UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CAMPUS DE CAMPINA GRANDE - PB

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

JOSÉ ADRIANO SOARES BEZERRA

ATIVISMO JUDICIAL: RECORTE TEÓRICO SOBRE A CONCEITUAÇÃO MULTIDIMENSIONAL, COM ÊNFASE NA DIMENSÃO PROCESSUAL

CAMPINA GRANDE – PB

2016

JOSÉ ADRIANO SOARES BEZERRA

ATIVISMO JUDICIAL: RECORTE TEÓRICO SOBRE A CONCEITUAÇÃO MULTIDIMENSIONAL, COM ÊNFASE NA DIMENSÃO PROCESSUAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas.
Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa.

CAMPINA GRANDE – PB

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

B574a Bezerra, José Adriano Soares.
Ativismo judicial [manuscrito] : recorte teórico sobre a conceituação multidimensional, com ênfase na dimensão processual / José Adriano Soares Bezerra. - 2016.
33 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.
"Orientação: Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, Departamento de Direito Público".

1. Ativismo Judicial. 2. Judicialização da Política. 3. Neoconstitucionalismo. 4. Democracia I. Título.
21. ed. CDD 345

JOSÉ ADRIANO SOARES BEZERRA

ATIVISMO JUDICIAL: RECORTE TEÓRICO SOBRE A CONCEITUAÇÃO MULTIDIMENSIONAL, COM ÊNFASE NA DIMENSÃO PROCESSUAL

Artigo apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: 28 / 10 / 2016 .

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Prof. Dr. Fábio Severiano
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Prof. Es. Jaime Clementino
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu pai, pela grandiosa dedicação e cuidado, à minha mãe, pela ternura e compreensão, à minha esposa e companheira, pela paciência e ao meu irmão caçula, pela amizade, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Amílton Elisiário de França, diretor do Centro de Ciências Jurídicas da UEPB, por seu empenho na árdua missão de cuidar daquele espaço de aprendizagem.

Ao ilustre professor Raymundo Juliano Rêgo Feitosa, não há preço que se possa pagar pela sua consideração para comigo, pelas leituras sugeridas ao longo dessa orientação, pela sua abnegação, atenção e dedicação.

Ao meu pai José Adriano Bezerra, de quem herdei o nome, mas, principalmente, os valores.

À minha mãe, meu porto seguro. De forma nenhuma, eu teria conseguido chegar aqui sem a sua presença amorosa. Nas noites mais sombrias, foi no colo dela que eu me abriguei, tudo que tenho e sou, devo a esse maravilhoso Ser.

Ao meu irmão, único irmão que tenho. O caçula! Mesmo tendo nossas diferenças, o nosso amor fraterno e respeito mútuo, são e serão sempre, mais fortes que tudo.

À minha amada esposa Tatiane Bezerra, a ela o meu mais sincero sentimento de estima e consideração. Sem os seus carinhos, jamais teria forças para concluir as batalhas encetadas na jornada. Peço desculpas, pelo tempo de convivência e diversão que ti foram furtados, minha ausência em alguns momentos, mesmo sendo muito sentida, era justificada pela certeza da evolução e conclusão deste trabalho.

Aos meus avós maternos: Geraldo Soares e Maria do Socorro Soares, agricultores que encheram as mãos de calos, derramaram lágrimas, passaram por muitas necessidades, mas, sustentaram com dignidade e humildade a sua prole, e hoje podem ver um neto em processo de conclusão de Curso Superior.

Aos meus avós paternos: Francisco Bezerra e Francisca Alves Bezerra, pessoas muito generosas, de poucas possas, muito trabalhadoras e que me ensinaram o que é ter prazer nas coisas simples.

Aos meus tios e tias, primos e primas, pela torcida que fizeram, bem como, pelo desejo verdadeiro de me ver vencer e evoluir. “Família estruturada é coisa para poucos, eu pude ter esse privilégio”.

A todos os professores do Curso de Direito da UEPB, principalmente, aos professores: Fábio Severiano e Jaime Clementino, os quais aceitaram fazer parte da banca avaliadora deste trabalho. Cada um, a seu modo e do seu jeito, me ajudou com lições e ensinamentos fundamentais para o meu desenvolvimento. As aulas, os debates, o carinho, a

forma de tratar – com atenção e solicitude – foram essenciais para o meu desenvolvimento profissional e pessoal.

Aos funcionários da UEPB, Jadir – o “lendário bodegueiro”, a sua esposa Lena – sempre muito educada e cheia de vida, a Marquinhos e a Seu Djalma, figuras icônicas do CCJ. Enfim, aos funcionários em geral, pela presteza e atendimento, quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio, especialmente, aos amigos Davi, Luiz Bernardo e Abimael, para os quais, agradecimento é pouco, não tenho como retribuí-los pelos momentos prazerosos que tive o privilégio de desfrutar em suas, respectivas, companhias, bem como, pela ajuda sempre muito generosa nos momentos de dificuldade.

À colega Clivânia, pessoa a quem admiro muito. Aprendi muitas lições com esta figura batalhadora e encantadora. Muito obrigado por ter me ajudado na revisão bibliográfica e nas correções ortográficas que se fizeram necessárias.

Enfim, a todos que de alguma maneira contribuirão para que, hoje, eu estivesse aqui.

Muito Obrigado!

A democracia é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já existiram.

(Winston Churchill)

SUMÁRIO

1.0. INTRODUÇÃO..... 8

2.0. DESENVOLVIMENTO..... 10

2.1. Nascimento do fenômeno do ativismo judicial..... 10

2.1.1. Marbury v. Madison..... 10

2.1.2. Os reflexos da segunda guerra mundial no ativismo judicial..... 12

2.1.3. A origem do termo "Ativismo Judicial"..... 14

2.2. Ativismo judicial v. judicialização da política..... 15

2.3. Dimensões do ativismo judicial..... 20

2.3.1. Ativismo judicial metodológico (interpretativo)..... 21

2.3.2. Ativismo judicial processual..... 22

2.3.3. Ativismo judicial estrutural ou horizontal..... 22

2.3.4. Ativismo judicial de direitos..... 22

2.3.5. Ativismo antidialógico..... 23

2.4. Ativismo judicial v. Autorestrição judicial..... 24

2.5. Legitimidade democrática, dificuldade contramajoritária e riscos à democracia. 24

2.6. O ativismo judicial no STF: explorando a dimensão processual..... 26

3. 0. CONCLUSÃO..... 30

ABSTRACT..... 31

BIBLIOGRAFIA..... 32

ATIVISMO JUDICIAL: RECORTE TEÓRICO SOBRE A CONCEITUAÇÃO MULTIDIMENSIONAL, COM ÊNFASE NA DIMENSÃO PROCESSUAL

BEZERRA, José Adriano Soares*

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo apresentar recorte teórico sobre o fenômeno do ativismo judicial. Para tanto, será demonstrado as suas origens históricas, bem com, a diferença entre ativismo e judicialização da política. Nesse mesmo intuito, procurar-se-á classificar o ativismo judicial de acordo com uma categorização multidimensional. Será dado um enfoque especial na dimensão processual, no intuito de responder à problemática da constitucionalidade/inconstitucionalidade do avanço decisório do STF via alargamento processual do âmbito de incidência dos instrumentos processuais postos à sua disposição. A ação constitucional da *Reclamação Constitucional* será tomada como objeto de análise, com escopo de demonstrar a tese levantada. Os objetivos desta pesquisa podem ser definidos, grosso modo, como estimular a reflexão sobre o ativismo judicial como fenômeno de empoderamento do Poder judiciário e a legitimidade disso frente à democracia, bem como, pesquisar e indicar como o ativismo judicial pode ser empregado nas decisões judiciais. O método utilizado para a presente pesquisa consiste em revisão bibliográfica. A conclusão que se pretende chegar é a de que o ativismo judicial, quando exercido sem limites, pode representar perigo para o princípio da separação dos poderes, bem assim, para o princípio democrático.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Judicialização. Neoconstitucionalismo. Democracia.

1. INTRODUÇÃO:

Dentro do contexto das democracias modernas, podemos verificar a evolução dos poderes institucionais do judiciário, fato que vem se consolidando como realidade desde o fim da 2° guerra mundial.

* Aluno de Graduação em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
E-mail: adriano.bezerra7@gmail.com.br

O tema deste artigo consiste no fenômeno descrito pela doutrina como sendo a pedra de toque do processo de empoderamento, pelo qual o Poder Judiciário tem passado: **O ativismo judicial**. .

O recorte feito dentro do tema apresentado – isto é, o subtítulo – objetiva dar maior precisão científica a proposta deste estudo e, ao mesmo tempo, tornar exequível a resposta do problema fundamental que será formulado.

Com efeito, as origens do fenômeno do ativismo judicial serão analisadas detalhadamente na 1° secção dentro do tópico: *Desenvolvimento*. Depois, uma vez lançados os fundamentos, almeja-se o esgotamento razoável do tema apresentado, quanto ao seu conteúdo, sentido e aplicação.

Destarte, teremos no tópico: *Desenvolvimento*, os seguintes pontos: *I – nascimento do fenômeno do ativismo judicial; II – o ativismo judicial v. judicialização da política; III – dimensões do ativismo judicial; IV – ativismo judicial v. autorestrição; V – Legitimidade democrática, dificuldade contramajoritária e riscos à democracia VI – o ativismo judicial no STF: explorando a dimensão processual, com ênfase na Reclamação Constitucional.*

O ativismo judicial, *a priori*, pode ser caracterizado como um processo que visa à ampliação dos poderes decisórios do judiciário e que perpassa, obrigatoriamente, pelo exercício da jurisdição constitucional. Diante disto, a seguinte pergunta se impõe:

Seria constitucional a expansão dos poderes decisórios do STF, especificamente, via a dimensão processual do ativismo judicial?

Os objetivos gerais deste trabalho consistem em: a) compreender melhor o ativismo judicial, no que ele consiste, e assim, identificar a sua incidência nas decisões tomadas pelos órgãos judiciais; b) analisar a atuação ativista do STF, tendo como escopo a demonstração da relevância social de suas decisões; c) promover a reflexão sobre a legitimidade de práticas ativistas, quando comparadas com os princípios democrático e da separação dos poderes.

Os objetivos específicos deste trabalho se resumem em: a) explicar com precisão científica no que consiste o ativismo judicial; b) esquadrinhar o ativismo judicial no âmbito do STF, especificamente, no que tange a sua dimensão processual, para tanto, utilizando como exemplo o instrumento processual da *Reclamação Constitucional*.

A metodologia empregada na construção desta obra consiste em uma revisão de literatura. Sendo aplicada uma abordagem técnica-qualitativa (dedutiva e indutiva).

A escolha do tema encontra justificação, na alta relevância social que ostenta. É cediço que as decisões judiciais têm afetado a vida privada dos cidadãos, nesse sentido, destacam-se

as decisões do nosso Supremo Tribunal que, pelos seus efeitos, podem atingir um número indeterminado de pessoas.

Ademais, demonstra-se importante uma análise acurada do ativismo no judiciário, por ser considerado um fenômeno recente em nosso sistema jurídico, portanto, pouco explorado nas academias e, em geral, pelos operadores do direito.

Enfim, esta pesquisa, almeja contribuir para o debate e a discussão de todos aqueles que, por ventura, tiverem interesse sobre o tema trabalhado, aspirando também, ser fonte de material literário facilitador de futuras pesquisas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Nascimento do fenômeno do ativismo judicial

Quando se fala em ativismo judicial, está-se referindo à expansão das atividades judicantes sobre outros centros de poder decisório, especialmente, sobre as tradicionais instâncias representativas majoritárias – Executivo e Legislativo.

A decisão de um dado magistrado, quando iluminada por técnicas ativistas, não se conforma diante das falhas existentes na lei ou nos atos normativos do Executivo. Dentro de uma ótica ativista, os juízes se sentem a vontade para impor limitações, restrições e obrigações aos demais poderes. Bem como, corrigir as lacunas das leis e controlar os atos do Executivo, em quase todos os seus elementos.

O ativismo judicial surgiu, a partir de um processo de expansão de poder, que teve duas fontes históricas muito bem delimitadas. A primeira trata-se do famoso julgamento norte-americano *Marbury v. Madison*. A segunda fonte, diz respeito a 2° guerra mundial, frente aos horrores vislumbrados pelo mundo e, em certa parte, possibilitados pela vontade da maioria, mesmo que circunstancial – democracia no conceito clássico – do povo alemão.

2.1.1. Marbury v. Madison

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América ocupou uma posição de pouca importância no arranjo político institucional daquele país, até o julgamento do caso *Marbury v. Madison* em 1803.

Ocorre que, *John Marshall*, como presidente da Corte Suprema em 1801, agiu com habilidade institucional, e protegeu de ataques políticos aquela Corte, fazendo com que os

outros poderes e o público em geral, gradualmente, aceitassem a autoridade que ele reclamava para ela no processo político decisório (CAMPOS, 2014, p. 57).

Nesse diapasão, a mais importante declaração de autoridade da Suprema Corte norte-americana, até então, ocorreu no voto de *Marshall*, seguido pela maioria dos *Justices*[1], quando afirmou o poder da Corte para julgar inconstitucional e, em decorrência disso, deixar de aplicar lei federal incompatível com a Constituição.

Para ilustrar melhor a situação, segue lição do professor (CAMPOS, 2014, p. 58):

> O caso envolveu um *Writ of mandamus* proposto por *Marbury* diretamente na Suprema Corte em face do Secretário de Estado *James Medison*, com o propósito de obrigar diretamente o último a outorgar-lhe os poderes de juiz de paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo presidente federalista *John Adams*, em seus últimos dias de mandato. Ao tomar posse em 1801, o presidente republicano *Thomas Jefferson* (que havia derrotado *Adams* na eleição presidencial de 1800), ordenou a *Medison* a negativa da investidura de *Marbury*. Diante de tal recusa, *Marbury* utilizou a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que havia outorgado à Suprema Corte a competência originária para julgar *mandamus* contra autoridades públicas como secretários de estado do governo federal.

Sabia *Marshall*, que a pressão política seria muito grande por parte do Presidente eleito e que, uma possível decisão de procedência da ação com a respectiva ordem de empossamento, corria sério risco de ser desrespeitada pelo chefe do Executivo.

Assim, como à época, a Corte não tinha força institucional suficiente para enfrentar o Presidente, decidiu *Marshall* que, realmente, *Marbury* tinha direito subjetivo certo à nomeação que pleiteava, nos estritos termos da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Entretanto, a citada lei padecia de inconstitucionalidade na aludida Seção, justificando para tanto, que não poderia uma lei ordinária outorgar competência originária àquela Corte, mas tão somente, jurisdição em sede de recurso para julgar aquele tipo de demanda.

Com isso, a aludida Corte reconheceu tanto o direito material de *Marbury*, como também a sua incompetência para julgar o caso.

E assim, num voto histórico, a Corte Suprema dos EUA praticou, pela primeira vez, o poder do *judicial review*[2], declarando uma lei nula por vício de inconstitucionalidade.

Frese-se, todavia, que a Constituição dos Estados Unidos não previu explicitamente, em nenhum dos seus artigos, a competência da mencionada Corte para praticar o controle de validade constitucional de leis e de atos do executivo.

---

[1] Juízes que integram a Suprema Corte norte-americana, por analogia, equivalentes aos nossos Ministros do STF.

[2] Revisão judicial de leis e atos normativos.

Houve, por um lado, autorestrição dos *Justices*, para não enfrentarem *Thomas Jefferson*, abrindo mão de competência que lei federal ordinária lhes atribuía, porém, houve um gigantesco avanço do poder decisório da Corte via ativismo judicial, que consistiu no fato de que, pela 1° vez na história americana, uma decisão judicial declarou inconstitucional uma lei legitimamente formulada pelo Parlamento.

2.1.2. Os reflexos da segunda guerra mundial no ativismo judicial

A segunda guerra mundial se notabilizou, dentre outras atrocidades, pela perseguição levada a cabo pelos nazistas, contra ciganos, religiosos, desertores, ativistas contrários ao regime, negros, homossexuais, deficientes físicos, eslavos, sovietes. Porém, a maior perseguição ocorreu contra os judeus – que foram acusados pelos nazistas de serem os grandes capitalistas por trás da derrota alemã na 1° guerra mundial, bem como, pela grande resseção pela qual passava o país à época. Mais ou menos, 6 milhões de judeus foram dizimados[3].

Com o fim do aludido conflito mundial, a comunidade alemã chegou à conclusão de que, de forma prioritária, os direitos fundamentais deveriam ser totalmente protegidos.

Um aspecto que merece destaque é que o nazismo chegou ao poder por meio de um misto de democracia – escolha popular – junto com táticas de intimidação e perseguição a opositores políticos.

Na eleição alemã de 1933 o partido de *Adolf Hitlher* (*o Führer*)[4] alcançou a maioria das cadeiras na câmara dos deputados. O que fez com que o presidente *Paul Von Hindenburg* o nomeasse, no mesmo ano, primeiro-ministro alemão[5].

Com a morte *Hindenburg* no ano posterior – 1934 – e de acordo com uma lei emanada do parlamento alemão, os cargos de Chanceler (*Reichskanzler*) e Presidente (*Reichspräsident*) foram reunidos na pessoa de *Adolf Hitler*. Em 19 de agosto de 1934, foi realizado um referendo em que o povo alemão aprovou a união dos cargos, bem como, a posse de *Hitler* neles. Sua vitória foi, pela primeira vez, esmagadora. Cerca de 95% dos eleitores inscritos

[3] Informação disponível em: < http://inacreditavel.com.br/wp/faltam-6-milhoes/ >. Acesso em: 15 de Out. de 2016.

[4] Palavra alemã para designar comandante/chefe.

[5] Informação disponível em: < http://escola.britannica.com.br/article/482017/nazismo >. Acesso em: 15 de Out. de 2016.

votaram e 90% – mais de 38 milhões – votaram a favor, com apenas 4,25 milhões votando contra[6].

Diante deste panorama, uma pergunta vale ser feita: como defender os direitos humanos e as garantias fundamentais dos cidadãos, quando a violação a tais postulados é legitimada pela vontade da maioria, isto é, via escolhas democráticas?

A conclusão a que se chegou à época foi a de que, uma Carta fundamental, necessariamente, deveria prever um rol de direito fundamentais inquebrantáveis e que, um órgão – ou melhor, um poder – não político, deveria ficar responsável por guardá-la. Porque, a final de contas, era necessário colocar freios na democracia – entendida aqui como vontade da maioria – para que as minorias não corressem o perigo de ver seus direitos fulminados.

Apesar de nos EUA já haver a ideia de controle judicial de constitucionalidade, iniciado pelo caso *Marbury v. Madison*. Na Europa, antes do fim da 2° guerra, o controle de constitucionalidade não era aceito pelos sistemas jurídicos da maioria dos países europeus, que viam na Constituição, apenas, uma Carta de intenções políticas dirigida ao legislador (o maior exemplo desse pensamento jurídico foi o caso da França).

Nesse sentido, (BARROSO, 2014, p. 240)[7] afirma que "*até o final da segunda guerra, o mundo praticamente não conheceu jurisdição constitucional relevante e, sobretudo, não reconheceu força normativa às Constituições, com exceção do sempre lembrado caso norte americano*".

Especificamente, no caso da Alemanha nazista, a cultura jurídica da época admitia a presença de uma Constituição, porém, o guardião de tal Norma Fundamental só poderia ser o *Führer*. A teoria adota para justificar essa posição era a doutrina de *Carl Schmitt – o cunhador do conceito de Constituição política – Constituição como uma decisão política fundamental.*[8] *O grande líder da nação deteria "o poder constitucional de interpretar legitimamente a Carta Política, definir o inimigo comum e declarar guerra contra ele"* (BATISTA, 2015)[9].

---

[6] Informação disponível em: < http://www.sul21.com.br/jornal/ha-80-anos-o-mundo-via-hitler-tornar-se-o-fuehrer/ >. Acesso em: 15 de Out. de 2016.

[7] BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições teóricas e práticas da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014 *Apud* SILVEIRA, Ramaís de Castro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **A disputa pela palavra final**: argumentos contra a supremacia judicial parlamentar em *Waldron* e *Vermeule*. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI, 2016. Brasília/DF. p. 8.

[8] SCHMITT. Carl. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[9] BATISTA, Francisco Diego Moreira. **O guardião constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Desta forma, a cultura jurídica da Europa e, especialmente, a alemã, foi repensada ao final do 2° conflito mundial, pois se concluiu que, a tese de *Hans Kelsen* de que um Tribunal Constitucional deveria ser o órgão responsável pela interpretação final da Carta de Direitos Fundamentais – *Guardião da Constituição* – seria, realmente, a mais acertada, em virtude dos possíveis erros nas decisões majoritárias tomadas pelas instâncias políticas (FAVOREAU, 2004, p. 23)[10].

Percebe-se, diante de tudo isto, que o ativismo judicial encontrou um despertar na Alemanha, a partir da promulgação da Constituição 1949 (Constituição pós-guerra que incorporou as inovações jurídicas acima descritas), bem como, pela criação do Tribunal Constitucional alemão em 1951. Nessa mesma linha, foram criados vários Tribunais constitucionais por toda a Europa, são exemplos, a Itália, a Espanha, Portugal e outros (NINO, 1997, p. 258)[11].

2.1.3. A origem do termo "Ativismo Judicial"

A doutrina reconhece ter, o primeiro uso público do termo **"ativismo judicial",** sido feito pelo historiador estadunidense *Arthur Schlesinger Jr*., em artigo intitulado *"The Suprem Corte*: 1947", publicado na revista *Fortune*, vol. XXXV, n° 1, Jan. de 1947[12].

Arthur procurou, neste artigo, apresentar o perfil dos *Justices* que compunham a Suprema Corte do seu país à época, formada quase que inteiramente por juízes nomeados pelo ex-presidente americano Delano Roosevelt.

Na lição da professora VALLE, citando (KMIEC, 2004):

> Curiosamente, a cunhagem original do termo não adveio de um rebuscado discurso judicial ou de um denso artigo acadêmico: a primeira vez que se teve notícia do seu emprego foi na revista **Fortune**, voltada não para juristas, mas, para o público leigo. No artigo **"The Supreme Corte"** Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-

[10] FAVOREU. Louis. As cortes constitucionais. São Paulo: Landy, 2014. p. 23 *Apud* SILVEIRA. Ramaís de Castro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **A disputa pela palavra final**: argumentos contra a supremacia judicial parlamentar em *Waldron* e *Vermeule*. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI, 2016. Brasília/DF. p. 8.

[11] NINO. Carlos Santiago. La constitución de la Democracia Deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 258 Apud SILVEIRA. Ramaís de Castro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **A disputa pela palavra final**: argumentos contra a supremacia judicial parlamentar em *Waldron* e *Vermeule*. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI, 2016. Brasília/DF. p. 8.

[12] SCHLESINGER Jr., Arthur. The Supreme Court. Fortune: 1947. vol. 35. p. 73 *Apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 51.

> americana: foram classificados como ativistas judiciais os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge; e como campeões da autolimitação, os juízes Frankfurter, Jackson, Burton; os juízes Reed e Vinson, seriam integrantes de um grupo de centro[13].

Os juízes classificados como ativistas, segundo *Schlesinger Jr*., seriam assim rotulados porque, nas suas decisões, dariam ênfase a critérios como: defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – *Justices Black* e *Douglas*; direitos de liberdade – *Justices Murphy* e *Rutledge*.

Na verdade, os *Justices* citados como ativistas, teriam propensão para a interpretação expansiva e aplicação direta da Constituição, mormente, de suas cláusulas mais abstratas e genéricas. Não necessitando, portanto, em algumas situações, da intermediação de lei para a resolução de casos concretos, ou mesmo, prolatando decisões contra a própria letra da lei, utilizando métodos de interpretação constitucional menos ortodoxos.

Já os Justices campões da autorestrição: *Frankfurter*; *Jackson*; *Burton,* davam em suas decisões, maior ênfase na deferência aos poderes majoritários – Executivo e Legislativo, interpretando as leis e a Constituição de forma mais ortodoxa. Buscando, ao interpretar, extrair a própria vontade do legislador para o caso concreto.

Assim:

> Schlesinger apresentou o termo "ativismo judicial" exatamente como oposto à "autorestrição judicial". Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria, porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador CAMPOS (2014, p. 52).

E, em sentido contrário:

> "Os juízes campeões da autorestrição judicial" têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com "deferência à vontade do legislador" CAMPOS (2014, p. 52).

2.2. Ativismo judicial v. judicialização da política

Urge fixar o conceito de outro fenômeno judicial, qual seja: *a judicialização da política*. Para tanto, faz-se necessário, primeiro, realizar um breve apanhado sobre o

---

[13] VALLE. Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de análises jurisprudenciais do STF. Curitiba: Juruá, 2012. p. 19-21, comentando texto de autoria de Keenam Kmiec: KMIEC, Keenam. The origin and current meanings of judicial review. California Law Review. 2004.

neoconstitucionalismo, depois, proceder a uma comparação entre os processos do ativismo judicial e da judicialização. Também, será descortinada a situação em que se encontra nosso país dentro desta discussão.

O *neoconstitucionalismo* pode ser conceituado como uma renovada concepção acerca do Estado de Direito, uma proposta de reformulação da teoria jurídica, ou ainda, em um sentido mais amplo, uma *jus-filosofia*, que almejou aproximar o Direito da Moral, estudando questões conceituais e metodológicas sobre a definição do direito (VALLE, 2012, p. 101).

Nessa senda, o direito constitucional se apropriou de teorias e técnicas de interpretação e aplicação dos textos constitucionais que, por sua vez, foram criadas com o claro intuito de fazer frente à doutrina positivista do direito que tem, em Hans Kelsen e na sua Teoria Pura do Direito, o maior autor e a maior obra, respectivamente.

Para (BOBBIO, 1995, p. 131-134), o *neoconstitucionalismo* designa: *a) um método de análise do direito; b) uma teoria do direito; c) uma ideologia do direito.* Nesse sentido, em sua dimensão prescritiva, refere-se aquele fenômeno, sobretudo, aos itens "a" e "c", porque propõe uma metodologia e uma ideologia do Direito que constitui uma crítica ao positivismo[14].

(VALLE, 2012, p. 104-105) ressalta ainda que, o *neoconstitucionalismo* tratou de albergar em seu corpo teórico, as seguintes teses:

> a) A existência de uma Constituição rígida, cujo procedimento de revisão constitucional exige um quórum qualificado para modificar ou revogar normas constitucionais. A constitucionalização pode conter cláusulas dotadas de intangibilidade (*cláusulas superconstitucionais*) em face das deliberações do poder constituinte reformador;
> b) A existência de uma garantia jurisdicional da Constituição mediante a previsão de algumas ou várias modalidades de controle de constitucionalidade das leis;
> c) O compartilhamento pela comunidade jurídica de teses da força normativa da Constituição, que defende a ideia de que toda norma constitucional é norma jurídica, imperativa e, portanto, suscetível de produzir algum efeito jurídico. A Constituição seria um documento jurídico dotado de efetividade e, consequentemente, incompatível com a vetusta ideia do século XX de norma que não constitui mais do que um "manifesto político ao legislador";
> d) A ideia de "sobreinterpretação" do texto constitucional: uma Constituição "sobreinterpretada" é aquela que, após a interpretação dos seus dispositivos, não há espaços vazios, isto é, livres de regulação pelo Direito Constitucional. As normas constitucionais condicionariam a interpretação de todas as normas jurídicas;

[14] BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131-134.

> e) Aplicação direta das normas constitucionais, condição intimamente relacionada à ideia de força normativa da Constituição;
> f) A interpretação das leis, conforme a Constituição, como uma técnica à luz das normas constitucionais, com o objetivo de manter a validade jurídica destas;
> **g) A influência da Constituição sobre relações políticas. Esta condição cuida do fenômeno da judicialização da política, segunda a qual, conflitos de natureza eminentemente política ou sobre temas morais profundamente controversos, bastante frequentes em sociedades democráticas, passam a serem resolvidos pelo Judiciário com fundamento em normas constitucionais de conteúdo principiológico.**

Fato é que, frente ao fenômeno do *neoconstitucionalismo*, o Judiciário ganhou um destaque muito grande na conjuntura político-institucional, de forma que, os países que têm uma Constituição e uma cultura jurídica neoconstitucionalista, reconhecem no Judiciário o Poder apto a exercer o controle de validade constitucional dos atos dos demais poderes.

Daí que, a um claro deslocamento do protagonismo do Parlamento – vislumbrado num Estado democrático de direito – para o Judiciário – verificado num Estado democrático **constitucional** de direito.

No que tange aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, o *neoconstitucionalismo*, deve ser compreendido como um dos maiores, senão o maior, fenômeno doutrinário a influenciar no processo de suas, respectivas, concretizações.

Especificamente, quanto à judicialização da política, afirma (BARROSO, 2008, p. 3-4)[15] que os fatores que levaram tal fenômeno a se consolidar, podem ser descritos da seguinte maneira:

> A primeira causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, assim, nas últimas décadas o judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes (...).
> A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária (...).
> A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo (...).

Também se destaca como importante fator de contribuição no processo de consolidação da judicialização da política, **a inércia e a negligência dos poderes políticos no exercício de seus misteres**, nesta mesma linha ensina TASSINARI (2013, p. 26) "*abriu-se*

[15] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, 2008. p. 3-4. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica >. Acesso em: 15 de Out. de 2016.

um espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo, o judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados".

Ocorre, que todos estes fatores aventados como desencadeadores da judicialização, igualmente o são, do fenômeno do ativismo. Diante disto, pergunta-se: *existiria alguma diferença entre judicialização e ativismo, caso sim, em que consistiria?*

Para TETE e VALLINDER[16], a judicialização corresponde a um processo complexo composto por dois movimentos distintos, a saber:

> (1) Refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Executivo e do Legislativo para os juízes e tribunais; (2) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros poderes.

De acordo com esse conceito, o fenômeno da judicialização encontra-se dividido em dois núcleos.

O 1° núcleo, diz respeito à atribuição de poder decisório ao Judiciário, em detrimento do espaço decisório dos poderes políticos. Isto quer dizer que, matérias que deveriam ser decididas na arena política dos parlamentos, vêm sendo decidas pelo Judiciário. O 2º núcleo consiste na incorporação das práticas, métodos e técnicas decisórias, típicas do Poder Judiciário, por outros órgãos, instâncias e poderes públicos.

Porém, para os fins colimados neste texto, apenas, considerar-se-á, como conceito de judicialização, o 1° núcleo apresentado.

No entendimento de (BARROSO, 2008, p. 6), tem-se que:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmo 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. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder

[16] Autores citados na obra VALLE. Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de análises jurisprudenciais do STF. Curitiba: Juruá, 2012. p. 33.

> Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva[17].

Diante disto, é fácil perceber que os dois processos mencionados são parecidos, porque têm os mesmos efeitos – aumento do poder decisório dos órgãos do Judiciário – e, igualmente, as mesmas causas. Entretanto, são coisas distintas em virtude do seguinte fator: ***a vontade política do magistrado*.**

Sendo o Judiciário, o Poder competente para o exercício do controle de constitucionalidade; em havendo amplos instrumentos processuais constitucionalmente previstos para o seu exercício; em existindo na Constituição a consagração do princípio da inafastabilidade de jurisdição – o que é o nosso caso; e por fim, havendo uma grande demanda pela atuação do órgão jurisdicional – conclusão: Ao magistrado não será deferida a escolha entre atuar, ou não atuar. Portanto, haverá, necessariamente, um grande crescimento de demandas e, consequentemente, processos judiciais.

No caso do ativismo, as condições institucionais, bem como, o fator: maior/menor demanda pelos serviços jurisdicionais, podem até ajudar no seu processo de consolidação. Porém, na verdade, para que o ativismo judicial aconteça, faz-se imprescindível a presença da vontade política do julgador. É ele que decidirá se assume uma postura de expansão de poder, ou se se autorestringe.

Não obstante, faz-se imperioso mencionar, que existe uma retroalimentação entre os processos ora explanados. Mesmo sendo distintos, a judicialização ajuda no fomento às práticas ativistas e o ativismo, igualmente, pode servir de combustível para a judicialização.

No Brasil, conforme estudos de cientistas sociais como (VIANA, 1999, p. 53)[18], após a promulgação da Constituição Federal de 1988 testemunhou-se um crescente processo de judicialização da política, resultante de uma progressiva apropriação das inovações da Carta de Outubro por parte da sociedade e de agentes institucionais.

Sem dúvida, a judicialização está presente em nosso sistema jurídico e, em estágio muito avançado. Para o Ministro Gilmar Mendes[19], as condições estruturais para a

---

[17] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, 2008. p. 6. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica >. Acesso em: 15 de Out. de 2016.

[18] VIANNA, L. J. W.; BURGOS, Mercelo Baumann; MELO, Manuel Palácios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 53.

[19] O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351 antecipa o ativismo judicial assumido pelo ministro em outros dois importantes casos: o direito de greve dos servidores (MI 670 e 780) e o da fidelidade partidária (MS 26.602, 26.603 e 26.604).

judicialização, encontram-se presentes formalmente em nosso sistema político-jurídico desde a promulgação da Constituição de 1988, mas, apenas recentemente, a temática ganhou holofote nos meios de comunicação de massa e o interesse generalizado de juristas e cientistas sociais.

O fenômeno do ativismo, por sua vez, também se encontra presente no âmbito do nosso judiciário. Nesse sentido, o sempre lembrado professor (BARROSO, 2008, p. 7-8):

> O judiciário brasileiro tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontravam expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com expedição de Súmula Vinculante[20], após o julgamento de um único caso também assumiu conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome do princípio da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional[21].

2.3. Dimensões do ativismo judicial

A presente proposta de conceituação almeja *colocar fronteiras objetivas – entre as diferentes manifestações de ativismo – de forma que decisões particulares possam ser descritas como ativistas ou não, conforme o critério de cada dimensão.*

O ativismo judicial constitui fenômeno muito amplo e advém de várias causas. Assim, fixar o seu conceito, apenas, em um núcleo singular, seria estratégia incapaz de reconhecer a variedade de suas dimensões e, portanto, exaurir o seu significado.

Diante disto, (CAMPOS, 2014, p. 190) define o ativismo judicial como:

> **O exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos**, que a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas Constituições e leis locais; b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e

---

[20] Súmula vinculante n° 13.

[21] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, 2008. p. 7-8. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica >. Acesso em: 15 de Out. de 2016.

> jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; ***c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.***

Vários autores renomados lançaram mão de esforços teóricos para tentarem, a seu modo, dimensionar o fenômeno ativista. Porém, aqui será adotada a classificação esboçada por (CAMPOS, 2014)[22] no capítulo V do seu livro *"Dimensões do Ativismo Judicial",* por ser a mais objetiva e didática, entre as demais propostas.

De forma sintética, para o aludido autor, o ativismo judicial do STF tem se materializado pelas seguintes dimensões.

> I – Dimensão metodológica: interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto; controle das omissões legislativas inconstitucionais; decisões maximalistas;
> II – Dimensão processual: autoampliação de jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais de suas decisões;
> III – Dimensão estrutural ou horizontal: interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos;
> IV – Dimensão de direitos: o avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas;
> V – Dimensão antidialógica: afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo.

Em sucinto abalizado, segue uma pequena exposição sobre cada uma destas dimensões.

2.3.1. Ativismo judicial metodológico (interpretativo)

De acordo com (CAMPOS, 2014, p. 316), a dimensão metodológica do ativismo judicial engloba os aspectos da "*interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos*".

Um juiz ou tribunal, nessa perspectiva, não se confina à aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar, ativa e criativamente, da construção da

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

ordem jurídica, expandindo, restringindo, corrigindo, enfim, modificando essa mesma ordem. **Essa dimensão revela-se, portanto, por meio de uma acentuada criação do direito.**

2.3.2. Ativismo judicial processual

(CAMPOS, 2014, p. 385) afirma que, **esta dimensão revela-se pelo alargamento feito pelo Supremo, do campo de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais postos à sua disposição, ampliando as hipóteses de cabimento das ações e recursos, bem como, os efeitos das decisões.**

O STF tem ampliado, explicitamente, a própria participação na construção da ordem jurídica por meio da amplificação de instrumentos processuais. Este comportamento ativista acaba produzindo efeitos também sobre o espaço de liberdade de atuação das instâncias jurídicas ordinárias.

São sinais que, uma vez constantes nas decisões judiciais, devem ser enquadrados dentro da *dimensão processual*: i) as propostas de autoampliação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade; ii) *a busca pela extensão do cabimento do instrumento da Reclamação, de modo a realizar-se por meio desta o controle de constitucionalidade*; iii) a amplitude do uso do mandado de injunção para decidir além do caso concreto; iv) a construção de súmulas vinculantes a partir de decisões não reiteradas; v) o uso irrestrito e não criterioso da repercussão geral.

2.3.3. Ativismo judicial estrutural ou horizontal

(CAMPOS, 2014, p. 352-353) destaca que, hoje, não é raro o STF decidir determinado caso, com base nas próprias razões constitucionais, em detrimento do sentimento de deferência aos poderes políticos.

A verdade é que, com o avanço jurisprudencial experimentado pelo Supremo, todas as decisões relevantes dos outros poderes estão sujeitas ao controle de constitucionalidade.

É, justamente, este quadro de atuação do STF que, o autor mencionado define como *dimensão estrutural ou horizontal do ativismo judicial*.

2.3.4. Ativismo judicial de direitos

A Corte Suprema brasileira tem, com decisões ousadas, expandido os sentidos normativos de princípios como dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e, em

consequência disto, exigido do Estado – na figura do Legislativo e do Executivo – o respeito e a realização dos direitos fundamentais, impondo-lhes deveres negativos e positivos de atuação.

É esse movimento expansivo de poder decisório, fulcrado na defesa dos direito fundamentais constitucionais dos cidadãos que (**CAMPOS, 2014, p. 360-361) chama de *dimensão de direitos*. Que se subdivide, por sua vez, em dimensão negativa (ou de defesa) e dimensão positiva (ou prestacional).**

A primeira, fundada nos valores da liberdade e dignidade, tem levado a Corte a interferir nas ações estatais regulatórias, investigatórias e coercitivo-penais; a segunda, principalmente fundada na igualdade social e na garantia do mínimo existencial, interfere no dever de legislar, nas políticas públicas e nas decisões alocativas de recursos do Estado.

2.3.5. Ativismo antidialógico

Trata-se, da única dimensão ativista, que o autor afirma ser, aprioristicamente, ilegítima. Pois, para ele, a interpretação constitucional não pode ser encarada como uma tarefa exclusiva do STF.

A *dimensão antidialógica* consiste na ideia de que o STF tem a palavra final e exclusiva, quando se fala de interpretação e aplicação das regras, princípios e valores constantes na Constituição. Seria, de acordo com o magistério do Ministro aposentado Sepúlveda Pertence, o que ele nomeou de *"processo, não de guarda da Constituição, mas sim, de assenhoramente da Constituição"*[23].

O comportamento do STF aqui, não é de proteção da CF/88, mas de tomá-la para si. Foi exatamente o que aconteceu no caso do julgamento da ADI 2797/DF [24], na qual, a maioria da Corte, negou a possibilidade de lei ordinária federal realizar interpretação de dispositivo Constitucional, de forma contrária à sua interpretação anterior.

No caso, estava em jogo a pretensão do legislador ordinário, por meio da lei federal n° 10.628/2002, de desafiar a interpretação anterior do Supremo, inclusive de texto sumulado (Súmula 384), sobre o tema da extensão do foro especial por prerrogativa de função para depois do exercício da função pública.

---

[23] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 369.

[24] Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Suprema Corte, não admitiu esse desafio, tendo julgado por maioria, tal lei inconstitucional, por vício formal. Da maneira como foi tomada a decisão, houve exclusão de qualquer possibilidade de diálogo institucional.

2.4. Ativismo judicial v. Autorestrição

O movimento contrário ao ativismo judicial é denominado pela doutrina como ***autorrestrição ou autocontenção judicial***, exatamente como retratado pelo próprio *Arthur Schlesinger Jr*.

O termo enfatizado, também sofre do mesmo mal que o seu rival – ***o ativismo judicial.*** Isto é, padece de indefinição conceitual e polissemia de significado, sendo utilizado indiscriminadamente por muitos, para retratar toda e qualquer atividade que importe diminuição, mesmo que apenas aparente, dos poderes de decisão do judiciário. Nessa linha, Richard Posner chega a chamar o termo *"autorrestrição judicial"* de *"um camaleão"*[25].

Não obstante, existem elementos clássicos na formação da *autorrestrição judicial* que marcam sua origem e seus fundamentos iniciais: ***deferência*** *em favor dos outros poderes e* ***prudência*** *como mecanismo de preservação da própria autoridade judicial* (CAMPOS, 2014, p. 200).

Considerando esses fundamentos clássicos – **deferência e prudência**, *a autolimitação judicial pode ser entendida como uma filosofia adjudicatória, ou mesmo a prática decisória, consistente na retração do poder judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político-institucional* (CAMPOS 2014, p. 202-203).

2.5. Legitimidade democrática, dificuldade contramajoritária e riscos à democracia

É cediço, que os membros do judiciário não são eleitos para o exercício do seu cargo. Entretanto, embora sem o batismo do voto popular, os juízes e tribunais exercem o controle judicial dos atos dos demais poderes, máxime, quando para preservar os princípios e valores constitucionais.

Nessa pisada, quando o STF revisa e anula lei emanada do Congresso Nacional ou ato normativo do Presidente da República, ambos, sufragados por milhões de votos de cidadãos

[25] POSNER, Richard. The Rise Fall of Judicial Self-Restraint, **California Law Review**. vol. 100, 2012. p. 520.

brasileiros, incorre no que a doutrina chama de "*dificuldade contramajoritária*"[26]. Principalmente, quando toma decisões contrarias a cultura social defendida pela maioria do povo de uma dada região, ou mesmo do país inteiro.

Essa situação pode acabar gerando um conflito de legitimidade entre as decisões do Supremo e as escolhas feitas democraticamente pela maioria, por meio dos seus representantes eleitos.

(BARROSO, 2008. p. 10-12)[27], por sua vez, entende que nossa Corte Suprema deve atuar sob 2 fundamentos de justificação**: normativo e filosófico,** como forma de imprimir legitimidade às suas decisões.

O 1° fundamento – chamado de normativo – consistiria no singelo fato de que a própria Carta de 1988 atribuiu o controle de constitucionalidade, expressamente, ao Judiciário e, em especial, ao STF. O 2° fundamento – chamado de filosófico – consiste na ideia de constitucionalismo como limitação do poder político, em virtude do respeito aos direitos fundamentais.

Portanto, arremata (BARROSO, 2008. p. 12) na mesma obra: *"uma jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco".*

Mas, será mesmo que a democracia não sofre nenhum risco, frente ao controle judicial dos atos políticos (isto é, frente ao ativismo judicial)?

Não é isto o que pensa autores da envergadura de (BOLZAN DE MORAIS)[28], que vê, no panorama do Judiciário tomando as decisões mais fulcrais no lugar da sociedade, uma fragilização dos outros poderes, bem como, da própria ideia de política.

Sem dúvida, com o *neoconstitucionalismo* e suas inovadas teses hermenêuticas, somado ao ganho de poder do Judiciário em virtude das novas Constituições, houve um deslocamento do protagonismo que era do Parlamento (maior representante da vontade popular e órgão encarregado pela confecção das leis), para aqueloutro Poder.

Diante deste quadro, (HIRSCHL)[29] apresenta uma importa contribuição, afirmando que o novo modelo constitucional traz alterações tão significativas que é possível dizer que hoje, o mundo transita para uma "*Juristrocracia*"[30].

---

[26] BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**, 1986. p. 16.

[27] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, 2008. p. 10-12. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica >. Acesso em: 15 de Out. de 2016.

[28] BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Crise do estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**, *op. cit.*

Assim, a conclusão a que se chaga é a de que a Democracia sofre, com o ativismo judicial exagerado, uma perca de importância frente ao cidadão, e este fato é particularmente impulsionado no nosso país, pelo distanciamento da classe política dos anseios do povo.

Mas, ainda há outro perigo para a democracia, no bojo do ativismo judicial. Ocorre que o aludido distanciamento da sociedade dos poderes Executivo e Legislativo, invariavelmente, acaba criando um afastamento entre a própria Democracia – compreendida como a participação política dos cidadãos na tomada de decisões – e a construção do direito, que de certo, passou a estar pautado em critérios judicias.

Com efeito, conforme (TASSINARI, 2013, p. 44), resta claro que, por mais que se tenha avançado no modo de conceber a democracia (agregando ao seu conteúdo o contramoritarismo), não era desejável o que estamos vivenciando, isto é, que na contemporaneidade duas consequências tão graves para a relação Direito e Política acontecessem: *o sentimento de acomodação/apatia cívica pela política e o apelo à jurisdição.*

Tais fatores acabam por dificultar o cumprimento das promessas democráticas, qual seja, "*a consolidação de um sistema em que a sociedade é parte ativa das escolhas que guiarão o seu futuro*"[31].

2.6. O ativismo judicial no STF: explorando a dimensão processual, com ênfase na Reclamação Constitucional.

A dimensão processual do ativismo se consubstancia numa atuação judicial orientada à expansão: dos tipos de ação; dos legitimados para intentá-las; bem como, da própria expansão dos efeitos das decisões, sobre pessoas e instituições, originalmente, fora desse campo de incidência. Em outras palavras, o ativismo processual almeja a expansão do poder decisório do judiciário via ampliação jurisprudencial dos meios processuais.

O Supremo vem utilizando desta dimensão para ampliar as suas possibilidades decisórias. Nesse sentido, cite-se: i) aplicação da tese concretista nos MI 670, 608, 612; ii) a proposta de ampliação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, frente a pretendida mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, proposta defendida

---

[29] HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. *op. cit.* p. 7-12.

[30] Termo utilizado para designar "*governo de juízes*".

[31] GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Comtemporáneo**. *op. cit.* p. 48.

em grande medida pelo Ministro Gilmar Mendes iii)[32] expedição de súmula vinculante a partir do julgamento de apenas um caso, quando a Constituição é gramaticalmente muito clara no seu art. 103-A, no sentido de que súmulas vinculantes só podem ser expedidas, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Nessa mesma esteira de expansão do poder decisório do STF, encontra-se também o instituto processual da *Reclamação Constitucional*.

Segundo extraído do site oficial do STF, o instituto da *Reclamação Constitucional* ostenta o seguinte conceito: *"A Reclamação Constitucional (RCL) é um instrumento jurídico com status constitucional que visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e garantir a autoridade de suas decisões"*[33].

Tal instituto foi fruto de construção jurisprudencial daquela Corte Suprema que, utilizando da doutrina norte-americana do *implied powers*, recebeu, na década de 40, as primeiras peças processuais nas quais, ainda sem um desenvolvimento teórico, objetivava-se o debate sobre: *o descumprimento ou cumprimento incorreto da anterior decisão tomada pelo Tribunal.*

Seguindo no tempo, o cabimento da *Reclamação Constitucional* como veículo próprio à superação de ofensa a julgado do Supremo veio a ser afirmado no bojo do RExt 13.828 (relator: Ministro Orozimbo Nonato). A partir daí, inaugurou-se longa controvérsia doutrinária e jurisprudencial em relação à possibilidade jurídica do processamento de tema dessa natureza e gravidade ser realizado por meio de um mecanismo que não constituía, à época, meio processual regular.

Hoje, a *Reclamação Constitucional* encontra guarida no art. 102, inciso I, alínea l, da CF/88, sendo regulamentada pelos artigos 156 e ss do Regimento Interno do STF. De igual forma, o novo Código Civil, lei federal n° 13.105/2015, nos seus arts. 988 e ss, prevê regras processuais aplicáveis à Reclamação.

Frese-se que a Reclamação é meio de correção também previsto para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, letra "f" da CF/88), bem como, para os Tribunais de Justiça dos estados. Nesse último caso, em 2 de outubro de 2003, o STF entendeu que os Tribunais de Justiça poderiam utilizar o instituto da Reclamação no âmbito de sua atuação. O Plenário julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2212, que questionava a

---

[32] MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa. ano 41, n° 162. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 165.

[33] Informação disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271852 >. Acesso em: 15 de Out. de 2016.

possibilidade de o Tribunal de Justiça do Ceará criar esse instituto processual para preservar o respeito às suas decisões.

Porém, quando se fala de *Reclamação Constitucional*, para os fins colimados aqui, o sentido que deve ser empregado ao termo é aquele de ação constitucional que tem por finalidade: **a preservação da competência do Supremo** e a **garantia da autoridade de suas decisões**. Desta forma, intuitivamente, a ampliação do seu uso significará sempre, aumento do poder político-normativo do STF.

O grande problema da evolução do poder decisório do STF via alargamento do âmbito de incidência da *Reclamação Constitucional*, encontra-se na concepção moderna que se quer imprimir a tal instituto no cenário do controle de constitucionalidade.

Gilmar Mendes é um dos maiores defensores da evolução do instituto, bem como, da possibilidade da Suprema Corte, no âmbito de *Reclamação Constitucional* proposta em face de lei análoga à diploma legal já reconhecido como inconstitucional, vir a declarar incidentalmente a inconstitucionalidade dessa lei.

Esta proposta se legitimaria, na visão do Ministro, porque a Carta de 88 *"não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do STF, mas também se constitui como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo"*[34].

Gilmar Mendes completa o seu pensamento, quando diz que *"a Reclamação pode apresentar-se como oportunidade para o exercício do poder de fiscalização da constitucionalidade das leis, provocado não pelo ajuizamento das figuras próprias – ADI, ADC, ADIO e ADPF, mas por essa ferramenta mais universalizada".*

Com esta pretensa extensão sistêmico-teleológica da *Reclamação Constitucional*, no intuito de transformá-la em instrumento apto a viabilizar declaração incidental de inconstitucionalidade, restaria viabilizado o julgamento da questão constitucional como mérito sem, no entanto, observar o rol de legitimados previsto no art. 103 da nossa Carta Magna.

Essa proposta ainda não consiste em entendimento pacífico, sendo amplamente discutida no julgamento da Rcl n° 3.014/SP de 10/10/2010, nessa ocasião a Corte se dividiu com 5 Ministros declarando-se favoráveis a tal entendimento (Gilmar Mendes – autor da proposta, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Celso de Mello). Carmem Lúcia preferiu apreciar a proposta em momento ulterior, pois entendia que as circunstâncias do caso

[34] MENDES, Gilmar Ferreira ; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. *op. cit*. 1302.

concreto não permitiam a aplicação da tese defendida pelos demais Ministros, mas, ainda assim, mostrou certa simpatia pela tese.

Enfim, os debates desenvolvidos neste julgamento apontam estar à questão ainda em aberto e, em caso haja desfecho favorável à proposta, a *Reclamação Constitucional* gozará de prestígio impensável para os padrões fixados pela Carta de Outubro de 1988.

Diante de tudo isto, percebe-se que nossa Corte maior tem nas mãos um poder conformativo grandioso e que, se não exercido com certa precaução, pode chegar a ferir de morte o Princípio da separação dos poderes, sendo apagada a linha que divide a função jurisdicional da função legislativa.

Uma Corte que traceja sua própria competência, de acordo, unicamente, com sua interpretação e entendimento acerca do que é constitucional ou não, também não encontra limite em marco legal algum. Consequentemente, o poder de escolha da maioria, via democracia representativa, perde muita força.

Pois bem, a resposta para a pergunta fundamental deste trabalho, qual seja, se *seria constitucional a expansão dos poderes decisórios do STF, especificamente, via a dimensão processual do ativismo judicial?* Precisa ser fornecida com acuidade, de forma que, o ativismo judicial, na sua dimensão processual, caso levado a cabo pelo STF, sem que haja um certo comedimento, irá desaguar em vício de constitucionalidade por ferir o Princípio da separação dos poderes, bem como, o próprio Princípio democrático.

O ativismo judicial que vem sendo exercido pelo nosso Supremo Tribunal Federal, especialmente, no caso da *Reclamação Constitucional* e, nos termos em que foi analisado até aqui, sem dúvida, passou dos limites razoáveis propostos pela Teoria Constitucional como barreira entre os Poderes.

A *Reclamação Constitucional* e a roupagem proposta por Gilmar Ferreira Mendes para tal ação constitucional, no âmbito do controle de constitucionalidade, seguida em grande parte por alguns Ministros, demonstra como a nossa Corte de Cúpula tem se mostrado um local propício, para a expansão jurisdicional do seu poder de controle de constitucionalidade sobre os atos dos demais Poderes, porém, tudo isso, sob fortes indícios de inconstitucionalidade pela violação, como dito, ao Princípio da separação dos poderes, bem como, do Princípio democrático.

3. CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou do ativismo judicial e foi estruturado de forma a demonstrar, sucintamente, a conceituação precisa do mencionado fenômeno, bem como, a suspeita de inconstitucionalidade localizada no avanço decisório do STF praticado por meio do ativismo judicial na sua dimensão processual.

No intuito de conceituar com rigor técnico o **fenômeno do ativismo no judiciário**, lançou-se mão da distinção entre tal fenômeno e o da **judicialização da política**, bem como, da categorização multidimensional do ativismo, abordando todas as suas formas de aplicação.

Realizando o contraponto ao ativismo, destacou-se a exposição sobre o *fenômeno da autorestrição judicial*. Igualmente, relevou-se os riscos à democracia, quando o ativismo é exercido de maneira muito ampla, sendo destacado também o que se convencionou chamar de *"problema contramajoritário"*.

Sequencialmente, o ativismo judicial foi explorado, mais profundamente, na sua dimensão processual, realizando-se o devido recorte literário, consistente na aplicação de tal dimensão ativista ao STF, mormente, quanto à expansão de seu poder decisório via *Reclamação Constitucional*.

Diante desta engenharia, a pergunta central do presente texto foi respondida, de modo que, conclui-se ser inconstitucionalidade o exercício da dimensão processual pelo citado Tribunal, em específico, pela proposta de utilização do instrumento da *Reclamação Constitucional* para o exercício do controle de constitucionalidade de forma incidental.

Conclui-se, por necessário, que o ativismo judicial precisa ter limites, não é saudável ao Estado Democrático Direito, uma Corte que não encontre limites formais na lei, estendendo os seus poderes processuais segundo suas próprias concepções e fundamentações teóricas.

Mesmo considerando o grande avanço à defesa dos direitos fundamentais das minorias, fato possível, em grande medida, pela atuação ativista da nossa Corte Suprema. Não é possível crer, que a adjudicação jurisdicional das escolhas políticas e dos comandos legais, seja o caminho mais correto para a construção da sociedade brasileira.

Enfim, conclui-se que os objetivos gerais e específicos apresentados foram, satisfatoriamente, alcançados.

Reputa-se que as conclusões apresentadas irão vicejar novas perspectivas e, acima de tudo, proporcionar a continuidade das investigações sobre o tema trabalhado.

JUDICIAL ACTIVISM: THEORETICAL CUTTING OUT ON THE CONCEITUAÇÃO MULTIDIMENSIONAL, WITH EMPHASIS IN THE PROCESSUAL DIMENSION

ABSTRACT

The present work has since aim presents theoretical cutting out on the phenomenon of the judicial ativismo. For so much, it will be demonstrated his historical origins, well with, the difference between ativismo and judicialização of the politics. In the same intention, it will try to classify the judicial ativismo in agreement with a categorização multidimensional. A special approach will be given in the processual dimension, in the intention of responding to the problematics of the constitucionalidade/inconstitucionalidade of the advancement decisório of the STF he was seeing processual enlargement of the extent of incidence of the processual instruments put at his arrangement. The constitutional action of the Constitutional Claim will be taken like analysis object, with aim of demonstrating the lifted theory. The objectives of this inquiry can be defined, thick way, as it will stimulate the reflection on the judicial ativismo like phenomenon of empoderamento of the Judiciary and the legitimacy of that in front of the democracy, as well as, will investigate and indicate like the judicial ativismo it can be employed in the judicial decisions. The method used for the present inquiry consists of bibliographical revision. The conclusion that intends to approach is it of that the judicial ativismo, when practised without limits, can represent danger for the beginning of the separation of the powers, quite so, for the democratic beginning.

Keywords: Judicial Activism. Judicialização. Democracy. Neoconstitucionalismo

BIBLIOGRAFIA:

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma Introdução. In: **Tratado de direito constitucional**. v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, 2008. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica >. Acesso em: 22 de Out. de 2016.

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

DIDIER JR, Fredie. *et. al*. (Coordenadores). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo Jurídico:** o atual paradigma jusfilosófico constitucional. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/%20000910796.pdf?sequence=1 >. Acesso em: 22 de Out. de 2016.

FLACH, Amanda Cristina; MOREIRA, Dirceia. **Controle e Ativismo de políticas públicas: debates e entendimentos jurisprudenciais**. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI, 2016. Brasília/DF. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/5ccav186/j7Psm4uq1oTMq607.pdf >. Acesso em: 22 de Out. de 2016.

MESSIAS, Cleide Alves. **Ativismo Judicial no panorama do Poder Judiciário como corolário da concretização dos direito fundamentais**. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI, 2016. Brasília/DF. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/5ccav186/xwoS4ApqSA0m55DG.pdf >. Acesso em: 22 de Out. de 2016.

RODRIGUES, Horácio Wanderley Rodrigues; REZENDE, Beatriz Vargas R. G. **A disputa pela palavra final: argumentos contra a supremacia judicial parlamentar em *Waldron* e *Vermeule***. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI, 2016. Brasília/DF. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/5ccav186/15S924DG4cj963S5.pdf >. Acesso em: 22 de Out. de 2016.

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

VALLE. Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de análises jurisprudenciais do STF. Curitiba: Juruá, 2012.

_____ **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm **>.** Acesso em: 22 de Out. de 2016.