

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE ASSEGURAR OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS FACE À CRISE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

**THE JUDICIAL ACTIVISM AS A MEANS OF ENSURING THE FUNDAMENTAL  
RIGHTS FACE OF THE CRISIS OF THE SEPARATION OF POWERS**

Giovani Silva de Moraes<sup>1</sup>  
Nara Suzana Stainr Pires<sup>2</sup>

**RESUMO**

Um dos principais entraves para a efetividade dos direitos fundamentais é a suposta ausência de legitimidade do Poder Judiciário para exercer o denominado ativismo judicial. A problemática enfrentada nesse artigo consiste em averiguar se o Brasil consegue, de maneira efetiva, cumprir o que prescreve a sua Constituição, no que tange a proteção dos direitos fundamentais aos seus cidadãos, sem a necessidade de atuação do Poder Judiciário, face à crise da separação dos poderes. Assim, a partir da pesquisa bibliográfica, se tem por finalidade trazer à baila a discussão a respeito do papel ativo do Judiciário frente à mudança no modelo constitucional brasileiro, em virtude do neoconstitucionalismo e do processo de redemocratização do país inaugurado com a Constituição Federal de 1988, a qual ampliou os direitos e garantias fundamentais. Para tanto, é imperativo realizar uma leitura da evolução das dimensões dos direitos fundamentais, bem como fazer uma abordagem crítica em relação ao tradicional princípio da separação dos poderes, o qual deve ser mitigado quando o Executivo e o Legislativo se omitirem em suas funções principais, de modo que, diante de tal inação inconstitucional, o Judiciário possa realizar uma interpretação que garanta maior efetividade às normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, e correlacionar essa atuação ativa do Judiciário com as decisões da Suprema Corte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo judicial. Democracia. Separação de poderes. Suprema Corte.

**ABSTRACT**

A major obstacle to the effectiveness of fundamental rights is the alleged lack of legitimacy of the judiciary to exercise the so-called judicial activism. The problem addressed in this article is to investigate whether Brazil can, effectively, meet the prescribing its constitution in regard to protection of fundamental rights for its citizens, without the need of performance of the judiciary in the face of crisis separation of powers. Thus, from the literature, it is intended to bring up discussion about the active role of the Judiciary to the change in the Brazilian constitutional model, because of neoconstitucionalism and the democratization of the country inaugurated with the 1988 Federal Constitution process, which extended the rights and guarantees. Therefore, it is imperative to perform a reading of the evolution of the dimensions of fundamental rights , as well as a critical approach to the traditional principle of separation of powers , which should be mitigated when the Executive and Legislative omitting in their

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano. [giovani.moraes@terra.com.br](mailto:giovani.moraes@terra.com.br).

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, onde o presente estudo se insere na área de Concentração Direito Estado e Sociedade, Linha de Pesquisa: Direito, Meio Ambiente e Ecologia Política, sob orientação do Prof. Dr. Rogério Silva Portanova. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC - A autora é Professora do Curso de Direito da ULBRA e do Centro Universitário Franciscano-UNIFRA, advogada. E-mail: [pires.nara@ig.com.br](mailto:pires.nara@ig.com.br).

main roles, so that , in such inaction unconstitutional , the judiciary can perform an interpretation that ensures greater effectiveness constitutional rules that deal with fundamental rights , and to correlate this active role of the judiciary with the Supreme Court decisions.

**KEYWORDS:** Judicial activism. Democracy. Separation of Power. Supreme Court.

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo possui como tema a importância da atuação ativa do Poder Judiciário, denominado de ativismo judicial, como forma de assegurar os direitos fundamentais em face à crise da separação dos Poderes. Dessa forma, este trabalho se justifica pela acuidade dada ao fato de o texto da Constituição Federal de 1988 possuir um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, além de normas programáticas, que necessitam de atividades positivas por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais exigem a edição de leis e atos normativos, bem como a elaboração de políticas públicas para a concretização e efetivação daqueles direitos.

Todavia, diante de um cenário de inércia do Legislativo e do Executivo, invariavelmente os direitos fundamentais somente se efetivam através de uma atuação ativa do Poder Judiciário, tendo como finalidade a proteção ou expansão dos direitos fundamentais através de decisões judiciais que criam norma jurídica ou instituem políticas públicas, núcleos essenciais das atribuições dos demais Poderes. Tal comportamento acaba interferindo diretamente nas funções do parlamento e do Chefe do Executivo, evidenciando uma ruptura e gerando uma crise na teoria clássica da separação dos Poderes.

Ocorre que, dentro de um contexto de décadas de omissões inconstitucionais, a importância do Poder Judiciário, na estrutura institucional brasileira, assumiu destacado relevo político, histórico e social, pois um Estado despojado de um Judiciário independente e forte tende a encontrar maiores dificuldades em fazer valer os direitos e conservar a liberdade de seus cidadãos, motivo pelo qual o ativismo judicial mostra-se necessário quando os demais Poderes se omitem.

Por esse motivo, o principal questionamento deste artigo consiste em averiguar e perquirir se o Estado Brasileiro, embora possuindo uma “Constituição Cidadã” que contém uma diversidade de novos direitos individuais e coletivos, consegue cumprir de maneira efetiva o que prescreve a Carta da República, para garantir os direitos fundamentais aos seus cidadãos sem a necessidade de atuação do Poder Judiciário.

À vista disso, o principal objetivo consiste em analisar a importância do ativismo judicial, identificando os benefícios que a sociedade pode auferir com a contribuição dada

pelo Poder Judiciário aos Poderes Legislativo e Executivo, principalmente na efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Isso se dá uma vez que, diante da ausência de leis e políticas públicas de inclusão social, caberá ao poder judicante a tomada de decisões que venham a dar efetividade a esses direitos, mesmo que, para isso, seja necessária uma atuação de vanguarda e a contragosto do interesse das maiorias.

Objetiva-se, ainda, demonstrar que a coexistência e a harmonia dos três Poderes podem não restar prejudicadas quando o Judiciário adota tal postura ativista, com a finalidade exclusiva de contribuir para a defesa do texto constitucional. Nesse contexto, busca-se também analisar a aptidão do Judiciário em criar norma jurídica no momento em que aponta soluções para tornar efetivos os preceitos constitucionais ainda não implementados ou regulamentados. Finalmente, observar a presença desta atuação em alguns julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, por ter a prerrogativa de ser o “Guardião da Constituição”, tem se deparado periodicamente com demandas que versam sobre a falta de regulamentação de direitos constitucionalmente garantidos, e apontar os fundamentos legais e doutrinários que justifiquem o ativismo do Poder Judiciário ao buscar, diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, preservar direitos e garantias previstos na Constituição.

Partindo-se do método de abordagem indutivo, indaga-se sobre o que confere legitimidade ao Poder Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, para decidir a respeito de questões polêmicas que ficaram à margem da discussão parlamentar e dos planos de governo. Através do método de procedimento histórico, por sua vez, objetiva-se compreender os processos que contribuíram para a superação do positivismo jurídico, o surgimento do neoconstitucionalismo no Brasil, a importância da normatividade dos princípios constitucionais na fundamentação das recentes decisões da Suprema Corte e a expansão do Poder Judiciário após a promulgação da Constituição de 1988.

Como marco inicial do presente artigo parte-se na realização de algumas considerações gerais sobre os direitos fundamentais e a sua evolução histórica.

## **1. Direitos Fundamentais: considerações gerais e evolução histórica**

O preâmbulo é a parte introdutória de uma Constituição e, na Carta de 1988, procurou exteriorizar os sentimentos, as aspirações e os desejos do constituinte originário, tratando-se de um documento de intenções onde se encontram as diretrizes que inspiraram a elaboração, as justificativas, os objetivos e as finalidades da nova ordem constitucional.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, *destinado a assegurar o*

*exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL(1988).*

A simples leitura do preâmbulo constitucional possibilita que se retirem algumas observações a respeito de seu enunciado, conforme observa Uadi Lammêgo Bulos:

O objetivo do preâmbulo da Carta de 1988 foi assegurar *valores supremos* (direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça). Pela primeira vez, a palavra valores aparece em nossas constituições. A mensagem preambular priorizou o pluralismo da sociedade pluralista, em oposição a uma sociedade monista, opressiva das liberdades públicas (2011. p.493).

Desta forma, o preâmbulo procurou traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas do Estado. Em outras palavras, pode ser considerado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos da Constituição, orientando a atividade política do governo no sentido de cumprir a manifestação de vontade do constituinte originário, evidenciando a preocupação do constituinte com os direitos e garantias fundamentais, os quais foram previstos ao longo dos diversos artigos da Constituição Federal, tendo como principal princípio e fundamento, a dignidade da pessoa humana.

Ainda que a Constituição não defina o conceito de dignidade da pessoa humana, Kant (2003, p.58-59) afirmava que este é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento religioso do respeito ao próximo, devendo cada indivíduo ser tratado como um fim em si mesmo, e não como meio para realização de metas coletivas.

O princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu maior relevância e passou a figurar em documentos internacionais como a Declaração dos Direitos Humanos de 1949, sendo incorporado às diversas constituições Europeias dentre as quais se destacam a Constituição Italiana (1947), a Constituição Alemã (1949), a Constituição Portuguesa (1976).

Conforme o ensinamento de Luis Roberto Barroso (2009. p.251), a dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim nos direitos individuais como os políticos e sociais. O princípio tem sido objeto, no Brasil e no mundo, de intensa elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, apta a prover racionalidade e controlabilidade à sua utilização nas decisões judiciais.

Para ilustrar a evolução da importância do princípio da dignidade da pessoa humana, cita-se o Caso Lüch (Berti, 2007), mais conhecido como “arremesso de anão”, ocorrido na França há alguns anos, em uma cidade próxima a Paris, denominada Morsang-sur-Orge.

Trata-se de uma casa noturna que criou uma competição na qual seria vencedor da competição o cliente que arremessasse um anão à maior distância, sendo que o ganhador receberia uma premiação. Nesse contexto, vários anões inscreviam-se voluntariamente para serem arremessados, recebendo em troca uma pequena importância em dinheiro.

Horrorizado com a situação, o Poder Executivo municipal, fazendo uso do seu poder de polícia, resolveu interditar o estabelecimento e proibir o evento, inspirado em uma norma de cunho supranacional, o artigo 3º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Todavia, o estabelecimento entrou com um recurso perante a jurisdição administrativa postulando o restabelecimento daquela atividade e tendo como litisconsorte ativo o próprio anão, que afirmava não se sentir menosprezado com aquela atividade, já que, em decorrência de sua pequena estatura, não havia conseguido emprego na cidade, motivo pelo qual a interdição do estabelecimento não atendia àquilo que ele, o anão, entendia mais justo, sendo o referido recurso administrativo julgando procedente, cassando a decisão do Prefeito.

Diante da repercussão, o caso foi submetido ao Conselho de Estado Francês que anulou a decisão da instância administrativa, entendendo que a dignidade do homem estaria acima da sua autonomia da vontade, pois o arremesso de anão atentaria contra a dignidade da pessoa humana, estabelecendo definitivamente a proibição dessa atividade, afirmando que uma pessoa é sujeito de direito e não objeto de direito, não podendo ser arremessada como coisa. Ainda, se aquele indivíduo precisou renunciar a sua dignidade em razão de sua condição de vida, o Estado tinha o dever de restabelecê-la, pois a dignidade de uma pessoa não é patrimônio individual, mas patrimônio social que necessita ser protegido pela sociedade.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser assegurado a todas as pessoas por sua simples existência no mundo e relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O respeito à dignidade da pessoa humana e a luta por sua afirmação são os símbolos do neoconstitucionalismo e representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social e da violência, motivo pelo qual foi elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Segundo sustenta Luis Roberto Barroso (2009. p. 253), o princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e

utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial inclui pelo menos, renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Em apertada síntese, a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto em sua dimensão física como moral. Os direitos de personalidade, inerentes à dignidade humana, podem ser exemplificados como o direito à vida, ao próprio corpo, à honra, à imagem, à privacidade etc. Integram, também, os direitos fundamentais, questões contemporâneas de grande complexidade e implicações morais e éticas, como os transplantes de órgãos, transexualidade e direito à mudança do registro civil, gestação em útero alheio, união homoafetiva, possibilidade de aborto de feto anencéfalo, possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias, dentre outros. Enquanto os bens adquiridos são avaliados por preço, as pessoas têm dignidade, que é um valor intrínseco de cada ser humano e que está acima de qualquer preço, motivo pelo qual não se pode falar em democracia onde não se reconheçam os direitos fundamentais.

Dentro deste contexto, tem-se que:

não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Eles têm um papel decisivo na sociedade, porque é por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a sociedade se acha enferma (JÚNIOR, 2009, p.253).

Por essa razão, a proteção dos direitos fundamentais é o núcleo essencial da democracia constitucional, convertida em parâmetro axiológico e referencial vinculante da atuação estatal, reduzindo a discricionariedade dos poderes constituídos e impondo-lhes o dever de, além de não dispor contra eles, obrigar-lhes a dispor para a sua perfeita efetivação.

Embora sejam utilizadas várias terminologias (direitos individuais, direitos subjetivos, direitos humanos) para designar os direitos do homem, a Constituição Federal adotou a expressão “Direitos e Garantias Fundamentais”, dispondo-o como gênero que abrange todas as espécies de direitos, sejam eles referentes à liberdade, à igualdade e à solidariedade; ou os direitos individuais e coletivos (capítulo I), os direitos sociais (capítulo II e título VIII), os direitos de nacionalidade (capítulo III), os direitos políticos (capítulo IV) e os direitos dos partidos políticos (capítulo V), além dos direitos econômicos (título VII).

Dessa forma, os direitos fundamentais podem ser conceituados como:

aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas. De um modo mais amplo, podemos concebê-los como princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. São fundamentais porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive (JUNIOR, 2011. p.554).

Nota-se, a partir da conceituação supra, que os direitos fundamentais representam a base de legitimação e justificação do Estado, na medida em que vinculam, como norma que são, toda a atuação estatal no sentido de proteger a vida humana e garantir-lhe dignidade, cabendo aos órgãos do Poder Executivo e Legislativo o dever de dar efetividade às normas constitucionais que versem sobre direitos fundamentais. A positivação dos direitos fundamentais pela Constituição é uma das características do Estado Democrático de Direito, devendo tais direitos ser considerados condição de existência do próprio Estado, pois os direitos fundamentais integram a essência do Estado constitucional.

A constitucionalização dos direitos fundamentais traz como consequência o fato de as normas que os reconhecem situarem-se no escalão máximo do ordenamento, não se submetendo ao processo de reforma que vise suprimi-las ou limitá-las. Dessa forma, são dotadas de imediata aplicabilidade e vinculam os Três Poderes, constituindo-se em parâmetro de escolhas, ações e controle dos órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário. Finalmente, são protegidas pelo controle de constitucionalidade dos atos comissivos e omissivos do Poder Público, ante o seu dever de regulá-las quando carentes de regulação.

Nesse sentido, conforme José Afonso da Silva (2010. p.180), são direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam no princípio da soberania popular.

Por certo, o desenvolvimento da sociedade e as suas crescentes demandas levaram à evolução dos direitos fundamentais, uma vez que a consciência ética coletiva, como fundamento filosófico último dos direitos fundamentais, não é um fenômeno estático ou paralisado no tempo; ela amplia-se e aprofunda-se com o desenvolver da história. De acordo com Dirley da Cunha Júnior (2011. p.595), se a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, a impor o aparecimento dos primeiros direitos humanos, relativamente às liberdades públicas, e exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos

fundamentais. É esse movimento histórico de expansão e afirmação progressiva dos direitos humanos fundamentais que justifica o estudo de sua evolução no tempo.

Daí falar-se em “gerações” ou “dimensões” de direitos, ou seja, em direitos de primeira, segunda, terceira e inclusive uma quarta dimensão defendida por doutrinadores como Norberto Bobbio, que correspondem a uma sucessão temporal de afirmação e acumulação de novos direitos fundamentais, cuja consequência é a irreversibilidade ou irrevogabilidade destes direitos reconhecidos, aliada ao fenômeno de sua complementaridade, ou seja, o progressivo reconhecimento de novos direitos consiste em um processo cumulativo, onde não há substituição dos direitos anteriormente reconhecidos.

Assim, as dimensões dos direitos representam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente nas proporções das carências do ser humano, nascidas em função das constantes mudanças das condições sociais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros direitos solenemente reconhecidos, o que se deu através das Declarações do Século XVIII, como resultado do pensamento burguês da época. São direitos marcadamente individualistas, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais propriamente como direitos de defesa diante do poder estatal, indispensáveis ao digno desenvolvimento de cada indivíduo. Correspondem às chamadas liberdades públicas, compreendendo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, sendo denominados direitos de caráter “negativo”, uma vez que exigem do Estado um “não fazer”.

Contudo, não bastava essa passividade do Estado, caracterizada por uma ação exclusivamente política, indiferente à vida econômica e social e alheia ao elemento humano. A partir do século XX, inúmeras transformações foram inseridas nas estruturas política e econômica da sociedade, principalmente após a Primeira Guerra Mundial, nascendo nesse contexto o Estado do Bem-Estar Social, com a finalidade de que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados.

Surgem os direitos de segunda dimensão, “abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar; pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula” (BONAVIDES, 2003. p.518). Tal dimensão compreende os direitos sociais, os direitos econômicos e os direitos culturais. São denominados direitos de igualdade, porque possuem o propósito de reduzir materialmente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, dando maior ênfase à dignidade da pessoa humana, exigindo uma atuação positiva do Estado.

Como refere Dirley da Cunha Júnior (2011. p.605), é no século XX, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, que esses novéis direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos, cabendo a primazia à Constituição mexicana de 1917, seguida pela Constituição Russa de 1918. Todavia, deve-se à Constituição da República de Weimar, de 11 de agosto de 1919, a sistematização e o reconhecimento, em termos definitivos, desses direitos.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão englobam os denominados direitos de solidariedade e fraternidade, tendo sido incorporados aos ordenamentos constitucionais de vários países, tal como nas Constituições do Chile, da Coreia etc. Os direitos difusos, como o meio ambiente equilibrado, vida saudável e pacífica, o progresso e a autodeterminação dos povos são alguns dos componentes do vasto catálogo dos direitos de solidariedade prescritos na Constituição de 1988.

Finalmente, a doutrina reconhece a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, caracterizados pelo direito à democracia e os direitos relacionados à biotecnologia, resultado da globalização dos direitos fundamentais; e uma quinta dimensão, proposta por Paulo Bonavides (2003. p.571-572), que se refere ao reconhecimento do direito à paz, como condição indispensável ao progresso de todas as nações.

Embora a Constituição seja expressa quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, ainda assim tal previsão não garante a sua efetividade, visto que a própria Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais enquadrados dentre os direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, Uadi LammêgoBulos (2011. p.525) assevera, que ao aplicar os dispositivos da Carta Maior às situações concretas, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário efetivam os direitos e garantias fundamentais. É nesse estágio que o povo passa a ser o receptor do Texto Supremo. Por isso, é ilusório e utópico dizer que as liberdades públicas são voltadas, em um primeiro momento, aos cidadãos. Estes são os destinatários indiretos, secundários ou mediatos dos direitos e garantias fundamentais, os quais dependem de aplicação para se efetivar. Sem providência concreta, nenhuma liberdade pública sai do papel.

Assim sendo, há que se observar que as normas que tratam sobre os direitos e garantias fundamentais são voltadas, primeiramente, para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, ao exercer suas respectivas funções, tornam-se os destinatários diretos, primeiros ou imediatos das liberdades públicas, sendo que os indivíduos são apenas os destinatários mediatos das referidas normas.

Disso decorre que o exercício das funções legislativa, executiva e jurisdicional encontra-se vinculado à observância dos direitos e garantias fundamentais, de modo que o correto exercício dessas funções possibilite que o indivíduo possa gozar com plenitude esses direitos e garantias que a própria Constituição Federal estabelece.

A vinculação do Poder Legislativo exterioriza-se pelo dever de legislar à luz do que prescrevem as liberdades públicas e pela obrigação de colmatar vazios legislativos, evitando, assim, omissões inconstitucionais. Cumpre aos legisladores regulamentar os preceitos que traduzem direitos fundamentais e que exigem providências legiferantes para saírem do papel.

Por sua vez, a Administração Pública está sujeita, inexoravelmente, ao *jus imperium* das liberdades fundamentais do Estado, sendo que aqueles atos praticados à margem dos direitos fundamentais deverão ser reputados nulos. Todavia, observa-se frequentemente que existe uma tendência do Poder Executivo sobrepor-se às leis, principalmente quando os interesses em jogo não são os interesses da coletividade, e sim o interesse de uma pequena parcela econômica e politicamente dominante.

Enfim, a vinculação da atividade jurisdicional pode ser sentida no dever de o Judiciário conferir o máximo possível de efetividade às liberdades públicas, tendo a prerrogativa, inclusive, de aplicar direitos fundamentais mesmo em detrimento de uma previsão legal contrária, desde que estas não se conformem ao sentido constitucional daqueles.

Para maior entendimento, faz-se necessário tecer considerações sobre a separação dos poderes e o neoconstitucionalismo.

## **2. A Separação dos Poderes e o Neoconstitucionalismo**

Na Constituição Federal de 1988, o “princípio da separação dos poderes” encontra-se previsto no artigo 2º, sob o título dos princípios fundamentais, e constitui uma das quatro cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro. Historicamente, a separação dos poderes designa um dos pilares da origem do Estado Democrático do Direito. Consta do artigo 2º da Constituição Federal que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (1988).

Segundo o Ministro Luiz Fux, durante o discurso de posse do Ministro Joaquim Barbosa, é cediço quão ultrapassada a concepção sufragada por Ferdinand Lassale, em sua obra “A Essência da Constituição”, de que a Carta Magna tem por única função retratar os fatores reais do poder. Em sentido oposto, Konrad Hesse, em sua teoria sobre a força normativa da constituição, não deixou dúvidas de que a esfera política não é infensa à

incidência das normas constitucionais. Isso significa que a Constituição Federal, como norma suprema do ordenamento jurídico, vincula os três Poderes da República obrigando-os a realizar a sua função constitucional, sob pena de quebrar-se a tão esperada harmonia entre os Poderes, vindo a comprometer o funcionamento do Estado.

Bruce Ackerman (2000. p. 634-638), em artigo intitulado “The New Separation of Powers”, isto é, a nova separação dos poderes, esclarece que o princípio da separação dos poderes - cuja importância é tamanha que justifica a sua previsão como cláusula pétrea - dispõe de três ideais legitimadores que lhe subjazem: em primeiro lugar, por evidente, a separação dos poderes deve servir ao projeto de autogoverno popular; nada obstante, como segundo ideal, impõe-se a necessidade de evitar que as leis democráticas resembrancem puramente simbólicas, o que inevitavelmente ocorre se o Poder Judiciário não puder implementá-las de forma imparcial; por fim, aponta-se como terceiro ideal, a proteção e aprimoramento dos direitos fundamentais. Sem esses três nortes, pelos quais, necessariamente, perpassa a figura do Judiciário, a democracia está fadada a não passar de mera fantasia.

O constitucionalismo moderno, deixando em segundo plano o objetivo de limitar o poder estatal, passou a dar ênfase à necessidade de garantir a efetividade dos direitos previstos na Carta Maior. A aplicação da Constituição, em sua exegese, é tarefa que não se nega aos três Poderes da República, independentes e harmônicos entre si. Entretanto, o poder constituinte originário, como representante dos anseios e da soberania popular, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da nova Constituição. Por isso que a ação ou inação do legislador, bem como do Executivo, deflagra o atuar judicial com o poder-dever de tutela da ordem constitucional e garantia dos direitos fundamentais.

É imprescindível, pois, que sejam feitas algumas considerações sobre o conceito de poder, para melhor compreensão do aludido princípio. Dentro desta conjuntura tem-se que “o poder é um fenômeno sócio-cultural, ou seja, é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme os fins pretendidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins (SILVA, 2010, p.107).

Seguindo a linha de raciocínio de José Afonso da Silva (2010), o Estado, como grupo social máximo, possui o poder político ou estatal, sendo que o poder estatal é superior aos demais poderes sociais, o qual reconhece, rege e domina. Tal superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado, implicando a independência quando em confronto com os

poderes exteriores à sociedade estatal e a supremacia sobre os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal.

Em decorrência disso, as três características fundamentais do poder político são: a unidade (o poder não se biparte, esfacelando seu conteúdo); a indivisibilidade (o poder não se divide, cindindo a sua forma); e a indelegabilidade (o poder não pode ser delegado a um Estado estrangeiro), de onde parece impróprio falar-se em divisão de poderes. Objetivamente, o Estado é uno e o poder é único. Portanto, o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra em várias funções, permitindo-se falar em distinção de três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Por isso, quando se trata da questão da separação dos poderes, reporta-se a uma separação de funções estatais conferida a órgãos especializados para cada atribuição.

Desde a antiguidade, com Aristóteles, já se sugeria a separação das funções do Poder político como meio para se alcançar a felicidade humana. Em sua clássica obra “A Política” (1985. Livros III e VI), Aristóteles identificava três partes distintas que compõem o governo: uma que cuida da deliberação sobre os assuntos públicos; uma que trata das funções públicas; e outra que trata de como deve ser o poder jurisdicional.

Embora a ideia inicial de separação de Poderes remonte à antiguidade clássica, é na teoria da constituição que tal princípio adquire maior relevo e importância. Em termos mais recentes, cabe a John Locke a teoria original da separação das funções estatais, sustentando, em 1690, os princípios de liberdade política da gloriosa revolução inglesa de 1688, impugnando o absolutismo real.

Todavia, foi o filósofo francês Montesquieu que sistematizou definitivamente as diferentes funções estatais, agrupando-as junto a órgãos estatais distintos, defendendo a ideia de poder limitado. O autor, então, propôs uma divisão tríplice: o Poder Legislativo cria as leis e corrige ou anula aquelas que foram feitas; o Poder Executivo celebra a paz ou declara a guerra, instaura a segurança e previne invasões; e o Poder Judiciário julga os crimes ou conflitos entre os particulares. E atenta para o fato de que, em um Estado, para que exista liberdade política, é imperioso que estes três Poderes não estejam reunidos nas mãos de um único órgão ou um único homem.

Conforme Montesquieu (2011. p.168), pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (...) Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria

arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Salienta-se que a característica da independência entre os órgãos do Poder Político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas a predominância no seu desempenho. Isso significa que as funções legislativas, executivas e jurisdicionais são exercidas, predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente, mas não com exclusividade. Demais disso, há casos em que, para o integral desempenho de suas próprias funções constitucionais típicas, um Poder necessite valer-se, em caráter excepcional e provisório, da função típica de outro Poder.

Essa participação momentânea de um Poder na função típica de outro não destrói nem ameaça a separação das funções estatais, a qual não é absoluta, mas, tão somente, relativa. Se cada função estatal fosse confiada exclusivamente aos órgãos especializados correspondentes, sem a possibilidade de nenhuma participação secundária de qualquer órgão na função típica de outro, haveria, sem dúvida, a indesejada separação absoluta ou rígida de funções, o que implicaria em um isolamento entre estas e a ausência de colaboração e limitações recíprocas, conhecidas como sistema de freios e contrapesos, necessários à existência de um verdadeiro equilíbrio político e à garantia da liberdade.

Atualmente, o vetor da separação dos poderes não deve ser visto na sua feição clássica e tradicional. As tarefas desempenhadas pelo Estado contemporâneo exigem o redimensionamento da visão comumente difundida de que as funções exercidas são independentes, equilibradas e harmônicas. Não se deve duvidar que as teorias clássicas precisam ser redefinidas, porque não mais se adaptam à realidade contemporânea de uma sociedade plural.

Em se tratando da Constituição de 1988, a disciplina tripartite das funções do poder foi modificada sensivelmente, favorecendo menos a independência, o equilíbrio e a harmonia entre eles e mais a predominância do Poder Judiciário como meio de assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Nesta linha, Uadi Lammêgo Bulos (2011. p.507) refere-se que a interferência de um órgão em outro é apenas admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, caso contrário de nada adiantará a constitucionalização do princípio em exame, porque ele existirá apenas nominalmente, sem qualquer relevância prática.

Por isso, a doutrina clássica da separação de poderes necessita de uma revisão teórica para melhor ajustá-la às novas tendências e exigências do sistema jurídico, sobretudo por não se coadunar com o moderno Estado Constitucional Social e Democrático de Direito.

Isso se deve ao fato de Locke e Montesquieu terem concebido a teoria da separação dos poderes como uma forma de preservação da liberdade contra o arbítrio. Ambos, além de prestigiarem a dicotomia entre o Legislativo e o Executivo, dispensavam uma importância secundária ao Judiciário. Para Montesquieu (1973. p.91), o juiz deveria seguir a “letra da lei”, cabendo ao magistrado o mero papel de *bouche de La Loi*, já que *in claris non fit interpretatio*.

Colhendo os ensinamentos de Hans Kelsen (2007. p. 124-133), que enxergava a Corte Constitucional como a “Guardiã da Constituição” devendo zelar pelos direitos fundamentais - os quais deveriam ser protegidos inclusive contra a força da maioria - no momento em que se entrega o poder constitucional ao chefe do Executivo, abre-se espaço ao risco de uma hegemonia política, pois o que possibilita a permanência do chefe do Executivo no poder é a vontade da maioria, motivo pelo qual existiria uma tendência de que o governante se preocupasse apenas com os interesses da maioria em detrimento das minorias, aquele grupo vulnerável que não consegue ter voz ativa na construção do processo decisório, pois não tem força para mobilizar-se quantitativa e qualitativamente a fim de fazer prevalecer suas vontades no debate legislativo.

Ainda segundo Hans Kelsen (2007. p. 124-133), a criação de um corpo afastado do acirrado jogo político, sem mandato popular e que não tivesse o contato direto com a política partidária, possibilitaria maior isenção para fazer prevalecer os direitos fundamentais. A história demonstra que nos momentos em que o poder constitucional esteve concentrado nas mãos do Poder Executivo, a humanidade foi vítima das maiores atrocidades, pois a engrenagem do sistema político é montada com a finalidade de que a vontade das minorias esmague e procure eliminar a vontade das majorias, citando-se como o exemplo o nazismo de Adolf Hitler.

Com efeito, até a Segunda Grande Guerra Mundial, a teoria jurídica vivia sob a influência do Estado Legislativo de Direito, onde a lei era a sua única fonte de legitimação, na medida em que uma norma jurídica era considerada válida não por ser justa, mas por haver sido posta por uma autoridade competente.

Em sentido oposto, acompanhando a evolução gradual das dimensões de direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra, ensejando um conjunto de transformações responsáveis pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. Para Dirley da Cunha Júnior (2011. p.40), o neoconstitucionalismo destaca-se como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para

Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.

Ademais, foi fator decisivo para a consolidação desse novo Direito Constitucional o reconhecimento da força normativa dos princípios, propiciando a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Abandona-se a antiga concepção de que o Direito limita-se, exclusivamente, às regras postas, idolatria ao positivismo que fundamentou e legitimou as maiores barbáries contra a humanidade e que não se coaduna com o estágio atual de desenvolvimento da sociedade.

Luis Roberto Barroso (2005. p.123) instrui que o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: (a) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (b) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (c) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

No Brasil, esse processo histórico, que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, teve início após a promulgação da Constituição de 1988. Na cultura jurídica brasileira de até então, as Constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas.

A Constituição de 1824 tratava em igualdade e a principal instituição do país era a escravatura e o comércio de escravos era considerado atividade normal; a de 1891 falava em sufrágio universal, mas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas manteve o Congresso fechado e o Presidente legislava por meio de Decretos, os quais tinham destacada importância no ordenamento jurídico; e a de 1967 garantia os direitos à liberdade, à integridade física, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado e a tortura de pessoas campeavam nos porões do regime militar em um verdadeiro Estado de Polícia.

Até 1988, a lei tinha mais importância do que a própria Constituição no tráfico jurídico e, no Direito Público, o Decreto e a Portaria ainda valiam mais do que a própria lei. Neste cenário, o Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante e não tinha o mesmo nível de independência que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel, o que normalmente não ocorria.

A Assembleia Constituinte de 1988 coroou a redemocratização do país e rompeu este estado de coisas, promulgando uma Constituição contendo amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões, tais como direitos individuais, políticos, sociais e difusos, aos quais conferiu aplicabilidade imediata e protegeu diante do poder de reforma. Ainda, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial, criando novos remédios constitucionais e fortalecendo a independência da instituição.

Além disso, a Constituição de 1988 passou a regular uma série de assuntos – muitos deles de duvidosa dignidade constitucional, subtraindo um vasto número de questões do alcance do legislador. Ademais, ela hospedou em seu texto inúmeros princípios vagos, mas dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação. Estas características favoreceram o processo de constitucionalização do Direito, que envolve não só a inclusão no texto constitucional de temas outrora ignorados, ou regulados em sede ordinária, como também a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais.

Uma das mudanças de paradigma do direito contemporâneo foi o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, considerados como norma jurídica invocável pelas partes e seus advogados, aplicável direta e imediatamente pelo Poder Judiciário. Superou-se, portanto, o modelo tradicional europeu no qual a Constituição era vista somente como um documento político, como uma convocação à atuação dos poderes públicos.

Surge, assim, a necessidade de uma nova interpretação constitucional que desenvolva algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Isso não significa o completo abandono do método subsuntivo, fundado na aplicação de regras, nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

Pelo contrário, significa apenas que tais métodos são insuficientes perante a utilização de diversos conceitos jurídicos indeterminados, que exigem que o intérprete desempenhe uma função técnica de revelar o melhor sentido da norma e fazê-la incidir sobre os fatos concretos, tornando-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis.

Em meio a uma Constituição repleta de princípios, cujos enunciados são abertos e exigem o exercício de interpretar por parte do juiz, o ativismo judicial encontrou terreno fértil para se desenvolver, principalmente em meio a uma sociedade plural e que possui demandas das mais variadas. Nesse contexto, a solução dos problemas nem sempre perpassa imediatamente pela figura do legislador, já que tais grupos procuram o Poder Judiciário exercendo seu direito fundamental de acesso à justiça, exigindo a solução para os seus mais variados conflitos.

Dentre as causas que justificam esse comportamento ativo do Judiciário, resultando em uma criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a Constituição, muitas vezes desrespeitada por simples e conveniente omissão dos Poderes Públicos. Por isso, através do ativismo judicial, o Poder Judiciário tornou-se o “terceiro gigante” dos Poderes da República. Portanto, aprofundar-se-á no próximo capítulo, as questões referentes ao ativismo judicial.

### **3. Ativismo Judicial: conceito, características, importância e críticas.**

Entende-se por ativismo judicial o fenômeno que se relaciona com a participação efetiva dos magistrados no controle da constitucionalidade, tanto por ação quanto por omissão, tendo como justificativa a necessidade de imunização contra a possível ação danosa do processo político majoritário. Segundo Luis Roberto Barroso (2009), longe de ser uma “ditadura de togas”, o ativismo judicial é uma atitude, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, permitindo uma atuação mais ampla do Judiciário, ocupando espaços que foram deixados vagos ou que foram ocupados de maneira deficiente pelos demais Poderes.

Tal assertiva é facilmente comprovada pela verificação do elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, e, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados, evidenciando que esse déficit de qualidade legislativa afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio entre os Poderes e compromete os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Porém, o ativismo judicial não se limita a um controle negativo de constitucionalidade, retirando do ordenamento jurídico aquelas normas que são incompatíveis com o espírito da Constituição Federal. O ativismo judicial também possui um controle de constitucionalidade positivo, no momento em que cria norma jurídica e exige a sua obediência

pelos demais Poderes e pelos particulares, naqueles casos em que o Legislativo e o Executivo mantiveram-se omissos.

Embora a judicialização da política e o ativismo judicial possuam algumas semelhanças, sendo difícil realizar uma diferenciação muito clara entre os dois conceitos, ainda assim, eles possuem determinadas características que os diferenciam.

Em que pese os dois conceitos se assemelhem, eles não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. Enquanto 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, o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, e que se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Para Luis Roberto Barroso:

A idéia 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: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas( 2009).

Nesse contexto, cresce de importância a normatividade dos princípios, os quais, antigamente, não eram reconhecidos como norma jurídica, sendo tratados apenas como fonte subsidiária do direito, aplicáveis somente quando houvesse lacuna na lei e não fosse possível a aplicação da analogia ou do costume. Hoje, devido a sua normatividade, a aplicação dos princípios constitucionais tornou-se um dos fenômenos mais importantes do direito contemporâneo. Como exemplo, cita-se o princípio constitucional da moralidade, previsto no artigo 37 da Carta Maior, o qual permitiu extrair de seu conteúdo a regra que veda o nepotismo e impede a nomeação de parentes para os cargos públicos em todos os Poderes.

É de se destacar a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal que se revestiu de notório ativismo judicial, qual seja, a vedação do nepotismo no serviço público através da edição da Súmula Vinculante nº 13, verdadeira vitória dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da legalidade na Administração Pública. A vedação ao nepotismo teve origem com a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Resolução nº 07, a qual proibiu a contratação de parentes para cargos no Poder Judiciário, tendo sido questionada quanto a sua

legalidade e quanto à competência do Conselho Nacional de Justiça na elaboração de normas.

Todavia, diante de uma prática centenária e reiterada de assenhoramento dos cargos e da utilização da máquina pública em benefício próprio e de parentes, precisou o Supremo Tribunal Federal decidir, por acórdão, que é vedado o nepotismo nos três Poderes, estabelecendo que as pessoas não podem se apropriar do Estado, dos cargos e do dinheiro público. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal substituiu o Poder Legislativo que, omissis, jamais legislou sobre a matéria, principalmente por ter interesse que essa prática perdurasse até os dias atuais, tornando-se legislador ativo.

Para isso, o Egrégio Tribunal aplicou direta e imediatamente os princípios constitucionais previstos em seu artigo 37, principalmente os princípios da moralidade e da impessoalidade, dos quais se extrai de maneira inequívoca a regra máxima que veda que o Administrador Público faça nomeações com base em sentimentos pessoais e interesses próprios. Conforme Luis Roberto Barroso (2009), o ativismo judicial é, portanto, uma atitude.

Além disso, o ativismo judicial possui precedentes em outros países, estando normalmente associado a um período da história constitucional americana em que a sua Suprema Corte fora presidida pelo ministro Warrant. Pois, foi a Suprema Corte americana, sem nenhuma emenda à Constituição e sem a edição de nenhuma lei pelo Congresso, que produziu uma revolução por via da jurisprudência, a começar pela célebre decisão que acabou com a segregação racial nas escolas públicas, proibindo que houvesse escolas públicas para brancos e escolas públicas para negros, obrigando o Estado a adotar uma política pública em que negros e brancos pudessem frequentar os mesmos lugares, a contragosto do interesse das maiorias. O resultado de tal decisão foi a conscientização de que brancos e negros deveriam sentar-se sobre a mesma mesa, estudar, conviver e se esforçar conjuntamente para a construção de um país melhor. O resultado disso é que hoje, os Estados Unidos possuem um Presidente negro.

Também foi a Suprema Corte americana, em decisão sem nenhuma modificação legislativa, a responsável por assegurar uma série de direitos aos acusados em processo criminal, tal como o direito de constituir advogado e o direito de ser alertado sobre os seus direitos no momento da prisão, inclusive o direito de permanecer calado.

Destaca-se que o ativismo judicial manifesta-se através de três formas: em primeiro lugar, o ativismo consiste em levar os princípios constitucionais a situações que não foram expressamente previstas pelo constituinte originário ou pelo legislador ordinário, como foi o caso da fidelidade partidária em que o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio democrático, entendeu que o político, depois de eleito, não poderia trocar de partido sob pena

de perder o seu mandato. O Pretório Excelso estabeleceu, portanto, sem nenhuma lei expressa, que o mandato político pertence ao partido e não ao parlamentar.

A segunda forma de manifestação do ativismo dá-se pela declaração de inconstitucionalidade de leis fora das hipóteses de patente afronta à Constituição. No direito brasileiro, o principal exemplo refere-se ao controle de constitucionalidade concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Inegavelmente, todos os três Poderes da República realizam a sua interpretação da Constituição e, em respeito ao princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário deve ser deferente para com a interpretação legítima feita pelos demais Poderes, sobretudo pelo Poder Legislativo quando este edita uma lei. Por conseguinte, é obvio que o Judiciário só poderá declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica quando não houver dúvida razoável acerca da sua incompatibilidade com a Constituição.

A terceira e última forma de manifestação do ativismo dá-se quando o Judiciário impõe determinadas condutas, sobretudo ao Poder Executivo, determinando ou interferindo no modo pelo qual se deve implementar determinadas políticas públicas. Na jurisprudência brasileira os principais exemplos encontrados dizem respeito ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde e tratamentos de saúde, impondo-se à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a responsabilidade solidária em relação ao custeio das despesas relacionadas ao direito fundamental à saúde.

Ademais, o ativismo judicial possui uma dimensão material que o liga à justiça e possui uma dimensão instrumental que, por sua vez, liga-o à justa medida da incidência da norma em determinado caso concreto. A principal importância do ativismo judicial consiste na efetividade que os juízes, verdadeiros intérpretes constitucionais, devem empregar com a finalidade de concretizar as normas constitucionais na maior extensão possível, devendo privilegiar a interpretação que permita a realização dos direitos fundamentais, sem recorrer à saída cômoda utilizada em outras épocas, consistente em sustentar que a norma constitucional não seria autoaplicável, tampouco dotada de força normativa.

Através do ativismo judicial, permite-se uma interpretação constitucional que se liberte de alguns mitos ligados ao formalismo jurídico, à interpretação mecânica das normas jurídicas limitadas pelo positivismo jurídico normativista. Nesse contexto, altera-se o papel do juiz, que se limitava a revelar uma solução que já se encontrava clara pela simples incidência da norma ao caso concreto e que agora, diante de casos complexos e na ausência de uma norma específica aplicável ao caso, precisa participar ativamente do processo de criação do direito, pois, uma vez que a resposta para o litígio não se encontra pronta na norma, o juiz terá

que criar, argumentativamente, a solução para aquele caso específico que fora submetido à decisão do Poder Judiciário.

Outrossim, em determinados casos, o ativismo judicial significa apenas uma interpretação evolutiva permitindo, por exemplo, que a norma constitucional que assegura o sigilo das comunicações e das correspondências incida, também, sobre a comunicação por meios eletrônicos e via internet, muito embora o constituinte de 1988 jamais tenha cogitado, naquela ocasião, que o mundo se interligaria da maneira como se interligou através de uma rede mundial de computadores. Dessa maneira, torna-se mais razoável realizar uma releitura da norma constitucional a fim de adequá-la à nova realidade que circunda o mundo, do que reformar uma Constituição apenas para inserir o termo “email” em seu texto.

Assim, o ativismo judicial se caracteriza por um modo proativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais, demonstrando que o ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva.

Evidentemente, interpretar a Constituição não é tarefa exclusiva do Poder Judiciário. Para o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre uma questão moral proeminente, ou a respeito de determinada omissão política mal resolvida, longe de sufocar a esfera de atuação dos demais Poderes, deve convidá-los, sim, para um debate democraticamente frutífero.

O debate moral travado perante o Supremo Tribunal Federal é sempre relativo às matérias que o Poder Constituinte quis alçar ao patamar protegido das ingerências de maiorias e do calor das paixões momentâneas. Bem por isso, o debate na Suprema Corte é realizado em situações que exijam uma análise distinta, autônoma, imune às pressões políticas.

Historicamente, uma conquista do ativismo judicial brasileiro se deu quanto ao instrumento do habeas corpus, pois o Judiciário brasileiro foi fértil na construção da chamada doutrina brasileira do remédio heroico, estendendo a proteção dos direitos pessoais líquidos e certos quando eles se destinavam a proteger apenas a liberdade pessoal de locomoção; dessa doutrina surgiu o mandado de segurança.

Atualmente, não se pode falar em um Supremo Tribunal esquecido, amedrontado e oprimido diante das pressões políticas. Se, em 1968, na obra “O Supremo Tribunal Federal esse outro desconhecido”, de Aliomar Baleeiro (1968), o autor fazia menção a uma Suprema Corte encastelada, distante da sociedade, da qual ninguém tinha informação e longe do que acontecia no dia-a-dia da população, hoje se tem um cenário totalmente distinto, onde as

ações perante a Suprema Corte, em especial os julgamentos em plenário, são divulgados maciçamente e acompanhados por grande parcela da sociedade.

Tem-se, hoje, um Supremo Tribunal Federal atuando de portas abertas, transmitindo suas seções ao vivo, fazendo com que os brasileiros recebam e conheçam as suas decisões com a possibilidade de conferir o debate constitucional. Destaca-se, também, a presença do “*amicus curiae*” - o amigo da corte, aquele ente plural que, de alguma maneira, tem interesse em participar do processo constitucional, auxiliando na construção das soluções, dentro de uma democracia caracterizada como uma arena pública, onde as decisões são tomadas com base em argumentos racionais, criando um canal de acesso entre o cidadão e a Suprema Corte.

Ressalta-se, ainda, o fenômeno das audiências públicas, nas quais os Ministros se veem diante de determinados casos em que o domínio do conhecimento específico não lhes é inato, como ocorreu no caso dos fetos anencéfalos e das pesquisas com células embrionárias. Diante de perguntas tais como: o que é a vida, como conceituá-la, como defini-la e quando ela se inicia, por exemplo, os Ministros precisaram se socorrer dos conceitos da medicina dos quais eles não dispõem e, mesmo assim, precisam decidir fundamentadamente. Percebe-se, então, nesse alvorecer do século XXI, que houve uma transição gradual e poderosa de uma Corte de fato desconhecida para uma Corte que concretiza de algum modo os direitos fundamentais.

É imperioso destacar, nessa linha de raciocínio, a decisão da Suprema Corte em relação à interrupção da gestação nos casos de anencefalia. Embora o Código Penal Brasileiro tenha estabelecido, através do legislador positivo, apenas duas hipóteses de exclusão de punibilidade: o aborto praticado para salvar a vida da gestante e o aborto quando a gravidez resulte de estupro, coube ao Pretório Excelso estabelecer a terceira hipótese de exclusão, naqueles casos em que seria inviável a possibilidade de sobrevivência do feto por ausência de expectativa de vida extrauterina, fundamentando a sua decisão no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais à liberdade e à saúde da gestante, conforme se observa no voto do Ministro Carlos Ayres Britto:

é o reconhecimento desse direito que tem a mulher de se rebelar contra uma gravidez, um tipo de gravidez tão anômala que corresponde a um desvario da própria natureza. É um direito que tem a mulher de interromper uma gravidez que trai até mesmo a ideia-força que exprime a locução “dar à luz”. “Dar à luz” é dar a vida; não é dar a morte. É como se fosse uma gravidez que impedisse o rio de ser corrente; o rio salta da nascente para a embocadura. (...) E, no caso da gravidez de que estamos a falar, a fase corrente do rio é totalmente eliminada. A mulher já sabe por antecipação que o produto da sua gravidez, longe de, pelo parto, cair nos braços aconchegantes da vida, vai se precipitar no mais terrível dos colapsos. É o colapso da luz da vida. O feto anencéfalo não passa de um organismo prometido à inscrição do seu nome não no registro civil, mas numa lápide mortuária(2012).

Outra importantíssima decisão da Suprema Corte diz respeito ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, rompendo com a ultrapassada visão de que a família seria formada apenas pela união entre homens e mulheres.

Se, em 1934, a Constituição previa como família apenas as uniões decorrentes do casamento, a Constituição Federal de 1988 previu três modalidades de formação da família: a proveniente do casamento, da união estável e a família monoparental. Contudo, permaneceu a lacuna normativa no que tange ao conceito de família composta pela união entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que o legislador positivo, para não ferir suscetibilidades de determinados setores da sociedade, principalmente aqueles mais tradicionais, manteve-se inerte quanto a tal regulamentação.

Dessa forma, incumbiu ao Pretório Excelso, em acertada decisão, reconhecer por unanimidade que as pessoas do mesmo sexo possuem o direito de constituir família, assegurando os direitos daquelas situações de fato que por décadas permaneceram à margem do Direito e da proteção do ordenamento jurídico pátrio, pois as pessoas devem ter a liberdade quanto à sua escolha sexual, não cabendo ao Estado interferir na intimidade e na vida privada das pessoas. Destaca-se o voto do Ministro Ayres Britto:

Trata-se de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar o amor. (...) Por isso, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para se compreender que a nossa Carta Magna não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser, pois não se pode separar por um parágrafo o que a vida uniu pelo afeto.(2011).

Verifica-se, então, que o Poder Judiciário, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais com o objetivo de restaurar a vontade da Constituição violada pela inércia dos demais Poderes, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional, demonstrando respeito incondicional à Tábua Axiológica da República, já que tais atos, moderadamente desempenhados em momentos excepcionais, tornam-se necessários diante da inação do Poder Público em cumprir as obrigações a que está sujeito por expressa determinação do próprio estatuto constitucional.

Na garantia dos direitos fundamentais, a reiterada omissão do Estado é um comportamento revestido de maior gravidade político-jurídico do que a intervenção do Poder Judiciário para a efetivação daqueles direitos violados. Ao fazer uma ponderação entre

princípios, percebe-se nitidamente que o desrespeito do Poder Público com a Constituição, ao violar esses direitos, é muito mais gravoso para a democracia do que a mitigação do princípio da separação dos poderes, com a finalidade de conferir aplicabilidade aos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (MELLO, 2012)

A crescente judicialização de questões políticas é consequência da ampliação das funções institucionais conferidas ao Poder Judiciário, uma vez que a Constituição vigente converteu os juízes e Tribunais em árbitros dos conflitos inaugurados na arena política, tornando a instituição judiciária protagonista em ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais, uma vez que nenhum dos Poderes da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir os direitos e as garantias de seus cidadãos.

Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado – situe-se ele no Poder Judiciário, no Poder Executivo ou no Poder Legislativo – é imune ao império das leis e à força hierárquico-normativa da Constituição (RODRIGUES, 2008).

Contudo, o ativismo judicial é ambíguo, possuindo um aspecto positivo e outro negativo. O aspecto positivo do ativismo judicial consiste no fato de o Judiciário, por seu intermédio, ter atendido demandas sociais relevantes que não foram acudidas a tempo pelos demais Poderes e pelo processo político majoritário. O aspecto negativo do ativismo judicial revela-se pela preocupante crise de legitimidade e de representatividade do Poder Legislativo, pois a democracia exige um Poder Legislativo dotado de credibilidade capaz de repercutir os anseios da sociedade.

Por isso, a atuação intensa do Judiciário não se encontra imune às críticas, principalmente sobre a sua capacidade institucional para ser o interprete, por excelência, do texto constitucional, especialmente no tocante aos conceitos morais abrigados pelo Texto Maior em confronto com eventual dissenso moral razoável da sociedade. Indaga-se se a Suprema Corte é a instância própria para decidir questões morais como a descriminalização do aborto, a legalidade da união homoafetiva, a pesquisa científica com as células tronco etc. A doutrina tradicional entende que a configuração institucional do Judiciário e o papel por ele desempenhado impedem que os juízes exerçam escolhas morais em nome da sociedade.

Como aspecto negativo, aduz-se que o ativismo judicial poderia causar uma perda substancial da segurança jurídica e da objetividade no Direito, a partir do momento em que as soluções para os casos difíceis precisam ser construídas argumentativamente pelo intérprete. Além disso, a doutrina tradicional critica o fato de os Ministros não terem sido eleitos democraticamente pelo voto popular, o que causaria uma crise de legitimidade.

A segunda crítica que se faz a essa expansão do Judiciário diz respeito à sua capacidade institucional, visto que o juiz é competente apenas para fazer a “microjustiça”, ou seja, a justiça ao caso concreto, já que o magistrado não possui o conhecimento técnico suficiente para visualizar os efeitos sistêmicos que a sua decisão poderá acarretar quando este interfere na execução das políticas públicas, de modo que o juiz deve reconhecer os limites de sua capacidade institucional. Segundo Daniel Sarmiento (2007. p.144), acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscar a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo.

A última crítica diz respeito à limitação do debate público ocasionado pela judicialização dos problemas e das demandas sociais, a qual poderia elitizar a condução do cenário político, oferecendo o risco de exclusão de ampla parcela da população do jogo político, causando um déficit democrático, já que os ministros da Suprema Corte não foram eleitos democraticamente e, teoricamente, não representam a vontade da maioria.

Por isso, o Judiciário somente agirá legitimamente quando o fizer em nome da Constituição, seja para assegurar direitos fundamentais ou resguardar o processo democrático, motivo pelo qual, exceto nessas duas situações, o Judiciário deve ser deferente para com as escolhas políticas feitas pelo Congresso e pelas escolhas discricionárias do Executivo.

### **Considerações finais**

Os últimos vinte e cinco anos foram testemunhas de que a ascensão institucional do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, serviu bem à democracia e ajudou no avanço do processo político e social brasileiro, através da promoção dos direitos fundamentais e do resguardo às regras do jogo democrático, sem limitar-se a simples sujeito passivo do sistema político.

A história brasileira tem demonstrado, tanto em experiências liberais como em

regimes autoritários, que, isolados, os Poderes Legislativo e Executivo não têm sido capazes de assegurar adequadamente o respeito aos direitos que acompanham o substrato mínimo do ser humano como uma das principais características da democracia.

A intervenção do Judiciário desponta como forma de equacionar eventual descompasso comunicativo entre Legislativo e Executivo na deliberação política que lhes cabe, ou para desobstrução providencial das vias democráticas, uma vez que se pode afirmar que a jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal possui um escopo mediador.

Na contemporaneidade a Constituição deve ser respeitada como norma impositiva, em virtude de sua força normativa, motivo pelo qual a Lei Maior não promete, mas exige o cumprimento de seus preceitos, a visar pela efetiva concretização de cada um de seus dispositivos. Deve-se, então, romper a ideia superada de que o direito, principalmente sociais como à saúde, à educação e outros direitos previstos na Constituição seriam endereçados somente ao Poder Executivo, para que este os implantasse da maneira que lhe conviesse e da forma que bem lhe aprouver. O constituinte os inseriu como direitos fundamentais, e assim deve a jurisdição constitucional, na medida de suas competências, esmerar-se pela concretização de tais direitos.

Na verdade, em que pesem as críticas de parcela da doutrina, percebe-se que o ativismo não pode ser definido através de uma visão estereotipada que desqualifica a atuação corajosa da Corte imputando-lhe uma adjetivação negativa, como se houvesse uma ditadura de togas. Tem-se, na verdade, uma Corte comprometida com um catálogo de direitos fundamentais e que ajuda a consolidar uma cultura de exigibilidade de direitos, popularizando o acesso à justiça.

O constitucionalismo contemporâneo brasileiro desfruta de um momento único diante de um cenário promissor, com uma jurisprudência aberta voltada para uma sociedade complexa conduzida por uma Constituição plural. Daí porque temas outrora afastados do debate constitucional atravessam a Praça dos Três Poderes e de fato terminam sendo resolvidos no Supremo Tribunal Federal, sendo que a presença do ativismo judicial é notada, com maior facilidade, naqueles casos de difícil solução, que decorrem de desacordos morais razoáveis e que exigem a ponderação de valores, através de uma leitura constitucional que não marginaliza os princípios e que lhes confere a função de oxigenar uma intrincada relação entre regras, possibilitando que o interprete realize uma leitura moral da Constituição.

O ativismo judicial, guiado pela interpretação criativa, tem produzido a constitucionalização de direitos de caráter social, muitas vezes enriquecedores da

democracia. Entre os casos mais recentes de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal, destaca-se o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e as pesquisas com células tronco, sendo apenas algumas das decisões mais expressivas da Suprema Corte.

O ativismo judicial não se restringe a essa interpretação criativa. Tal fenômeno, porém, possui destacada importância no processo democrático, haja vista a atuação do judiciário como copartícipe do processo de modernização do Estado brasileiro, bem como a possibilidade de o poder jurisdicional realizar a supressão das lacunas legislativas para fazer prevalecer o espírito da Carta de 1988, uma vez que o processo legislativo brasileiro, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica e técnica.

Nota-se que esse protagonismo do Judiciário não tem o condão de enfraquecer a democracia, uma vez que, no momento em que a Suprema Corte ocupa o lugar vago deixado pelo Legislativo e pelo Executivo, ela simplesmente procura reintroduzir no sistema aquele grupo minoritário que fora rejeitado do processo político. Exemplificativamente, quando o Judiciário determina que o Sistema Único de Saúde forneça gratuitamente determinado medicamento cuja distribuição não se encontra previsto, o que se pretende impor ao Poder Executivo é que este olhe para aquele cidadão desassistido e, na futura elaboração de nova lista de medicamentos, perceba o termômetro social do desamparo e das desigualdades sociais, com os olhos no porvir e com a certeza de que, ao salvar uma vida, se salva toda a humanidade.

Destaca-se que as interpretações criativas mais controvertidas são aquelas que constitucionalizam novos direitos por via da construção interpretativa, onde o magistrado deixa de ser um aplicador frio da letra da lei, já que, sob o impacto de circunstâncias não previstas e não regulamentadas pelo legislador, o juiz há de ver na lei não uma letra morta, mas um tecido vivo capaz de reações novas frente às situações supervenientes.

Por sua vez, os sectários defensores da atuação mínima do Judiciário, o famigerado “minimalismo judicial”, pecam em omitir quais seriam, claramente, os limites que defendem para objetar a atuação do Judiciário. Quando seria possível, então, detectar uma intromissão indevida do Poder Judiciário em seara reservada ao parlamento e ao governo. Inegavelmente, só haverá intromissão indevida quando aqueles Poderes exercerem as funções que a Constituição a eles estabelece e, ainda assim, o Judiciário tomar decisões políticas para as quais não possui legitimidade. Em não havendo atuação do Legislativo e do Executivo, não há falar em intromissão do Judiciário, e sim, efetivação de direitos e garantias constitucionais.

O temor da supremacia judicial, do denominado “governo dos juízes”, externado pelos críticos, sequer encontra respaldo na praxe da atuação da Corte Constitucional

Brasileira, dado que o Supremo Tribunal Federal tem agido com inegável respeito às legítimas manifestações dos demais Poderes da República.

Porém, destaca-se que em um regime democrático deve prevalecer a posição da maioria representada pelo Poder Legislativo, os quais são os representantes da soberania popular, levando-se em consideração que, sempre que o Legislativo dispuser sobre o Direito, o Poder Judiciário deve seguir e acatar aquela decisão. Dessa forma, havendo uma decisão política, esta deverá ser respeitada como vontade soberana; porém, se não houver decisão política, é preciso completar a lacuna normativa, solucionando-se os problemas e os casos concretos. Por isso, o Judiciário somente deve avançar quando o Legislativo não regulou inteiramente ou regulou deficientemente a matéria, ou, ainda, regulou a matéria de forma que contrarie formalmente ou materialmente a Constituição.

Dentro do questionamento levantado no presente artigo não se pretende exaurir o assunto ou realizar afirmações categóricas, mas pode-se perceber que, inegavelmente, o Estado Brasileiro não consegue, de maneira íntegra e efetiva, cumprir o que prescreve a Constituição Brasileira no que tange a proteção dos direitos fundamentais aos seus cidadãos, necessitando assim de novos instrumentos para sua concretização, dada a crise da separação dos poderes, o que ainda poderá ser fruto de vários outros trabalhos.

Nessa perspectiva, um desses instrumentos é o ativismo judicial, que se manifesta como uma realidade no judiciário brasileiro, sendo que alguns autores o defendem, enquanto outros o condenam, havendo aqueles que o veem com algumas reservas. Todavia, a maioria da doutrina pesquisada considera que o princípio da separação dos poderes, tal qual foi formulado, encontra-se em descompasso com a atualidade política e social do Estado, motivo pelo qual o ativismo judicial tornou-se uma realidade inafastável, uma vez que toca ao Supremo Tribunal Federal ser o guardião da Constituição Federal e exigir de todos, indistintamente, o cumprimento integral das normas constitucionais, motivo pelo qual, a partir do momento em que o Legislativo e o Executivo deixarem de realizar as suas funções constitucionais, caberá ao Judiciário, como última alternativa do cidadão, fazer com que os direitos fundamentais sejam efetivados, preservando-se, assim, a vontade da Constituição cujo objetivo precípua é de assegurar o exercício dos direitos fundamentais, tendo a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade pluralista, conforme preceitua a carta de intenções da Tábua Axiológica da República.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**. In Harvard Law Review. Jan 2000. Disponível em : [http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Ackerman\\_The\\_New\\_Separation\\_of\\_Powers\\_HLR.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Ackerman_The_New_Separation_of_Powers_HLR.pdf)>. Acesso em 17 abr. 13.

ANDRADE, André. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ARISTÓTELES. **A Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. Livros III e VI.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>2009. Acesso em: 11 jun. 13.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. n. 82, 2005.

BERTI, Silma Mendes. **Direitos de Personalidade**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1718](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718)>2007. Acesso em 14 set. 13.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988, de 5 de outubro de 1988. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 dez.1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 21 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ**. Requerentes: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 13 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28homoafetivo%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bv6uw2t>>. Acesso em: 10 out. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARGARELA, 1996, Apud, CRITSINELIS, Marcos Falcão. **Políticas Públicas e Normas Jurídicas**. Rio de Janeiro. 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 1991.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

REZENDE, Maria Alice. **Tribuna do Advogado**.

Disponível em: <<http://pub.oab-rj.org.br/index.jsp?conteudo=6764>>. Acesso em 14 jun. 13.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. **A Criação Judicial do Direito: O papel do Supremo Tribunal Federal Como Legislador Positivo**. Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp055675.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 13.

SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p.144.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. **Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil**. Juiz de Fora: Estação Científica, V.01, n.04, outubro e novembro/2009

\_\_\_\_\_. **Ativismo judicial, judicialização da política e garantismo no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/3-ativismo-judicial-judicializacao-da-politica-e-garantismo-no-supremo-tribunal-federal/>>. Acesso em: 11 jun. 13.

\_\_\_\_\_. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <

[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15\\_639.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 13.