

O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE CONSTITUTION GUARDIAN AND THE JUDICIAL ACTIVISM: SOME CONSIDERATIONS ON THE FEDERAL SUPREME COURT DECISIONS

Rafael Faria Basile¹
Ester Mariana dos Santos Joaquim²

RESUMO:

O presente artigo apresenta algumas das implicações e consequências de uma participação desmedida do Poder Judiciário no cenário político nacional, decorrentes de práticas tidas como ativistas. Para tanto, discutiu-se o modo como a competência de “guardião” da Constituição é exercida pelo Supremo Tribunal Federal e a partir daí refletiu-se acerca do ativismo judicial por meio de dois casos representativos na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, para concluir que o magistrado se autoatribuiu a tarefa de “dizer” a última palavra acerca dos valores da sociedade, sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Constituição.

ABSTRACT:

The article presents some of the implications and consequences of an excessive judicial involvement on the national political scene, due to practices taken as activists. To this end, discuss how the competence of "guardian" of the Constitution is exercised by the Supreme Court and from there reflected about judicial activism through two representative cases in Brazilian jurisprudence, and took higher courts to conclude that the magistrate claims to itself the task of "telling" the last word on the values of society, under the cloak of an activity seemingly technical interpretation of legal provisions by the specifically constitutional dogmatic concepts .

KEYWORDS: Judicial Activism. Supreme Court. Constitution.

¹ Doutorando e Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da PucMinas.

² Acadêmica do Curso de Direito da PucMinas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de algumas das implicações e consequências de uma participação mais ampla do Poder Judiciário no cenário político nacional. Atualmente, é difícil imaginar alguma questão política, econômica, científica, ambiental e até mesmo moral que não possa ser levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Tendo isso em vista, um assunto ganha relevância: o comportamento adotado pelos Tribunais ao decidir questões controversas. Aqui, reside, o objetivo geral do estudo, a ressalva de que não se almeja discutir a importância do Poder Judiciário para a democracia brasileira, nem tampouco na consecução das promessas traçadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Muito ao contrário, a participação do Judiciário, em coerência com os limites e atribuições constitucionais faz-se necessária. Assim sendo, o objeto precípua da pesquisa é a análise da atuação desmedida do Poder Judiciário no Brasil, ou seja, para além dos seus limites e atribuições constitucionais, conhecida como ativismo judicial, que poderá impor, como se pretende demonstrar, retrocessos e riscos a efetividade democrática.

Tratar-se-á da fluidez da fronteira entre a política e a justiça, bem como se delineará o fenômeno do ativismo judicial. Em seguida, discutiremos o modo como a competência constitucional de “guardião” da Constituição é exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, diante da investigação da incidência do ativismo judicial no Brasil, passe-se a análise exemplificativa de dois “casos representativos”, que comprovam o desvio da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, por parte do Supremo Tribunal Federal em julgados recentes. Salienta-se, ainda, as duas perspectivas adotadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário ao prolatar suas decisões: uma em consonância com um projeto contemplador de direitos fundamentais e outra muito próxima do pensamento consequencialista, que atribui à consequência o peso de critério determinante nas hipóteses em que há várias interpretações justificáveis e logicamente possíveis.

Em linhas pretéritas, as considerações finais, ressaltarão que a atuação harmônica dos “Poderes” ou “Funções”, preconizadas em termos principiológicos pelo Constituinte, dependem, em boa medida, de um devido exercício das competências constitucionais que lhes foram conferidas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A tênue fronteira entre política e justiça

A cena democrática, possibilitada pela Constituição de 1988, ao desvelar o judiciário, possibilitou o acesso formal à jurisdição a um número maior de atores. De acordo com Moisés Mileib Oliveira (2011), aliado a este ambiente democrático, de fortalecimento do judiciário na garantia e concretização dos direitos, está à incapacidade dos sistemas representativos clássicos – Executivo e Legislativo – em darem respostas aos interesses econômicos e sociais emergentes. “Dessa forma, diante da inércia dos políticos, os grupos de interesse, ou organizações sociais, passaram a utilizar os tribunais para consecução de seus objetivos³.” (CARVALHO, 2004).

Moisés Mileib Oliveira (2011) destaca dentre os grupos de interesse que alimentam o processo de judicialização, os partidos de oposição na utilização dos tribunais para obstaculizar ou impedir mudanças viabilizadas pela base governista⁴, buscando respaldo ou impedimento jurídico para as questões que lhes interessam.

Luis Roberto Barroso (2009) entende por *judicialização* o fato de algumas questões de larga repercussão política ou social serem decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Desde agora, cabe destacar como fez Marcos Paulo Verissimo (2008) que esse processo de transferência de prerrogativas do parlamento e dos órgãos executivos às cortes de justiça não se dá sem um certo desencontro de paradigmas institucionais.

³ Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, empreenderam uma pesquisa sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ajuizadas entre os anos de 1988 e 1998, que deu origem ao texto “Dezessete anos de judicialização da política” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007). Por meio dessas foi obtido um banco de dados com todas as ADIs ajuizadas entre os anos de 1988 e 2005, perfazendo um total de 3.648 ADIs. De acordo com os pesquisadores, os dados coletados evidenciam que as ADIs já fazem parte do cenário democrático brasileiro, afirmando-se como escoadouro de conflitos entre sociedade e Estado (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.23). A pesquisa mostra que a maior parte das ADIs julgadas referiam-se a questões atinentes a Administração Pública (60%), a Política tributária (12,6%) e a Regulação da sociedade civil (11,6%) (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.12), o que demonstra a utilização do STF, por diversos grupos de interesse, para vetar questões administrativas, políticas e fiscais.

⁴ A pesquisa, já mencionada, empreendida por Luis Werneck Vianna, aponta para o fato de os tribunais se afirmarem como uma via complementar de disputa política e de exercício de oposição, mais utilizado pelos partidos tidos como de esquerda, mas igualmente mobilizada pelo centro e pela direita (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.30).

Sobre as ADIs ajuizadas entre os anos de 1988 e 2005, observa-se que a “esquerda” é responsável por quase 70% das ADIs de partidos contra normas federais. De acordo com o pesquisador, durante o período FHC, o PT era o grande responsável pelas ADIs da esquerda, respondendo por quase 60% delas. Previsivelmente, no período analisado do governo Lula, o PT deixa o campo das ADIs contra normas federais, não propôs nenhuma. Porém, demais partidos de esquerda não deixaram de apresentar ADIs contra o governo federal nesse período. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.31).

Observa-se, dessa maneira que a relação entre Direito e Política é uma relação ambígua, uma vez que a linha divisória entre ambos, inegavelmente, exista, não é sempre nítida, muito menos fixa.

2.1.1 Delineamentos acerca do Ativismo Judicial

Inicialmente, pode-se dizer que o ativismo judicial⁵ é um fenômeno no qual o Poder Judiciário, especificamente os magistrados por meio de suas funções decisórias, passam a intervir, de forma deliberada e para além dos limites constitucionais, nas atribuições que cabem, originariamente, aos outros poderes. Pode ser praticado tanto no exercício da prestação jurisdicional (por meio dos autos do processo), como também pode ser praticado de forma externa aos autos pelos magistrados como, por exemplo, em entrevistas, discursos e pronunciamentos. O ativismo extrajudicial⁶ torna explícita uma dimensão de “politização do judiciário”.

De acordo com François Ost (1990), foi o juiz O.W.Holmes quem primeiro faz cambaleiar a relação hierárquica tradicional entre regras e decisões, criação e aplicação do Direito, definindo o jurídico nestes termos:

«As profecias do que farão os juízes e os tribunais, e nada mais pretensioso, isso é o que eu entendo por “Direito” >>. Desde esta perspectiva, o Direito não é tanto um dever-ser, um conjunto de regras, senão um fenômeno fático complexo formado pelos comportamentos das autoridades judiciais.⁷ (OST, 1990, p.177)

A ideia de ativismo judicial, dessa forma, liga-se a uma participação mais intensa e extensa do Judiciário na interpretação dos preceitos constitucionais, em um primeiro

⁵ As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência americana: “Foi na atuação pro ativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973)”. (BARROSO, 2009)

⁶ “(...) ministro Gilmar Mendes, cultivou o hábito de pronunciamentos rotineiros à imprensa, nos quais comentava não apenas questões afetas à Corte, como também temas políticos e atualidades em geral. Sob críticas e aplausos, conforme a visão de cada um, introduziu um certo ativismo extrajudicial (...)” (BARROSO, 2011,p.4)

⁷ Tradução livre de: «Las profecías de lo que harán efectivamente los jueces y los tribunales, y nada más pretensioso, eso es lo que yo entiendo por ‘Derecho’.>>. Desde esta perspectiva, el Derecho no es tanto un deber-ser, un conjunto de reglas, sino un fenómeno fático complejo formado por los comportamientos de las autoridades judiciales.

momento, uma vez que retomaremos a discussão mais adiante, de maneira a realizar a “(...) concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (BARROSO, 2009). A partir destas considerações iniciais, os conceitos de judicialização e ativismo judicial parecem, em alguma medida, análogos. Entretanto, mesmo que se possam identificar características comuns, os termos não são correlatos, na verdade, possuem causas e atributos diferentes.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam 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. (BARROSO, 2009, p.6).

Enquanto a judicialização se refere a uma expansão do judiciário por uma configuração social, política e institucional, que se dá em grande parte, pela determinação constitucional, o ativismo é uma anomalia decorrente de um “(...) exercício deliberado de vontade política.” (BARROSO, 2009). No contexto constitucional e democrático brasileiro, o judiciário não pode se negar ao pronunciamento sobre questões previamente previstas no ordenamento jurídico, o que é completamente diferente, ou seja, diferentemente da judicialização, o ativismo judicial caracteriza-se por adotar “uma atitude, a escolha de um modo específico e pro ativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (BARROSO, 2009).

Assim sendo, observa-se que o supedâneo basilar do ativismo judicial é um senso de justiça na interpretação do texto constitucional, que se mostra como “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa.” (RAMOS, 2010, p. 116). Aqui, percebe-se, o primeiro problema decorrente de uma postura ativista, por parte do judiciário, a afronta ao princípio da separação dos poderes⁸. A “separação dos poderes”, contemporaneamente, imbricada no sistema constitucional, é, na verdade, uma articulação entre os órgãos e as funções do Estado. De forma mais precisa, pode-se afirmar que a denominação “separação de poderes” é inadequada, uma vez que se

⁸ De acordo com Paulo Bonavides, sob o enfoque moderno, o princípio da separação dos poderes “(...) vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca, porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível”. (2010, p.147).

José Afonso da Silva (2004), afirma que a divisão dos poderes fundamenta-se em dois elementos: a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, as assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribuiu a função Legislativa; b) independência orgânica, o que significa, que além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros. Tratando-se, pois, de uma forma de organização jurídica das manifestações de poder.

refere às funções realizadas pelo Estado e não ao “Poder” estatal que é uno e indivisível. Neste sentido, Ronaldo Bretãs de Carvalho Dias:

(...) acatamos a doutrina da existência de um poder único do Estado, que se espalha sobre os indivíduos pelo exercício das suas três fundamentais funções jurídicas, a executiva, a legislativa, e a jurisdicional. O Estado deve ser concebido como ordenação de várias funções atribuídas a órgãos diferenciados, segundo a previsão de normas constitucionais que o organizam juridicamente. O que deve ser considerada repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, do que resulta uma diferenciação de funções exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional, nunca a existência de vários poderes do mesmo Estado. (DIAS, 2004, p.70)

Dessa forma, as Constituições que consagram os postulados do Estado Democrático de Direito indicam os órgãos responsáveis ao exercício do poder estatal. Contudo, estas mesmas Constituições “nem sempre indicam, de modo expresso, a função (ou as funções) que lhes compete exercer, com preferência em relação aos demais, e mais raramente ainda se ocupam da caracterização material dessa atividade.” (RAMOS, 2010, p. 117). Grande parte dessa delimitação é realizada pela doutrina e pelos operadores em respeito ao princípio da separação dos poderes, que exige a identificação da função estatal associada a cada um dos “poderes” sob o prisma do seu conteúdo material. Assim sendo, a função típica de cada “Poder” “admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente.” (RAMOS, 2010, p. 116). Por outro lado, como existe uma articulação entre as funções estatais, o exercício que se aparte de suas características materiais intrínsecas, bem como o que exerça as de outrem, acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro “Poder”.

Verifica-se, como já exposto, que ao se fazer menção ao ativismo judicial, “o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.” (RAMOS, 2010, p. 116).

O ativismo judicial não se trata apenas do exercício de uma função não jurisdicional, que poderia, em circunstâncias muito limitadas, vir a ser deferidas pela Constituição a órgãos de cúpula do judiciário, mas sim da “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.” (RAMOS, 2010, p. 117; grifos do autor). Por conseguinte, importa saber, quando se investiga um suposto ativismo ou um suposto desvio do exercício da jurisdição e a

consequente ofensa ao princípio da separação de Poderes, se existiu a desnaturação do “núcleo essencial de funções”.

Nesta perspectiva, há que se ter em vista que a jurisdição e o seu corolário, as decisões judiciais, há muito, já não podem ser vistas como meros atos de aplicação das leis, ou seja:

(...) a evolução ocorrida no âmbito da Hermenêutica, que tornou patente a natureza híbrida, cognoscitiva e criativa, da atividade exegética, a qual propicia, mais do que a aplicação, a concretização de normas, cujos elementos estão apenas contidos *in fieri* nos textos legislativos. As decisões judiciais, portanto, são, (...), necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. Entretanto, *não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada o Poder Legislativo*. (RAMOS, 2010, p. 119; grifo nosso).

Dessa maneira, pode-se dizer, mesmo que a discricionariedade encontre condicionamentos jurídicos intensos, a amplitude concedida ao intérprete juiz é o campo de ação e desenvolvimento de posturas ativistas por parte da magistratura.

Como pode ser observado, a legitimidade⁹ dos juízes não provém ou se assenta na sua origem popular ou em seu caráter representativo, vez que no Brasil, aqueles não foram eleitos para o cargo que ocupam. Contudo, mesmo não sendo legitimados pelo voto “(...) o Judiciário não é completamente destituído de legitimidade (...)” (GALUPPO, 2008).

Modernamente, a legitimidade do Judiciário assenta-se em sua capacidade de resolver os conflitos sociais. No entanto, essa não é a única condição de legitimidade do Judiciário. A legitimidade não se assenta apenas na eficiência, mas também na pretensão de correção normativa contida em suas decisões: espera-se que as sentenças e acórdãos judiciais sejam justos porque, se o Direito for reduzido à mera eficiência, ou à mera força necessária para se atingir a eficiência, não mais é possível distingui-lo da Política. Sem referência ao conceito de justiça, o Direito deixa de ser Direito. (GALUPPO, 2008).

⁹ Sobre o problema do déficit de legitimidade do Poder Judiciário, Marcelo Campos Galuppo (2008) afirma: “Se remontarmos à origem do Constitucionalismo, perceberemos que a lógica da separação dos poderes advinha de uma desconfiança popular em relação aos poderes constituídos. A reivindicação de que as leis deveriam ser elaboradas apenas pelo Legislativo decorria do fato de que somente esse poder emanava do próprio povo. Em outros termos, enquanto o Poder Executivo se constituía hereditariamente e o Judiciário por nomeação, a legitimidade do Legislativo provinha do próprio povo, através do voto. A partir do século XVIII, o Executivo passou a ser constituído também pelo voto popular e a contar com um novo modo de legitimação: a legitimação democrática. O Judiciário, no entanto, não conta, salvo casos excepcionais, com esse modo de legitimação, razão pela qual ele parece contar com um déficit de legitimidade. Some-se a isso o fato de que os seus integrantes são vitalícios, o que o separa ainda mais da lógica da legitimação pelo sufrágio, que pressupõe a temporariedade do mandato.”

De tal modo, a legitimidade do Judiciário “(...) encontra-se assentada na exclusiva sujeição (...) às leis emanadas da vontade popular. Expressa-se nas decisões judiciais, enquanto amparadas nas aspirações da comunidade, plasmadas no ordenamento constitucional (...)” (BARACHO, 1995,p.27), em respeito e adequação à coerência desse ordenamento. Tendo em vista que a legitimidade não decorre, necessariamente, do princípio democrático, decisões ativistas, embasadas em um senso particular de justiça, que despreza a adequação e coerência do ordenamento jurídico, devem ser tidas como ilegítimas, como um retrocesso e como perigosas para a democracia. Vale lembrar: “Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos.” (MAUS, 2000, p. 197).

Ronald Dworkin¹⁰ define o problema trazido por uma postura ativista:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpreta-la e as duradouras tradições da nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. (DWORKIN, 1999, p.451-452).

Verifica-se pelas palavras de Dworkin, os riscos subjacentes à adoção de posturas ativistas por parte dos magistrados e dos tribunais. Interessante notar que, mesmo um autor tão identificado com a crítica ao positivismo jurídico e uma defesa de uma jurisdição que recorre a argumentos controversos de moralidade não respalda a usurpação de competências legislativas.

Inegavelmente, a interpretação e, por conseguinte as jurisprudências cumprem uma tarefa prática importante que decorre da própria incompletude da lei e que se realizem adequações a “luz do caso concreto”. “Entretanto, essa função tipicamente jurisdicional, não pode usurpar o núcleo de outras funções do Estado, precisamente, as funções legislativas.” (MILEIB OLIVEIRA, 2011, p. 110).

Com essas considerações sobre a conceituação do ativismo judicial e suas implicações, cabe demonstrar, por meio de dois julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, como a

¹⁰ É importante destacar, no que concerne ao ativismo judicial, que mesmo não existindo variação conceitual, há uma diferença de grau muito grande entre o sistema jurídico brasileiro e os filiados ao *common law*. Isso porque o ativismo judicial remonta a uma disfunção do exercício da atividade jurisdicional, em detrimento da função legislativa, o que torna mais difícil, nos ordenamentos jurídicos filiados ao *common law*, caracterizar o que é uma postura ativista da magistratura, por existir uma proximidade maior entre a atividade do juiz e a do legislador. Ainda assim, estando o ordenamento jurídico brasileiro enraizado no sistema do *civil law* e Dworkin escrevendo a partir da experiência americana, não vemos problemas em utilizar sua conceituação.

atuação ativista tem se desenvolvido na jurisprudência nacional, antes porém, discutir-se-á o modo como o Supremo Tribunal Federal exerce a competência constitucional de guardião da Constituição.

2.2 “Os guardiões” da Constituição e o Ativismo Judicial

O Supremo Tribunal Federal foi erigido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 102 “a guarda da Constituição”. Não se pretende discutir tal atribuição constitucional, afinal ela é explícita, porém, podemos discutir o *modo* como esta competência é exercida, e isso não é pouca coisa. Pode-se discutir, por exemplo, que a Constituição não é um artefato técnico, cuja interpretação seja exclusividade do Poder Judiciário, e em última instância monopólio das onze pessoas que integram a Corte Suprema. Cabe lembrar, aqui, a indagação proferida por François Ost, há mais de vinte anos: “Não é tempo de advertir a pluralidade e a diversidade dos atores que atuam sobre o palco jurídico e contribuem cada um à sua maneira, para <<aplicar o Direito>>?”¹¹ (OST, 1990, p.180). Afinal, como já mencionado anteriormente, no contexto do Estado Democrático de Direito há a inclusão da sociedade civil na comunidade de intérpretes. Assim sendo, “(...) na construção do sentido da Constituição deverão participar todas as partes envolvidas, sendo *o povo erigido a categoria de guardião da Constituição* e do pluralismo que ela manifesta. (GALUPPO, 2001, p.63-64; grifo nosso).

Tendo essas considerações em vista, indaga-se: Por que os representantes do povo, e principalmente este próprio, não deveriam possuir em algum momento a palavra decisiva? É certo que, cabe ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de atos administrativos e leis¹² aprovadas pelo Poder Legislativo. Porém, isso não significa, necessariamente, que o Poder Judiciário possua competência exclusiva para dizer o que significam normas constitucionais de conteúdo abstrato como “dignidade da pessoa humana”.

Por que deveríamos pensar que, na interpretação de mandamentos como “promover o bem de todos” a palavra de uma maioria de seis membros, dentre o colegiado de

¹¹ Tradução livre de: “No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera, a << aplicar el Derecho>>?”.

¹² Os artigos, por exemplo, 102, I, *a*, e 103, incisos e §3º da CF estabelecem como competência do STF a decretação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, com o único objetivo de expurgar do ordenamento jurídico a incompatibilidade vertical, termo utilizado por José Afonso da Silva (2004) para designar o fato da validade da norma de grau inferior estar vinculado a sua compatibilidade com a norma de grau superior.

onze ministros, deveria possuir maior autoridade que a palavra de centenas de deputados ou senadores eleitos diretamente pelo voto popular? (LADEIRA DE OLIVEIRA, 2008, p. 8).

Ingeborg Maus (2000) em “O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã””, retoma a questão jurídica sob uma perspectiva eminentemente política. O princípio da *soberania popular* ocupa posição central em suas reflexões, de tal forma que não há como analisar a existência do que se conhece como controle jurisdicional da constitucionalidade das leis sem submeter à ideia a parâmetros de uma perspectiva radicalmente democrática. Tendo isso em mente, a autora formula críticas à atuação do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, em especial quando da frequente atuação deste órgão como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade. Verifica-se aqui, a relevância das críticas proferidas pela autora, que embora as tenha direcionado para a Corte alemã, aquelas são pertinentes ao órgão de cúpula brasileiro.

À primeira vista, o crescimento no século XX do “Terceiro Poder” (...) não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador (...). Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. (MAUS, 2010, p. 185).

Cláudio Ladeira de Oliveira (2008), afirma que a teoria jurídica está acostumada a uma oposição entre uma imagem idealizada do judiciário (ou melhor, a imagem de um juiz, sem se atentar para a pluralidade das composições das cortes superiores) versus uma descrição “parcial” da política existente, atenta aos seus pontos negativos de um modo que a descrição do Judiciário não o faz. Em outros termos: “construímos (...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar.” (LADEIRA DE OLIVEIRA, 2008, p. 6).

O ativismo judicial, defendido por parcela da opinião pública como uma garantia de que a "racionalidade" do STF conteria a "irracionalidade" da ação política do Legislativo, produziu outras crias. O Supremo ocupou cada vez mais espaços - hoje não apenas tem o instrumento constitucional da súmula vinculante, mas desfrutou (pelo menos até agora) de uma legitimidade autoconferida por um entendimento do que é o "clamor público", e com esse mandato promoveu a adequação das leis à sua própria racionalidade [do tribunal]. (...) A demonização da política foi o primeiro passo para a legitimação do ativismo judiciário. A apropriação do senso comum de que o político eleito é corrupto, até que se prove o contrário; de que os partidos são por princípio venais; e de que a política sempre encerra interesses inconfessáveis,

tem legitimado a atuação legislativa do STF. (LADEIRA DE OLIVEIRA, 2008, p.6-7)

Neste contexto, observa-se que: “A expectativa de que a Justiça possa funcionar como estância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular.” (MAUS, 2000, p. 190). Dessa forma, a “Justiça” aparece como uma instituição que “(...) sob a perspectiva de um terceiro neutro auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa” (MAUS, 2000, p. 190).

Inegavelmente, como relatado acima, a expansão da atuação do judiciário é um fenômeno decorrente das prerrogativas constitucionais e da ordem democrática, entretanto, o judiciário realizou uma transferência de poder para as mãos dos magistrados, que se tornaram, a partir da estrutura institucional apresentada, mais do que “guardiões da constituição”, tornaram-se “guardiões das promessas” (GARAPON, 1996) constitucionalmente estabelecidas.

Incontestável, também, é o fato de que o abismo existente entre as promessas constitucionais no campo socioeconômico e a realidade brasileira é um dos motivadores deste tipo de atuação, que pretende “(...) fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno” (RAMOS, 2010, p.273).

Neste sentido, Elival da Silva Ramos (2010) assevera que recaíram sobre o Poder Judiciário as expectativas e pressões da sociedade no sentido de tornar o mais célere possível a consecução dos fins traçados na Constituição¹³. Assim sendo, o “Estado-providência”, previsto constitucionalmente, constitui:

(...) força impulsionadora do ativismo judicial, levando juizes e tribunais a revelar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incube, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando no

¹³ Em matéria publicada no sítio eletrônico “Consultor Jurídico”, no dia 26-11-2008, sobre o ciclo de debates “O Poder Legislativo no Mundo Contemporâneo”, o então presidente do STF, o Ministro Gilmar Mendes aduziu que não se pretende de modo algum usurpar a competência do Parlamento, mas, ao contrário, pressionar para que “o Legislativo atenda, faça aquilo que a Constituição preconiza.” Assim sendo, o ativismo judicial da Corte, no entendimento do Ministro: “não é uma manifestação de despreço com o Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição.” (grifo nosso).

Sobre o método hermenêutico-concretizador de se interpretar a Constituição, Pedro Lenza (2008) assevera que este parte do caso concreto para a norma, ou seja, parte da Constituição para o problema. O intérprete vale-se de suas pré-compreensões sobre o tema para obter o sentido da norma, atuando como mediador entre esta e a situação concreta, tendo como “pano de fundo” a realidade social. “O fato de se partir das pré-compreensões do intérprete pode distorcer não somente a realidade, como o próprio sentido da norma.” (LENZA, 2008, p.93).

presente o programa que a Constituição delineou prospectivamente. (RAMOS, 2010, p.271).

A ideia de uma atuação salvacionista por parte do Supremo Tribunal pode ser vislumbrada no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, prolatado na ADI nº 1.351-DF, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, dentre outros partidos, em oposição à cláusula de barreira que visava limitar a participação política de partidos sem expressão eleitoral, assim se manifestou o ministro:

(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (BRASIL, STF, ADI nº 1.351, 2007, p.53).

Observa-se que o ministro, ao requerer mais espaço para solucionar os problemas relacionados à efetivação dos direitos, parece esquecer o papel que cabe ao Poder Judiciário na democracia brasileira.

Nessa perspectiva, almejando compreender melhor a incidência do ativismo judicial no Brasil, passa-se a análise exemplificativa de dois “casos representativos”, que comprovam o desvio da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, por parte do Supremo Tribunal Federal em julgados recentes.

2.2.1 Dois casos representativos do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

Os casos escolhidos são representativos por demonstrarem, de forma precisa, o exercício de função atípica pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional. Pretende-se por meio desses evidenciar como o posicionamento ativista é incoerente, instável e está vinculado, tão somente, a finalidade que visa atingir.

2.2.1.1 Lei Complementar nº 135/2010 - “Ficha Limpa”

O primeiro caso representativo a ser analisado, diz respeito à polêmica que se instaurou em relação à Lei Complementar n.º135, de 04 de junho de 2010, alcunhada de

“Ficha Limpa”. A referida Lei é fruto de um projeto de lei de iniciativa popular que reuniu quase dois milhões de assinaturas e introduziu no ordenamento jurídico novas hipóteses de inelegibilidade.

Das diversas questões suscitadas e debatidas nos Tribunais Regionais Eleitorais de diferentes estados, no TSE e no STF, duas parecem ter ganhado maior relevo, por se aterem a diretrizes constitucionais: a violação do princípio da irretroatividade e da anualidade eleitoral.

Como já mencionado, a lei “Ficha Limpa”, elencou novas hipóteses de inelegibilidade. Estas ensejaram a oposição de Ações de Impugnação, pelos Ministérios Públicos Eleitorais, dos Estados e do Distrito Federal, contra o registro de candidatura de candidatos que, supostamente, enquadravam-se nas novas hipóteses. Das impugnações, para ilustrar, ganharam grande visibilidade midiática às que foram opostas contra o pedido de registro da candidatura do ex-governador do Distrito Federal Joaquim Roriz e do ex-senador Jader Barbalho. Por questões, meramente, didáticas nos ateremos à análise das decisões proferidas no caso do ex-senador.

O Tribunal Regional do Pará, quanto à possibilidade da Lei Complementar n.º 135/2010 regulamentar questões anteriores a sua publicação, no acórdão n.º 23.195, que julgou o Registro de Candidatura n.º 64.580/Belém-PA, referente ao pedido de candidatura ao cargo de senador da república, assim instituiu:

1. O princípio da irretroatividade das leis erige-se em garantia fundamental do cidadão (CF, art. 5º, XXXVI); 2. A LC 135/2010 introduziu nova causa de inelegibilidade, até então inédita no sistema legislativo brasileiro. Subsumir essa nova penalidade, ou sanção como alguns defendem, aos fatos havidos anteriormente à sua vigência, implica em ofensa à garantia constitucional da irretroatividade. (PARÁ, TER, RCand. 64.580, Relator Desembargador José Rubens de Barreiro Leão, 2010).

Entretanto, este não foi o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do Recurso Ordinário n.º 45-80.2010.6.14.0000, interposto contra a decisão supra mencionada. Consta no acórdão o seguinte:

As inelegibilidades da Lei Complementar n.º 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, *não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei.* (BRASIL, TSE, RO 64580, Relator Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares, 2010; grifo nosso).

Além da questão acerca do princípio da irretroatividade da lei e da ofensa ao ato jurídico perfeito, a lei da “Ficha Limpa” também acarretou a análise do princípio da

anualidade eleitoral. Saliente-se, que a Lei Complementar em referência, foi publicada em 04 de junho de 2010 e as eleições ocorreriam em outubro do mesmo ano. O Tribunal Regional Eleitoral do Pará no julgamento do Registro de Candidatura acima citado, entendeu que a aplicação imediata da lei atenta contra o princípio da anualidade eleitoral:

3. A lei que alterar o processo eleitoral somente será aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência (CF, art. 16); 4. O processo eleitoral a que alude o dispositivo constitucional não se refere à norma em sentido processual, instrumental, mas à disputa eleitoral em si, cuja largada é a captação de eleitores e a linha de chegada a diplomação dos eleitos. (PARÁ, TER, RCand. 64.580, Relator Desembargador José Rubens de Barreiro Leão, 2010).

O desembargador, relator do processo, José Rubens de Barreiro Leão citou em seu voto o acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, em 26 de março de 2006, no julgamento da ADI 3.685/DF¹⁴, no qual foi decidido à impossibilidade de aplicação imediata da lei eleitoral, *mesmo que emanada do poder constituinte, derivado de reforma e publicado no mesmo ano da eleição*. Verifica-se, dessa forma, que os desembargadores do Tribunal Regional do Pará, embasaram-se em precedentes (recentes) da Suprema Corte, e mesmo assim este não foi o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Ressalte-se, que na decisão em referência, ADI 3.685, prevaleceu o entendimento, que a anualidade eleitoral deveria ser erigida à categoria de “*garantia fundamental*”, “subsumindo-a a hipótese do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, ou seja, a anualidade eleitoral ganhou o status de clausula pétreia não podendo ser objeto de deliberação”. (SOUZA NETO, 2006, p.74). Dessa forma, o STF exerceu competência, incomum na maior parte das democracias, de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional (BARROSO, 2009).

Após a manifestação do TSE, o interessado impedido de registrar sua candidatura, interpôs Recurso Extraordinário.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º631102/PA, chegou-se a um empate entre os ministros que negavam provimento ao recurso (Joaquim Barbosa – relator -, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Ellen Gracie) e os ministros que davam-lhe provimento (Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso). Diante do impasse, o STF aplicou, por analogia, o inciso II do parágrafo único do artigo 205

¹⁴ ADI ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em face da previsão de aplicabilidade imediata da Emenda Constitucional 52, que visava extirpar do ordenamento jurídico à chamada “verticalização” (instituída pela resolução n.º21.002 do TSE, que obrigava os partidos políticos a manterem nos estados e no DF, coerência com as coligações realizadas no âmbito nacional).

do seu Regimento Interno¹⁵, mantendo a decisão recorrida inalterada. Assim sendo, foi mantida a decisão do TSE sobre a aplicação integral da Lei Complementar nas eleições de 2010.

Pelo exposto, constata-se os precedentes contraditórios estabelecidos pelos Tribunais (TSE e STF), ao cotejar-se os entendimentos firmados sobre a “verticalização” e a lei “Ficha Limpa”. Estes parecem “(...) se destinar ao mesmo fim: moralizar a vida política nacional.” (MILEIB OLIVEIRA, 2011, p. 119-120). Aqui, esta-se diante de uma postura ativista, há um apelo interpretativo patente. “Não se pode considerar ou desconsiderar o texto constitucional de acordo com os juízos de conveniência e oportunidade.” (MILEIB OLIVEIRA, 2011, p.120). Nesse sentido, faz-se necessário salientar a reflexão do Ministro Marco Aurélio, único a divergir no julgamento do Recurso Ordinário n.º 64580, de acordo com o ministro:

Continuo convencido de que só se avança culturalmente quando se torna prevacente o Direito posto, o Direito subordinante, principalmente quando possui envergadura maior, como é o Constitucional. (...) Não posso, Senhor Presidente, com base nesse raciocínio, potencializar a ânsia de consertar-se o Brasil, e consertar com "c" e com "s". Em Direito, sabemos - e nossa atuação é vinculada ao Direito posto, não segundo critérios que possamos estabelecer frente ao caso concreto -, os meios justificam o fim, mas não este àqueles. (...) Aprendi desde cedo que, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o fim ao meio. E tenho presente que se paga um preço por se viver em uma democracia, em um Estado Democrático de Direito, e é módico, ou seja, o respeito irrestrito ao arcabouço normativo, principalmente à Constituição Federal. (BRASIL, TSE, RO 64580, Relator Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares, 2010).

Assim sendo, ficou evidente que a postura ativista adotada baseia-se em grande medida de “consertar” e “concertar” o Brasil, ‘moralizando’ a política nacional. Contudo, como dito pelo Ministro Marco Aurélio, não se pode desconsiderar o meio, no caso a Constituição, para se atingir um fim.

2.2.1.2 Lei n.º 11.105/2005 – Lei de Biossegurança

¹⁵ “Art. 205. Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o Relator, após vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento, ou, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, julgará o pedido. Parágrafo único. O julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente do *Supremo Tribunal Federal* ou do *Conselho Nacional da Magistratura* será presidido pelo Vice-Presidente ou, no caso de ausência ou impedimento, pelo Ministro mais antigo dentre os presentes à sessão. Se lhe couber votar, nos termos do art. 146, I a III, e seu voto produzir empate, observar-se-á o seguinte: (...); II – havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado. (BRASIL, STF, Regimento Interno, 2010).

Como aspectos gerais, a Lei de Biossegurança estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre construção, cultivo, produção manipulação, transporte, transferência, importação, exportação, armazenamento pesquisa, comercialização, consumo, liberação no meio ambiente e descarte de mecanismos geneticamente modificados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, nos termos do seu artigo 1º.

A referida lei foi sancionada pelo Presidente da República em 24 de março de 2005, e em 30 de maio do mesmo ano, no tocante às células tronco embrionárias, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, protocolizou petição questionando a constitucionalidade do artigo 5º, que dizia o seguinte:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Segundo a inicial da ADI, os dispositivos contrariavam os direitos: “à vida”, *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, e à “dignidade da pessoa humana” artigo 1º, III, também da Constituição da República. Isso porque “*a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação*”(FONTELES, 2005; grifo nosso). Nas palavras de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves:

O membro da Procuradoria-Geral da República considera (...) embriões humanos como seres constitucionalmente idênticos ao ser humano nascido, buscando, para tanto, auxílio em opiniões de médicos, geneticistas e biólogos. (...) *não houve nenhuma opinião que, mais detidamente, se dedicasse a tecer argumentos jurídicos em colaboração aos profissionais de outras áreas.* (SÁ; NAVES, 2009, p142; grifo nosso).

À época em que foi proposta, a ação despertou o interesse de vários setores da sociedade civil e recebeu certo destaque nos meios de comunicação. Durante a realização da primeira audiência pública para discutir o tema, o Supremo Tribunal Federal recebeu mais visibilidade ainda.

Durante dois dias de Abril de 2007 os ministros do tribunal assistiram exposições de diversos “*amici curiae*” representando entidades e grupos com visões diferentes e mesmo antagônicas sobre a questão fundamental: as “células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos”, tratadas pela Lei, são “seres humanos”? (LADEIRA DE OLIVEIRA, 2008)

Além do debate acadêmico acerca do tema principal, ou seja, do objeto da ação de inconstitucionalidade, vários comentários dirigiram-se ao enaltecimento da realização das audiências públicas. Ao referirem-se as audiências públicas em seu voto, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes (2008) afirmou: “(...) fizeram desta Corte um foro de argumentação e de reflexão *com eco na coletividade e nas instituições democráticas.*” (grifo nosso); E ainda: “As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate (...). Um espaço aberto à reflexão e à *argumentação jurídica e moral*, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.” (grifo nosso). Cláudio Ladeira de Oliveira (2008), assevera que o Ministro relator da ação Carlos Ayres Brito, denominou as audiências em referência de “notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa.” É plausível afirmar que a realização de audiências públicas sejam consideradas “mecanismos de participação democrática”, mas parece-nos um exagero ou uma imagem um tanto quanto improvável de “democracia direta” ou “participativa”. Nessa perspectiva, de acordo com Cláudio Ladeira de Oliveira (2008), podem-se levantar duas questões: (a) os participantes dos debates, aqueles que contribuirão diretamente fornecendo opiniões fundamentadas cientificamente, não fazem parte do corpo de eleitores que ao final participou efetivamente da decisão, os 11 ministros do STF; (b) a legitimidade que os 11 ministros possuem para tomar tal decisão, se é que a possuem, não resulta de alguma capacidade para “representar” os debatedores, o que torna particularmente difícil explicar o atributo de “participativa”; além de tudo, coube ao próprio Supremo Tribunal Federal a decisão de quais os representantes da sociedade civil iriam participar dos debates. Neste mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes (2008): “O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento.” Esta afirmação foi extraída de Robert Alexy:

O princípio fundamental: “*Todo poder estatal origina-se do povo*” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. *A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político.* Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados. (ALEXY, 1999, p.66; grifo nosso)

Neste ponto, cabe a indagação: é razoável pensar que um Tribunal com 11 ministros seja capaz, ante suas regras de debates no tribunal¹⁶ e da disposição pessoal de seus membros ser o representante “argumentativo” do povo? Ou, essa afirmação do então presidente do Supremo Tribunal Federal é uma autoatribuição de competência, sem o necessário respaldo constitucional? Foge aos objetivos dessa monografia, questionar a tese da “representação discursiva” de Robert Alexy, contudo, é plausível questionar se tal “representatividade discursiva” foi “(...) pactuada com os “discursivamente representados”, ou se estes foram apenas “discursivamente informados” (OLIVEIRA, 2008, p.4), de que agora em diante estariam representados pelo Corte Suprema. Mais que isso, como ignorar os procedimentos parlamentares que incluem debates e enfrentamentos discursivos, e, por outro lado, que os

¹⁶ Para ilustrar, Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça em artigo intitulado “Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF”, citam como um dos problemas do STF: “O primeiro grande problema a ser superado é que a tese *jurídica afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, colegiadamente, como razão de decidir, é de difícil identificação em alguns casos.* Isso ocorre porque, embora se forme uma maioria no que respeita ao desfecho da hipótese submetida à Corte, cada ministro externa seu próprio entendimento, nem sempre convergente, sobre os fundamentos que justificam tal desfecho. Além disso, as decisões proferidas pelo STF, por serem produto da soma dos votos individuais de seus integrantes, são frequentemente extensíssimas. Isso é especialmente verdadeiro no julgamento de casos de maior repercussão. Há uma opção maximalista que nem sempre é positiva. Em razão dessas especificidades, surge uma outra disfunção: *a tendência a prevalecer o voto do relator como expressão da decisão alcançada pela Corte, mesmo quando não tenha havido adesão majoritária a pontos centrais nele expressos,* gerando-se uma percepção distorcida do que foi efetivamente decidido. Por vezes acontece o contrário: do voto do relator deixa de constar algo que foi objeto de deliberação majoritária, mas que não correspondia à sua opinião. O ponto é especialmente sensível nos casos em que a decisão do Tribunal tenha eficácia vinculante, sendo necessário determinar exatamente o que deve ser observado pela Administração Pública e pelos demais órgãos do Poder Judiciário”. (p.13; grifos do autor).

debates nos órgãos colegiados do judiciário não costumam alcançar o consenso, o que consequentemente, obriga os Tribunais a recorrerem ao mesmo procedimento utilizado pelos parlamentares: a votação majoritária. Observa-se aqui, a materialização da crítica tecida por Ingeborg Maus:

Quando a Justiça ascende ela própria á condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. (...) é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (MAUS, 2010, p. 186).

Cláudio Ladeira de Oliveira (2008) levanta uma hipótese, quanto às audiências públicas, relevante, após as observações realizadas até aqui, afirmando que aquelas se destinam “(...) mais a conferir “visibilidade” e “respeitabilidade” política ao próprio tribunal, dotando tal instituição de um “capital político” que pode ser empregado para justificar outras decisões mais politicamente controversas (...)” (LADEIRA DE OLIVEIRA, 2008, p. 4). Cabe a observação, de que não há afirmação de que as audiências públicas sejam antidemocráticas ou que sejam completamente irrelevantes, apenas evidencia-se que não existe um argumento sequer que sustente uma abordagem tão laudatória como acima referenciadas.

Outra manifestação do Ministro Gilmar Mendes chama atenção:

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. (...)

dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. *Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais.*

(...)

Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), *sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias*, e que assim teriam maior legitimidade democrática. (BRASIL, ADIN 3.510, 2008, p. 2-3; grifo nosso).

Os limites desse trabalho não permitem a discussão acerca da espantosa afirmação de que não se “possa cogitar” que uma questão como a fidelidade partidária possa ser decidida por parlamentares. “Afim, na totalidade das democracias, onde quer que exista alguma espécie de fidelidade partidária, ela foi o resultado exclusivo de uma decisão parlamentar, jamais uma imposição judicial.” (LADEIRA DE OLIVEIRA, 2008, p. 9). Também não permite a discussão acerca do tratamento dispensado a “vida humana”, tanto nos votos dos ministros como também na referida ADI, mas há que se ter em vista:

Se hoje o discurso político e jurídico no Estado brasileiro assenta-se em pilares democráticos, é evidente que o povo pode, por meio de um processo legislativo legítimo, deliberar sobre a utilização de embriões excedentes de técnicas de fertilização *in vitro* sem que isso afronte o direito constitucional à vida. (SÁ; NAVES, 2009, p162).

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade, a Corte julgou-a improcedente. Prevaleceu o voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que não havia, na hipótese, violação ao direito à vida, nem tampouco ao princípio da dignidade da pessoa humana. A posição do relator, julgando a ação totalmente improcedente, prevaleceu por seis votos a cinco. Dos cinco votos vencidos, dois deles tinham como traço central, a proibição de destruição do embrião (Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski). Os outros três, sem se oporem à pesquisa que comprometesse o embrião, entendiam dever ficar explicitada na decisão a existência obrigatória de um órgão central de controle dessas pesquisas (Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes).

Pelo exposto no decorrer da monografia, não se trata aqui de participação na função legislativa, que é limitadamente autorizada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça, em assuntos concernentes a sua organização interna ou a dos tribunais e juízes a eles vinculados e, ainda em matéria e organização e divisão judiciárias da respectiva ordem jurisdicional¹⁷. Nem tampouco se cuida da elaboração de normas regimentais internas, prerrogativa constitucional de todo e qualquer tribunal, das quais desdobram normas processuais ou de organização judiciária¹⁸. O que trabalhou-se aqui, foi o exercício pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro de competências normativas que, se não confrontam com o princípio da separação dos Poderes, como querem alguns, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu

¹⁷ Artigo 96, II, da Constituição Federal.

¹⁸ Artigo 96, I, da Constituição Federal.

fortalecimento, provocando, ao contrário, “(...) uma certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial.” (RAMOS, 2010,p.294). Verifica-se, dessa forma:

As questões até aqui apontadas chamam a atenção para o risco de uma “juristocracia”: um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional. (LADEIRA DE OLIVEIRA, 2008, p. 7).

Há que se ter em mente, que as interferências intensas do judiciário no âmbito político e social, mesmo que tragam “aparentes benefícios”, atentam diretamente contra a democracia por desconsiderar o texto normativo constitucional, tratando-se de violação de direito e não de sua configuração, qual seja, o afastamento do Poder Judiciário dos limites de sua competência para aplicar ou “guardar” a Constituição.

Neste cenário houve uma apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta Corte, isto ocorre de acordo com Ingeborg Maus, porque houve:

(...)uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos de fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma “teologia constitucional”. (MAUS, 2000, p. 192).

Observa-se, dessa forma, que o Estado Democrático de Direito é substituído por um Estado “Judicial”, personificado no “governo dos magistrados”, ao invés de democrático, e de valores pessoais, ao invés de “direito”. Verifica-se que, está-se diante de um constante perigo de os juízes lançarem mão de disfarces, como as “técnicas” da dogmática constitucional, e desta forma passarem a distorcer aquilo que realmente está em questão: os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito

Em uma outra perspectiva, pode-se falar em uma “democracia que antecede os cidadãos” (MILEIB OLIVEIRA, 2011, p.128), já que há uma imposição de uma decisão que não foi democraticamente construída. “Nesses termos, o ativismo judicial equipara-se a uma forma de paternalismo, imbuído do espírito de urgência, que não crê no amadurecimento gradual do cidadão. Continua-se assim, a edificar-se a realidade por meio do direito.” (MILEIB OLIVEIRA, 2011, p.128).

Por todo o exposto, persiste a clássica pergunta: “quem controlará os controladores?”.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sede de eficácia e de justiça, nem sempre é acompanhada pela devida reflexão diante das questões jurídicas. A crença no Direito deve ter seus limites, e com muito maior razão a crença na capacidade dos “juristas” ou “operadores do Direito” deve ser matizada. É preciso reconhecer que o direito tem um espaço próprio, limitado, não podendo pretender dar conta de toda realidade social, sob pena de distanciar-se de seu propósito.

Em verdade, esse necessário grau de ceticismo é exigência de um fenômeno democrático: há muito tempo questões jurídicas deixaram de ser tão-somente um problema de *experts* para tornarem-se questões de cidadania. Hoje, buscar sustentar a crença na *bondade* ou na *maldade* intrínsecas do juiz, ainda mais em matéria constitucional, é até ingênuo, já que não só os fatores mas os sujeitos que participam ou influenciam uma decisão judicial são – e devem ser – múltiplos, a começar por aqueles que por essa decisão serão afetados. Assim é que os juízes não devem comportar-se, embora tantos se comportem, como *donos da verdade e guardiões da virtude*, postura incompatível com um conhecimento procedimentalista de Democracia. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p.10; grifos do autor)

A idealização, tanto a personalizada no magistrado, como a do próprio Poder Judiciário é incompatível com a prática e com os princípios constitucionais de Estado – o Democrático de Direito – que se assume com um projeto inacabado e aberto a melhores argumentos.

Há que se levar em conta que a “(...) eticização duvidosa da atividade jurisdicional, pode levar a um paternalismo judicial que desconsidera de plano a capacidade das partes e que no fundo termina por duvidar da própria Democracia.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p.10).

Em linhas pretéritas, tem-se que o ativismo judicial valida o caráter problemático da “interpretação contemporânea”, tendo em vista o novo enquadramento teórico do constitucionalista de 1988. O que ensejou a adoção de um modelo interpretativo dos valores constitucionais que denotam o “judiciário como superego da sociedade” vez que o magistrado se auto atribuiu a tarefa de “dizer” a última palavra acerca dos valores da sociedade, sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional.

Ressalte-se, aqui, a advertência de que “a Constituição não pode ser o que o intérprete quer” (STRECK, 2007, p.125), leia-se, a interpretação não pode restringir-se ao que entendem

os magistrados e mais o direito não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido. Bens, valores, interesses podem ter sua aplicação negociada e mensurada. Os direitos não.

Aqui, cabe salientar:

“O espaço procedimental institucionalizado constitucionalmente com a denominação de *devido processo legal* sobre a qual recai a regência principiológica do *devido processo constitucional* é que vai romper o elo silencioso entre os conceitos arquitetados pela autoridade mitificada (*poder*) do pensamento clarividente do interprete e os desígnios da tradição (*poder*) que impedem a prévia abertura discursivo-procedimental à alteridade destinatária das decisões proferidas.” (LEAL, 2002, p.119).

Vale lembrar que, até um defensor ferrenho do ativismo judicial, como Luis Roberto Barroso adverte: “Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.” (BARROSO, 2009, p. 10) e ainda: “(...) o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.” (BARROSO, 2009, p. 10). Parece no mínimo estranho esperar que quem “(...) ascende ela própria á condição de mais alta instância moral da sociedade (...)” possa se auto-limitar; e conclui: “Embora haja riscos democráticos envolvidos em uma expansão excessiva de qualquer corte de justiça (...)” (BARROSO, 2011b, p.4).

A partir de tais considerações, ressalte-se que há que se ter em mente, que a atuação harmônica dos “Poderes” ou “Funções”, preconizada em termos principiológicos pelo Constituinte, depende, em boa medida, de um devido exercício das competências constitucionais que lhes foram conferidas, de maneira geral: resolver litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos), nem aquém, nem além. A ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional não só se faz em detrimento, principalmente, da função legislativa, como também se desvela como uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário, o que acaba por solapar um dos fundamentos de qualquer democracia: o respeito à soberania popular e à participação política que dela decorre.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 217:55-66, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.6, n.24, p.334-344, out.2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva 1995. 68p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 543p.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Março/Abril/Maio 2007. Disponível em:
<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf> Acesso em: 10 de setembro de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revi>. Acesso em: 02 de junho de 2011.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. **Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF**. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3956.pdf>. Acesso em: 02 de agosto de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Supremo Tribunal Federal brasileiro, Suprema Corte Americana e Tribunal Constitucional Federal alemão**: algumas notas sobre as distinções existentes. Disponível em:
http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/08/STF-Suprema-Corte-Corte-Constitucional_Merval.pdf . Acesso em: 25 de agosto de 2011b.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília: mar./maio 2008. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília: mar./maio 2008. Voto da Ministra Cármen Lúcia.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília: mar./maio 2008. Voto do Ministro Cezar Peluso.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília: mar./maio 2008. Voto da Ministra Ellen Gracie.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília: mar./maio 2008. Voto do Ministro Eros Grau.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília: mar./maio 2008. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília: mar./maio 2008. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.685. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília: 10 de outubro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397> Acesso em: 12 de agosto de 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1.351. Relator: Ministro Marco Aurélio Melo. Brasília: 30 de março de 2007. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp_abdir_8_2_07_2.pdf Acesso em: 15 de agosto de 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.º631102. Relator: Joaquim Barbosa. Diário da Justiça, Brasília, 08 de novembro de 2010. Disponível em: <http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3964129> Acesso em: 12 de agosto de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, Brasília, dezembro de 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2011.pdf Acesso em: 12 de agosto de 2011.

BRASIL. **Lei 11.105/05**. Lei de Biossegurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm Acesso em: 02 de junho de 2011.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 135/2010**. Lei Ficha Limpa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm Acesso em: 10 de junho 2011.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Recurso Ordinário n.º 645-80.2010.6.14.0000. Disponível em: www.tse.gov.br/internet/midia/.../InformativoTSE_ano_XII_39.rtf. Acesso em 10 de agosto de 2011.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 10 de agosto de 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. *In*: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 326p.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, c1996. 294p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002. 206 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009. 926 p.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, Novembro 2000 (183-202), pp. 186-7.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **“Direito como Integridade” e “Ativismo Judicial”: Algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal**. 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_835.pdf. Acesso em: 10 abr. 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 288p.

OLIVEIRA, Moisés Mileib de. **O ativismo judicial e a tutela da cidadania: a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito**. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez**. “DOXA – Cuadernos de filosofía del derecho”. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 10 de junho de 2011.

PARÁ, **Tribunal Regional Eleitoral**. Registro de Candidatura n.º64.580. Relator Desembargador José Rubens de Barreiro Leão. Publicado em Sessão, Belém/PA, 04 de agosto de 2010. Disponível em:

<http://www.tse.gov.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=PA&processoNumero=64580&decisaoData=20100804&decisaoNumero=23195&noCache=0.3576363108209753> Acesso em: 10 de agosto de 2011.

RAMOS, Elival da Silva Ramos. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 333p.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 749p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.347 p.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretando a constituição sísifo e a tarefa do hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre , n.5 , p.125-144, jan. 2007.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, n.º8, p.407-440, jul/dezembro de 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES. **Dezessete Anos de Judicialização da Política**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>. nov.2007. Acesso em: 12 de junho de 2011.