STF.

Os argumentos baseados na mobilização social são os de que as Cortes Constitucionais conseguiriam, de forma mais adequada que os poderes legitimados, atender às demandas sociais, uma vez que aos Ministros se atribui um poder constitucional permanente, ainda que limitado, que lhes permite utilizar a Constituição Federal da melhor forma possível para promover seu espírito. Tal ação está estritamente vinculada ao papel contramajoritário da Corte Constitucional. Sobre esta atuação, Ariosto Teixeira entende que o papel do STF no controle de constitucionalidade reflete o esforço de institucionalização do sistema de freios e contrapesos, uma vez que as decisões do Tribunal são consideradas e obedecidas.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2207-2210.

Assim, considera o autor que a judicialização é um instrumento das minorias para obter as reformas que do Estado se espera:

A judicialização da política no Brasil se evidencia de maneira relevante como instrumento de ação das minorias no ambiente de reformas das estruturas básicas do Estado. Essa conclusão se sustenta no fato comprovado de que o aumento de demanda sobre o STF coincide com o crescimento de atividades do Legislativo e com a tramitação e aprovação das reformas constitucionais pelo Congresso Nacional no período de 1995-1996. Em outras palavras, pode-se dizer que a judicialização da democracia brasileira é também provocada pela conjunturalização da produção normativa.⁴¹

Segundo este entendimento, o STF possui a incumbência de remediar alguns dos males da democracia, contrapondo, para isso, uma pretensa “ditadura da maioria”. Haveria, assim, um papel de representação das minorias ao Poder Judiciário, que deve atuar sempre que se vislumbre um conflito entre o constitucionalismo e seu poder limitado de defesa dos direitos fundamentais, e a democracia o seu papel de prevalência do desejo da maioria. Irrefutável, neste aspecto, o papel do Poder Judiciário, e por que não dizer, do ativismo judicial, de trazer equilíbrio ao constitucionalismo democrático.

3.4 ARGUMENTOS CRÍTICOS MAIORES

Também por parte de quem pensa o ativismo judicial como nocivo ao bem-estar do direito e das instituições, existem argumentações contundentes e de difícil contraposição.

Neste aspecto, muito se emprega na defesa da existência de um assim chamado “Império da Lei”, que seria a linha que diferencia o estado de direito de um estado, por assim dizer, absolutista. Apenas neste último tipo de estado é que haveria espaço para cidadãos acima da legalidade, ao passo que no estado de direito não há ninguém que se posicione acima da lei, a quem não infira o Princípio da Legalidade. Desta forma, no estado de direito, o Governo da Lei está acima do Governo dos Homens, e as decisões ativistas podem ser vislumbradas como um verdadeiro regresso histórico.

⁴¹ TEIXEIRA, Ariosto. Op. cit., págs. 150-154.

Assim, se formaria um absolutismo da Corte Constitucional que, ao tomar uma decisão ativista, estaria contrariando o principal fundamento do estado de direito, a própria lei. Como não compreender como regresso histórico uma situação hipotética em que onze senhores, em suas togas, decidem que o que está fora da lei é que é o correto? A esta atuação, Daniel Sarmento denomina “tecnocracia da toga”.

A justificativa do autor para tal feição ser contrária à democracia não se daria, em absoluto, pelos resultados das decisões dos juízes, mas pelo simples fato de que suas decisões, uma vez que não decorram de cidadãos que foram democraticamente eleitos para cumprir função legislativa, seriam avessas à democracia em si. Nesse aspecto, em uma democracia real, um dos pontos mais importantes é que as decisões políticas fossem tomadas pelo próprio povo, através de seus representantes eleitos, e não por “*sábios ou tecnocratas de toga*”⁴². Além disso, considera essencial à feição antidemocrática que o ativismo judicial possui o fato de que a Constituição é caracterizada por uma abertura das normas, de forma que seu intérprete participa de um verdadeiro processo de criação de normas, e por que não dizer, de política.

Daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito. Esta visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício, dos revolucionários franceses do século XVIII,¹⁰⁹ passando por Carl Schmitt, 110 na República de Weimar, até os adeptos do constitucionalismo popular nos Estados Unidos de hoje.⁴³

Outro argumento conexo a este é a crítica que se faz à politização da justiça, no sentido de que a imparcialidade do julgador é extremamente importante, e para que seja resguardada deve ser dada uma interpretação mais restritiva dos princípios.

Também, muito próximo a este entendimento, situa-se o conflito visível entre a adequada fundamentação judicial e a “*ex post facto*”. As situações em que o julgador primeiro decide e depois busca as justificativas para a sua decisão demonstra uma tenebrosa contradição com o próprio estado de direito. A não fundamentação adequada abre caminho para uma interpretação ao bel prazer, pois

⁴² SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2009: pág. 12.

⁴³ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2009: pág. 13.

torna viável a tomada de uma decisão não embasada, e a subsequente busca de princípios que possam, de algum modo, justificá-la. Nesse sentido, o Ministro Lewandowski, no RE 575.144⁴⁴, estabelece que é “*direito do cidadão conhecer as motivações, sob pena de retornarmos ao voluntarismo*”, remetendo este tipo de decisão sem motivação ao estado francês pré-revolução, quando os reis, ao decidirem conforme sua vontade, cravavam ao fim: “assim deseja o rei”.

Outro conflito que deve ser verificado é aquele existente entre a soberania popular e a vontade dos juízes. Conforme já explicado ao se referir ao papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, tenta-se justificar a defesa das minorias em uma democracia constitucional através da possibilidade de o STF exercer sua função limitadora da vontade soberana, qual seja, pela imposição de limites às decisões da maioria, ou até mesmo pela sua declaração de inconstitucionalidade.

Ocorre que, para muitos dos críticos do ativismo judicial, este papel contramajoritário na verdade seria uma substituição da vontade da maioria do povo pela vontade da maioria do Tribunal, sob a pretensa argumentação de que o povo nem sempre é capaz de decidir o que é melhor para si, pelo simples fato de não saber exatamente o que é melhor para si.

Tal situação pode ser explicitada no julgamento do caso paradigmático *Lochner vs. New York*⁴⁵, pela Suprema Corte Americana, em 1905. O estado de Nova Iorque (seu “povo”) promulgou lei limitando a jornada de trabalho para não mais que 60h semanais. Os empresários locais, capitaneados por Lochner, recorreram à Suprema Corte, por entenderem haver clara violação ao vigente princípio da liberdade contratual. Ao decidir, foi derrubada a limitação da jornada de trabalho sob o entendimento de que a soberania popular do estado de NY não era adequada. Sobre o precedente, entende-se, nos dias atuais, que há discussões que deveriam ser encerradas no âmbito do legislativo, pois o fato de os Juízes não serem eleitos não lhes confere mandato para representar a moral da população, que

⁴⁴ BRASIL. STF - RE: 575.144/DF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 11/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Repercussão Geral – Mérito. Voto: “(...) Com efeito, constitui direito fundamental do cidadão, em especial na qualidade de jurisdicionado, o de conhecer a motivação das decisões judiciais, sob pena de retornar-se ao voluntarismo dos agentes estatais, expresso na conhecida frase dos monarcas absolutistas franceses, que justificavam seus atos assentando: ‘*le roi le veut*’.”.

⁴⁵ EUA. Suprema Corte: 198 U.S. 45 (1905).

dirá para dizer que a vontade soberana é inconstitucional tendo como base o direito não escrito.

Há ainda outro argumento que é dos mais importantes para se tecer críticas veementes ao ativismo judicial: trata-se da interferência na repartição dos poderes. A doutrina brasileira não é rígida ao atacar atos que colocam em risco os limites de cada um dos três poderes, ao contrário da doutrina americana, que é impositiva sobre mecanismos que possam preservar a adequada função de cada um deles. Nesse aspecto, convém afirmar que o ativismo judicial, sem sobra de dúvidas, viola o princípio da separação de poderes.

Tal afirmação foi primeiramente evocada desde o caso *Marbury vs. Madison*⁴⁶, quando se observou que a opinião dos Juízes poderia sobrepor as decisões dos outros poderes. Os defensores da autocontenção do judiciário baseiam suas críticas às posturas ativistas pelo fato que se vislumbra, quando ao judiciário lhe é permitido violar atos dos outros poderes, a possibilidade de surgimento de decisões arbitrárias, e até mesmo despóticas. Ainda em 1804, Abraham Lincoln definiu que a criação de um “superpoder” seria algo despótico, e que deveria a todo custo ser evitado.

Por fim, importante comentar sobre uma das críticas mais adequadas ao ativismo judicial, que é desdobramento da crítica sobre a repartição dos poderes, que é o que se entende por usurpação de competência pelo Poder Judiciário. O judiciário, de forma ativista, assume para si competências que são originárias de outros poderes, e isso pode ser mais claramente visto na hipótese de, em análise de legalidade de um ato, a Corte Suprema eventualmente julgar necessário substituí-lo por uma outra decisão.

Esse argumento ganhou uma expressão maior a partir do caso *Dred Scott vs. Sandford*, de 1857. Scott era um escravo de Sandford, porém foi levado para Louisiana, que era um Estado onde não havia previsão de escravidão. Isso fundamentou o pedido de libertação de Scott, e Sandford se defendeu alegando que Scott não era cidadão de nenhum Estado, visto que sua raça era considerada “inferior”. O caso chegou à Suprema Corte, que reconheceu o direito de Sandford ter propriedade na forma de escravos, mesmo sem previsão constitucional para tanto.

Sobre esse caso, George comenta:

⁴⁶ EUA. Suprema Corte: 5 U.S. 137 (1803).

Essa negação da autoridade do Congresso para limitar a escravidão, mesmo em territórios federais, foi considerada pela crítica do Tribunal como uma usurpação ultrajante da competência legislativa congressional; e preparou o cenário, na visão de muitos historiadores, para a guerra civil.⁴⁷

Assim, é possível perceber que esta usurpação de competência é dos mais fortes argumentos sobre a necessidade de se evitar o ativismo judicial, pois que inconstitucional e injusto o fato de não ser o povo que define seus rumos, por meio de seus representantes eleitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou demonstrar limites mais claros para a prestação jurisdicional, buscando na doutrina e nas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal parâmetros que pudessem levar a desenhar esta fronteira, ou mesmo apresentar algumas balizas para o ativismo judicial.

Inicialmente, é imperativo dizer que não há, no estudo do ativismo judicial brasileiro, nenhum tipo de consenso sobre sua definição. Os doutrinadores, cada qual com sua definição e interpretação próprias, aplicam estes conceitos não parametrizados para taxar uma decisão judicial como ativista ou não. A partir disso, inferem um grau de valoração ao ativismo judicial; alguns, como Barroso, classificando-o como essencial e necessário, e outros, como Streck, definindo-o como pernicioso na maioria absoluta dos casos.

Outros doutrinadores se posicionam em algum lugar entre estes dois pontos. Ariosto Teixeira, por exemplo, define como impossível, nos moldes atuais, querer suprimir a postura ativista do STF, partindo do pressuposto de que é a própria sociedade que o estimula a tomar as decisões preenchidas de ativismo.

Sarmiento, por sua vez, considera essencial que haja, em alguns aspectos, uma postura de real autocontenção judicial, independentemente se por respeito às deliberações majoritárias ou por reconhecimento da falta de expertise do Poder Judiciário em tomar decisões que promovam os valores constitucionais em jogo de maneira mais eficiente, especialmente em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos.

⁴⁷ GEORGE, 2000, Op. cit., pág. 8.

Em suma, uma vez que o próprio conceito “decisão ativista” é pensado de maneiras diversas pelos autores citados no trabalho, seria possível chegar a um consenso sobre os limites das prestações jurisdicionais?

Apesar da dificuldade, é necessária a criação de um conceito unificado, não apenas do termo ‘ativismo judicial’ em si, mas principalmente sua qualificação como algo que deve ser buscado pelas cortes, ou, em *contrario sensu*, que deve ser a todo custo evitado. Apenas após uma mais clara conceituação, é que se poderá balizar, também de maneira mais precisa, os limites que se esperam da atuação do Poder Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal na prerrogativa de Corte responsável pela guarda da Constituição.

Uma vez que é visível que as decisões recentes do STF possuem, em graus variáveis, algum nível de ativismo e de protagonismo, também se faz necessário, secundariamente, refletir sobre maneiras de minimizar os efeitos potencialmente negativos deste ativismo. Sendo certo que existem vários estudos sobre estas possibilidades.

Uma destas possibilidades seria, talvez, a implementação do sistema de indicação dos Ministros do STF com algum tipo de avaliação popular, com vistas a legitimá-los como representantes, também, do povo. Por outro lado, uma vez estando configurado o STF como um Tribunal de expressão da vontade popular, e uma vez recebendo um chamado a agir proveniente de um caso concreto, seria desejável que este atuasse como “estimulador” e “provocador” do Congresso Nacional, e uma solução possível, neste contexto, seria a imputação de prazo, ao Congresso, para que este traga as leis suplementares efetivadoras do direito em discussão, antes de o STF tomar para si a responsabilidade de fazê-lo. Ainda neste espectro, uma proposta que parece viável de aplicação é a possibilidade de, ao perceber o STF uma omissão persistente do Congresso, imponha o trancamento da pauta da casa até que seja legislado o assunto em voga.

Também, com relação às leis suplementares efetivadoras de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição, seria mais legítimo, por exemplo, que o STF utilizasse de seu poder para confrontar o legislativo, em vez de implementá-las por sua própria vontade política.

Ao fazer isso, estimulando a presença de um poder legislativo positivo e forçando-o, por assim dizer, a sair da inércia, e conseqüentemente preencher de leis as lacunas existentes no ordenamento jurídico, o Poder Judiciário (representado

aqui pelo STF) poderia assumir o que consideramos ser o seu papel, o de legislador apenas negativo, responsável por tirar do universo jurídico brasileiro aquelas definições que fossem consideradas ofensivas à Constituição e aos direitos fundamentais.

Enfim, existem infinitas possibilidades para não apenas estabelecer mais legitimidade à atuação do SFT, mas também, como consequência, aumentar sua visibilidade democrática e, enfim, sua confiabilidade como Corte Guardiã da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas*. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL 1.182/2019.

BRASIL. **Congresso Nacional**. C.F./1988, Art. 55.

BRASIL. **STF**: ADI 492-1. Requerente: Procuradoria Geral da República; requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 12/11/1992.

BRASIL. **STF**: ADI 4.277/DF, Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento 05/05/2011, Publicação 14/10/2011.

BRASIL. **STF**: ADPF 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: 30/04/2013.

BRASIL. **STF**: ADPF 347/MG. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/09/2015. Publicação 19/02/2016.

BRASIL. **STF**: RE 140.265/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 20/10/1992. Publicação: 28/05/1993.

BRASIL. **STF**: RE 575.144/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 11/12/2008.

BRASIL. **STF**: RE 607.582/RG, Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento 13/08/2010, Publicação 26/08/2010.

BRASIL. **STF**: MI 20. Impetrante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 19/05/1994.

BRASIL, **STF**: MI 670. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. MI 708. Impetrante: SINTEM - Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa; impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. MI 712. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP; impetrado; Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 25/10/2007.

EUA. **Suprema Corte**: 5 U.S. 137 (1803).

EUA. **Suprema Corte**: 163 U.S. 537 (1896).

EUA. **Suprema Corte**: 198 U.S. 45 (1905).

EUA. **Suprema Corte**: 347 U.S. 483 (1954).

GEORGE, Robert P. **Great Cases in Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: Análise comparativa do direito constitucional norte-americano e brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2019.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

RODRIGUES, Fabiana Gomes. **Ativismo Judicial e Defesa dos Direitos: Fornecimento Gratuito de Medicamentos e a Intervenção do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro, 2018.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio Luiz: “O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?” **Consultor Jurídico**, 13 de junho de 2013. Seção “Senso Incomum”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. “O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?”. **Consultor Jurídico**, 07 de janeiro de 2016. Seção “Senso Incomum”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: A difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. In **EJLL Joaçaba**, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

STRECK, Lênio; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano O. O problema do ativismo judicial: Uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.5, Nº. Especial. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

TEIXEIRA, Ariosto. **A judicialização da política no Brasil (1990-1996)**. Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB. 1997.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social-Revista de Sociologia da USP**, vol. 19, n. 2.

WIVIURKA, Eduardo Seino. **Exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional a partir da teoria neoclássica da lei natural**. Dissertação de Tese de Doutorado, Curitiba: UFPR. 2020.

WIVIURKA, Eduardo Seino. Sobre o Ativismo Judicial e a Posição de Robert George: Entre o Estado de Direito e o Despotismo da Toga. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 71-97, 2o sem. 2018 – ISSN 1678-3425.

XIMENES, Julia Maurmann. **O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.