

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Manoela Siqueira Neumann

**A CARACTERIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUAS DIFERENTES  
DIMENSÕES**

Porto Alegre

2015

MANOELA SIQUEIRA NEUMANN

**A CARACTERIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUAS DIFERENTES  
DIMENSÕES**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos.

Porto Alegre

2015

MANOELA SIQUEIRA NEUMANN

**A CARACTERIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUAS DIFERENTES  
DIMENSÕES**

Monografia apresentada ao Departamento de  
Direito Privado e Processo Civil da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
como requisito parcial para a obtenção do grau  
de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos,  
Orientador

---

Professor Doutor Daniel Mitidiero

---

Professor Doutor Klaus Cohen-Koplin

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, sempre.

Aos meus familiares, pelo apoio e pela compreensão das minhas ausências. Agradeço especialmente à minha mãe, Clarice, e ao meu padrasto, Nelson, pelo amor incondicional, pelo estímulo constante aos estudos, bem como por possibilitarem a realização da graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, fornecendo não só os subsídios necessários para que essa jornada se iniciasse, como também o apoio para que esta se completasse.

Aos amigos que a Faculdade de Direito me trouxe, que compartilharam comigo tanto as dúvidas e aflições, quanto as conquistas e alegrias vividas no decorrer do curso, sem os quais essa jornada não teria sido tão prazerosa.

Aos colegas de escritório, pelo apoio e compreensão, e principalmente, ao Dr. Pedro Adamy, não só pelo incentivo e estímulo constantes para o estudo e para a pesquisa do Direito, mas pelas inúmeras conversas, orientações e indicações bibliográficas, sem as quais a conclusão deste trabalho não seria possível.

Finalmente, agradeço ao meu orientador, Professor Sérgio Mattos, pela excelente orientação, sempre presente e disponível, que me servirá de exemplo de conduta acadêmica, por sua dedicação constante à Universidade e aos alunos. Além disso, agradeço pelo voto de confiança e por me conceder a liberdade para seguir os caminhos que eu considerasse mais apropriados ao longo deste trabalho.

## RESUMO

Este trabalho propõe-se a analisar o fenômeno do ativismo judicial presente nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro a partir das mudanças institucionais promovidas pela positivação dos princípios no texto Constitucional. O presente estudo compreenderá, por meio do método dedutivo e, também, comparativo, o exame da problemática relativa a delimitação do conceito de ativismo judicial, bem como dos principais pressupostos teórico-filosóficos que embasam essa prática e as principais críticas elaboradas pela doutrina brasileira e estrangeira. A seguir, passará à análise de diversas propostas metodológicas desenvolvidas com a finalidade de identificar os diferentes graus e dimensões que o ativismo judicial pode assumir, bem como a categorização de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal com base nos critérios propostos. Para tanto, serão colhidos subsídios na doutrina nacional e estrangeira, e na jurisprudência dos tribunais superiores.

**Palavras-chave:** ativismo judicial. Direito constitucional. Positivismo moderno. Constitucionalismo. Interpretação. Hermenêutica constitucional. Princípios. Ponderação. Judicialização. Política. Contramajoritarismo. Separação de poderes. Metodologia. Dimensões. Processo civil.

## ABSTRACT

This paper aims to analyse the judicial activism phenomenon noticed in decisions proffered by the Brazilian Federal Supreme Court after the institutional changes promoted by the affirming of principles in the Constitutional text. The present study will comprise, through the deductive and comparative methods, the debates concerning judicial activism definition, as well as the main theoretical and philosophical assumptions that based this behavior and the primal criticisms formulated by the Brazilian and foreign doctrine. Afterwards, it will go to the analysis of the various methodological proposals developed with the purpose of identifying the different degrees and dimensions that judicial activism can assume, as well as the categorization of a decision proffered by the Brazilian Federal Supreme Court based on the mentioned methodological proposals. In order to do this, subsidies will be collected in the national and foreign doctrine and in court's precedents.

**Key-words:** judicial activism. Constitutional Law. Modern Positivism. Constitutionalism. Interpretation. Constitutional Hermeneutics. Principles. Ponderation. Judicialisation. Politics. Countermajoritarianism. Separation of powers. Methodology. Dimensions. Civil Procedure.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

§ – Parágrafo

Art. – Artigo

Ed. – Edição ou Editor

Min. – Ministro(a)

Nº - Número

p. – Página

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

Supremo – Supremo Tribunal Federal

Vol. ou v. - Volume

PET – Petição

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

MI – Mandado de Injunção

CF – Constituição Federal

CF/88- Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

OIT – Organização Internacional do Trabalho.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1ª PARTE – DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL.....	12
1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTORICO-FILOSÓFICA.....	12
1.1. Positivismo Moderno (pós-positivismo).....	12
1.2. Neoconstitucionalismo.....	15
1.3. Interpretação Constitucional.....	24
2. CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL.....	28
2.1. Origem e conceito.....	28
2.2. Ativismo Judicial e "judicialização da política".....	34
2.3. Ativismo judicial e <i>Self-Restraint</i> .....	36
3. PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL.....	39
3.1. Contramajoritarismo e legitimidade democrática.....	40
3.2. Separação de poderes.....	45
3.3. Judicialização da Política.....	48
<b>2ª PARTE – ANÁLISE DA EXTENSÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL ATIVISTA EXERCIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>52</b>
1. DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL.....	52
2. CRITÉRIOS DE VERIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA DOCTRINA ESTRANGEIRA.....	53
3. CRITÉRIOS DE VERIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA DOCTRINA NACIONAL.....	56
3.1. Sistematização proposta por Carlos Alexandre de Azevedo Campos.....	56
3.1.1. O ativismo judicial metodológico.....	59
3.1.2. O ativismo judicial processual.....	60
3.1.3. O ativismo judicial estrutural ou horizontal.....	61
3.1.4. O ativismo judicial de direitos.....	61
3.1.5. O ativismo judicial antidialógico.....	62
3.2. Sistematização proposta por Elival da Silva Ramos.....	63
3.2.1. Inexistência de controle.....	64
3.2.2. Controle mínimo.....	64
3.2.3. Controle médio-fraco.....	65
3.2.4. Controle médio-forte.....	67
3.2.5. Controle máximo.....	67
3.3. Sistematização proposta por Humberto Ávila.....	68
3.3.1. Critério relativo ao procedimento.....	69
3.3.2. Critério relativo ao objeto.....	70
3.3.3. Critério relativo ao instrumento.....	71
4. ANÁLISE DO CASO "RAPOSA SERRA DO SOL", JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PET. Nº. 3.388/RR.....	73
4.1. Síntese do caso e principais argumentos desenvolvidos no acórdão.....	74
4.2. Identificação e categorização do ativismo judicial presente na decisão conforme os critérios de verificação propostos pela doutrina nacional.....	82
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>85</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>91</b>

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal está em evidência. Os Ministros são personalidades nacionais de significativa popularidade – e não sem razão. Nos últimos anos houve uma alteração quantitativa e qualitativa do espaço ocupado pelo Supremo Tribunal Federal no cenário sociopolítico brasileiro. Trata-se de uma mudança notável, mas justificada. Afinal, o Supremo Tribunal Federal vem assumindo grande projeção política e social, decidindo temas polêmicos e centrais para a vida do país – temas que vão desde a união homoafetiva até a proibição do nepotismo na Administração Pública; desde a autorização para escrever uma biografia sem a autorização do biografado até a decisão sobre se pesquisas com células-tronco de embriões violam o direito à vida. E é justamente essa mudança na postura dos Ministros que compõe o objeto de estudo do presente trabalho.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, a Corte foi reinventada, tanto quanto a abrangência dos seus julgados, o alcance de suas decisões, como em função das técnicas de interpretação que passou a empregar. É possível vislumbrar grande ascensão institucional do Poder Judiciário como um todo. Nesse contexto, exsurge a problemática do *ativismo judicial*, fenômeno visto por alguns como extensão ilegítima da atuação judicial sob as esferas de competências dos outros Poderes, e por outros encarado como modo de assegurar o cumprimento das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais diante da inércia do Legislativo e do Executivo.

O termo “ativismo judicial” tem despertado intensa discussão no meio acadêmico. Sua definição, origem e extensão são questões controvertidas. Embora incontestável do ponto de vista descritivo, o fenômeno não é unanimidade sob a perspectiva normativa<sup>1</sup>. A postura ativa dos juízes é acusada por alguns de afrontar o princípio democrático e o princípio da separação de poderes. Ou seja, há controvérsias quanto a sua legitimidade diante da adoção de um modelo institucional de divisão de competências entre três Poderes distintos, e quanto a falta de representatividade dos magistrados para tomarem decisões políticas. Por outro lado, a prática judicial ativista é um fenômeno em ascensão no âmbito do Judiciário brasileiro e que

---

<sup>1</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 35.

<sup>2</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio

possui reais e importantes implicações sociais e políticas, de modo que precisa ser identificado concretamente.

Todavia, o ativismo judicial não é singularidade nacional. A discussão sobre o exercício expansivo de poder decisório por juízes e por Cortes sobre os outros Poderes possui um alcance espacial e temporal muito maior que o incipiente debate doutrinário brasileiro<sup>2</sup>. Em várias partes do mundo verifica-se um crescente processo de expansão do poder conferido às Cortes Constitucionais, que cada vez mais estão assumindo o papel de decidir e regular questões que tradicionalmente eram decididas pelas instâncias representativas.

A questão posta em análise na presente monografia, além de tratar de um fenômeno atual e de ocorrência mundial, se mostra especialmente importante por levar em consideração as especificidades do ativismo judicial presente nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. O ativismo judicial constitui fenômeno de grande abrangência e complexidade – tanto em função dos fatores que o impulsionam, quanto das consequências que dele advém. Por essa razão não temos a pretensão de esgotá-lo. No entanto, buscamos entender o contexto em que ele se desenvolve, quais são as principais críticas a ele deferidas e se a sua ocorrência é identificada em diferentes extensões nas decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira.

É nesse contexto que se insere o objetivo da presente monografia, que busca definir e delimitar o conceito de ativismo judicial, tendo por base a atuação do Supremo Tribunal Federal a partir das mudanças institucionais promovidas pela positivação dos princípios no texto Constitucional. Nesse sentido, serão estudados os pressupostos teórico-filosóficos que embasam essa prática, serão apresentados os principais conceitos elaborados pela doutrina brasileira e as principais críticas que este fenômeno sofre. Após a delimitação do que constitui o ativismo judicial, verificaremos que ele não ocorre de forma padronizada, podendo ocorrer em diferentes extensões. Nesse sentido, passaremos a analisar algumas propostas metodológicas desenvolvidas para verificar as diferentes dimensões do ativismo presente nas decisões judiciais, e, após, identificaremos e categorizaremos uma decisão conhecidamente ativista proferida pelo Supremo Tribunal Federal com base nos critérios propostos.

O trabalho será dividido em duas partes. A primeira parte será destinada à caracterização do ativismo judicial, compreendendo a identificação do seu embasamento teórico filosófico e das técnicas de interpretação que ele adota. Após, serão apresentados os

---

<sup>2</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 35.

principais conceitos elaborados pela doutrina e as principais críticas que este fenômeno sofre, os quais serão melhor desenvolvidos com o apoio da doutrina estrangeira.

A segunda parte, por sua vez, será destinada a demonstrar que o ativismo judicial não se apresenta de forma padronizada, podendo adotar diferentes graus ou extensões dependendo do conceito com o qual é identificado, do contexto em que se insere e do objeto de sua regulação. Por essa razão, apresentaremos algumas propostas metodológicas desenvolvidas pela doutrina estrangeira para identificar diferentes tipos de ativismo judicial. Ainda, serão desenvolvidas as propostas metodológicas elaboradas por três autores brasileiros, as quais servirão para identificar a existência de diferentes dimensões do ativismo judicial e estabelecer critérios para a sua verificação.

Com base nos três métodos desenvolvidos pela doutrina brasileira, nos propusemos a categorizar uma decisão conhecidamente ativista proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com o intuito de demonstrar as diferentes dimensões do ativismo judicial presentes em uma decisão, no sentido de que este pode assumir diferentes extensões, o que está profundamente relacionado com a dificuldade de delimitação do conceito na prática forense.

Para tanto, essa pesquisa utilizará basicamente o método dedutivo, partindo-se de uma situação genérica com vistas a uma situação particular. Outrossim, far-se-á uso do método comparativo, pela abordagem de direito comparado. Ainda, fará uso do método dialético, por meio da análise de posições doutrinárias antagônicas para definir cada conceito em face de cada problema. Isto é, será feita uma análise doutrinária, nacional e estrangeira, a respeito dos principais pressupostos teóricos e filosóficos do ativismo judicial, das principais características atribuídas ao fenômeno, bem como das principais críticas desenvolvidas. Ainda, com base na doutrina, serão apresentados alguns métodos para identificação e categorização dos diferentes graus nos quais o ativismo judicial se apresenta. Serão utilizados como subsídios para a elaboração do trabalho a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores.

## 1ª PARTE – DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL:

### 1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA:

#### 1.1. Positivismo Moderno (pós-positivismo):

O direito natural e o direito positivo sempre conviveram juntos, mas conferem significados contrapostos à conceituação de direito, o que redundou na formação de duas teorias também distintas - a jusnaturalista e a positivista. Não detalharemos as características que contrapõem essas teorias, pois não constituem pressupostos para o desenvolvimento do presente estudo. No entanto, cabe ressaltar, em termos gerais, que a teoria jusnaturalista defende que o critério último de validade de determinado sistema jurídico seja fundado em preceitos morais contidos no direito natural; e o positivismo só admite como direito aquilo que estiver positivado com base nas formalidades previstas por normas constitucionais de organização de competências<sup>3</sup>. Assim, para a teoria do positivismo jurídico, o direito natural não seria concebido como direito, mas algo com “pretensão de um dia vir a ser positivado, e só assim tornar-se direito”<sup>4</sup>.

Considerando a substancial evolução ocorrida nas diversas teses positivistas ao longo do tempo, é possível fazer uma divisão entre teorias positivistas mais clássicas – em geral associadas ao positivismo ideológico e ao legicentrismo – e teorias positivistas mais modernas, que demonstram maior preocupação com questões tais como a relação entre o direito e a moral e as novas fontes de produção normativa. Entendemos necessário identificar ao menos as características mais importantes do chamado positivismo clássico, pois essa análise possibilita identificar a evolução das suas premissas até as concepções mais atuais acerca dessa teorização, tal como o positivismo “moderno”, também denominado pós-positivismo. Nas palavras de LUIS ROBERTO BARROSO, “(...) a quadra atual é assinalada pela superação – ou talvez sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”<sup>5</sup>.

O positivismo jurídico clássico busca o isolamento do direito, tratando-o como um sistema autônomo, não relacionado à política ou à moral. A base da sua teoria foi construída

---

<sup>3</sup> Cf. MÖLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. Pg. 75.

<sup>4</sup> Cf. MÖLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. Pg. 75.

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 269.

em torno da norma. O direito se apresenta, portanto, como um sistema normativo, no qual importam critérios de pertencimento ao sistema, ou seja, noções de jurídico ou não-jurídico. Segundo LUIS FERNANDO BARZOTTO<sup>6</sup>, o direito na perspectiva positivista não pode fundar-se sobre concepções valorativas e nem sobre o poder sem violar o valor da segurança; assim, foi levado a propor um fundamento jurídico para o próprio direito, quer dizer, um conceito autônomo de direito, que consiste, nos termos do autor, num conceito “(...) autônomo em relação ao plano fático (eficácia) e valorativo (justiça)”<sup>7</sup>. Assim, para essa teoria, o conceito de direito não se distingue da norma, que é sua “forma necessária”<sup>8</sup>. Critérios axiológicos, de justiça ou critérios morais não constituem ciência e não se relacionam com o direito. A postura fortemente prescritiva e ideológica adotada pode ser explicada pela necessidade de recriar uma cultura jurídica dissociada do jusnaturalismo, em razão das tensões políticas e sociais da época<sup>9</sup>.

Por fim, ressalta-se que NORBERTO BOBBIO<sup>10</sup> estabelece sete características fundamentais para o positivismo clássico, advertindo que não é necessário que todas estejam presentes ao mesmo tempo para que determinada concepção seja considerada positivista. São elas:

- 1) O direito deve ser estudado como um fato, não como um valor.
- 2) O conceito de direito deve estar vinculado à possibilidade de se fazer cumprir através da coação, e não pelo seu cumprimento voluntário.
- 3) A principal fonte de direito é a legislação.
- 4) A norma jurídica como mandado (teoria imperativista do direito).
- 5) A teoria do ordenamento jurídico, pela qual cada norma deve ser tratada como integrante de um ordenamento, lhe condiciona validade e compatibilidade<sup>11</sup>.
- 6) O sistema de interpretação é a mecanicista, que faz da atividade de interpretação jurídica mero ato de declaração do direito.
- 7) A teoria da obediência, segundo a qual a lei deve ser obedecida seja qual for o seu conteúdo.

Posteriormente, com base nos estudos de Hans Kelsen e H.L.A. Hart, o positivismo jurídico assume um caráter mais científico em relação ao estudo do direito, possibilitando discussões acerca do seu conteúdo, sua relação com a moral, sua origem social, sua eficácia, entre outros. A partir dessa perspectiva – menos ideológica e mais descritiva – o positivismo

<sup>6</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISSINOS, 1999. Pg. 138-139

<sup>7</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISSINOS, 1999. Pg. 138-139.

<sup>8</sup> Cf. MÖLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. Pg. 78.

<sup>9</sup> A sociedade liberal burguesa buscava no direito uma forma de proteção, não apenas contra a incerteza do direito natural, mas também contra o próprio Estado, na tentativa de imprimir o valor da segurança jurídica.

<sup>10</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Debate, 1993. P. 280.

<sup>11</sup> A teoria positivista defende a “coerência”, que exclui a possibilidade de que em um mesmo ordenamento jurídico coexistam normas contraditórias, e a “plenitude”, ou seja, a ausência de lacunas.

jurídico construiu teses relativas à identificação do direito com o direito positivo, sua necessária separação com a moral, a distinção entre o que o direito *é* e aquilo que ele *deveria ser* (modais deônticos) e a diferenciação entre critérios de validade jurídica e de valor do direito. A superação do legalismo em razão da submissão das leis à Constituição e aos direitos fundamentais, a diferenciação entre regras e princípios e a necessidade de adoção de técnicas interpretativas diversas, bem como a superação do formalismo jurídico<sup>12</sup> e a rejeição do mero silogismo judicial<sup>13</sup> são algumas das características marcantes desse novo modelo positivista, que o diferenciam do modelo anterior.

Dessa forma, temos que a partir da segunda metade do século XX, a aproximação quase absoluta entre direito e norma, e sua separação com a ética e com a filosofia – características do positivismo clássico – foram superadas uma vez que não correspondiam ao estágio civilizatório e às ambições humanitárias da sociedade, principalmente com o fim da Segunda Guerra. O positivismo moderno, segundo entende LUIS ROBERTO BARROSO<sup>14</sup>, se inspira na “(...) revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura da Constituição e das leis não completamente destacada da moral, mas sem recorrer as categorias metafísicas”. Dentre as características desse sistema podemos mencionar a inclusão dos valores no processo de interpretação jurídica, o reconhecimento da normatividade dos princípios e sua diferença qualitativa com as regras, a formação de uma

---

<sup>12</sup> Para o formalismo interpretativo, também conhecido como teoria cognitivista da interpretação, interpretar significava “*descobrir o significado intrínseco ao texto normativo, incorporado e pré-existente à interpretação*”. Para a obtenção do resultado, a atividade do intérprete jurídico deveria empregar os elementos “*gramatical, lógico, histórico e sistemático (os quatro clássicos elementos interpretativos apresentados no System por Savigny)*”. Nesse sentido, a teoria cognitivista da interpretação pressupõe “*a norma como texto (gramatical), como obra racional do legislador (lógico e histórico) e como dotada de um sentido global (sistemático)*”. A finalidade da interpretação com base nessa teoria é a descoberta do significado do texto normativo, que é dado previamente à interpretação, sendo a sua aplicação um ato lógico-dedutivo, cujo “*verdadeiro centro está restrito à conclusão do silogismo judicial, isto é, circunscrito ao dispositivo da decisão*”. Vide MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 35-36.

<sup>13</sup> Com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, a concepção cognitivista da interpretação, para a qual a tarefa dos juízes consistiria na aplicação mecânica das normas gerais a casos individuais, foi superada em prol de uma concepção não-cognitivista, que “*reconhece a atividade de interpretação o direito como uma atividade decisória ou estipulativa, que depende da adjudicação de um significado à uma proposição normativa*”. Nesse sentido, verifica-se a superação do mero silogismo judicial. Vide MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep Maria. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Editora Marcial Pons, 2004. P. 158-162.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 280-284.

nova hermenêutica argumentativa, o desenvolvimento de uma teoria do direito fundada na dignidade da pessoa humana, de forma a promover a reaproximação do direito com a ética<sup>15</sup>.

Essa mudança do paradigma filosófico possibilitou o surgimento das três grandes transformações teóricas que alteraram o âmbito de aplicação do direito constitucional, e que se relacionam fortemente com o fenômeno objeto de estudo no presente trabalho, quais sejam: o reconhecimento da força normativa da Constituição (uma das características principais do chamado pós-positivismo, que retira a legislação do centro do debate e reconhece a sua subordinação às normas e princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, como passaremos a analisar.

## 1.2. Neoconstitucionalismo:

Lado a lado com a evolução filosófica retratada no item anterior, verifica-se a evolução doutrinária correspondente. Ao longo dos últimos quinhentos anos, foi possível identificar a existência de três modelos institucionais diversos, que reservaram para a ciência do direito e para a jurisprudência papéis específicos - são eles: o Estado pré-moderno, o Estado Legislativo de Direito e o Estado Constitucional de Direito<sup>16</sup>.

É no ambiente do Estado Constitucional de Direito que se verificaram as múltiplas transformações que serviram de base para o objeto do presente estudo<sup>17</sup>. Esse modelo institucional, conhecido atualmente como “neoconstitucionalismo”, desenvolveu-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial<sup>18</sup>, e especificamente no Brasil, com a Constituição de

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 280-284.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 284-289.

<sup>17</sup> DANIEL MITIDIERO entende que a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional acarretou uma tríplice alteração na compreensão do Direito, a qual também acarretou mudanças no âmbito do processo civil, que deixou de ser pensando com um “*perfil subjetivo, pré-ordenado somente para a resolução de casos concretos em juízo*”. Nesse sentido, a primeira mudança mencionada pelo autor diz respeito à teoria das normas, pois no Estado Constitucional as normas passaram a ser enquadradas como princípios, regras ou postulados. A segunda mudança refere-se à técnica legislativa, que passa de uma legislação redigida de forma casuística, para uma legislação em que se misturam as técnicas casuística e aberta. Finalmente, a terceira mudança verificada relaciona-se com o significado da interpretação jurídica, e, “*no fundo, com a própria compreensão a respeito da natureza do Direito*”. Ou seja, na passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, se reconhece a separação entre texto e norma – agora a atividade do jurista passa a ser “*uma harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas*”. Vide MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 13-15.

<sup>18</sup> Na Europa, as principais referências no desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito ocorreram na Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã de 1949) e sobretudo graças à criação do

1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A característica central desse modelo é a subordinação da lei a uma constituição específica – em consonância com a corrente filosófica em ascensão, o chamado pós-positivismo<sup>19</sup>. Assim, conforme pontua LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>20</sup>, a validade das leis já não depende apenas do aspecto formal de sua edição, mas também da efetiva compatibilidade do seu conteúdo com as normas constitucionais. Nesse contexto, a jurisprudência passou a desempenhar novos papéis<sup>21</sup>, dentre os quais estão o controle de constitucionalidade dos atos legislativos e administrativos e a interpretação crítica das normas com base no texto constitucional.

As principais mudanças no plano teórico trazidas por esse novo modelo institucional, combinado com a evolução da teoria filosófica positivista, foram o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação desses dispositivos e a expansão da jurisdição constitucional.

Até meados do século XIX as Constituições eram vistas como documentos essencialmente políticos, que não reconheciam papel relevante ao Judiciário para a realização do seu conteúdo. Atualmente reconhece-se a força normativa, de caráter vinculativo e obrigatórios das disposições constitucionais. Segundo ressalta LUÍS ROBERTO BARROSO, as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e a sua inobservância acarreta mecanismos próprios de coação.

Ainda, através do fenômeno da constitucionalização, alguns direitos inerentes da condição humana foram elevados ao grau constitucional, sendo considerados direitos fundamentais e, com isso, ficaram imunizados contra eventual ação danosa proveniente do

---

Tribunal Constitucional Federal em 1951, bem como na Itália, a partir da sua Constituição de 1947 e a subsequente instalação da Corte Constitucional em 1956.

<sup>19</sup> “(...) o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o plano jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente (...)” em BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 272.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 266.

<sup>21</sup> Nesse mesmo sentido, é possível identificar mudanças também no âmbito do processo civil. DANIEL MITIDIERO sustenta que o processo civil no Estado Constitucional deve ser capaz de desempenhar um “*duplo discurso*”, que pressupõe a construção de uma teoria do processo idônea para dar conta da necessidade de propiciarmos a “*prolação de uma decisão justa para as partes no processo e a formação e o respeito ao precedente judicial para a sociedade como um todo*”. O “*duplo discurso*” mencionado pelo autor, relaciona-se, portanto, com a necessidade de se proferir um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade, para “*realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social*”. Vide MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 26. No mesmo sentido MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. *Revista de Processo*. Vol. 245, ano 40. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. Pg. 334-337.

processo político majoritário – pois garantir a sua observância passou a ser papel exercido pelo Judiciário. Dessa forma, temos que a jurisdição constitucional se expandiu através da criação de mecanismos para a sua proteção, tais como o controle de constitucionalidade<sup>22</sup>, a *judicial review* norte-americana e, especificamente no caso do Brasil, pela possibilidade de interposição de ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por fim, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo provocado pela ascensão do pós-positivismo acarretaram a necessidade de aprimoramento da hermenêutica jurídica, sobretudo da interpretação constitucional. Conforme explica LUÍS ROBERTO BARROSO, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica, incluem-se novas categorias, tais como, “(...) o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões entre normas constitucionais e direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais”<sup>23</sup>. Esse tópico, por ser importante fator de impulsão da prática judiciária ativista, será melhor detalhado no próximo item.

Em suma, partindo da definição trazida por LUÍS ROBERTO BARROSO, podemos identificar o neoconstitucionalismo como sendo um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado de Direito e no Direito Constitucional, em meio aos quais podem ser assinalados:

“(...) i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e iii) 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”<sup>24</sup>.

Nesse mesmo sentido, SUSANA POZZOLO elenca como características principais dessa corrente de pensamento: a existência de normas-princípio nos ordenamentos jurídicos, a aplicação da ponderação - além da subsunção - para aplicação e interpretação dos dispositivos

<sup>22</sup> No Brasil, o controle de constitucionalidade existe na forma incidental desde a primeira Constituição Republicana e 1891. Já o controle por via principal – abstrato e concentrado – foi introduzido pela Emenda Constitucional nº. 16, de 1965. Entretanto, a jurisdição constitucional expandiu-se verdadeiramente com a Constituição de 1988, em função da ampliação do direito de propositura no controle concentrado, passando a ser instrumento para as minorias políticas e segmentos sociais representativos.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 288.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005.

constitucionais em decorrência da positivação dos princípios, a superioridade do texto constitucional, que além de realizar a distribuição das competências e organizar os Poderes passa a apresentar um conteúdo substancial que condiciona a validade das normas infraconstitucionais à compatibilidade com suas disposições; e, por último, configura-se característica do neoconstitucionalismo, a interpretação criativa da jurisprudência, em função da tarefa do juiz de interpretar o direito à luz das exigências de justiça veiculadas pela Constituição ao caso concreto, o que decorre, em grande parte, da positivação dos princípios e da adoção da ponderação como método de interpretação<sup>25</sup>.

No entanto, muitos autores importantes na doutrina brasileira não concordam com a definição apresentada. Aliás, muitos sequer concordam com a existência de um novo modelo de constitucionalismo. Afirmam que se trata de uma elaboração imersa em fragilidades teóricas, um “modismo-intelectual”<sup>26</sup>.

Nesse sentido, ELIVAL DA SILVA RAMOS<sup>27</sup> apresenta uma refutação à definição desenvolvida por LUÍS ROBERTO BARROSO, apresentada neste trabalho. No que tange ao *marco histórico*, sustenta que não há nada que permita distingui-lo do constitucionalismo propriamente dito, quer dizer, da “(...) proposta de se assegurar estabilidade (segurança jurídica) e dinamismo (liberdade) ao sistema político democrático, a partir de Constituições documentais rígidas”<sup>28</sup>. Isso porque o Estado Constitucional de Direito consolidou-se em períodos históricos diversos em relação a cada sociedade política, quer dizer, não há correlação necessária com a consolidação do sistema político democrático (apesar de usualmente coincidir com este). Por essa razão, o autor entende que não existem fundamentos para se afirmar que se trata de um fenômeno simultâneo e de abrangência universal.

Ainda, quanto ao *marco filosófico*, o autor entende que os neoconstitucionalistas brasileiros seriam na verdade anti-positivistas, pois vislumbram no chamado pós-positivismo as características de um moralismo jurídico. Nas palavras do autor:

“(...) cuida-se sim de um jusnaturalismo mitigado, em que se propugna o distanciamento de categoriais metafísicas ou do subjetivismo axiológico, para buscar na racionalidade argumentativa (à Alexy) ou na experiência histórica (à Dworkin) um mínimo de objetividade ética que permita a superação (em determinadas circunstancias apenas) da objetividade do direito legislado (...)”<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Traducción de Josep M. Vilajosana. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 21, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmch4229>. Acessado em 23/10/2015.

<sup>26</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 281.

<sup>27</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 281.

<sup>28</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 281

<sup>29</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 281.

Por fim, no que tange ao *marco teórico* proposto por BARROSO<sup>30</sup>, que consistiria no reconhecimento da força normativa à Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação, o autor defende que não há constitucionalismo sem supremacia, ao menos no sentido formal, da Constituição. E isso implica num procedimento de revisão constitucional especial e a estruturação de um sistema de controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais. Quer com isso dizer que esses atributos são decorrentes do Estado Constitucional de Direito, seja de perfil pós-positivista ou positivista clássico, de forma que não podem ser considerados para caracterização de um fenômeno teórico específico.

Ainda, no que tange à diferenciação com base na moderna hermenêutica constitucional, o autor argumenta que esta é perfeitamente compatível com os postulados centrais do positivismo jurídico. No entanto, entendemos que é possível identificar algumas limitações. A hegemonia normativa dos princípios sustentada por muitos neoconstitucionalistas, ao ponto de afirmarem a possibilidade de deixar de lado uma regra prevista na Constituição em prol da ampliação da incidência de uma norma-princípio constitui pretensão que não pode ser verificada na prática de um sistema que adote o positivismo jurídico na sua visão clássica.

Assim, em que pese o positivismo jurídico clássico já ter incorporado entendimento no sentido de conceder força vinculante às normas-princípios, no âmbito de aplicação prática desse sistema é usual considerar o descumprimento de uma regra como infração mais grave à ordem Constitucional do que o descumprimento de um princípio. Isso porque as regras possuem uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm. Ou seja, enquanto as regras têm pretensão de oferecer uma solução provisória a determinado conflito de interesses – já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo – os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável<sup>31</sup>. Por essa razão, se houver um conflito entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, a doutrina neoconstitucionalista defenderia que deve prevalecer o princípio, enquanto a doutrina com base no sistema positivista clássico entenderia que a regra deve prevalecer.

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

<sup>31</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 90.

HUMBERTO ÁVILA<sup>32</sup> considera o “neoconstitucionalismo” como um dos movimentos de teorização e aplicação do direito Constitucional mais visíveis no Brasil nos últimos anos. Explica que apesar de não ser possível esboçar teoria única do “neoconstitucionalismo”, é possível apontar algumas mudanças fundamentais que este movimento trouxe, entre elas: mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, uma análise mais particular e concreta do que geral e abstrata, mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo e Executivo, maior aplicação da Constituição do que da Lei<sup>33</sup> - em consonância com as definições de outros autores já apresentadas anteriormente.

O autor expõe que as mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm uma relação de causa e efeito. O encadeamento entre elas poderia se dar da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário, e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação<sup>34</sup>.

Assim, o ponto inicial dessa cadeia metodológica estaria justamente na positivação e na aplicação preponderante dos princípios no lugar das regras. Dessa preferência normativa pelos princípios decorreria o método específico de interpretação, conhecido como “ponderação”. Deste método, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação, voltada ao sujeito individual e ao caso concreto, quanto o predomínio da dimensão particular de justiça. Essas mudanças, ao seu turno, conduziriam à dominância de um dos Poderes, o Judiciário, e de uma das fontes de direito, a Constituição. Nas palavras do autor: “(...) A norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o Poder”<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> ÁVILA, Humberto. Revista Eletrônica de Direito do Estado, “*Neoconstitucionalismo*”: entre a “*ciência do Direito*” e o “*Direito da ciência*”. Instituto Brasileiro de Direito Público, número 17, Salvador, Bahia. Jan/Fev/Mar 2009.

<sup>33</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. Revista Eletrônica de Direito do Estado, “*Neoconstitucionalismo*”: entre a “*ciência do Direito*” e o “*Direito da ciência*”. Instituto Brasileiro de Direito Público, número 17, Salvador, Bahia. Jan/Fev/Mar 2009.

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto. Revista Eletrônica de Direito do Estado, “*Neoconstitucionalismo*”: entre a “*ciência do Direito*” e o “*Direito da ciência*”. Instituto Brasileiro de Direito Público, número 17, Salvador, Bahia. Jan/Fev/Mar 2009.

<sup>35</sup> ÁVILA, Humberto. Revista Eletrônica de Direito do Estado, “*Neoconstitucionalismo*”: entre a “*ciência do Direito*” e o “*Direito da ciência*”. Instituto Brasileiro de Direito Público, número 17, Salvador, Bahia. Jan/Fev/Mar 2009.

Seguindo o raciocínio que o autor desenvolve ao longo do artigo, é possível concluir, portanto, que o neoconstitucionalismo possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, quatro fundamentos principais: normativo (da regra ao princípio), metodológico (da subsunção à ponderação), axiológico (da justiça geral à justiça particular) e organizacional (do Poder Legislativo ao Poder Judiciário)<sup>36</sup>.

A fim de testar a consistência teórica desses fundamentos e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o autor promove a análise crítica de cada um deles, comprovando a fragilidade desse fenômeno. Em linhas bastante gerais, a constatação de que a Constituição brasileira de 1988 é mais regulatória do que principiológica conduz a uma ruptura no encadeamento lógico dos fundamentos do neoconstitucionalismo no Brasil. Ou seja, tendo a Constituição estabelecido um fundamento normativo básico diferente da maioria das Constituições do pós-guerra, haveria também necessariamente um fundamento metodológico diverso.

Não se pode afirmar categoricamente que os princípios são qualitativamente ou quantitativamente mais expressivos do que as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Pode se afirmar, todavia, que temos um ordenamento composto de regras e de princípios, com “funções eficaciais complementares e diferentes (...)”<sup>37</sup>. Assim, a afirmação neoconstitucionalista de que o paradigma normativo passou, ou deveria passar, da “regra ao princípio” e o metodológico, conseqüentemente, da “subsunção à ponderação”, não encontra corroboração no ordenamento Constitucional do país. Quer dizer, o enunciado universal de que todas as Constituições do pós-guerra são principiológicas não encontra referibilidade na Constituição brasileira de 1988. Nesse sentido, afirma o autor:

“(...) Ele revela, em suma, aquilo que a “Ciência”, equivocadamente, vê ou quer ver no “Direito”, mas que, em verdade, nele não encontra corroboração. Nessa hipótese, em vez de “Ciência do Direito” tem-se o “Direito da Ciência”. O “neoconstitucionalismo”, nessa acepção, está menos para uma teoria jurídica ou método, e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira (...)”<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> ÁVILA, Humberto. Revista Eletrônica de Direito do Estado, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. Instituto Brasileiro de Direito Público, número 17, Salvador, Bahia. Jan/Fev/Mar 2009.

<sup>37</sup> ÁVILA, Humberto. Revista Eletrônica de Direito do Estado, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. Instituto Brasileiro de Direito Público, número 17, Salvador, Bahia. Jan/Fev/Mar 2009.

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. Revista Eletrônica de Direito do Estado, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. Instituto Brasileiro de Direito Público, número 17, Salvador, Bahia. Jan/Fev/Mar 2009.

Ainda, defender a utilização da ponderação como método para interpretação e aplicação do Direito de uma forma generalista, quer dizer, sem apresentar “critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação”, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária. Isso porque, sem a observância de determinados requisitos ou fases para a sua aplicação, as quais não serão objeto de análise pormenorizada no presente estudo em função de uma escolha metodológica, a ponderação não passa de uma técnica que, nas palavras do autor, “explica tudo, mas não orienta nada”, e nessa acepção, é legitimadora do decisionismo e “formalizadora de um intuicionismo moral”<sup>39</sup>.

Em suma, podemos concluir que as mencionadas mudanças promovidas na teorização e aplicação do direito Constitucional pelo movimento denominado “neoconstitucionalismo” não encontram suporte no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque não se pode afirmar que a Constituição brasileira de 1988 é mais principiológica do que regulatória, o que consequentemente leva à conclusão de que a ponderação não deve substituir a subsunção como único método de interpretação constitucional.

Por fim, não é correto sustentar a preponderância do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, isso porque o ordenamento constitucional privilegia a participação democrática e reserva competência ao legislativo para regular por lei inúmeras matérias. Quando não há uma solução correta ou um único meio adequado para promover as finalidades constitucionais, a deliberação feita através do Poder Legislativo é a mais adequada para obter a participação e a consideração da opinião de todos.

Nesse mesmo sentido, LUIS FERNANDO BARZOTTO<sup>40</sup>, explica que um dos maiores problemas do neoconstitucionalismo é que este se encontra no horizonte temporal do “pensamento pós-metafísico”, em função do qual acaba adotando um conceito de direitos humanos vazio, consensual e inflacionário. Segundo sustenta o autor, o conceito é “vazio”, pois é possível atribuir qualquer conteúdo aos direitos humanos “pós-metafísicos”; é “consensual” porque pode ser utilizado por qualquer grupo social ou político; e é “inflacionário”, na medida em que todas as pretensões e desejos presentes na sociedade contemporânea podem constituir o conteúdo dos ditos direitos humanos.<sup>41</sup> Por essa razão é

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. Revista Eletrônica de Direito do Estado, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. Instituto Brasileiro de Direito Público, número 17, Salvador, Bahia. Jan/Fev/Mar 2009.

<sup>40</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial, em MORA RESTREPO, Gabriel; BENÍTEZ ROJAS, Vicente Fabián (Orgs.). *Retos del derecho constitucional contemporáneo*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

<sup>41</sup> Cf. BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial, em MORA RESTREPO, Gabriel; BENÍTEZ ROJAS, Vicente Fabián (Orgs.). *Retos del derecho constitucional contemporáneo*. Buenos Aires: Astrea, 2013. Pg. 51-78.

que se diz que o individualismo liberal está na raiz da noção contemporânea do constitucionalismo, afinal se prefere o humano ao cidadão, e se tende a rechaçar as constrações coletivas ligadas à cidadania em prol de direitos individuais. Nas palavras do autor: “(...)o neoconstitucionalismo, como liberalismo aplicado ao direito, defende a ideia de que os indivíduos podem ser dotados de direitos que contrariam o bem comum”<sup>42</sup>.

Por essa razão, o autor apresenta sua crítica à teoria neoconstitucionalista, caracterizando-a como um “semiconstitucionalismo”<sup>43</sup>, que ignora questões referentes à articulação dos Poderes e centra sua atenção apenas na proteção dos direitos humanos. Tal efeito decorre da perspectiva do individualismo moral no qual essa teoria se apoia. A temática da separação de poderes não interessa aos neoconstitucionalistas, segundo o autor, porque a política é um assunto que diz respeito à comunidade política – e essa realidade é irrelevante ao indivíduo e aos seus direitos humanos<sup>44</sup>.

Outra crítica apresentada pelo autor e que merece destaque é no sentido da identificação entre direito e moral promovida pela doutrina neoconstitucionalista. A positivação de elementos morais se deu na forma de princípios constitucionais, ao ponto de que estes se identificam com a própria Constituição. Dessa forma, se a Constituição é norma suprema e esta é constituída por princípios morais, a conformidade com a Constituição necessariamente corresponde à conformidade com a moral - verifica-se a identificação entre direito e moral, entre validade e justiça: “É válido o que é justo, e é direito o que é moral”<sup>45</sup>.

O problema dessa identificação é que não pode haver crítica moral ao direito como crítica externa ao ordenamento jurídico, afinal toda a moral relevante à discussão jurídica está positivada constitucionalmente. A ausência de distinção entre ética e direito é característica dos Estados totalitários<sup>46</sup>. Note que a teoria neoconstitucionalista defende que um Estado legislativo liberal, por manter-se axiologicamente neutro à moral, estaria sujeito a servir de

---

<sup>42</sup> Cf. BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial, em MORA RESTREPO, Gabriel; BENÍTEZ ROJAS, Vicente Fabián (Orgs.). *Retos del derecho constitucional contemporáneo*. Buenos Aires: Astrea, 2013. Pg. 65.

<sup>43</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial, em MORA RESTREPO, Gabriel; BENÍTEZ ROJAS, Vicente Fabián (Orgs.). *Retos del derecho constitucional contemporáneo*. Buenos Aires: Astrea, 2013. Pg. 65.

<sup>44</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial, em MORA RESTREPO, Gabriel; BENÍTEZ ROJAS, Vicente Fabián (Orgs.). *Retos del derecho constitucional contemporáneo*. Buenos Aires: Astrea, 2013. Pg. 65.

<sup>45</sup> O autor caracteriza esse fenômeno como “judicialização da moral”, em contraposição à ideia de “moralização do direito” defendida pela teoria neoconstitucionalista.

<sup>46</sup> “(...) o Estado Total não reconhece nenhuma diferença entre lei e ética, porque a lei que está em vigor é idêntica à ética comum (...)”. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*, citado em BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial, em MORA RESTREPO, Gabriel; BENÍTEZ ROJAS, Vicente Fabián (Orgs.). *Retos del derecho constitucional contemporáneo*. Buenos Aires: Astrea, 2013. Pg. 51-78.

instrumento à tirania das maiorias. A solução proposta seria justamente uma Constituição repleta de princípios éticos que, efetivada por uma jurisdição constitucional, apenas reconheça como válida a lei que se encontre em conformidade com a moral constitucionalizada. Paradoxalmente, era a este mesmo fim que se destinavam os Estados totalitários: a que não houvesse distinção entre ética e direito. Dessa forma, o autor defende que o neoconstitucionalismo acaba realizando indiretamente o totalitarismo, por utilizar a ética e a moral como critérios de aferição de validade das leis<sup>47</sup>.

As principais discussões acerca da verificação prática da corrente doutrinária denominada “neconstitucionalismo” foram objeto de detalhada análise. Cabe agora analisar uma das principais características que essa corrente apresenta, e que mais contribui para a verificação do fenômeno do ativismo judicial, cujas bases se pretende assentar neste trabalho. Passamos a tratar da hermenêutica constitucional.

### 1.3. Interpretação constitucional:

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes, entre outros). A singularidade aqui é considerar a norma jurídica como *produto* da interpretação, e não como seu objeto - que é o relato abstrato contido no dispositivo normativo<sup>48</sup>.

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica que consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a um texto ou outros elementos normativos lastreados na Constituição<sup>49</sup>. No direito atual, principalmente a partir da “constitucionalização de princípios”<sup>50</sup>, a relação entre as normas abandona a simples relação hierárquica para adotar uma forma de interação mais complexa, uma relação de conteúdo.

O estudo acerca da interpretação constitucional é denso e não temos a pretensão de esgotá-lo. Apenas consideramos importante que seja feita menção à conceitos fundamentais que influenciam no desenvolvimento da matéria objeto do presente estudo. Assim,

<sup>47</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial, em MORA RESTREPO, Gabriel; BENÍTEZ ROJAS, Vicente Fabián (Orgs.). *Retos del derecho constitucional contemporáneo*. Buenos Aires: Astrea, 2013. Pg. 51-78.

<sup>48</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 293.

<sup>49</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 449.

<sup>50</sup> Cf. MÖLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. Pg. 292.

inicialmente, faz-se necessário estabelecer alguns conceitos fundamentais para o estudo da hermenêutica jurídica.

Um dos pilares em que se assenta a hermenêutica jurídica na atualidade é a distinção entre *dispositivo e norma*. O primeiro consiste no modo de previsão textual, é o texto normativo; enquanto o segundo é a norma em si, o seu conteúdo, sendo aquele o objeto da interpretação e este o seu resultado. A interpretação-aplicação é, desse modo, percebida como uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa, consistindo no “conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir”<sup>51</sup>. De igual modo, o termo *interpretação* além de referir ao processo interpretativo, que não pode ser confundido com a aplicação das normas, também pode significar o produto final do processo interpretativo. Assim, um dispositivo legal, após a leitura feita pelo intérprete, resultará em um enunciado normativo, que é a forma abstrata da norma que será aplicada.

Ainda, é importante que se faça a distinção entre *regras e princípios*. As regras e os princípios são espécies normativas qualitativamente distintas, pois demandam um processo diverso de aplicação, interagem de modo diverso com outras normas e exigem um esforço argumentativo diferente por parte do intérprete. Uma regra é uma norma que refere diretamente o comportamento permitido, proibido ou obrigatório, sem predeterminar diretamente o fim a que ele serve, ao passo que um princípio é uma norma que refere diretamente o fim a ser promovido, sem predeterminar diretamente o comportamento adequado e necessário à sua promoção<sup>52</sup>. Assim, os princípios são normas mais gerais, de aplicação mais abrangente e maior defectibilidade. Enquanto as regras têm o âmbito de aplicação mais restrito.

Feitas tais distinções, cabe iniciar a análise relativa à especificidade da interpretação constitucional. As Constituições deixaram de ser um mero instrumento da institucionalização do poder estatal, e, por conseguinte, da produção de atos normativos. Na atualidade, as Constituições desempenham funções variadas, atuando não apenas no plano da organização das competências e dos procedimentos para criação do direito, mas também antecipando o seu conteúdo regulatório. À essas características soma-se o caráter das normas constitucionais, que não mais se assentam somente em prescrições de hierarquia superior, mas também em normas abertas, constituídas por valores éticos e morais positivados. Em razão disso, a teoria da interpretação Clássica, ou positivista, revelou-se insuficiente à tarefa de concretização dos

---

<sup>51</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Debate, 1993. P. 211.

<sup>52</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Pg. 102.

princípios constitucionais<sup>53</sup>. Essa inadequação contribuiu para o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional específica<sup>54</sup>.

Em outras palavras, em razão das particularidades mencionadas a interpretação dos dispositivos constitucionais, algumas vezes, acaba extrapolando os limites da argumentação puramente jurídica; ou seja, o intérprete constitucional acaba levando em consideração, além das fontes tradicionais (dispositivos legais e precedentes), questões relacionadas à separação de poderes, aos valores éticos da sociedade, à legitimidade democrática das decisões judiciais e à moralidade política para promover sua atividade interpretativa e de aplicação do direito.

Nesse mesmo sentido, SUSANA POZZOLO<sup>55</sup> entende que a especificidade da interpretação constitucional, que a distingue da interpretação de qualquer outro texto normativo, está diretamente relacionada com a peculiar configuração do seu objeto – o texto Constitucional. O significado que a “especificidade da interpretação constitucional” assume no âmbito da doutrina neoconstitucionalista relaciona-se com cinco características principais dos modelos Constitucionais desenvolvidos por essa doutrina, são eles: a) a peculiaridade do sujeito da interpretação, que está relacionada com o modelo de controle de constitucionalidade previsto no ordenamento jurídico sob análise<sup>56</sup>, b) os efeitos atribuídos às sentenças proferidas pelos juízes constitucionais<sup>57</sup>, c) a peculiaridade das técnicas interpretativas<sup>58</sup> e d) a especificidade do objeto da interpretação, se normas ou princípios.

Assim, o método subsuntivo – que serve à interpretação e aplicação das regras – é considerado o método tradicional de interpretação jurídica. Atualmente não mais se considera

<sup>53</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 87.

<sup>54</sup> “(...) a metódica estruturante compreende a interpretação-aplicação da Constituição como um processo dialético, em que normas constitucionais vão sendo concretizadas pelos órgãos incumbidos de fazê-las atuar, tendo como referência elementos normativos e não normativos (que se reportam ao conjunto de fatos recortados da realidade material pelo âmbito da norma), relevantes para a solução da controvérsia que se quer resolver, relevância essa que se concretiza, também paulatinamente, no contato entre o texto normativo e os fatos subjacentes propiciado por essa complexa operação de subsunção.” MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalhos*, citado em RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 87.

<sup>55</sup> POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Traducción de Josep M. Vilajosana. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 21, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmch4229>. Acessado em 23/10/2015.

<sup>56</sup> Por exemplo, se o ordenamento analisado prevê um juízo constitucional concentrado, pode-se identificar a especificidade da interpretação feita do texto constitucional em face da interpretação conferida à lei, em razão da competência para a atividade interpretativa ser atribuída pelo ordenamento à órgãos distintos. Já no controle difuso de constitucionalidade, em que a atividade interpretativa da Constituição e da lei é feita pelo mesmo órgão, não se verifica essa distinção.

<sup>57</sup> Nos sistemas com controle concentrado de constitucionalidade, as sentenças dos juízes constitucionais possuem efeito *erga omnes*, enquanto as sentenças proferidas pelos juízes em controle difuso possuem efeito *inter partes*.

<sup>58</sup> O juiz constitucional, principalmente nos sistemas de controle concentrado de constitucionalidade, motiva suas decisões com base em argumentos principiológicos e de justiça. Mas essas motivações são de caráter contingente, e não necessário – assim, a especificidade da interpretação constitucional nesse sentido dependerá da rigidez ou flexibilidade da Constituição.

a atividade interpretativa como mero ato declaratório ou de reprodução de um direito pré-existente, mas se reconhece a vinculação da atividade do intérprete à elementos cognoscitivos que contribuem para a configuração, a partir do texto a aplicar, do dispositivo normativo, cujo teor resulta da atividade de concretização.

No caso específico da interpretação constitucional, este método de interpretação continua válido e aplicável para a solução de grande parte dos problemas interpretativos, mas nem sempre será suficiente para o enquadramento de questões constitucionais. Assim, a atividade interpretativa constitucional inclui tanto atividades de construção como de concretização, incidindo tanto sobre casos fáceis – solucionáveis por meio dos critérios tradicionais – como sobre os casos difíceis, cujo enquadramento acolhe elementos na filosofia moral e política.

Esse método interpretativo próprio da hermenêutica constitucional – que serve à interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais decorrentes da posituação dos princípios – denomina-se ponderação, e consiste, nas palavras de SUSANA POZZOLO, em três passos principais: identificação dos princípios aplicáveis ao caso concreto; a sopesação dos princípios localizados com base na relação hierárquica, de forma que o princípio com maior peso prevalece; e por fim, realiza-se a análise axiológica do princípio selecionado com o caso concreto<sup>59</sup>.

Nesse sentido, a exacerbação da importância dos princípios constitucionais não tem outra finalidade senão dotar o intérprete de liberdade para, se necessário, corrigir (ou, em hipóteses extremas, até mesmo recusar validade) o direito posto, em nome de uma pretensa ordem objetiva de valores<sup>60</sup>.

Assim, preliminarmente, já podemos perceber que a singularidade do ativismo judicial em matéria constitucional, conforme será melhor desenvolvido no próximo ponto, está diretamente relacionada com as especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outros aspectos, compreendem a supremacia hierárquica das normas Constitucionais, a existência de normas-princípios, a imprecisão semântica da linguagem constitucional - frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo, e a posição de supremacia funcional dos órgãos Judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação e aplicação da Constituição.

---

<sup>59</sup> POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Traducción de Josep M. Vilajosana. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 21, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmch4229>. Acessado em 23/10/2015.

<sup>60</sup> POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Traducción de Josep M. Vilajosana. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 21, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmch4229>. Acessado em 23/10/2015.

Todavia, ELIVAL DA SILVA RAMOS defende que se fosse eliminada a associação entre positivismo e subsunção mecânica, e afastada a referência a uma ordem de valores externa ao ordenamento jurídico com interferência direta sobre a sua conformação, não haveria por que não se afirmar a perfeita compatibilidade entre os desenvolvimentos mais recentes da Teoria da Interpretação e o positivismo jurídico<sup>61</sup>.

Tendo sido analisados os pressupostos teóricos e filosóficos que assentam as bases para a justificação da adoção de um modelo diverso de interpretação constitucional, que culmina no desenvolvimento do fenômeno do ativismo judicial por parte dos magistrados, fica claro que há discrepâncias quanto a caracterização desses fenômenos. No entanto, independentemente de se reconhecer ou não o desenvolvimento de uma nova filosofia jurídica, de uma corrente teórica que dela decorre e da adoção de métodos diversos para a interpretação de dispositivos constitucionais, a importância da análise desses pressupostos, bem como das críticas que eles sofrem pela doutrina, serve aos fins do presente trabalho, pois defendemos que eles constituem fatores de impulsão ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

Reconhecemos que existem outros fatores que são considerados de impulsão do ativismo judicial - podemos mencionar a adoção de um modelo de Estado intervencionista, a expansão do controle abstrato das normas, a atividade normativa atípica realizada pelo Supremo Tribunal Federal pela edição de Súmulas Vinculantes e pelo uso do Mandado de Injunção, dentre tantos outros já trabalhados pela doutrina. No entanto, entendo que os três fatores mencionados, quais sejam - a força normativa da constituição e a expansão da jurisdição constitucional, decorrentes dos avanços teóricos do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, bem como a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional - constituem os fatores de maior relevância para embasar às mudanças percebidas no Judiciário, principalmente no âmbito de atuação do STF nas últimas décadas. Agora, passamos a conceituar o fenômeno do ativismo judicial.

---

<sup>61</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 307.

## 2. CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL:

### 2.1. Origem e Conceito:

Atualmente é possível identificar um papel ativo do Supremo Tribunal Federal na vida institucional brasileira. Essa centralidade, não só da Corte Suprema, mas do Judiciário como um todo, na tomada de decisões políticas e de outros temas controvertidos na sociedade tem sido objeto de reflexão e críticas por muitos autores. O objetivo do presente capítulo é definir e delimitar o conceito de ativismo judicial, tendo por base a atuação do Supremo Tribunal Federal a partir das mudanças institucionais promovidas pela posituação dos princípios no texto Constitucional.

Vale ressaltar, entretanto, que esse fenômeno não se verifica exclusivamente no âmbito do Judiciário brasileiro<sup>62</sup>. Esse fenômeno pode ser verificado, em alguma medida, em diversos países, onde as Cortes Constitucionais têm se destacado como protagonistas de decisões envolvendo questões políticas, de implementação de políticas públicas, e até mesmo questões relativas a escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. Mas ainda assim, o caso brasileiro se destaca, tanto pela extensão quanto pelo volume em que esse fenômeno se verifica na prática. Alguns autores apontam como justificadora desse crescente circunstâncias associadas à Constituição, à realidade política, à inércia do Poder Legislativo e a visibilidade pública que alçaram os julgados proferidos pelo STF<sup>63</sup>.

O termo “ativismo judicial” tem despertado intensa discussão no meio acadêmico. Sua definição, origem e extensão são questões controvertidas. Diante da falta de rigor na definição do fenômeno, parece até que “quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado”<sup>64</sup>. Por outro lado, o ativismo judicial tem reais e importantes implicações sociais

---

<sup>62</sup> “No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009.

<sup>63</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>.> Acesso em: 28 de setembro de 2015.

<sup>64</sup> Cf. KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “judicial activism”. California: *California Law Review*, v. 92, 2004. Pg. 1443.

e políticas, de modo que precisa ser identificado concretamente. Conforme já estabelecemos anteriormente, o fenômeno decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas. Ademais, ante a omissão legislativa verificada no Brasil nas últimas décadas, o STF, no exercício da sua função de assegurar o cumprimento das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais, tem sido chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias que caberiam ao Poder Legislativo regulamentar<sup>65</sup>.

Em termos gerais, o vocábulo é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela Constituição<sup>66</sup>. Nesse sentido, o principal comportamento caracterizador do ativismo se relaciona com a expansão do poder decisório que os juízes e as Cortes promovem sobre os demais Poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando decisões ou atuando nos espaços reservados àqueles<sup>67</sup>. A controvérsia relativa a esse fenômeno já surge quanto a origem do termo e quanto a sua definição.

Quanto a origem, alguns autores defendem que o fenômeno teria surgido com a jurisprudência norte-americana. Dentre eles está LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>68</sup>, que afirma que o ativismo despontou com um matiz conservador na jurisprudência norte-americana, apontando como exemplo a jurisprudência que se formou com o caso *Dred Scott v. Sanford*, de 1857, cuja decisão amparava a segregação racial, e a jurisprudência no sentido de invalidação das leis sociais, contemporânea da Era *Lochner*, 1905-1937<sup>69</sup>. VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE<sup>70</sup>, bem como STEFANE LINDQUIST e FRANK CROSS<sup>71</sup> atribuem o surgimento da expressão “ativismo judicial” ao jornalista americano Arthur Schlesinger, que utilizou o termo pela primeira vez no artigo “*The Supreme Court: 1947*”, publicado pela

<sup>65</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>.> Acesso em: 28 de setembro de 2015.

<sup>66</sup> Especificamente no campo do processo civil, para que este “*tenha condições de ser um instrumento idôneo para a tutela dos direitos tanto em uma dimensão particular como geral (...)*”, DANIEL MITIDIERO explica que devemos nos ater ao problema do delineamento apropriado do papel conferido às Cortes Judiciais, isto é, ao “*dimensionamento das adequadas funções que devem ser por elas desempenhadas no Estado Constitucional*”. O desrespeito pelo Judiciário das funções conferidas a ele pela Constituição também causam prejuízos ao processo civil, que fica prejudicado na realização de sua função de instrumento para a tutela dos direitos das partes. Vide MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 29.

<sup>67</sup> Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 152.

<sup>68</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>.> Acesso em: 28 de setembro de 2015.

<sup>69</sup> A orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo Estatal culminou no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial no leading case *West Coast v. Parrish*, 1937.

<sup>70</sup> Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, pg. 21.

<sup>71</sup> LINDQUIST, Stefane; CROSS, Frank. *Measuring Judicial Activism*. New Oxford: OUP, 2009. Pg. 1-2.

Revista *Fortune*, no qual o autor se propôs a traçar o perfil dos nove juízes que compunham a r. Corte. Ele analisou a atuação dos *justices*, distinguindo-os entre “ativistas” (*activists*) e “campeões da reatividade judicial” (*champions of judicial restraint*), o que hoje denominamos de *self-restraint*. Ainda, segundo esses autores, desde então o termo vem sendo utilizado com uma conotação crítica à atuação do Poder Judiciário.

Quanto a definição de “ativismo judicial”, há diversos conceitos elaborados pela doutrina brasileira. Cito alguns que, ao meu entender, melhor caracterizam o fenômeno. Para LUÍS ROBERTO BARROSO, a ideia de ativismo está associada a uma maior participação do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, através de uma maior interferência no âmbito de atuação dos demais Poderes. Assim, nas palavras do autor: “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”<sup>72</sup>. O autor relaciona a verificação desse fenômeno com situações de retração do Poder Legislativo, de forma a interferir para que as demandas sociais sejam efetivamente atendidas.

Ainda, o autor elenca diferentes condutas através das quais se manifesta a postura ativista, dentre as quais estão:

- (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.

Nesse mesmo sentido, RICARDO VIEIRA DE CARVALHO FERNANDES defende que o ativismo é uma forma de agir judicial, quer dizer, refere-se a uma postura do Judiciário. Nas palavras do autor: “(...) é uma *forma de atuação* que decorre de uma *opção política*. Nada mais é que um *comportamento* de seus representantes”<sup>73</sup>. Vale citar o conceito completo trazido pelo autor:

Ativismo judicial é uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas

<sup>72</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>.> Acesso em: 28 de setembro de 2015.

<sup>73</sup> Cf. FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Confluências, vol. 12. Niterói: PPGSD-UFF, 2012. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitual-brasileira>.> Acesso em 31 de outubro de 2015.

públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional).

Por sua vez, THAMY POGREBINSCHI, partindo de uma análise que combina aspectos sociopolíticos e jurídicos, considera um juiz ativista aquele que:

a) use seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites a sua atividade<sup>74</sup>.

Há uma sinalização claramente negativa relacionada com as práticas ativistas por, segundo entende ELIVAL DA SILVA RAMOS, “importarem numa desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes”<sup>75</sup>. Ainda, o autor ressalta que o fenômeno, apesar de verificar-se contra a atividade exercida pelo Poder Executivo, golpeia mais claramente o Poder Legislativo, o qual pode ter o produto da atividade legiferante irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade) ou ainda, ter o seu espaço de atuação normativa invadido por decisões judiciais excessivamente criativas. Vale citar o conceito formulado pelo autor, senão vejamos:

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)<sup>76</sup>.

O ativismo judicial, segundo entende CARLOS EDUARDO DIEDER REVERBEL ocorre quando o juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim resolve problemas políticos com base em critérios jurídicos. Isso ocorre, segundo entende o autor, pelo “desprestígio da lei, ineficiência da política e dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos (...)”<sup>77</sup>.

O autor KEENAN KMIEC<sup>78</sup> retrata a multidimensionalidade do termo e analisa cinco diferentes sentidos aplicáveis ao conceito de “ativismo judicial”. O primeiro sentido se verifica quando ocorre a anulação de um ato normativo, emanado do Legislativo ou do

<sup>74</sup> Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC, 2000. Pg. 122.

<sup>75</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 129.

<sup>76</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 129.

<sup>77</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*, in José Levi Mello do Amaral Júnior (org.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2010. P. 73.

<sup>78</sup> KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “judicial activism”. *California Law Review*, v. 92, 2004. Pg. 1441-1477.

Executivo, cuja constitucionalidade seria defensável. Nessa hipótese, o autor critica a atuação da Suprema Corte, pois entende que diante da presunção de constitucionalidade das leis, a Corte deveria prezar pela deferência ao legislador, “*in dubio pro legislatore*”. A segunda dimensão do conceito de ativismo judicial relaciona-se com a vedação à criação de direito pelas Cortes. Para o autor, Cortes ativistas seriam aquelas que, a pretexto de interpretar o direito, acabariam criando atos normativos novos, desprezando os limites de suas atribuições e o princípio da separação de poderes.

O terceiro sentido atribuído pelo autor configura-se quando a Corte se desvia da metodologia de interpretação já consolidada para determinado tipo de caso. Kmiec destaca, ainda, que as cortes ou juízes ativistas também podem ser entendidos como aqueles que julgam orientados pelo resultado. Por último, o quinto sentido desenvolvido pelo autor está pautado no respeito aos precedentes judiciais. Nesse sentido, a noção de ativismo estaria relacionada a decisões judiciais que não se enquadram à orientação consolidada pela jurisprudência.

Ainda, cabe citar o conceito trazido pela autora VANICE DO VALLE que, partindo da sistematização desenvolvida por Keenan Kmiec, reconhece cinco principais definições traçadas em sede doutrinária e jurisprudencial, quais sejam:

- a) A prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar “das salas das sessões”; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultados pré-determinados<sup>79</sup>.

VICENTE PAULO DE ALMEIDA<sup>80</sup> argumenta que o ativismo ocorre sempre que o juiz inventa uma norma, cria um direito, ou inova o ordenamento jurídico. Segundo o autor, há duas espécies de ativismo: o inovador, no caso de o juiz criar uma norma e o revelador, quando o juiz também irá criar uma norma, contudo com base em princípios constitucionais ou na interpretação de uma norma lacunosa.

Finalmente, no que tange à delimitação do conceito de “ativismo judicial”, cabe mencionar o conceito trazido por HUMBERTO ÁVILA, que define ativismo judicial como “(...) exercício de atuação judicial que desrespeita, visto que descaracteriza, a função de configuração democrática do Direito por meio de normas gerais e abstratas, que é função

<sup>79</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009. Pg. 22.

<sup>80</sup> Cf. ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo Judicial*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina: n°. 2930, 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

típica do Poder Legislativo”<sup>81</sup>. O autor sustenta que só haverá ativismo judicial quando o exercício da função judicial comprometer o exercício do poder democrático. Assim, se ficar configurada omissão do Poder Legislativo na tarefa de regular determinada matéria ou configurar princípios fundamentais, nesse caso o Poder Judiciário não estará atuando de forma ativista, pois sua atuação será excepcional, ou seja, não estará descaracterizando função típica do Poder Legislativo e nem se sobrepondo ao resultado normativo dessa função. Nas palavras do autor:

(...) existe ativismo judicial quando o Poder Legislativo deixa de configurar democraticamente (procedimento) os princípios e regras constitucionais (objeto) por meio de normas gerais e abstratas (instrumento) e quem passa a fazê-lo é o Poder Judiciário. Poder Judiciário ativista é, portanto, aquele que exerce a função típica de configurar materialmente o Direito por meio de decisões judiciais que instituem normas gerais e abstratas<sup>82</sup>.

Por fim, o autor conclui que só haverá ativismo judicial quando o exercício comprometer a configuração democrática da Constituição pelo Poder Legislativo, ultrapassar o âmbito normativo reservado por ela para o Poder Judiciário e comprometer o sistema de igualdade geral, ainda que em nome da justiça individual. O autor defende que somente pelo exame do instrumento, do objeto e do procedimento de exercício de poder é que se poderá comprovar a existência de ativismo judicial, conforme analisaremos mais detalhadamente adiante<sup>83</sup>.

Do exposto até aqui, é possível fazer duas conclusões parciais. Primeiro, verifica-se que a formação do conceito de ativismo judicial surge com uma conotação marcadamente negativa. Nesse sentido, CASS SUSTEIN explica que o conceito de ativismo judicial encerra um juízo negativo sobre o exercício da jurisdição constitucional, pois o campo semântico do conceito corresponderia a um verdadeiro “insulto”<sup>84</sup>. Em segundo lugar, verifica-se que, em

<sup>81</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 150.

<sup>82</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 151-152.

<sup>83</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 155.

<sup>84</sup> Nas palavras do autor: “Algumas pessoas denominam uma decisão “ativista” quando pensam que a corte desviou-se da correta abordagem da Constituição. Nessa visão, a palavra “ativista” não é meramente uma descrição; é também e sempre um insulto. Quando as pessoas criticam a Corte em face de uma injustificável contração ou expansão dos direitos constitucionais, e chamam essa contração ou expansão de “ativista”, elas usualmente querem significar que a Corte desalinhou-se do correto entendimento da Constituição. Classificar uma decisão como ativista é dizer que ela é errada”. SUNSTEIN, Cass R. A hand in the matter: has the Rehnquist court pushed its agenda on the resto f the country? *Legal Affairs*, v. 26, 2003. Disponível em: <[http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature\\_marapr03\\_sunstein.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp)>. Acesso em 05 de novembro de 2015.

geral, os autores entendem o conceito de ativismo judicial como sinônimo de extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário, em maior ou menor medida.

## 2.2. Ativismo judicial e “judicialização da política”:

Outro aspecto importante no que tange à delimitação do conceito de ativismo judicial é a sua distinção com o fenômeno da “judicialização da política”. Em termos bastante singelos, o termo “judicialização” é utilizado para referir o fenômeno através do qual se verifica que as questões de larga repercussão política ou social das sociedades estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas – Congresso Nacional e Poder Executivo. Assim, esse fenômeno reflete a transferência de poder para os juízes e tribunais, o que acarreta, segundo ressalta LUÍS ROBERTO BARROSO, alterações significativas na linguagem, argumentação e no modo de participação da sociedade no processo de tomada das decisões<sup>85</sup>.

A crescente judicialização que se verifica no Brasil possui várias causas, dentre elas cabe mencionar o processo de redemocratização do país, o fenômeno da constitucionalização introduzido pela Constituição de 1988 e o sistema híbrido de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição, que combina a fórmula americana de controle incidental e difuso com o controle por ação direta oriundo do modelo europeu<sup>86</sup>.

Ocorre que, com a expansão do poder das Cortes e sua participação na solução das grandes questões morais e políticas objeto de controvérsias nas sociedades, não há outra forma de enxergá-las, a não ser como verdadeiros atores políticos. Apesar de possuírem singularidades e fundamentos diversos em relação ao Legislativo e ao Executivo, as Cortes ativistas, diante da relevância e dos efeitos de suas decisões, acabam participando diretamente da formação da vontade política dominante. No entanto, da mesma forma que as decisões ativistas acabam interferindo na política, as Cortes também têm a necessidade de se ajustarem ao ambiente político em que estão inseridas. Nesse sentido, explica o autor CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, que um cenário político “hostil pode conduzir à

---

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009.

<sup>86</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009.

postura de passivismo judicial; ao contrário, um cenário político de liberdade decisória traduz-se em larga oportunidade ao ativismo judicial”<sup>87</sup>.

Diante do exposto, temos que em meio a esse ambiente de relação entre o Judiciário e a política, verifica-se a progressiva transferência das decisões sobre as grandes questões sociais e políticas para o Judiciário, ao invés de estas serem decididas nos âmbitos do Executivo e do Legislativo. Mais do que uma escolha dos magistrados em adotar uma postura interpretativa ativista ou não, no âmbito da judicialização, a condição das Cortes como atores políticos relaciona-se com fatores externos relativos ao aumento da judicialização de demandas políticas.

Nesse sentido, importa ressaltar, conforme apontou LUIS ROBERTO BARROSO, que os conceitos de ativismo judicial e judicialização são “primos”, mas não se apresentam em função das mesmas causas. Nas palavras do autor, a judicialização no Brasil “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política”<sup>88</sup>. Ainda, deve-se ter clara a noção de que a judicialização não induz necessariamente ao ativismo judicial, ou seja, mesmo que questões políticas, sociais, econômicas, estejam sendo discutidas judicialmente (sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal), o Judiciário tem a opção de resolver esses problemas sem lançar mão de uma postura ativista. A postura ativista é uma escolha do aplicador do direito, em função das técnicas de interpretação constitucional por ele adotadas<sup>89</sup>, enquanto a judicialização é um fato social.

Corroborando tal afirmação, VICENTE PAULO DE ALMEIDA argumenta que sempre que a Constituição prever determinado direito e ela for interpretada no sentido de que esse direito seja assegurado, não haverá ativismo, mas sim, judicialização do direito. Para esse autor, o ativismo ocorre sempre que o juiz criar direito ou inovar no ordenamento jurídico. Esse fenômeno pode ser vislumbrado em duas espécies: na forma inovadora, quando o juiz cria direito; e na forma reveladora, quando a inovação normativa se der com base em

---

<sup>87</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 154.

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009.

<sup>89</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Confluências, vol. 12. Niterói: PPGSD-UFF, 2012. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitual-brasileira>>. Acesso em 31 de outubro de 2015.

princípios constitucionais ou pelo processo interpretativo constitucional de normas abertas ou lacunosas<sup>90</sup>.

Diante do exposto, é cabível ressaltar que a afirmação do papel político das Cortes não está necessariamente vinculada ao fenômeno do ativismo judicial, posto que a adoção deste depende de uma escolha interpretativa do julgador. Ainda, o exercício do papel político das Cortes não significa que elas sejam órgãos puramente políticos, que podem tomar decisões em conformidade com as vontades das maiorias ocasionais, ou sem qualquer vinculação ao texto legal e aos precedentes – isso consistiria em séria violação aos valores do Estado Constitucional de Direito. A ideia que se pretendeu desenvolver nesse ponto é no sentido de que as Cortes, ao assumirem papéis políticos, não serão necessariamente induzidas ao ativismo judicial, e deverão atuar em busca do equilíbrio apropriado entre as funções judiciais e política.

### 2.3. Ativismo judicial e *Self-Restraint*:

Finalmente, para concluir a tentativa de conceituar o fenômeno do ativismo judicial, cabe caracterizar brevemente o fenômeno diametralmente oposto – a autocontenção judicial, também conhecida pela doutrina como *self-restraint*.

O binômio ativismo-autocontenção judicial verifica-se na maior parte dos países que possuem Tribunais Constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade. Segundo explica LUÍS ROBERTO BARROSO, o movimento entre essas duas posições, na prática, costuma ser pendular e varia em função da atuação e do prestígio dos outros dos Poderes.

Por “autocontenção judicial”, devemos entender a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência no âmbito de atuação dos outros Poderes. Segundo sustenta LUÍS ROBERTO BARROSO, para essa linha teórica os juízes e tribunais devem evitar aplicar diretamente a Constituição para situações cuja incidência não esteja expressa no seu texto, devendo aguardar que o legislador ordinário exerça sua competência reguladora nos casos em que a Constituição lhe confere tal prerrogativa. Ainda, pela doutrina da autocontenção, os juízes tendem a fazer uso de critérios mais rígidos para a declaração de

---

<sup>90</sup> ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo Judicial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina: n.º. 2930, 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstêm-se de interferir na definição e execução de políticas públicas<sup>91</sup>.

Dessa forma, temos que para essa corrente teórica há uma maior valorização do regime democrático, em detrimento da jurisdição constitucional. Quer dizer, não se poderia minimizar a função daqueles que foram eleitos pela população, visto que quem exerce a jurisdição constitucional não foi escolhido pelo voto dos cidadãos. Adianto que essa questão relativa à falta de legitimidade democrática dos juízes é umas das principais críticas feitas ao ativismo judicial, e será melhor analisada adiante. Mas, em suma, os defensores dessa tese acreditam que diante do pluralismo social das sociedades atuais, é melhor que as controvérsias políticas não sejam discutidas no Judiciário, devendo ser solucionadas pelas instituições democraticamente eleitas para esse fim.

Sobre a origem desse fenômeno, o autor CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, citando o autor americano Larry Kramer, explica que a autorrestrrição judicial remonta ao tempo da promulgação da Constituição norte-americana e às origens da *judicial review*. O autor menciona que já nessa época, quando se discutia sobre quem teria autoridade para interpretar e definir o sentido das disposições constitucionais, não havia dúvida de que a *judicial review* apenas poderia ser exercida pelo Poder Judiciário com a mais absoluta restrição (*judicial restraint*). Ou seja, já para os *Founding Fathers*, o controle de constitucionalidade a ser feito pelos juízes deveria ser realizado com modéstia e cuidado, devendo evitar a todo custo interferir nos atos de outros dois Poderes. Ainda, a autorrestrrição está relacionada com a ideia de preservar a autoridade primária do povo como intérprete da Constituição. Por isso, como o povo delegou ao Legislativo a autoridade para fazer as leis, eventual suspeita de inconstitucionalidade dessas leis deveria ser resolvida diretamente pela comunidade e seus representantes eleitos, salvo quando muito manifesta. Nesse sentido, verifica-se que à época da promulgação da Constituição norte-americana e da origem do conceito de *self restraint*, as autoridades acreditavam na autorrestrrição como um exercício de deferência aos outros Poderes em homenagem ao autogoverno popular<sup>92</sup>.

O autor ainda aponta como elementos fundamentais da formação do conceito de autorrestrrição judicial, a *deferência* em favor dos outros Poderes, e a *prudência*, como

---

<sup>91</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, Brasília: Editora OAB, 2009.

<sup>92</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 177.

mecanismo de preservação da própria autoridade judicial<sup>93</sup>. Com base nesses fundamentos, propõe a conceituação desse fenômeno como uma “filosofia adjudicatória ou mesmo prática decisória que consiste em retração do Poder Judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político-institucional”<sup>94</sup>.

Nesse sentido, os juízes que adotam a teoria restritiva evitam tomar decisões que produzam reações políticas muito adversas, efeitos sistêmicos de desprestígio institucional ou aumento de litigância a ponto de comprometer a capacidade e qualidade dos seus serviços<sup>95</sup>. Por fim, o autor traz um estudo acerca das possíveis dimensões da autorrestrição judicial, com base em uma sistematização desenvolvida por Richard Posner – tal sistematização, apesar de muito interessante, não será analisada pormenorizadamente no presente, pois o propósito é meramente diferenciar o fenômeno da autocontenção do fenômeno do ativismo.

O fenômeno da autocontenção pode ocorrer de diversas formas. O autor SERGIO FERNANDO MORO<sup>96</sup>, apresenta duas principais formas de aplicação dessa corrente na jurisprudência brasileira. A primeira delas é a chamada “reserva de consistência”, pela qual as decisões relativas ao controle de constitucionalidade das leis devem estar bem fundamentadas, uma vez que o exercício da jurisdição constitucional pode colidir com a atuação dos outros Poderes. Uma forma bastante conhecida da “reserva de consistência” é a chamada reserva do possível. O juiz não pode conceder direito indistintamente, uma vez que o Estado primeiro deve atender as demandas da coletividade, não devendo privilegiar os direitos daqueles que procuram o Judiciário. Dessa forma, com fundamento na insuficiência de recursos e meios materiais para garantir direitos individuais, o juiz limita sua própria atuação.

Outra expressão da autocontenção é a postura minimalista, por meio da qual os juízes, principalmente os Ministros que integram os Tribunais Superiores, utilizam de estratégias minimalistas de adjudicação diante de questões morais complexas. Ou seja, é quando o magistrado não aplica decisões demasiadamente abrangentes, justamente em razão do pluralismo presente nas sociedades atuais. Assim, os magistrados devem “tomar decisões estreitas em vez de amplas, isto é, evitar dizer mais do que o necessário para justificar o resultado de um caso concreto; devem tomar decisões superficiais em vez de profundas, isto

<sup>93</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 177.

<sup>94</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 178.

<sup>95</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 179.

<sup>96</sup> MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Pg. 218-224.

é, deixar, na maior medida possível, questões teóricas ou filosóficas mais fundamentais sem decidir (...)”<sup>97</sup>.

Ante o exposto até aqui, podemos concluir que a principal diferenciação entre a autocontenção e o ativismo está na postura de deferência aos outros Poderes, assumida pelo Poder Judiciário ao realizar a atividade de revisão de atos e decisões proferidas por aqueles. Nesse sentido, se “o ativismo judicial é enfrentar os outros Poderes, a autorrestricção é evitar decidir contra esses Poderes em respeito à autoridade política ou técnica dos mesmos”<sup>98</sup>. É dar-lhes o benefício da dúvida sobre a legitimidade e correção material dos seus atos.

Uma vez realizada a análise dos principais fatores que servem de impulsão às práticas jurisdicionais ativistas, bem como do contexto teórico-filosófico que estas estão inseridas, e, ainda, tendo sido apresentados os principais conceitos de ativismo judicial desenvolvidos pela doutrina, estamos próximos de alcançar a pretensão do presente estudo, que busca a delimitação do fenômeno do ativismo judicial. Nesse sentido, para concluir a primeira parte do estudo, passamos a análise das principais críticas proferidas contra o ativismo judicial.

### 3. PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL:

O constitucionalismo, modelo característico do Estado Democrático de Direito, trouxe maior controle normativo por parte do Poder Judiciário, principalmente no que se refere às decisões de caráter geral tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Esse comportamento tem sido objeto de constantes críticas pela doutrina, sempre relacionando o ativismo judicial a problemas de separação de poderes, juridicidade da política, sobre a própria concepção de democracia e a legitimidade dos seus atores. Isso porque este processo de controle jurisdicional das decisões políticas rompe com a liberdade de manifestação quase absoluta que era até então atribuído às instituições político-representativas. Passamos a analisar individualmente as principais críticas ao ativismo judicial.

---

<sup>97</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 189.

<sup>98</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 179.

### 3.1. Contramajoritarismo e legitimidade democrática:

As críticas da atuação contramajoritária e da ausência de legitimidade democrática dos juízes para exercer o controle de constitucionalidade das leis são argumentos complexos que antes de serem desenvolvidos, precisam ser contextualizados. Assim, antes de adentrar no cerne da discussão, faz-se necessária uma incursão introdutória geral.

O espírito do constitucionalismo se resume na ideia de que o poder soberano, e, em particular, a autoridade legislativa investida em representantes eleitos estão submetidos a certos valores substantivos que são protegidos pela Constituição. Assim, numa democracia, decidimos os problemas da sociedade em conjunto, através dos nossos representantes eleitos pelo voto popular<sup>99</sup>. Mesmo que tenhamos uma opinião pessoal em relação a cada um dos problemas da sociedade, e estejamos convictos de que a nossa solução é a melhor, apenas poderemos aceitar que uma solução diferente da nossa seja adotada se concordarmos com a legitimidade do procedimento decisório que a escolheu. Trata-se de uma opção que é feita pela sociedade por conviver abertamente com diferenças de opiniões e conflitos, sem suprimi-los por meio da força ou outra forma de paternalismo<sup>100</sup>.

Em nome da democracia<sup>101</sup> e em prol do respeito às diferenças de opinião, a Constituição brasileira de 1988 adotou um esquema decisório bastante complexo. Segundo explica o autor CONRADO HÜBNER MENDES, a Constituição brasileira reproduziu a moldura de grande parte das democracias contemporâneas, ao adotar “um modelo de separação de Poderes que combina o Poder Legislativo representativo, burocracia técnica subordinada ao controle político da cúpula do Poder Executivo e Poder Judiciário com função

<sup>99</sup> Conf. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 24.

<sup>100</sup> Nesse sentido, ver Jeremy Waldron. “(...)We imagine a decision being made by a certain process and we imagine a citizen Cn – who is to be bound or burdened by the decision – disagreeing with the decision and asking why she should accept, comply or put up with it. Some of those who support the decision may try to persuade Cn that it is right in its substance. But they may fail, (...) simply because Cn continues (not unreasonably) to hold a different view on this vexed and serious matter. What then is to be said to Cn? A plausible answer may be offered to her concerning the process by which the decision was reached. Even though she disagrees with the outcome, she may be able to accept that it was arrived at fairly. The theory of such a process-based response is the theory of political legitimacy”. WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case against Judicial Review**. *The Yale Law Journal*, Vol. 115, nº. 6, 2006. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20455656>.> Acesso em 28/05/2015. Pg. 1387.

<sup>101</sup> “O Estado antes de ser de Direito é de Política, de democracia. É a democracia como fundamento (governo do povo), funcionamento (governo pelo povo) e finalidade (governo para o povo) que define o direito em nosso sistema jurídico”, em REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*, in José Levi Mello do Amaral Júnior (org.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2010. P. 73.

de realizar o controle de constitucionalidade e de legalidade”<sup>102</sup>. Assim, a Constituição brasileira de 1988, para assegurar o cumprimento de suas normas, nomeou o Supremo Tribunal Federal como guardião, que tem como função principal, portanto, controlar em último grau a compatibilidade das leis com a Constituição.

O problema com esse arranjo é que como os membros do Tribunal não são eleitos pelo povo parece injustificável que eles possam invalidar uma decisão tomada pelo legislador representativo. Ainda, conferir-lhes tal prerrogativa parece incompatível com a ideia exposta anteriormente de que em uma democracia<sup>103</sup>, devemos decidir os problemas da sociedade em conjunto. Assim, “a ideia de um ente externo que fiscaliza a atuação dos representantes do povo seria antidemocrática”<sup>104</sup>. É nesse sentido que se desenvolve a crítica do contramajoritarismo e da falta de legitimidade democrática dos juízes.

O termo “contramajoritarismo” refere-se à alegação de impossibilidade de tribunais ou órgãos não eleitos democraticamente invalidarem decisões de órgãos cujos membros foram escolhidos através de eleições populares. O termo originou-se da expressão “*countermajoritarian difficulty*”, utilizada pela primeira vez por Alexandre Bickel, em sua obra intitulada “*The Least Dangerous Branch*”<sup>105</sup>.

O problema reside no fato de que os juízes e tribunais, embora não tendo representatividade concedida pelo povo, acabam desempenhando papel político na prática, principalmente quando invalidam os atos emitidos pelos outros dois Poderes. Assim, quando o STF se sobrepõe a uma decisão emitida pelo Presidente da República, editada através de Medida Provisória – ou editada pelo Congresso Nacional, se verifica a dita dificuldade contramajoritária, tendo em vista que a atuação dos membros do Congresso e do Presidente da República estariam sufragadas pela escolha popular, e os juízes e tribunais não teriam tal representatividade para exercer papéis políticos.

LUIS ROBERTO BARROSO apresenta duas justificativas, que configurariam legitimidade aos Tribunais Constitucionais para invalidar decisões emanadas por aqueles que

---

<sup>102</sup> Conf. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 24-25.

<sup>103</sup> Cabe mencionar o conceito de democracia adotado para os fins desse trabalho, segundo define Conrado Hübner Mendes, a democracia é “(...)o regime no qual a representação política é atribuída a autoridades escolhidas por sufrágio universal para exercerem mandato periódico, fenômeno que somente no século XX passou a civejar com maior envergadura. A igualdade individual é o seu pressuposto moral”. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 23-24.

<sup>104</sup> Conf. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 25.

<sup>105</sup> Cf. ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo Judicial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina: n°. 2930, 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

exercem mandato popular. A primeira justificativa possui natureza normativa, e decorre, singelamente, do fato de que a Constituição atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, segundo entende o autor, a maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela do poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação deve ser de natureza técnica e imparcial. Assim, ao aplicar a Constituição e as leis, os magistrados estariam apenas concretizando as decisões que já foram tomadas pelo legislador constitucional – representante do povo<sup>106</sup>.

Mas cabe a ressalva de que, na medida que cabe aos julgadores atribuir sentido a expressões indeterminadas e normas de natureza “aberta”, eles acabam contribuindo com o processo de criação do Direito. Ao adicionarmos à discussão a questão relativa a interpretação das normas constitucionais, podemos verificar que a crítica aqui desenvolvida acaba sendo maior do que o mero confronto abstrato entre constitucionalismo e democracia. Especialmente quanto aos limites impostos pela Constituição através das “cláusulas pétreas”, sempre dispostas em linguagem de textura aberta, impregnadas por valores morais abstratos e, por isso, suscetíveis de interpretação controversa, não basta afirmar que o poder público deve respeitá-las, mas é preciso verificar a legitimidade de quem vai realizar a leitura moral da Constituição. Assim, a afirmação feita no sentido de justificar a legitimidade contramajoritária dos Tribunais Constitucionais deve ser feita com cautela, na medida em que estes não desempenham uma atividade interpretativa meramente mecânica<sup>107</sup>.

A segunda justificativa apresentada possui natureza filosófica. A Constituição deve desempenhar dois papéis principais: estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando o governo da maioria, e proteger os valores e direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria política ocasional. E o intérprete da Constituição, no âmbito do Judiciário brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal. Assim, esse Tribunal deve funcionar como um “fórum de princípios” – e não de ideologias políticas ou concepções de natureza religiosa. Entretanto, essa justificativa também deve ser utilizada com cautela. A jurisdição constitucional é, de fato, uma garantia para a democracia. Mas a atuação do Judiciário não pode ser tão extensa

---

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas**, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>.> Acesso em: 28 de setembro de 2015.

<sup>107</sup> “Os mais recentes desenvolvimentos da interpretação constitucionais têm proposto um procedimento que teria a finalidade de aplicar uma sucessão de filtros ao raciocínio do juiz para que a sua opção valorativa pessoal seja minimizada. É o percurso do princípio da proporcionalidade. Antes de emitir um juízo puramente subjetivo, o juiz submete a interpretação aos testes de adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Essa última passagem seria uma ponderação de valores que sofreria apenas o constrangimento do dever de fundamentação”. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 13.

que acabe suprimindo a vontade política da maioria e nem o papel do Legislativo. Não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade<sup>108</sup>.

Segundo o entendimento exposto por CONRADO HÜBNER MENDES, a prerrogativa de controle de constitucionalidade conferida pela Constituição ao Poder Judiciário (também conhecida na doutrina estrangeira como *judicial review*<sup>109</sup>), ao fim e ao cabo, acaba não apenas assegurando a supremacia dos valores substantivos expressos na Constituição sobre a tomada de decisões pelo processo democrático, mas sim a supremacia da Corte sobre o Legislativo – ou melhor, “a supremacia da interpretação que a Corte faz da Constituição”<sup>110</sup>.

No caso brasileiro, essa crítica se agrava se considerarmos que as prerrogativas de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal vão além daquelas adotadas pela *Judicial Review* norte-americana, por exemplo. Isso porque o controle jurisdicional da constitucionalidade feito pelo STF não se limita às decisões políticas ordinárias (onde esse controle seria mais facilmente justificável, em função de estarem sujeitas aos humores cambiantes das maiorias políticas ocasionais), mas engloba também o controle da constitucionalidade em relação aos atos do poder constituinte reformador. O STF, em uma decisão de 1993<sup>111</sup> declarou inconstitucional a emenda nº 3, que instituiu o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), e, a partir daí, arrogou para si próprio a prerrogativa de controlar a constitucionalidade também das emendas constitucionais. Ademais, o STF foi concebido como órgão responsável por controlar eventual inércia do Poder Legislativo – que pode ser combatida pelo sistema de controle de constitucionalidade por omissão<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas**, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>.> Acesso em: 28 de setembro de 2015.

<sup>109</sup> Expressão cunhada na famosa decisão do Juíz Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, de 1803, oportunidade em que começa a ser aplicada a doutrina da *judicial review* norte-americana.

<sup>110</sup> Conf. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 16.

<sup>111</sup> Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 926 e 939, ambas de relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgadas em 02/03/1994 e 15/12/1993, respectivamente.

<sup>112</sup> O sistema de constitucionalidade por omissão é composto por duas ações diferentes: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF/88) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88). Segundo INGO SARLET, a decisão que reconhece a omissão inconstitucional não possui eficácia mandamental - de impor a edição da norma - e nem eficácia constitutiva - de criar a norma faltante. A decisão é simplesmente declaratória. A comunicação da decisão ao legislador, portanto, aproxima-se de uma recomendação. No entanto, há inúmeros julgados do STF que caracterizam exceções ao entendimento exposto. Recentemente, no julgamento do MI nº. 708, que tratava do direito de greve dos servidores públicos civis, o STF reconheceu a omissão e ofereceu-lhe solução mediante a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/89. Assim, o autor explica que as soluções judiciais para as omissões constitucionais dependem do instrumento processual utilizado. No caso da ADO, não se postula a tutela do direito subjetivo que depende da tutela infraconstitucional faltante, mas apenas a apreciação em abstrato da questão constitucional – a decisão da ADO limita-se a declarar a omissão

Nesse sentido, verifica-se que o grau de ativismo judicial e de judicialização da política realizado pelo STF é muito grande, afinal, a maioria absoluta das questões públicas relevantes envolvem alguma alteração da Constituição. Assim, ao fim e ao cabo, essas questões públicas relevantes acabarão sendo decididas não por autoridades eleitas representantes do povo, mas por juízes do Supremo Tribunal Federal<sup>113</sup>.

Diante dessa problemática, CONRADO HÜBNER MENDES faz uso das posições contrapostas dos juristas Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a *judicial review*, para demonstrar que a justificativa hegemônica do controle de constitucionalidade, na versão que a define como “reserva de justiça” da Constituição, traz algumas inconsistências e acabaria empobrecendo a democracia, ao adotar o entendimento de que os Tribunais seriam o único órgão capaz de emitir decisões corretas, com desconfiança da capacidade dos outros Poderes de fazer o mesmo<sup>114</sup>.

O autor defende que deveríamos reduzir as expectativas acerca da atuação do STF na realização da democracia e proteção dos direitos fundamentais, e “alertar para a responsabilidade dos outros Poderes, e não somente dos Tribunais, de mirar as metas constitucionais como referência básica de suas ações”<sup>115</sup>. O Judiciário, seja por meio do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, não pode ser o único espaço para deliberação constitucional - essa responsabilidade deve estar incorporada às atividades dos outros Poderes também, que não devem ser menosprezados como atores na realização do direito constitucional. Nas palavras do autor:

Tribunais, sem dúvida, são atores fundamentais, mas não os únicos com a credencial ou a fórmula para encontrar e atualizar o significado da Constituição. Esse não pode ser o único espaço de deliberação constitucional, o único “fórum de princípio”. Do contrário, o direito constitucional se vê reduzido a um conjunto de agentes políticos que, representados tecnicamente por advogados, levam demandas ao judiciário<sup>116</sup>.

---

inconstitucional, cientificando o órgão competente para, em prazo razoável, editar a norma. Diferentemente do MI, no qual há a tutela do direito subjetivo da parte postulante. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. P. 953-954.

<sup>113</sup> Conf. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 18.

<sup>114</sup> Conf. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 18-20.

<sup>115</sup> Conf. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 26.

<sup>116</sup> Conf. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 26-27.

Dessa forma, entendemos que o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário sobre os atos e decisões emanadas pelo Legislativo e pelo Executivo deve existir, mas deve ser realizado de modo suplementar, ou seja, apenas quando for essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais. Observados os valores constitucionais, cabe ao legislador fazer a escolha sobre a política a ser adotada, considerando as diferentes visões que caracterizam as sociedades pluralistas em que vivemos. Ainda que as visões acerca das políticas a serem adotadas sejam diferentes, a única forma de contemplar diferentes visões de mundo é através de um procedimento de escolha justo e que tenha sido acordado por todos. Assim, o processo democrático é o único meio de considerar de maneira não arbitrária as vontades da maioria. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso Nacional, apenas atuando quando houver flagrantes indícios de violação ao processo democráticos ou inobservância de direitos fundamentais.

### 3.2. Separação de poderes:

Uma das peças chaves do Estado Constitucional é o princípio da separação de Poderes. Desde a antiguidade é possível encontrar formulações teóricas relativas a elementos que viriam compor esse princípio, mas foi a partir da obra *O espírito das Leis* de Montesquieu que este foi elaborado com a formulação que conhecemos hoje. Em termos muito gerais, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins, às quais devem ser atribuídas estruturas orgânicas independentes entre si, “o que exige dotar-se cada uma delas [funções] de determinadas prerrogativas institucionais e seus titulares de garantias fundamentais, estando a eles vedada a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam”<sup>117</sup>.

Nesse sentido, o princípio da separação de Poderes envolve uma articulação entre órgãos e funções exercidas pelo respectivo Estado, razão pela qual Canotilho o apresenta como “um princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado”<sup>118</sup>. Assim, quanto ao termo “*organicamente*”, importa referir que se trata da separação entre as estruturas orgânicas que exercem o poder estatal. E no que tange as *funções*, é preciso ter presente que se está falando dos “atos por meio dos quais se manifesta a vontade do Estado”, que podem ser analisados sob o ponto de vista formal, quer dizer, “quanto a qualidade dos órgãos dos

---

<sup>117</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 113.

<sup>118</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Atlas, 2007. Pg. 87-95.

quais emanam ou a forma na qual são revestidos”; e sobre o ponto de vista material, ou seja, o conteúdo do ato, “independente do órgão do qual emana ou da forma que o reveste”<sup>119</sup>.

Quando a Constituição deixa de indicar de modo expreso as funções que compete à cada um dos órgãos exercer, a doutrina acaba cumprindo essa tarefa – e o faz porquê esse princípio exige a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes, sob o prisma substancial. A Constituição permite que as funções sejam compartilhadas entre os órgãos, mas sempre haverá um “núcleo essencial” da função de que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente.

Com isso se quer dizer que, em função do deslocamento da soberania da lei (legicentrismo) para a Constituição, trazida pelo movimento do constitucionalismo, modifica-se sensivelmente a posição de hierarquia existente entre os poderes estatais; que foi substituída por uma relação de equilíbrio entre os três Poderes, o que permite que estes exerçam um mútuo controle uns sobre os outros.

Nesse sentido, a concepção constitucionalista de separação de Poderes relaciona-se com o respeito às competências de cada instituição definidas no texto constitucional, sendo o vínculo entre judicialização e separação de poderes questão sempre levantada quando se trata de controle judicial dos atos políticos. Da mesma forma que se deve garantir as competências, é função dos demais poderes fiscalizar o correto exercício das competências conferidas aos demais. Essa é a ideia por traz da teoria dos pesos e contrapesos, fundamental para entender a relação entre os três Poderes. Os três Poderes estariam, assim, no mesmo plano, relacionados horizontalmente.

MAX MÖLLER argumenta que não há nada no princípio da separação de poderes que justifique negar a apreciação judicial dos atos do Legislativo ou do Executivo. Ao contrário, é o próprio princípio da separação de poderes que justificaria a apreciação desses atos pelo Judiciário, desde que assegurado a atuação da Corte de acordo com a sua esfera de competência.

Segundo o autor, essa mútua colaboração e mútuo controle entre os Poderes é que possibilitam ao regime democrático constitucional um sólido fundamento. Isso porque a relação entre os Poderes garantiria, conforme sustenta o autor, que as “maiorias” possam expressar-se democraticamente através das decisões políticas, enquanto também permite que

---

<sup>119</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 115.

as “minorias” não tenham violados seus direitos mais elementares, habilitando-os através de instrumentos processuais-constitucionais para defender seus direitos perante o Judiciário<sup>120</sup>.

A questão, entretanto, não goza da mesma adequação à separação de poderes quando são desrespeitados os âmbitos de competências dos demais Poderes, ou quando é buscada uma supremacia da atuação judicial. É o caso, por exemplo, de quando um juiz deixa de exercer o controle de constitucionalidade e passa a querer substituir a decisão administrativa<sup>121</sup>. Essa atividade normativa atípica, onde não há o devido respeito às competências alheias e uma busca de impor solução única que entende correta constitui grave perigo para a democracia constitucional, pois constitui clara violação ao referido princípio.

Nesse sentido, uma das críticas que se faz ao ativismo judicial é no sentido de considerar sua atuação como “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”<sup>122</sup>. Trata-se da descaracterização da função do Poder Judiciário, com incursão indevida nas funções constantes do “núcleo essencial” de funções constitucionalmente atribuídas aos outros Poderes<sup>123</sup>.

Aqui cabe fazer uma breve incursão acerca da chamada *tese do legislador negativo*. Para as correntes tradicionalistas, o Judiciário, ao proceder o controle de constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, para não comprometer o princípio da separação de poderes, deveria apenas legislar negativamente. Ou seja, pode apenas considerar a lei inconstitucional e deixar de aplicá-la ao caso concreto (controle difuso<sup>124</sup>), ou considera-la

<sup>120</sup> Cf. MÖLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. Pg. 202-203.

<sup>121</sup> Cf. MÖLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. Pg. 203.

<sup>122</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 116.

<sup>123</sup> “O sistema de separação de poderes, bem como o da separação das funções, deve ser repensado em nosso ordenamento jurídico. Cumular no poder judiciário ordinário e no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis favorece o ativismo judicial. Separar e delimitar as funções políticas e as funções jurídicas ajudaria a estabelecer um cenário mais racional de desenvolvimento do Estado de Democracia e de Direito. Assim, a conclusão não pode ser outra: ativismo judicial acaba com o Estado de Democracia, com a roupagem de estar instaurando um verdadeiro Estado de Direito”. Vide REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*, in José Levi Mello do Amaral Júnior (org.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2010. P. 74-75.

<sup>124</sup> “O controle difuso de constitucionalidade está na essência do constitucionalismo brasileiro, conformando tanto o direito material como o direito processual civil, haja vista a influência que esse exerce na configuração dos institutos desses ramos, forjada pela força normativa da Constituição e pela concretização, em nossa vida social, da eficácia dos direitos fundamentais”. Vide MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P.28.

invalida com eficácia *erga omnes*, mas deve se abster de reconstruir os sentidos para aplicar a lei ao caso concreto<sup>125</sup>.

Nesse sentido, vale ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Não só a Corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões cuja inconstitucionalidade for arguida, mas também não pode declarar a inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isto ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem que alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle dos atos normativos só lhe permite agir como legislador negativo<sup>126</sup>.

Nesse contexto, menciono brevemente as técnicas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, previstas no art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, para não violar esse entendimento: a) *interpretação conforme*, pela qual o órgão no exercício da jurisdição constitucional define qual deve ser a interpretação da norma infraconstitucional, excluindo outras possíveis exegeses da mesma regra jurídica. A aplicação dessa técnica de interpretação não é prerrogativa exclusiva do STF, pode ser utilizada por todos os juízes para buscar a exegese das regras jurídicas que melhor efetivem à Constituição<sup>127</sup>. E b) *nulidade parcial sem redução de texto*, quando o judiciário, mantendo íntegro o texto impugnado, declara a inconstitucionalidade de determinado sentido ou alcance que poderia ser dele extraído, apelando para que o legislador disciplina adequadamente a matéria. Assim o Tribunal se limita a indicar a desformidade da norma, sem declarar a sua nulidade. Esse tipo de decisão cria um verdadeiro vazio legislativo, pois entre a decisão do Tribunal e a nova disciplina estipulada pelo legislador em atendimento ao apelo, se cria uma espécie de suspensão da aplicação da norma, nos termos em que se encontra fixada pelo dispositivo da decisão<sup>128</sup>.

### 3.3. Judicialização da Política:

No cenário atual da política, o Judiciário tornou-se campo de disputas coletivas, uma arena de cobranças de implementação de políticas públicas. Nesse sentido, o conceito de

<sup>125</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 289-290.

<sup>126</sup> STF, ADIn nº. 896-MC-DF, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993.

<sup>127</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 296.

<sup>128</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 297.

“judicialização da política” desenvolvido como crítica à atuação ativista do Judiciário, não poderia significar apenas o controle do poder político pelo Judiciário, como já analisado anteriormente. Nas palavras do autor CONRADO HÜBNER MENDES, “não há Estado de Direito sem um Poder Judiciário capaz de domesticar o exercício rotineiro da autoridade”<sup>129</sup>. Assim, verifica-se que esse fenômeno está contido na definição do Estado de Direito, e como já vimos anteriormente, é necessário que o controle de constitucionalidade das leis seja realizado pelo Judiciário, desde que este não ultrapasse os limites impostos pela separação de Poderes, assumindo um papel normativo de criação do direito que é atípico às funções constitucionalmente previstas ao Poder Judiciário.

Com o advento das Constituições dirigentes e a imposição de metas sociais ao legislador e ao administrador, esse campo ganha maior complexidade. O poder Judiciário pode, à título de implementar normas constitucionais, interferir no conteúdo das decisões legislativas e executivas? A perspectiva das Cortes como atores políticos remete ao tema da *judicialização da política* e de como o ativismo judicial se desenvolve em meio a esse fenômeno. Nas democracias contemporâneas, verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, das decisões sobre as grandes questões políticas e sociais para o Judiciário. Essa transferência do poder decisório do Executivo e do Legislativo para o Judiciário é, como já vimos, uma das facetas da judicialização da política. A outra crítica relacionada com esse fenômeno refere-se à extensão dos argumentos e métodos de decisão dos quais faz uso o Judiciário ao decidir questões relacionadas a políticas sociais<sup>130</sup>.

Nesse sentido, se quer dizer que o fenômeno da judicialização cria uma estrutura de oportunidade para que as Cortes avancem seu poder político-normativo, ou seja, adotem comportamentos ativistas. O ativismo na judicialização da política será a escolha comportamental do magistrado de aceitar a demanda de judicialização política e ditar as soluções para as questões levantadas<sup>131</sup>.

Assim, a crítica feita a questão do controle das políticas públicas envolve a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Mas por outro lado, atribui as

---

<sup>129</sup> Conf. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 22.

<sup>130</sup> Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>131</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 154.

decisões sobre o investimento de recursos e opções políticas a serem perseguidas a cada tempo os Poderes Legislativo e Executivo<sup>132</sup>. Assim, “(...) não se trata de absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”<sup>133</sup>.

Essa postura, principalmente do Supremo Tribunal Federal, é bastante perceptível no que tange à concretização de políticas públicas e sociais<sup>134</sup>. Com relação ao controle concentrado de constitucionalidade, temos como exemplo marcante a jurisprudência que concede medicamentos não incorporados à lista do SUS em prol do direito individual à saúde. Mas também podemos verificar a judicialização da política no que tange a questões político-partidárias eleitorais, principalmente no que tange a reforma política, que não tem encontrado avanço deliberativo no Congresso Nacional<sup>135</sup>.

Importante ressaltar que o ativismo adotado pelo Supremo Tribunal Federal em interpretar a Constituição, impulsionado pela inércia do Poder Legislativo, com o propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social, está pautada principalmente na proteção do *mínimo existencial*.<sup>136</sup> Nesse sentido, em inúmeras decisões o Tribunal tem exigido do Estado o cumprimento de prestações positivas em torno de direitos sociais, interferindo nas escolhas dos outros Poderes e suprimindo a atuação insuficiente destes no que tange à execução de políticas públicas e sociais.

Diante do exposto, é preciso fazer a ressalva que a crítica que se faz é no sentido de que a judicialização da política abre caminho ao ativismo judicial, é elemento de impulsão desse comportamento. No entanto, não se está discutindo o mérito dessas decisões mencionadas e nem se está contestando o fato de que no Brasil, diante da atuação pouco

<sup>132</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 410.

<sup>133</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 410.

<sup>134</sup> Exemplos de questões morais controvertidas que foram objeto de “normatização” pelo Supremo Tribunal Federal foram as decisões relativas à união homoafetiva e a possibilidade de realização de aborto de feto anencéfalo, decididos na ADI 4.277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgada em 05/05/2011 pelo Tribunal Pleno do STF, e na ADPF 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012, respectivamente.

<sup>135</sup> Apenas para ilustrar a afirmação, cabe citar alguns exemplos de decisões envolvendo questões políticas-partidárias-eleitorais: ADI 3.345/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 25/08/2005 pelo Tribunal Pleno do STF, que cassou a autonomia dos municípios de fixarem o número de vereadores, o que resultou na redução de inúmeras Casas legislativas municipais. Na ADI 3.685/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgada em 22/03/2006 pelo Tribunal Pleno do STF, a Corte impôs a verticalização das coligações partidário-eleitorais para o ano de 2006. Na ADI 1.351/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/12/2006 pelo Tribunal Pleno do STF, a Corte julgou inconstitucionais os índices de desempenho eleitorais estabelecidos na Lei nº. 9.096/95, considerando seus critérios “excessivos e desproporcionais”.

<sup>136</sup> Conforme aponta o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o STF tem mostrado forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva de Aristóteles. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Pg. 253.

expressiva dos Poderes representativos, a atuação judicial que leva à proteção e a promoção dos direitos fundamentais da população se faz necessária.

Finalmente, concluída a etapa de identificação e delimitação do fenômeno do ativismo judicial, passamos a segunda parte do nosso estudo, no qual realizaremos a análise das diferentes extensões, ou dimensões, possíveis de serem identificadas em uma decisão judicial de caráter ativista.

## **2ª PARTE – ANÁLISE DA EXTENSÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL ATIVISTA EXERCIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **1. DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL:**

É sabido que a função típica exercida pelo Poder Judiciário, conforme definida pela Constituição, é a de aplicar e definir o Direito nos casos de conflitos intersubjetivos ou de confronto entre as normas infraconstitucionais e a Constituição<sup>137</sup>. Entretanto, conforme demonstrado na primeira parte deste trabalho, o âmbito material de atuação do Poder Judiciário não é uniforme – às vezes deverá ser mais amplo, e às vezes deverá ser mais restrito, dependendo do modo como a Constituição normatizou as matérias e dividiu o exercício do poder entre os três Poderes. Assim, resta evidente que o fenômeno do ativismo judicial, independente do conceito que se adote, não pode ser analisado de forma padronizada - como se o âmbito de atuação do Judiciário fosse sempre o mesmo. Por essa razão, é preciso que se estabeleçam critérios para averiguar em quais casos a atuação judicial poderá ser qualificada como ativista, no sentido de descaracterização da função típica exercida pelo Poder Legislativo.

Com base em critérios de verificação, é possível identificar diferentes graus de ativismo judicial, quer dizer, ativismo em maior ou menor extensão. Nesse sentido, vamos analisar pormenorizadamente as propostas metodológicas desenvolvidas por três autores brasileiros para verificar as diferentes dimensões do ativismo, e após, identificaremos e categorizaremos uma decisão conhecidamente ativista proferida pelo Supremo Tribunal Federal com base nos critérios propostos.

Cabe ressaltar, no entanto, que esse fenômeno não é identificado exclusivamente nas decisões ativistas brasileiras. Em função da multiplicidade de manifestações que caracterizam as decisões ativistas das Cortes Constitucionais, sobretudo da Suprema Corte norte-americana, a doutrina estrangeira também elaborou propostas metodológicas que visam identificar diferentes dimensões de ativismo judicial nas decisões, algumas das quais valem a pena mencionar, conforme faremos adiante. As sistematizações metodológicas servem como indicadores das diferentes dimensões do ativismo judicial como parte de seu conceito e em

---

<sup>137</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 150.

torno de seu núcleo comportamental, oferecendo, assim, propostas multidimensionais de identificação do ativismo judicial<sup>138</sup>.

## 2. CRITÉRIOS DE VERIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA DOUTRINA ESTRANGEIRA:

O primeiro autor a propor esse tipo de sistematização na doutrina estrangeira foi BRADLEY CANON<sup>139</sup>, que desenvolveu um sistema que identificava seis dimensões do ativismo judicial. São elas: (1) *majoritarismo* – grau com que a Corte invalida as decisões políticas adotadas por meio de processo democrático; (2) *estabilidade interpretativa* – grau com que a Corte altera suas decisões, doutrinas ou interpretações anteriores; (3) *fidelidade interpretativa* – grau com que os dispositivos constitucionais são interpretados de modo contrário às claras intenções do legislador constituinte ou do sentido literal do texto; (4) *distinção entre processo substantivo e o processo democrático* – grau com que uma Corte profere decisões judiciais com que impõem escolhas políticas substantivas em vez de se limitar a preservar o processo democrático; (5) *especificidade da política* – grau com que decisões judiciais estabelecem políticas por si só, em vez de deixar essas escolhas para o exercício da discricionariedade de outras agências ou dos particulares; e (6) *disponibilidade para substituição das decisões políticas tomadas por outros agentes* – grau com que uma decisão judicial substituiu sérias decisões sobre a mesma questão tomadas por outras agências governamentais<sup>140</sup>.

Mais tarde, WILLIAM MARSHALL<sup>141</sup> definiu sete dimensões do ativismo judicial, os quais o autor definiu como os “sete pecados do ativismo judicial”, quais sejam: (1) *contramajoritário* – não deferência às decisões tomadas pelos agentes democraticamente eleitos; (2) *não originalista* – falha das Cortes em não decidir com fidelidade ao texto ou à intenção original do constituinte; (3) *quanto aos precedentes* – as Cortes não respeitarem os próprios precedentes; (4) *jurisdicional* – as Cortes expandirem os limites de sua jurisdição;

<sup>138</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 174.

<sup>139</sup> CANON, Bradley C. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and Restraint*. Op. cit., pg. 386-387; citados em CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 174.

<sup>140</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 174.

<sup>141</sup> MARSHALL, William P. Conservatives and the Sevens Sins of Judicial Activism. *Colorado Law Review*. Vol. 73, 2002. Pg. 1220. Citado em CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 174 - 175.

(5) *criatividade judicial* – a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; (6) *correcional* – a imposição de contínuas obrigações sobre os demais órgãos do Estado ou tomar essas instituições sob permanente supervisão; e (7) *partidário* – o uso do poder judicial para executar objetivos claramente partidários<sup>142</sup>.

Posteriormente, em um estudo publicado em 2009, STEFANIE LINDQUIST E FRANK CROSS<sup>143</sup>, com o objetivo de identificar dimensões do ativismo judicial que possam ser empiricamente medidas, identificaram quatro dimensões agrupadas em dois grupos: o *ativismo institucional* e o *ativismo ideológico*. O grupo relativo ao ativismo institucional subdividido nas seguintes dimensões: (1) falta de deferência aos poderes legitimados pelo voto popular (contramajoritarismo); (2) falta de modéstia para com o próprio espaço de jurisdição (espécie de alargamento institucional); e (3) falta de deferência aos precedentes das Cortes anteriores (estabilidade e fidelidade interpretativas). O segundo grupo, relativo ao ativismo ideológico, refere-se à (4) disponibilidade dos juízes de engajar nas atividades do grupo do ativismo institucional as suas preferências ideológicas (julgamento orientado pelo resultado)<sup>144</sup>.

Ainda, no que tange a doutrina estrangeira, cabe mencionar – ainda que brevemente – a classificação das “*personas constitucionais*”, elaborada por CASS SUSTEIN<sup>145</sup>, que identifica quatro perfis ideais que os juízes da Suprema Corte norte-americana podem assumir: *o herói, o soldado, o minimalista e o mudo*. O autor evidencia que as grandes controvérsias sobre interpretação constitucional, e as consequentes decisões dos Tribunais, podem ser interpretadas como uma disputa entre esses quatro tipos de *personas*. Nesse sentido, cada perfil identificado traça um paralelo com a extensão de ativismo adotada (ou de self-restraint), possibilitando a identificação de diferentes níveis de atuação quando se trata de interpretação constitucional. A recorrência de cada “tipo ideal” e suas interações é que definem o perfil da Corte em dado período histórico<sup>146</sup>.

Assim, em linhas gerais, o juiz-herói seria aquele que, partindo da interpretação de princípios constitucionais, pretende colaborar para reformas sociais, que busca fazer a sociedade avançar em que pese a morosidade dos processos político-institucionais. Assim,

<sup>142</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 174 - 175.

<sup>143</sup> LINDQUIST, Stefane A.; CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. New Oxford: Oxford University Press, 2009. Pg. 133-137.

<sup>144</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 175.

<sup>145</sup> SUSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists and Mutes*. Nova York: Oxford University Press, 2015.

<sup>146</sup> O autor identifica “Corte Warren” como uma Corte heroica, por exemplo.

“(…) eles devem se valer da Constituição como parâmetro para invalidar leis, políticas públicas e decisões judiciais, redirecionando a atuação estatal e a própria sociedade”<sup>147</sup>. O ativismo judicial, na forma que é entendido pelo presente trabalho, parece decorrer diretamente da atuação dos juízes que adotam esse perfil. Diversamente, os juízes-soldados caracterizam-se por maior deferência ao processo político, pretendo promover a concretização das normas produzidas pelos poderes politicamente legitimados, sem adotar qualquer postura “ativista”.

Os minimalistas adotariam uma postura intermediária, mais cautelosa. “Sob a alegação de um dever de prudência, eles procuram evitar intervenções intensas ou abrangentes, privilegiando as práticas e tradições socialmente sedimentadas”<sup>148</sup>. Nesse sentido, os minimalistas preferem atuações mais centradas nos casos concretos, se abstendo de proferir decisões potencialmente perturbadoras do processo político. Finalmente, os juízes-mudos optam pelo silêncio diante de grandes controvérsias constitucionais, deixando para os entes políticos a tarefa de resolver tais questões. Além desses quatro tipos ideais, o autor admite a possibilidade outros perfis híbridos, limítrofes<sup>149</sup>.

CASS SUSTEIN julga o perfil *minimalista* como o mais adequado para as sociedades democráticas, pois entende necessário que as decisões “considerem o contexto social e institucional ao invés de se fundamentarem exclusivamente em teorizações abstratas”<sup>150</sup>. Contrário ao ativismo judicial, mas também à completa inação dos juízes, o autor “parece

<sup>147</sup> ANDRADE, Mario Cesar; LEGALE, Siddharta; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; VIEIRA, José Ribas. “Juízes como heróis, soldados, mudos ou...minimalistas”. Disponível em: <http://jota.info/juizes-como-herois-soldados-mudos-ou-minimalistas>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

<sup>148</sup> ANDRADE, Mario Cesar; LEGALE, Siddharta; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; VIEIRA, José Ribas. “Juízes como heróis, soldados, mudos ou...minimalistas”. Disponível em: <http://jota.info/juizes-como-herois-soldados-mudos-ou-minimalistas>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

<sup>149</sup> “(…) O autor dedica um longo capítulo a uma especificação dessa persona: o *minimalista burkeano*. Identificando-o com as teses do filósofo político irlandês Edmund Burke, Sunstein atribui a essa espécie de minimalista maior respeito aos costumes e tradições socialmente sedimentadas, os quais traduziriam o resultado da experiência de gerações. Para o autor, essa persona possui a vantagem de evitar equívocos que poderiam advir de voluntarismos da Corte, ao mesmo tempo em que sua ênfase na resolução do caso concreto deixa amplo espaço para a deliberação social e possível revisão da tradição. Contudo, reconhecendo que tradições podem ser injustas, Sunstein considera a persona burkeana adequada para a decisão sobre temas institucionais como separação de poderes e federalismo, mas devendo ser relativizada para casos envolvendo o direito de igualdade” citado em ANDRADE, Mario Cesar; LEGALE, Siddharta; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; VIEIRA, José Ribas. “Juízes como heróis, soldados, mudos ou...minimalistas”. Disponível em: <http://jota.info/juizes-como-herois-soldados-mudos-ou-minimalistas>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

<sup>150</sup> ANDRADE, Mario Cesar; LEGALE, Siddharta; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; VIEIRA, José Ribas. “Juízes como heróis, soldados, mudos ou...minimalistas”. Disponível em: <http://jota.info/juizes-como-herois-soldados-mudos-ou-minimalistas>. Acesso em 18 de novembro de 2015

considerar o minimalista como o prudente meio termo entre os extremos contrapostos da ação (o herói e o soldado) e uma alternativa ao extremo da inação (o mudo)”<sup>151</sup>.

Por fim, cabe mencionar a ressalva feita pelo autor no sentido de que a identificação de um juiz com uma “persona” pode variar conforme o tema a ser apreciado, ou quanto a intensidade. Por exemplo, “um juiz pode ser herói em relação a uniões homoafetivas, mas soldado em relação à judicialização do direito à saúde”<sup>152</sup>. Essa flexibilidade, ainda que traga problemas quanto a objetividade da categorização proposta, admite a consideração das complexidades psicológicas dos tomadores de decisão – e está em consonância com a ideia defendida no presente, no sentido de que as decisões ativistas (ou minimalistas), não podem ser entendidas de forma padronizada, mas deve-se reconhecer sua manifestação em diferentes graus ou extensões<sup>153</sup>.

### 3. CRITÉRIOS DE VERIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA DOCTRINA NACIONAL:

Passamos agora a análise de três sistematizações desenvolvidas por autores brasileiros para identificar diferentes dimensões de ativismo judicial nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Essa análise será importante pressuposto para o próximo passo que o presente trabalho pretende adotar, qual seja, analisar uma decisão brasileira conhecidamente ativista, e verificar em quais dimensões essa melhor se encaixa.

<sup>151</sup> ANDRADE, Mario Cesar; LEGALE, Siddharta; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; VIEIRA, José Ribas. “Juizes como heróis, soldados, mudos ou...minimalistas”. Disponível em: <http://jota.info/juizes-como-herois-soldados-mudos-ou-minimalistas>. Acesso em 18 de novembro de 2015

<sup>152</sup> ANDRADE, Mario Cesar; LEGALE, Siddharta; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; VIEIRA, José Ribas. “Juizes como heróis, soldados, mudos ou...minimalistas”. Disponível em: <http://jota.info/juizes-como-herois-soldados-mudos-ou-minimalistas>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

<sup>153</sup> Por fim, a questão relativa a aplicabilidade e os efeitos dessa tipologia ao processo decisório do Supremo Tribunal Federal, vale mencionar passagem de artigo escrito pelo autor LENIO LUIZ STRECK que entende ser inadequada essa análise descritiva dos perfis dos julgadores, principalmente no caso do STF, diz ele “(...) No fundo, contra o perigo de sociologizarmos em demasia o direito, sobretudo, diante de uma realidade institucional e complexa, como a de um Estado Democrático de Direito, cujas exigências de princípio escapam a todo maniqueísmo, à doutrina nunca deverá restar apenas a tarefa de descrever, como um quadro comparativo, as decisões de cada um dos supostos tipos ou categorias de juizes, e de apostar, como em um jogo de cartas marcadas, o modo como esses mesmo juizes, pela própria teoria caricaturizados (alerto apenas para esse risco), uma vez incrivelmente descolados de toda uma história institucional mais complexa do que inutilmente a própria classificação seria capaz de abarcar, irão decidir daqui para frente”. Vide: STRECK, Lenio Luiz. “Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juizes?”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

### 3.1 Sistematização proposta por Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS define o fenômeno do 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”. Esse exercício deve ser “identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas Constituições e leis locais”; “responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos”; e, também, “se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias”<sup>154</sup>.

Esse último requisito é o mais importante para os fins do presente estudo. Quer dizer, ao reconhecermos que as decisões ativistas se apresentam com diferentes dimensões – isto é, se apresentam por uma variedade de condutas distintas não só em relação à intensidade, mas também na forma da sua manifestação<sup>155</sup> – necessariamente devemos reconhecer que as práticas judiciais ativistas são insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação.

A abordagem multidimensional do ativismo judicial proposta pelo autor é relevante pois está construída sobre a realidade complexa e plural das decisões ativistas. Nesse sentido, fornece “facilidades cognitivas” à tarefa de identificação e também de avaliação dos comportamentos ativistas das Cortes.

Assim, o autor propõe um método de identificação do ativismo judicial com base nas diferentes dimensões identificáveis em uma determinada decisão. Essa proposta objetiva, nas palavras do autor, colocar “fronteiras objetivas entre essas diferentes manifestações”<sup>156</sup>, de forma que as decisões, particularmente analisadas, possam ser categorizadas como ativistas ou não ativistas conforme o critério de cada dimensão possível do conceito de ativismo judicial.

Em uma análise breve, entendemos pertinente ressaltar que o autor identifica dez dimensões diferentes de ativismo judicial – em termos mais gerais, sem especificar o sujeito que pratica o ativismo e nem a forma da sua atuação, quer dizer, se praticada pelos juízes em controle difuso de constitucionalidade de leis ou atos administrativos, ou se praticada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de

<sup>154</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 37.

<sup>155</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 164.

<sup>156</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 185.

constitucionalidade; ou, ainda, se praticada por juízes que compõem outra Corte Constitucional que não a brasileira. Assim o autor desenvolve considerações sobre a dimensão relativa à interpretação constitucional, à criação legislativa, à falta de deferência aos demais Poderes. Ainda, a atuação relativa a afirmação de direitos, a realização de políticas públicas e sociais, a auto-expansão da sua jurisdição, a superação dos precedentes, o maximalismo, o partidarismo e a soberania judicial<sup>157</sup>.

No entanto, para os fins do presente trabalho entendemos ser mais pertinente fazer uma análise pormenorizada das diferentes dimensões propostas pelo autor para identificar o ativismo judicial nas decisões proferidas especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme argumenta o autor, “como o resultado dessa empreitada demonstrará, essa Corte tem avançado sua participação na vida pública e privada brasileira através de diferentes dimensões decisórias ativistas, todas representativas de espaço institucional”<sup>158</sup>.

Nesse sentido, autor propõe que as decisões ativistas sejam identificadas com base em cinco critérios de verificação, ou seja, cinco dimensões diferentes de ativismo judicial. A primeira delas é a *dimensão metodológica*, pela qual se verifica a interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais, a criação judicial do direito infraconstitucional por meio de técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, controle de omissões inconstitucionais do legislativo e decisões maximalistas<sup>159</sup>.

A segunda dimensão proposta pelo autor é a chamada *dimensão processual*. Essa consiste na auto ampliação da jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais. A terceira é a *dimensão estrutural ou horizontal*, segundo a qual se verifica a conduta ativista quando há a interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais Poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos. O quarto critério de verificação do ativismo judicial desenvolvido pelo autor corresponde à *dimensão dos direitos*, através do qual se verifica 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. Por fim, a última dimensão seria a dita *antidialógica*, cuja

---

<sup>157</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 165-173.

<sup>158</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 275.

<sup>159</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 275.

verificação ocorre nas decisões em que há afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como o único, exclusivo<sup>160</sup>.

Passamos a analisar pormenorizadamente cada uma dessas dimensões com suas implicações práticas.

### 3.1.1 O ativismo judicial metodológico:

A dimensão metodológica do ativismo judicial trata do modo como interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, “expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos”<sup>161</sup>. O autor explica que muitas vezes o Tribunal se lança à tarefa de participar ativa, e também criativamente, da construção da ordem jurídica. Essa dimensão revela-se, portanto, por meio de uma acentuada criação judicial do direito.

Importa ressaltar que essa dimensão vai além da identificação de novos métodos de interpretação e aplicação dos enunciados normativos para alcançar o que deve ser visto como reflexo do novo constitucionalismo, quer dizer, o papel que o STF deve cumprir em prol de concretizar os valores constitucionais contemporâneos e os direitos fundamentais. O intérprete judicial tem a função de completar o “trabalho do legislador”, realizando “avaliação de sentido” e “escolhas entre soluções possíveis”<sup>162</sup>.

Essa dimensão propõe a superação do dogma kelsiano do juiz constitucional que funciona apenas como *legislador negativo*, e sugere o avanço da postura dos magistrados para a figura de *legislador positivo*<sup>163</sup>, pois entende que as Constituições promulgadas a partir do segundo pós-guerra, pautadas por valores e direitos fundamentais, não seriam compatíveis com a postura do *juiz kelsiano*<sup>164</sup>. A dimensão metodológica do ativismo judicial, segundo sustenta o autor, é a negação desse dogma.

<sup>160</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 275.

<sup>161</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 276.

<sup>162</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 03 de junho de 2015. Pg. 72.

<sup>163</sup> O juiz constitucional de Kelsen é um juiz com poderes normativos limitados, encarregado da tarefa destruidora da legislação (legislador negativo), e, assim, desprovido de poderes de criação do direito (legislador positivo), inclusive constitucional. Conforme explicado por CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 277.

<sup>164</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 277.

Em função das decisões criativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o autor propõe a sistematização da dimensão metodológica em quatro principais comportamentos: (i) *interpretação e aplicação das normas constitucionais*; onde se encontra o problema de identificar o que consiste em aplicação pura das disposições constitucionais e a criação normativa pelo STF, quando concretiza normas muito vagas – “dotadas de relevância social e alta carga axiológica”<sup>165</sup>; (ii) *interpretação conforme a Constituição e declaração de nulidade parcial*; através do qual o Supremo aperfeiçoa a legislação, mas, muitas vezes, acaba modificando substancialmente seu sentido, criando novas normas e praticando verdadeira “manipulação de sentidos normativos”<sup>166</sup>; (iii) *controle da omissão legislativa inconstitucional*; quando a Corte exerce atividade legiferante e profere *sentenças aditivas* ou por decidir com eficácia *erga omnes* os MI ou ADO julgados e (iv) *decisões maximalistas*, que são decisões amplas e profundas, regadas de opiniões pessoais dos Ministros, o que acaba restringindo as atividades futuras dos legisladores.<sup>167</sup>

### 3.1.2 O ativismo judicial processual:

A dimensão processual do ativismo judicial revela-se pelo alargamento do campo de aplicação das decisões submetidas ao julgamento do Supremo, ampliando as hipóteses de cabimento de ações e recursos e restringindo a liberdade de atuação das instâncias ordinárias. Nesse sentido, “o Supremo amplia a própria participação na construção da ordem jurídica por meio da amplificação dos instrumentos processuais”<sup>168</sup>. O exemplo que o autor menciona é da doutrina do habeas corpus, por meio do qual a Corte ampliou o uso da ação para além da finalidade tradicional de proteção da liberdade de locomoção do indivíduo, para também servir como instrumento processual de garantia ao direito de reunião, à reintegração dos funcionários, à liberdade de imprensa e para dar posse para governadores<sup>169</sup>, entre outras utilidades que essa ação possui.

<sup>165</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 278.

<sup>166</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 288.

<sup>167</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 277.

<sup>168</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 305.

<sup>169</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 305.

São sinais da dimensão processual do ativismo judicial do STF: (i) *as propostas de auto ampliação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade*; (ii) *a busca pela amplitude de cabimento do instrumento da reclamação*, de modo a realizar por meio desta o controle incidental de inconstitucionalidade; (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; e (v) *o uso irrestrito da repercussão geral*<sup>170</sup>.

### 3.1.3 O ativismo judicial estrutural ou horizontal:

Essa dimensão trata do modo como o Supremo Tribunal Federal se comporta diante das decisões prévias de outros Poderes, quer dizer, do quanto ele interfere nas decisões de outros Poderes e do quanto ele vem atuando livremente em áreas tradicionalmente reservadas a outros atores políticos. Nesse sentido, a Corte justifica suas decisões como o que entende ser a melhor interpretação da Constituição, porém, para fazê-lo, não se sente constrangida em função de decisões anteriores de outros Poderes, ou pela carga moral ou política das matérias objeto de julgamento. Na interpretação que faz da Constituição, o Supremo entende que toda matéria tem fundamentos ou implicações constitucionais e, por esse motivo, ele estaria legitimado para se pronunciar sobre elas. O ativismo judicial estrutural é a expansão do poder do Supremo Tribunal Federal às expensas dos outros Poderes<sup>171</sup>.

No âmbito dessa dimensão do ativismo judicial, podemos perceber que falta ao Tribunal conceder aos outros Poderes o “benefício da dúvida quanto ao juízo de validade constitucional dos atos sob controle”<sup>172</sup>. O juiz que é deferente, o é porque acredita que deve dar maior peso à capacidade epistêmica do outro Poder – é a autorrestrrição judicial. Nos julgamentos proferidos pelo STF nos dias de hoje, argumentos de deferência à capacidade dos outros Poderes não constam das razões decisórias com muita frequência. Segundo o autor, essa dimensão relaciona-se com a problemática que gira em torno do Direito *vs.* Política. Nas palavras dele: “A dificuldade é saber quando realmente estamos diante de dúvida razoável do

<sup>170</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 307.

<sup>171</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 316.

<sup>172</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 316.

juízo de validade constitucional ou da complexidade interpretativa inerente ao julgamento de muitos *hard cases* rotineiramente enfrentados pelas modernas cortes constitucionais”<sup>173</sup>.

#### 3.1.4 O ativismo judicial de direitos:

É o ativismo em favor dos direitos fundamentais. Apesar dessa dimensão não possuir autonomia funcional ou descritiva, sua classificação como uma dimensão própria se deu em função da relevância do papel sociopolítico exercido pelo Supremo Tribunal Federal para a concretização dos direitos fundamentais.

Cabe salientar que a aplicação judicial dos direitos fundamentais a partir da interpretação “literal e restrita” das normas constitucionais é um exercício comum ao Poder Judicial, e por isso, caberia contestar a importância dessa dimensão ou argumentar em favor da sobreposição dela com as dimensões metodológica ou estrutural. No entanto, trata-se aqui da importância da leitura ética desses direitos que tem sido feita pelo STF. Ou seja, muito mais do que o aspecto jurídico-constitucional, o Supremo tem “afirmado a precedência da autonomia, da dignidade do indivíduo e da garantia do mínimo existencial sobre os interesses do Estado”<sup>174</sup>.

A tutela dos direitos fundamentais exercida pelo Supremo Tribunal Federal se dá de duas formas principais: uma denominada de dimensão negativa e a outra de dimensão positiva. A primeira cuida da defesa dos direitos, promovendo a restrição da ação regulatória do Estado; enquanto a segunda é prestacional, ou seja, revela-se na atuação judicial de exigir do Estado o cumprimento de deveres positivos, interferindo no “dever de legislar, nas políticas públicas e nas decisões alocativas de recursos do Estado”<sup>175</sup>.

#### 3.1.5 O ativismo judicial antidialógico:

A ideia de interpretação da Constituição de maneira dialógica se relaciona com a construção coordenada dos significados do texto constitucional entre os três Poderes, de forma que haja o respeito pelo Judiciário dos âmbitos de atuação dos demais Poderes. O comportamento judicial que entende a tarefa de interpretação da Constituição como

<sup>173</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 316.

<sup>174</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 322-323.

<sup>175</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 323.

competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal representa forma de ativismo antidialógico.

A ilegitimidade desse tipo de ativismo estaria na presunção de inconstitucionalidade de leis ordinárias simplesmente por contrariarem a jurisprudência do STF sobre o tema. Essa ideia se reflete na jurisprudência do Supremo pelo entendimento de que se o legislador regular a matéria constitucional de modo inteiramente diverso, “o debate constitucional deve continuar”<sup>176</sup>, pois “todo o ato legislativo envolve interpretação da Constituição por parte de quem legisla”<sup>177</sup>. Ou seja, nas democracias que funcionam, o desenvolvimento da Constituição deve se dar pelo debate entre as interpretações feitas pelo legislador ordinário e pelos Ministros – deve-se aceitar o diálogo entre os possíveis significados, e abandonar a ideia do Tribunal como único intérprete da Constituição.

Nesse sentido, uma postura mais dialógica, e, portanto, menos autoritária do Supremo, corresponde às exigências do próprio equilíbrio entre constitucionalismo e democracia. O autor cita o jurista norte-americano Louis Fisher, em passagem que vale a pena reproduzir. Senão vejamos:

“*Judicial review* se ajusta ao nosso sistema constitucional porque gostamos de fragmentar o poder. Sentimo-nos mais seguros com *checks and balances*, mesmo quando uma Corte não eleita diz a um legislador eleito ou a um Presidente eleito que eles têm se excedido. Essa mesma preferência por poder fragmentado nega à Suprema Corte a autoridade final e a última palavra para decidir questões constitucionais. Nós não aceitamos a concentração do poder legislativo no Congresso ou do poder executivo no Presidente. Pela mesma razão, não podemos permitir que o poder judicial e a interpretação constitucional residam exclusivamente nas Cortes. Nos rejeitamos a supremacia em todos os três poderes em razão do valor superior da liberdade, do discurso, da democracia e do governo limitado.”<sup>178</sup>

Diante do exposto, devemos ressaltar que é possível defender um STF ativista, “voltado a afirmar e expandir, se necessário, os significados da Constituição em face do poder político”<sup>179</sup>, em prol de posições de liberdade, dignidade e igualdade, e, ao mesmo tempo, ser contrário a posturas de supremacia judicial. Assim a dimensão antidialógica de ativismo judicial seria a única dimensão ilegítima *a priori*. Mas note que essa afirmação não afasta a

<sup>176</sup> STF, ADI 2.797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 15/09/2005, DJ de 19/12/2006. Trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes citado em CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 335.

<sup>177</sup> STF, ADI 2.797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 15/09/2005, DJ de 19/12/2006. Trecho do Voto do Ministro Eros Grau citado em CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 334.

<sup>178</sup> FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. P. 279, citado em CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 337-338.

<sup>179</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 338.

possibilidade de ilegitimidade no exercício concreto do processo decisório das outras dimensões de ativismo judicial<sup>180</sup>.

### 3.2 Sistematização proposta por Elival da Silva Ramos:

ELIVAL DA SILVA RAMOS, por sua vez, sustenta que a gradação do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos praticados pelos demais Poderes, ou por ele próprio, deflui do próprio Direito Constitucional brasileiro. Portanto, propõe-se a explicitar tal gradação, com o intuito de sistematização, de modo a criar valioso instrumento para se aferir o caráter ativista ou não de determinada decisão judicial<sup>181</sup>.

#### 3.2.1 Inexistência de controle:

Nesse sentido, o primeiro grau identificado pelo autor corresponde à *inexistência de controle* – é a função de governo. Ao Poder Executivo compete o exercício de atividades de natureza diversificada, que podem ser agrupadas em quatro conjuntos principais: a função de chefia de Estado, a função de governo, a participação na função legislativa e a função administrativa<sup>182</sup>. O conteúdo da função de governo é dado pelo direcionamento político, mediante o qual são estabelecidos os fins do Estado e traçadas as diretrizes para a coordenação e desenvolvimento das três funções estatais<sup>183</sup>. É também uma função de execução da Constituição, caracterizada como uma função de escolha das diretrizes políticas básicas que devem comandar a ação estatal. Na maioria das vezes, a função de governo se manifesta mediante a elaboração de programas de governo, planos de ação, e políticas públicas. Raramente assume forma jurídica, permanecendo, via de regra, restrita à esfera política. Assim, enquanto restrita ao plano exclusivamente político, a função de governo é juridicamente incontrolável<sup>184</sup>.

<sup>180</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 338.

<sup>181</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 153.

<sup>182</sup> Conforme previsto no artigo 84 da Constituição Federal de 1988, que estabelece o rol de competências do Presidente da República, no qual constam os incisos VI e VIII (Chefia de Estado); XI e XXIII (função de governo); II e XXV (controle da administração) e III, IV e V (participação na função legislativa).

<sup>183</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 154-155.

<sup>184</sup> Conforme explica o autor, a função de governo enquanto restrita ao plano político é juridicamente incontrolável porque não envolve a prática de atos concretos, capaz de afetar a esfera jurídico-subjetiva dos envolvidos. Ainda, porque mesmo o controle preventivo da constitucionalidade de atos do Poder Público jamais retroage a ponto de surpreender a planificação política e as ações governamentais. Vide RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 155.

### 3.2.2 Controle mínimo:

O segundo grau proposto está relacionado a um *controle mínimo*, que consiste no exercício da jurisdição pelo Poder Legislativo. Uma das hipóteses desse exercício jurisdicional anômalo é o do processo e julgamento do Presidente da República e outras autoridades pela prática de crime de responsabilidade, atividade de competência do Senado Federal, de acordo com o artigo 52, incisos I e II da CF/88. Em virtude dessa prestação jurisdicional anômala, o Poder Judiciário sofre forte restrição no que tange as prerrogativas do controle jurisdicional amplo que lhe competem, não sendo permitido, por exemplo, substituir a decisão de mérito proferida pelo Senado sob qualquer viés. No entanto, a jurisprudência do STF consolidou entendimento no sentido de que existe, ainda que em um grau mínimo, o controle das instâncias judiciárias sobre a atividade jurisdicional exercida pelo Legislativo<sup>185</sup>. É o caso do princípio do devido processo legal e seus consectários no plano formal – ampla defesa, contraditório, etc – que se não forem observados nos julgamentos proferidos pelo Senado, serão submetidos à intervenção reparadora do Poder Judiciário<sup>186</sup>. Outro exemplo do controle mínimo exercido pelo Judiciário em matéria constitucional é o caso do controle realizado sobre o veto presidencial a projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 66, §1º da Constituição Federal.<sup>187</sup>

### 3.2.3 Controle médio-fraco:

O terceiro grau de controle verificado trata-se de um *controle médio fraco*: atos *interna corporis*, atos de Chefia de Estado e controle de constitucionalidade fundado em princípios. A ideia de que os atos praticados no âmbito interno do Parlamento, em aplicação unicamente de normas regimentais, devem receber um controle menos intenso pelo Judiciário

<sup>185</sup> Esse entendimento restou consolidado no julgamento de dois mandados de segurança interpostos pela defesa do ex-Presidente Fernando Collor de Mello no âmbito do processo de *impeachment*, são eles: MS nº. 21.623-9/DF e MS nº. 21.689-1, publicados em maio de 1993 e abril de 1995, respectivamente.

<sup>186</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 156-157.

<sup>187</sup> Vale ressaltar que não é lícito o exercício do controle jurisdicional do acerto ou não dos motivos apresentados pelo Chefe do Executivo para se opor à conversão em lei de projetos aprovados pelas Casas do Legislativo, mas o Poder Judiciário pode, por exemplo, reconhecer a intempestividade do veto oposto fora do prazo previsto constitucionalmente ou a invalidade por ausência de motivação. Vide RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 158.

restou evidenciada na jurisprudência do STF, em controvérsias envolvendo o processo legislativo<sup>188</sup>.

Nesse sentido, a jurisprudência firmou entendimento de que normas regimentais sobre o processo legislativo não seriam suscetíveis de violar direitos subjetivos de parlamentares, e portanto, seriam imunes ao controle feito pelo Poder Judiciário. Esse entendimento indica o afastamento total do controle judicial dos atos praticados no âmbito interno do Parlamento. Entretanto, cabe ressaltar que se os *atos interna corporis*, ainda que meramente regimentais, violem direitos constitucionais, nesse caso o Poder Judiciário poderá deles conhecer<sup>189</sup>.

Assim, em virtude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não se pode falar em exclusão total do controle realizado pelo Judiciário, mesmo se tratando dos atos internos do Parlamento. O controle exercido pode ser qualificado, portanto, como de intensidade média-fraca. Além da fiscalização dos procedimentos internos sob a ótica dos princípios e regras constitucionais, é viável a existência de um certo controle sobre a interpretação-aplicação das normas regimentais, ao menos para afastar a prática de condutas totalmente arbitrárias. Assim, temos que o controle jurisdicional deve ir um pouco além do controle meramente formal – que tipifica o grau mínimo visto anteriormente – mas deve adentrar na discussão dos próprios fundamentos jurídicos que embasam as decisões *interna corporis*. Ao fazê-lo não se está usurpando a competência exclusiva do legislador, apenas extraindo o sentido dos preceitos regimentais para aplicá-los de modo a dirimir conflitos de interesses, todavia, sempre primando por uma postura de *self-restraint*<sup>190</sup>

Finalmente, importa considerar o controle de constitucionalidade exercido sobre leis e atos normativos, cuja conformidade com a Constituição deverá ser auferida com base em normas-princípio. Nesse sentido, há de se distinguir se tais normas se apresentam como

---

<sup>188</sup> É o caso do Mandado de Segurança nº. 22.503-3/DF, relativo à tramitação da PEC 33-A/95 que tratava da reforma da previdência. Vide RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 159.

<sup>189</sup> Conforme explica o autor, a dimensão constitucional do direito à ampla defesa tem levado o STF a intervir com frequência no funcionamento de CPI's ou processos que visam à imposição de sanções político-disciplinares a parlamentares. Cabe mencionar trecho constante da ementa do acórdão relativo ao julgamento do MS nº. 24.831-9/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ em 04/08/2006: “(...) não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional”. Vide RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 160.

<sup>190</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 161-162.

princípios ou como regras, para fins de dimensionar a intensidade do controle judicial que incidirá sobre elas<sup>191</sup>.

Verifica-se um menor grau quando o controle é exercido sobre normas-princípios, enquanto parâmetros para avaliação da constitucionalidade dos atos legislativos. Isso porque os princípios abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, e não têm a pretensão de gerar soluções específicas para o caso concreto, mas de contribuir, juntamente com outras razões, para a tomada de decisão. Assim, o grau de controle jurisdicional exercido é menor nos princípios do que nas regras, em função do modo como essas espécies normativas contribuem para a tomada da decisão<sup>192</sup>.

#### 3.2.4 Controle médio-forte:

O próximo parâmetro de controle distinguido pelo autor corresponde ao *controle médio forte*, que trata do controle de constitucionalidade fundado em regras e atos administrativos em que haja discricionariedade. Assim, conforme pontuado no parágrafo anterior, a intensidade do controle efetivado pelo Poder Judiciário é maior se o parâmetro a ser utilizado para aferir a compatibilidade das leis ou outros atos normativos com a Constituição for composto por regras constitucionais. Isso porque as regras “têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”<sup>193</sup>. As regras constitucionais podem, entretanto, ter o seu mandamento reforçado pela incidência concomitante de normas-princípio, porém, ainda assim, dominarão a disciplina do caso concreto e os princípios deverão auxiliar na atividade de interpretação. Assim, a disciplina constitucional fundada em normas-regra diminui a discricionariedade legislativa, e, conseqüentemente, eleva o nível do controle a ser efetivado pelo Judiciário, que foi caracterizado pelo autor como médio-forte.

Ademais, é viável a inclusão no padrão médio-forte de controle judicial os atos administrativos que contenham alguma (pouca) discricionariedade, desde que em favor da Administração Pública. Quer dizer, hipóteses de atos administrativos que propiciam maior

---

<sup>191</sup> Nesse ponto, importa mencionar a distinção entre essas espécies normativas elaborada por Humberto Ávila, senão vejamos: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da confuta havida como necessária a sua promoção (...)”. Vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pg. 180.

<sup>192</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 154.

<sup>193</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pg. 181.

liberdade de agir ao administrador, em que tal discricionariedade é fruto de conceitos indeterminados constantes do texto constitucional, também deverão ser objeto de controle em grau mais elevado pelo Poder Judiciário. O exemplo trazido pelo autor é do caso de delimitação da publicidade governamental, conforme previsto pelo §1º, do artigo 37 da Constituição Federal, que deve possuir caráter “educativo, informativo ou de orientação social”<sup>194</sup>.

### 3.2.5 Controle máximo:

Por fim, o autor identifica como *controle máximo* aquele exercido sobre atos administrativos plenamente vinculados. Esse é o nível máximo de intensidade que pode ser atingido pelo controle jurisdicional fundado na Constituição Federal. Os atos administrativos plenamente vinculados, por vezes, decorrem essencialmente da aplicação de dispositivos constitucionais. São aqueles para os quais a lei estabelece requisitos e condições para a sua realização. A discricionariedade do legislador é quase nula, pois absorvida pelas imposições legalmente previstas, cuja observância constitui pressuposto para a validade da atividade administrativa vinculada, tornando o ato passível de anulação pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, em virtude do elevado grau de controle exercido<sup>195</sup>.

### 3.3 Sistematização proposta por Humberto Ávila:

Finalmente, HUMBERTO ÁVILA, partindo do pressuposto de que a função típica exercida pelo Poder Judiciário é a de aplicar e definir o Direito no caso de conflitos intersubjetivos ou de confronto entre normas infraconstitucionais e a Constituição; enquanto a função do Poder Legislativo é a de configurar democraticamente o Direito por meio de normas gerais abstratas, propõe-se a estabelecer critérios para averiguar em quais casos a atuação do Poder Judiciário pode ser qualificada como ativista<sup>196</sup>.

O autor explica que o procedimento pelo qual o Poder Legislativo exerce a sua função típica é o procedimento democrático – realizado com base no princípio da legalidade e no princípio democrático. Como já visto anteriormente, há configuração democrática quando o procedimento legislativo for realizado por meio de discussão e deliberação feitas por

<sup>194</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 166-167.

<sup>195</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 167-168.

<sup>196</sup> ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011.

representantes eleitos pelo povo, através de procedimento previamente definidos. O objeto sobre o qual recai a atuação do Poder Legislativo são os princípios e as regras constitucionais. E por fim, o autor ressalta que o instrumento por meio do qual o legislativo deve exercer a sua função típica é a norma geral e abstrata<sup>197</sup>.

Nesse sentido, o ativismo judicial deve ser entendido como o exercício da atividade judicial que desrespeita, posto que descaracteriza, a função típica do Poder Legislativo. Com efeito, “existe ativismo judicial quando o Poder Legislativo deixa de configurar democraticamente (procedimento) os princípios e as regras constitucionais (objeto) por meio de normas gerais e abstratas (instrumento) e quem passa a fazê-lo é o Poder Judiciário”<sup>198</sup>. Um Judiciário ativista, portanto, é aquele que exerce a função de “(...) configurar materialmente o Direito por meio de decisões judiciais que instituem normas gerais e abstratas”<sup>199</sup>.

Diante do exposto, o autor propõe que seja realizada a análise de três critérios de verificação do ativismo judicial, sendo o primeiro deles relativo ao procedimento, o segundo ao objeto e, por fim, o critério relativo ao instrumento da atividade realizada, para que se determine se a atividade decisória efetuada pelo Judiciário deve ou não ser considerada ativista, ou seja, se a atividade ultrapassa as linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento da função legislativa. Assim, passaremos a análise dos critérios de verificação do ativismo judicial, conforme propostos pelo autor.

### 3.3.1 Critério relativo ao procedimento:

A análise desse critério parte da compreensão de que quanto maior for o grau de participação democrática do Poder Legislativo no exercício da sua função típica, qual seja, de configurar materialmente as normas constitucionais, tanto menor deverá ser o âmbito de configuração normativa realizada pelo Judiciário. Note-se que o Poder Legislativo, ao exercer sua competência, tanto pode agir quanto pode se omitir de fazê-lo. Nas palavras de Humberto Ávila, “(...) sua atuação pode variar entre o extremo da configuração material total das normas

---

<sup>197</sup> “Norma geral é a prescrição normativa dirigida a um número indeterminado de pessoas. Norma abstrata é a prescrição normativa destinada a um número indeterminado de situações”. Cf. Ávila, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 151.

<sup>198</sup> ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 151.

<sup>199</sup> ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 151.

constitucionais conforme a Constituição até o extremo da total omissão no exercício dessa tarefa<sup>200</sup>.

Assim, quando caracterizada total omissão do Legislativo no cumprimento do dever de regular determinada matéria garantidora de direitos constitucionalmente previstos, o Judiciário poderá atuar sem que seu exercício seja considerado ativista, visto que essa atuação é excepcional e apenas ocorre face à omissão legislativa<sup>201</sup>. Não há descaracterização ou sobreposição do resultado normativo resultante do exercício da função típica legiferante<sup>202</sup>.

Portanto, com base na análise do critério procedimental da atuação, apenas será ativista a função judicial que comprometer o exercício do poder democrático. Face à omissão legislativa, a atuação judicial que visa garantir direitos fundamentais será legítima.

### 3.3.2 Critério relativo ao objeto:

O âmbito de configuração do Poder Legislativo, que é constituído principalmente pelas normas constitucionais que ele deve promover, não é uniforme. Isso ocorre em razão da natureza dessas normas, já que nem todas possuem a mesma densidade material e ou dizem respeito aos mesmos direitos<sup>203</sup>.

O professor Humberto Ávila explica que algumas normas são mais abertas e por isso deixam um âmbito maior de configuração ao Poder Legislativo. É o que acontece com os princípios e com as regras que contêm conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais. Já outras normas são mais fechadas, e por esse motivo deixam um espaço de configuração

<sup>200</sup> ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 152.

<sup>201</sup> Como as normas constitucionais têm força vinculante, não há razão para o juiz se curvar à ausência de lei, permitindo que os direitos fundamentais se tornem letra morta. “*O direito fundamental define-se justamente pela indisponibilidade do seu conteúdo pelo legislador*”. O juiz pode suprir a omissão legal diante do caso concreto. No entanto, diferentemente do legislador que possui discricionariedade para atuar em nome da tutela dos direitos fundamentais, o juiz, embora possa suprir a falta da tutela normativa, possui espaço de atuação bem mais restrito. Nesse sentido, para suprir a omissão inconstitucional, em primeiro lugar, o juiz deve (i) analisar se há dever de tutela normativa a direito fundamental; depois (ii) verificar se este dever não foi cumprido de outra maneira, que não a pretendida pelo demandante; e por fim, (iii) definido que há dever de tutela normativa e que o legislador não se desincumbiu legitimamente, de nenhuma forma, da sua obrigação, deverá o juiz fixar, para o caso concreto, a providência que, protegendo o direito fundamental, constitua a menor restrição à esfera jurídica do demandado. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. P. 944-945. A atuação que extrapolar esses limites, será considerada como atividade normativa atípica, para a qual o Judiciário não possui legitimidade, e nesse caso, estará configurado o ativismo judicial.

<sup>202</sup> ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 152.

<sup>203</sup> ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 152-153

menor ao Legislativo – como é o caso das regras que definem competências ou procedimentos<sup>204</sup>.

Dessa forma, sempre que a Constituição reservar um largo âmbito normativo para ser regulado pelo Poder Legislativo, que deve “agir de modo adequado a sua liberdade de configuração e fixação de premissas, ainda que não do modo ideal, a atuação do Judiciário que desconsiderá-la será ativista porque estará descaracterizando a função típica do Poder Legislativo e se sobrepondo ao resultado normativo dessa mesma função”<sup>205</sup>. Por essa razão verifica-se que quanto maior for a densidade normativa das normas Constitucionais, menor será a possibilidade de atuação material pelo Poder Judiciário.

A presente hipótese é facilmente verificável na prática nos diversos processos relativos à medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. Isso porque quando está comprovado que houve o exercício adequado do Legislativo para instituir normas gerais e abstratas, e que essas foram fielmente executadas pelo Executivo, ao desconsiderar os regulamentos sobre a matéria para garantir um direito individualizado, a decisão judicial está descaracterizando e se sobrepondo ao resultado normativo da função exercida pelo Legislativo. Principalmente em âmbitos em que há escassez de recursos e o dever de estabelecer políticas públicas, a decisão judicial que afasta as regras gerais aplicáveis instituídas pelo Poder Legislativo, de forma a descaracterizar a política pública uniformemente aplicada pelo Poder Executivo, configura ativismo judicial.

É importante ressaltar que o autor ressalva sua opinião pessoal no que tange as normas que tratam de direitos fundamentais. Ele defende que a importância da atuação do Judiciário oscilará de acordo com a importância dos direitos configurados, ou seja, “quanto maior for o grau de essencialidade dos direitos atingidos, quanto maior for a sua restrição e quanto maior for a assimetria existente entre os sujeitos envolvidos na sua concretização, tanto maior deverá ser o âmbito material de atuação do Poder Judiciário”<sup>206</sup>.

### 3.3.3 Critérios relativos ao instrumento:

A instituição de normas gerais e abstratas é o instrumento por meio do qual o Poder Legislativo exerce sua função típica de concretizador das normas e princípios constitucionais.

<sup>204</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 152-153.

<sup>205</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

<sup>206</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 153-154; e ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 174.

Essas normas traduzem-se em um mecanismo garantidor de igualdade, pois proporcionam uniformidade de tratamento. Conseqüentemente, se houver desigualdade, o Poder Judiciário deverá atuar para corrigi-la ou determinar pressupostos para que seja feita uma diferenciação válida, com base no mesmo critério<sup>207</sup>.

Ocorre que, muitas vezes, o âmbito de exercício da função judicial acaba comprometendo a igualdade geral das regras e a sua uniforme aplicação<sup>208</sup>. Esse fato se verifica principalmente nas decisões judiciais relativas aos direitos sociais, pois o reiterado afastamento das normas gerais e abstratas em prol da proteção de direitos individuais acaba inviabilizando o mecanismo de justiça geral e igualdade, instituído pelo Poder Legislativo e aplicado de forma uniforme pelo Poder Executivo, como já referido anteriormente.

Diante da análise dos critérios propostos, o autor conclui afirmando que somente o exame do procedimento, objeto e instrumentos de exercício do poder é que permitirão verificar se há ativismo judicial incompatível com a ordem Constitucional, ou atuação judicial em um âmbito requerido pela Constituição. Isso porque em algumas situações um maior âmbito de atuação é imposto pelo próprio sistema constitucional, através de normas amplas que devem ser concretizadas, pelos direitos fundamentais que são restringidos ou pela relação jurídica por meio da qual estes são configurados<sup>209</sup>.

Essas considerações nos permitem verificar que é incorreto denominar atividade judicial de ativista pelo simples fato de ser extensa. “Só haverá ativismo quando a utilização dos critérios acima analisados demonstrar que o exercício da atividade judicial está comprometendo a configuração democrática da Constituição pelo Poder Legislativo, ultrapassar o âmbito normativo reservado por ela ao Poder Judiciário e comprometer o sistema de igualdade geral, ainda que em nome da justiça individual”<sup>210</sup>.

Portanto, podemos concluir que a função típica do Poder Legislativo pode ser caracterizada em função do procedimento, objeto e instrumentos de atuação próprios que adota, e que existirá ativismo judicial sempre que o Poder Legislativo deixar de configurar democraticamente (procedimento) os princípios e regras constitucionais (objeto) por meio de normas gerais e abstratas (instrumento) e quem passa a fazê-lo é o Poder Judiciário.

<sup>207</sup> ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 155-155.

<sup>208</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 119; citada em Ávila, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011.

<sup>209</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 155.

<sup>210</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 155.

#### 4. ANÁLISE DO CASO “RAPOSA SERRA DO SOL”, JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PET. Nº. 3.388/RR.

Identificados e descritos os métodos para verificação da extensão do ativismo judicial, passamos agora a analisar uma decisão do Supremo Tribunal Federal conhecidamente ativista, e categorizá-la de acordo com as teorias nacionais trabalhadas. A ideia é identificar o grau, a extensão do ativismo do Supremo Tribunal Federal com base nas metodologias propostas.

O reconhecimento da postura ativista do Supremo em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e igualdade social é incontroverso. A Suprema Corte brasileira tem expandido e aplicado diretamente princípios constitucionais – como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão, entre outros – e tem imposto sérias limitações às atividades estatais, mormente as de natureza regulatória, investigatória e coercitiva<sup>211</sup>.

Com o objetivo de assegurar o cumprimento do mínimo existencial, o Tribunal vem mostrando forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva. Há diversas decisões, inclusive monocráticas, nas quais o Supremo tem exigido o cumprimento de prestações positivas do Estado em torno da realização dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes – de modo a intervir ativamente nas escolhas dos outros Poderes, ou de suprimir lhes autonomia no âmbito das políticas públicas e sociais.

A ascensão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em torno dos direitos de grupos minoritários merece destaque. Além dos julgamentos favoráveis à união homoafetiva<sup>212</sup> e ao aborto de fetos anencéfalos<sup>213</sup>, são ainda dignas de nota as decisões favoráveis às políticas de ação afirmativa para ingresso no ensino superior, especificamente as ações afirmativas raciais e as cotas socioeconômicas. O Supremo também tem se preocupado em assegurar os direitos dos índios, notadamente nas questões relativas às terras indígenas – como ocorreu no famoso caso Raposa Serra do Sol, que será objeto de análise pormenorizada no presente trabalho. Nesta decisão, a Corte assegurou a constitucionalidade do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas de forma contínua, e não em “ilhas”, e determinou 19 “salvaguardas” para o procedimento demarcatório, conforme passaremos a analisar.

---

<sup>211</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 252-253.

<sup>212</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgada em 05.05.2011, DJ de 14.10.2011.

<sup>213</sup> STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, DJ em 24/04/2012.

#### 4.1 Síntese do caso e principais argumentos desenvolvidos no acórdão:

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi um conflito que se estendeu por mais de vinte anos, se somarmos o tempo de discussão administrativa e judicial. Seria impossível abordar nesse trabalho toda a cronologia do processo, mas a breve menção de algumas das etapas que levaram essa questão ao Supremo Tribunal Federal pode contribuir para o entendimento acerca das dimensões e impactos desse caso.

Em 1993, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) propôs ao Ministério da Justiça o reconhecimento da extensão de 1,67 milhões de hectares contínuos da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, como de posse indígena. Em 1996, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso assinou o Decreto nº 1775/96 que introduziu ao processo de reconhecimento das terras indígenas o princípio do contraditório. Em 1998, Renan Calheiros, na posição de chefe do Ministério da Justiça, acabou por assinar uma Portaria declarando a região da Raposa Serra do Sol posse permanente dos povos indígenas em área contínua. Diante da situação que se desenhou, o governo de Roraima entrou com o Mandado de Segurança nº 6210/99 pedindo a anulação da Portaria assinada pelo Ministro Renan Calheiros. Em 2002, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao pedido formulado pelo Estado de Roraima, o que permitiu a continuidade do processo administrativo demarcatório<sup>214</sup>.

Em 2005, o então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, assinou a Portaria nº 534/2005, determinando para quais grupos indígenas a posse permanente seria destinada – tal Portaria foi confirmada pela assinatura de Decreto Presidencial, emitido pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, determinando a homologação da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e estabelecendo que a região do Parque Ambiental do Monte Roraima seria submetida a um regime jurídico de dupla afetação, na medida em que é unidade de conservação, mas também deve servir à realização dos direitos constitucionais dos índios.

Concluída a fase administrativa do processo demarcatório, a polêmica da Terra Indígena Raposa Serra do Sol continuou a ser discutida no âmbito do judiciário. Ainda em 2005, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Petição 3388/RR<sup>215</sup> impugnando o modelo de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e requerendo a suspensão

---

<sup>214</sup> Histórico disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/>; Acesso em 27 de novembro de 2015.

<sup>215</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010

liminar dos efeitos da portaria 534/2005 e do decreto homologatório assinado pelo Presidente<sup>216</sup>.

Com o intuito de sistematizar os principais argumentos trazidos pelas diversas partes, interessados e assistentes que compõem a lide, apresentaremos os argumentos dividindo-os em argumentos contra a demarcação, e argumentos a favor da demarcação.

As partes contrárias à demarcação das terras indígenas aduziram, em síntese, que a reserva indígena em região fronteiriça restringiria a (i) *soberania nacional*, seja “(...) pela impossibilidade de acesso de militares na região, seja pelo amplo acesso de ONGs internacionais, o que se revelaria perigoso em se tratando de terra de fronteira”<sup>217</sup>. Alegaram também o (ii) *excesso de terras*, pois a porção de terras demarcadas corresponderia à 7,5% do território do Estado de Roraima, sendo, pois, “muita terra para somente 15 mil índios”<sup>218</sup>. Aqueles contrários a demarcação nos moldes fixados no processo administrativo defendiam a (iii) *demarcação por ilhas*, na qual haveria alguns pontos de domínio indígena envoltos por terras estatais, de modo a associar a propriedade indígena aos interesses do Estado de Roraima. E sustentavam que a demarcação de forma diversa da proposta acarretaria o (iv) *enfraquecimento da economia*, na medida em que haveria redução de parcela da economia local, o que acarretaria a diminuição de 6% da arrecadação do Estado de Roraima<sup>219</sup>.

Por outro lado, aqueles em defesa dos direitos indígenas alegaram, em linhas gerais, (i) a *observância da legislação em vigor*, em virtude da proteção aos direitos dos índios que se verifica tanto no texto Constitucional, como pelo Estatuto do Índio e pela previsão em diversos tratados internacionais - como é o caso da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ainda, apresentaram o argumento relativo a (ii) *baixa densidade demográfica na região*, o que não representaria grande perda para o Estado de Roraima; e, por fim, mencionaram a (iii) *garantia da soberania*, visto que a Constituição Federal busca harmonizar os direitos dos índios e as suas terras com a promoção da defesa nacional em área situadas em faixas de fronteira – o que se evidencia pela existência de bases

---

<sup>216</sup> Histórico disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/>; Acesso em 27 de novembro de 2015.

<sup>217</sup> BALDI, César Augusto. Direito indígena: Raposa Serra do Sol desafia capacidade dos ministros do STF. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/65756.1>> Acesso em 27 de novembro de 2015.

<sup>218</sup> BALDI, César Augusto. Direito indígena: Raposa Serra do Sol desafia capacidade dos ministros do STF. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/65756.1>> Acesso em 27 de novembro de 2015.

<sup>219</sup> JANESCH, Ricardo de Holanda. O conflito indígena na Raposa Serra do Sol. In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura\\_id4820](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura_id4820)> Acesso em 27 de novembro de 2015.

militares em várias terras indígenas, inclusive nas áreas correspondentes à Raposa Serra do Sol, e muitos dos militares são índios<sup>220</sup>.

Diante da importância e visibilidade que o processo adquiriu, os ministros do STF manifestaram em vários momentos a vontade de que a decisão da Petição 3388/RR fixasse uma orientação válida para todos os demais casos envolvendo demarcação de terras indígenas. Essa intenção fica evidenciada no seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, senão vejamos:

(...) nós não estamos apenas decidindo este caso. Nós estamos, pela primeira vez, fixando uma orientação para a questão da demarcação com todas as suas implicações. É importante que se diga isso<sup>221</sup>.

Nesse mesmo sentido, vale destacar trecho retirado do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, senão vejamos:

A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance<sup>222</sup>.

Sendo assim, diante da responsabilidade de fixar uma orientação que extrapolasse os limites do caso Raposa Serra do Sol, o STF optou por ir além do que havia sido pedido e construir uma decisão que fosse aplicável a outros casos de conflitos demarcatórios, conforme se verifica em razão da natureza das diretrizes que foram estabelecidas nesta decisão. Todavia, imperioso ressaltar que no julgamento dos Embargos de Declaração opostos contra o acórdão que julgou a PET 3.388/RR, o Ministro Roberto Barroso esclarece que a decisão proferida não possui efeito *erga omnes*, devendo funcionar, no entanto, como precedente com força persuasiva para os casos futuros. Nesse sentido, vejamos a ementa dos Embargos de Declaração:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração

<sup>220</sup> JANESCH, Ricardo de Holanda. O conflito indígena na Raposa Serra do Sol. In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura\\_id4820](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura_id4820) > Acesso em 27 de novembro de 2015.

<sup>221</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010, pg. 737.

<sup>222</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010, pg. 415-416.

opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. **As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região.** Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. **A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões**<sup>223</sup>.

No mérito, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram julgar a Petição parcialmente procedente, reconhecendo a constitucionalidade da demarcação contínua das terras indígenas no Estado de Roraima, a inexistência de vícios no processo administrativo de demarcação, a constitucionalidade da Portaria 534/2005 do Ministro da Justiça, bem como do Decreto Presidencial homologatório. Ainda, o acórdão afirmou a questão da demarcação das terras indígenas como “capítulo avançado do constitucionalismo fraternal”, reconheceu a Constituição Federal como estatuto jurídico da causa, bem como desenvolveu “salvaguardas” institucionais para regular o procedimento de demarcação das terras indígenas, as quais possuem como fundamento a “inclusão comunitária dos índios pela via da identidade étnica” e a “superlativa importância histórico cultural” da causa indígena<sup>224</sup>.

Vale a ressalva no sentido de que o acórdão proferido é extenso, e trata em detalhes de diversas questões que não serão abordadas no presente estudo. O corte metodológico feito relaciona as questões discutidas no acórdão com o ativismo judicial. Dessa forma, apenas serão tratadas aqui as questões discutidas no acórdão nas quais é possível identificar uma postura ativista dos julgadores.

<sup>223</sup> STF, Embargos de Declaração na Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23.10.2013, DJ de 03.02.2014.

<sup>224</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010.

Dito isso, cumpre analisar primeiramente a questão que trata da demarcação das terras indígenas como “capítulo do constitucionalismo fraternal”<sup>225</sup>. Esse ponto é desenvolvido no voto do Ministro Relator Ayres Britto, que menciona que o momento do constitucionalismo atual se volta para a efetivação da igualdade “civil-moral de minorias”<sup>226</sup>. Nesse sentido, toma por base os artigos 231 e 232 da Constituição Federal, que caracteriza como dispositivos de finalidade fraternal ou solidária, e explica que estamos vivendo a “era compensatória de desvantagens historicamente acumuladas”<sup>227</sup>, as quais devem ser viabilizadas por mecanismos institucionais de ações afirmativas. Para o Ministro, no caso dos índios, existe a concretização do ideal constitucional da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. Nesse sentido, no caso concreto, devem ser promovidas ações que assegurem para os índios “(...) desfrutar de um bom espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural”<sup>228</sup>.

Cabe mencionar a síntese do voto do Relator elaborada no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, pois abrange de forma bem sucinta os pontos do voto que julgamos importantes para os fins do presente trabalho, senão vejamos:

Em voto que mais uma vez deixou transparecer sua sensibilidade social, o Ministro Carlos Britto faz questão de ressaltar que *“os índios são parte essencial da realidade política e cultural brasileira”* as terras indígenas *“parte essencial do território brasileiro”*, sendo bem ou propriedade física da União, não compartilhada com nenhuma outra entidade de direito público interno ou externo. Entendeu que essa condição não afasta os índios nessas terras situados dos *“vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam”*, cuja atuação deve se dar *“em regime de concerto com a União e sob a liderança desta”*; que é da União a competência *“para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os seus bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada também contra os Estados e Municípios, se necessário”* (grifos originais); que as terras indígenas não são território ou pessoa federada e por isso mesmo não comportam o livre acesso de qualquer brasileiro; que a demarcação das terras indígenas é de competência da União e de atribuição do Poder Executivo e tem inspiração no *“constitucionalismo fraternal”*, sendo reflexo de um mecanismo oficial de ação afirmativa; que a opção tomada pela Constituição é a de dar aos índios a oportunidade de se mostrarem como uma etnia e uma etnia brasileira, de se adaptarem, livre e conscientemente ao estilo de vida dos brasileiros não-índios e de mostrarem uma *“atualizada idéia de desenvolvimento (...) como um*

<sup>225</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 284-285.

<sup>226</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 285

<sup>227</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 285-286.

<sup>228</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 286.

*crescer humanitário", em "um discurso jurídico-positivo que já não antagoniza colonização e indigenato"<sup>229</sup>.*

O voto-vista proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que vem para complementar o voto do Ministro Relator Ayres Britto, também precisa ser mencionado. Dentre os vários tópicos enfrentados no voto, vale citar o desenvolvimento da “Teoria do Fato Indígena”<sup>230</sup>, por meio do qual o Ministro defende que devem ser considerados não só os aspectos formais da ocupação indígena para a qualificação de terras aptas à demarcação, mas deve se ter em mente aspectos subjetivos de vivência, história e relação do grupo indígena com a terra. Nesse sentido, cabe citar trecho proferido pelo Ministro:

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1998) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc). O fato indígena a suplantar, como decidido pelo constituinte dos oitenta<sup>231</sup>.

Ainda, o Ministro afirma que os direitos dos índios podem ser condicionados pelos interesses públicos, quando em conflitos com estes. Quer dizer, verifica-se a posição do Ministro no sentido de que os direitos dos povos indígenas não são absolutos, e da necessidade de se determinar os elementos que condicionam esses direitos. Nesse sentido:

Ao meu sentir, para a melhor percepção das implicações deste caso, **é preciso mostrar em que consiste esse conjunto de prerrogativas e restrições atrelado à terra indígena** e que constitui, enfim, o que vem sendo reunido sob a noção de afetação<sup>232</sup>.

O Ministro Menezes Direito segue seu voto abordando cada um dos conflitos apontados na inicial e desenvolvendo, para cada um deles, uma interpretação da Constituição e das leis que permita, nas palavras do próprio Ministro, a “conciliação das prerrogativas aparentemente em conflito”<sup>233</sup>, e que, ao final do voto, acabam por dar origem a 18 cláusulas condicionantes, que no último debate, por conta de uma fala do Ministro Carlos Ayres Britto,

<sup>229</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 367.

<sup>230</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 381.

<sup>231</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 384.

<sup>232</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 390.

<sup>233</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 405.

tornam-se 19. Finalmente, cabe citar as 19 diretrizes criadas no referido julgamento para a demarcação das terras indígenas:

Destarte, julgo parcialmente procedente a presente ação popular para que sejam observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras:

- (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, interesse público da União, na forma de lei complementar;
- (ii) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra de recursos minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;
- (v) **o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional;** a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- (vii) **o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União,** especialmente os de saúde e educação;
- (viii) **o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;**
- (ix) **o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas da área em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;**
- (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação **nos horários e condições estipulados pela administração;**
- (xi) deve ser admitido o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;
- (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
- (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;
- (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade

indígena ou pelos silvícolas (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973);

(xv) **é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);**

(xvi) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

(xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

(xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88)<sup>234</sup>.

(...)

(xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento<sup>235</sup>.

Do exposto, verifica-se que os Ministros acabaram criando direito, ou seja, requisitos normativos tendo por base apenas o procedimento de interpretação conforme a Constituição e o alargamento dos princípios constitucionais vinculados à proteção das minorias. O caso Raposa Serra do Sol é um exemplo gritante de criação judicial do direito por meio da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, pois, a partir do voto vista do ex-Ministro Menezes Direito, houve a afirmação da conformação da prática demarcatórias das áreas indígenas com a disciplina constitucional do usufruto de terras, com as normas constitucionais relativas a serviços públicos, meio ambiente e segurança nacional.

Desse exercício hermenêutico, resultou a criação de 19 novas condições restritivas a serem observadas pelo Poder Executivo nos futuros atos de demarcação contínua de terras indígenas. Resta evidente que o Supremo criou regras demarcatórias – como se fosse um verdadeiro estatuto – com a finalidade de vincular as futuras decisões políticas do governo, configurando decisão de evidente caráter ativista.

Ainda, importante perceber a contradição que geram os efeitos práticos dessa decisão. Em nome da proteção do direito constitucionalmente assegurado aos índios, com a finalidade de compensar as desigualdades sociais historicamente acumuladas, como referiu o Ministro Ayres Britto, a decisão acabou, em razão dessas “salvaguardas”, ocasionando uma severa

<sup>234</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 416-418.

<sup>235</sup> STF, Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010. P. 880.

limitação ao direito fundamental dos índios. Consistiu em “hipótese clara de ativismo judicial voltado contra a proteção de grupo vulnerável”<sup>236</sup>.

4.2 Identificação e categorização do ativismo judicial presente na decisão conforme os critérios de verificação propostos pela doutrina nacional:

No que tange à categorização da decisão de acordo com os métodos de verificação desenvolvidos no tópico anterior, verificamos que, de acordo com a sistematização desenvolvida por CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, a hipótese se relaciona com a *dimensão metodológica* do ativismo judicial, pela qual se verifica a interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais, a criação judicial do direito infraconstitucional por meio de técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o controle de omissões inconstitucionais do legislativo e as decisões maximalistas.

Nesse sentido, o acórdão que julgou parcialmente procedente o caso Raposa Serra do Sol, ao estipular 19 diretrizes para a demarcação das terras indígenas, promoveu a criação judicial do direito infraconstitucional por meio de técnicas de interpretação conforme a Constituição e de aplicação expansiva dos princípios e normas constitucionais.

Cabe ressaltar que, da mesma forma que o ativismo judicial não pode ser encarado de forma padronizada, nem sempre os métodos aplicáveis para a sua verificação serão únicos. Nesse sentido, entendemos que também caberia na hipótese a gradação com base na *dimensão dos direitos*, através do qual se verifica 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.

Quanto aos graus para aferição do ativismo judicial propostos por ELIVAL DA SILVA RAMOS, entendemos que a decisão do Supremo Tribunal Federal analisada pelo presente trabalho pode ser categorizada como hipótese de *controle médio-forte* de constitucionalidade, visto que o parâmetro a ser utilizado para aferição da compatibilidade das leis ou outros atos normativos com a Constituição é composto por regras constitucionais, mormente os artigos 231 e 232 da CF/88. Isso porque as regras têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões, ainda que possam ter seu mandamento

---

<sup>236</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 292.

reforçado pela incidência concomitante de normas princípio – que deverão auxiliar na atividade de interpretação conforme a Constituição. Assim, a disciplina constitucional fundada em normas-regra diminui a discricionariedade legislativo, e, conseqüentemente, eleva o nível do controle a ser efetivado pelo Judiciário.

Verifica-se que, no caso em tela, os magistrados tomaram por base regras constitucionais e infraconstitucionais relativas aos direitos dos índios e ao usufruto das terras, reforçando seus mandamentos com base em princípios constitucionais – mormente relativos à dignidade e proteção dos grupos minoritários – para declarar a constitucionalidade do procedimento administrativo demarcatórios das terras da Raposa Serra do Sol. Ainda, pela atividade de interpretação conforme, que foi auxiliada pelos princípios, o Judiciário diminuiu a discricionariedade do Legislativo e, conseqüentemente, aumentou o seu controle através da fixação das salvaguardas institucionais que devem ser observadas para a demarcação de terras. Nesse sentido, o ativismo exercido pelo Supremo pode ser categorizado como *médio-forte*.

Finalmente, no que tange a proposta de sistematização desenvolvida por HUMBERTO ÁVILA, entendemos que a decisão analisada se relaciona com a hipótese de ativismo judicial relativa ao *procedimento*, que é o critério de aferição que caracteriza como ativista a função judicial que compromete o exercício do poder democrático pelo Poder Legislativo. A análise desse critério parte da compreensão de que quanto maior for o grau de participação democrática do Poder Legislativo no exercício da sua função típica, qual seja, de configurar materialmente as normas constitucionais, tanto menor deverá ser o âmbito de configuração normativa realizado pelo Judiciário.

Nesse sentido, ao estipular 19 novas condições restritivas a serem observadas pelo Poder Executivo nos futuros atos de demarcação contínua de terras indígenas, é evidente que o Supremo criou regras demarcatórias – como se fosse um verdadeiro estatuto – com a finalidade de vincular as futuras decisões políticas do governo. Tal atitude pode ser vista como intervenção ativa nas escolhas dos outros Poderes, ou até mesmo como supressão da competência e da autonomia do Poder Legislativo para regulamentar a matéria, de modo a comprometer o exercício do poder democrático.

Ressalte-se, no entanto, que a decisão que julgou parcialmente procedente o caso Raposa Serra do Sol não possui efeito vinculante no sentido técnico (Repercussão Geral) e nem efeitos *erga omnes*. Nesse sentido, poderia se argumentar que não houve atividade normativa atípica do Supremo Tribunal Federal nesse caso, pois as condições estipuladas deverão ser observadas no caso concreto, e não possuem o efeito de vincular casos futuros.

No entanto, no julgamento dos Embargos de Declaração opostos, os próprios ministros fizeram a ressalva de que tais diretrizes devem incidir com força “moral e persuasiva”<sup>237</sup> nos casos futuros acerca da matéria. Além disso, devemos levar em consideração que se trata de um precedente importante, decidido por maioria pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, e por essa razão, dificilmente será desconsiderado para o julgamento de casos futuros. Diante do exposto, concluímos que o Supremo Tribunal Federal comprometeu o exercício do poder democrático ao atuar como legislador positivo no caso Raposa Serra do Sol, motivo pelo qual o ativismo judicial identificado deve ser categorizado com base no *procedimento*.

---

<sup>237</sup> STF, Embargos de Declaração na Petição nº. 3.388/RR, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23.10.2013, DJ de 03.02.2014.

## CONCLUSÃO:

A partir de todas as considerações elaboradas neste trabalho, destacam-se as seguintes conclusões acerca do fenômeno conhecido como ativismo judicial, mormente da atuação ativista verificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

1. O ativismo judicial decorre principalmente da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas. Nesse sentido, verifica-se que o contexto filosófico que possibilitou o desenvolvimento do ativismo judicial, e que lhe serve como embasamento filosófico se denomina pós-positivismo, ou positivismo moderno. A mudança do paradigma filosófico – quer dizer, a superação do positivismo clássico em favor de uma teorização que busca empreender uma leitura da Constituição e das leis não completamente destacada da moral – possibilitou o surgimento das três principais transformações teóricas que alteraram o âmbito de aplicação do direito constitucional, quais sejam, *o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional*. Nesse sentido, as três características mencionadas, que se desenvolveram graças à ascensão pós-positivismo, se relacionam fortemente com o surgimento do ativismo judicial, posto que funcionam como fatores de impulsão para a adoção desta postura.

2. Concomitantemente com a evolução filosófica retratada no item anterior, verifica-se a evolução doutrinária correspondente, e que, da mesma forma, serve como embasamento teórico para o desenvolvimento do ativismo judicial. Trata-se da doutrina do neoconstitucionalismo. Esse modelo institucional se caracteriza por reconhecer a expansão da jurisdição constitucional, bem como o caráter vinculativo dos seus dispositivos. Ainda, reconhece a necessidade de se desenvolver uma dogmática de interpretação própria para os dispositivos constitucionais. Nesse contexto se verifica a possibilidade de desenvolvimento da interpretação criativa da jurisprudência, em função principalmente da positivação e da aplicação dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa pelos princípios decorre o método específico de interpretação, conhecido como ponderação. Da adoção da ponderação advém tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação, voltada ao sujeito individual e ao caso concreto, quanto o predomínio da dimensão particular de justiça. Essas mudanças, ao seu turno, conduziram à dominância de um dos Poderes, o Judiciário, e de uma das fontes de direito, a Constituição. Nesse sentido, esse encadeamento metodológico decorrente da doutrina constitucionalista serve como fator de impulsão à adoção de práticas judiciais ativistas.

3. Especificamente no caso brasileiro, as mencionadas mudanças promovidas pelo movimento denominado “neoconstitucionalismo” não encontram suporte em nosso ordenamento jurídico. Isso porque não se pode afirmar que a Constituição brasileira de 1988 é mais principiológica do que regulatória, o que conseqüentemente leva à conclusão de que a afirmação de que a ponderação deve substituir a subsunção como método de interpretação constitucional está equivocada. Ademais, não é correto sustentar a preponderância do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, isso porque o ordenamento constitucional privilegia a participação democrática e reserva competência ao legislativo para regular por lei inúmeras matérias<sup>238</sup>. No entanto, a doutrina do “neoconstitucionalismo” continua sendo mencionada como fator de impulso do ativismo judicial promovido pelo Supremo Tribunal Federal, mas deve ser entendida mais como uma ideologia ou movimento – embasado na doutrina estrangeira – do que uma teoria jurídica ou método de aplicação e teorização do direito constitucional.

4. Uma das principais características que exsurge da evolução filosófica-doutrinária retratada nos itens anteriores é o desenvolvimento da *hermenêutica constitucional*. Essa característica constitui o fator que mais contribui para a verificação do fenômeno do ativismo judicial. Trata-se de uma modalidade de interpretação jurídica que consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a um texto ou outros elementos normativos lastreados na Constituição. O ativismo judicial, mormente em matéria constitucional, se relaciona diretamente com as especificidades da hermenêutica constitucional, pois esta compreende, dentre outros aspectos, a supremacia hierárquica das normas Constitucionais, a existência de normas-princípios, a imprecisão semântica da linguagem constitucional e a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação e aplicação da Constituição.

5. O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo assentam as bases para a justificação da adoção de um modelo diverso de interpretação constitucional, que culmina no desenvolvimento do fenômeno do ativismo judicial por parte dos magistrados. Apesar das críticas feitas por parte da doutrina quanto o reconhecimento da existência e da aplicabilidade desses pressupostos teóricos-filosóficos no ordenamento jurídico brasileiro, para os fins do presente trabalho, entendemos que estes três elementos constituem fatores de impulso para o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Todavia, reconhecemos também a existência

---

<sup>238</sup> ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 03 de junho de 2015.

de outros fatores que são considerados de impulsão do ativismo judicial - podemos mencionar a adoção de um modelo de Estado intervencionista, a expansão do controle abstrato das normas, a atividade normativa atípica realizada pelo Supremo Tribunal Federal pela edição de súmulas vinculantes e pelo uso do Mandado de Injunção, dentre tantos outros já trabalhados pela doutrina.

6. A definição, origem e extensão do ativismo judicial são questões controvertidas na doutrina. Verifica-se uma ausência de rigor na conceituação do fenômeno. Para os fins do presente trabalho, no entanto, entendemos que o vocábulo é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela Constituição Federal. Nesse sentido, o principal comportamento caracterizador do ativismo se relaciona com a expansão do poder decisório que os juízes e as cortes promovem sobre os demais Poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando decisões ou atuando nos espaços reservados àqueles.

7. O ativismo judicial não se confunde com o fenômeno da judicialização da política. O termo “judicialização” expressa o fenômeno através do qual se verifica que as questões de larga repercussão política ou social das sociedades estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas – Congresso Nacional e Poder Executivo. Assim, esse fenômeno reflete a transferência de poder para os juízes e tribunais. Nesse sentido, a judicialização se diferencia do ativismo judicial por ser uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado no país, enquanto o ativismo é uma escolha do aplicador do direito, em função das técnicas de interpretação constitucional por ele adotadas.

8. O ativismo judicial não se confunde com o fenômeno da *self-restraint*. Aliás, a autocontenção judicial caracteriza-se como fenômeno diametralmente oposto ao ativismo judicial. A principal diferença entre esses dois modelos se relaciona com a postura de deferência aos outros Poderes na atividade de revisão de atos e decisões proferidas por estes pelo Judiciário. Nesse sentido, se “o ativismo judicial é enfrentar os outros Poderes, a autorrestrição é evitar decidir contra esses Poderes em respeito à autoridade política ou técnica dos mesmos”<sup>239</sup>.

9. A principal crítica deferida contra a postura judicial ativista está relacionada com a questão do contramajoritarismo e da ausência de legitimidade democrática das Cortes para exercerem papéis políticos. A ideia é que, observados os valores constitucionais, cabe ao

---

<sup>239</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 179.

legislador fazer a escolha sobre a política a ser adotada, considerando as diferentes visões que caracterizam as sociedades pluralistas em que vivemos. Aqueles que criticam a postura contramajoritária dos magistrados argumentam que o processo democrático é o único meio de considerar de maneira não arbitrária as vontades da maioria. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso Nacional, apenas atuando quando houver flagrantes indícios de violação ao processo democráticos ou inobservância de direitos fundamentais.

10. Outra crítica importante ao ativismo judicial se relaciona com o desrespeito ao princípio da separação de poderes. A concepção constitucionalista de separação de poderes toma por base o respeito às competências de cada instituição definidas no texto Constitucional. Nesse sentido, uma das críticas que se faz ao ativismo judicial é no sentido de considerar sua atuação como “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”<sup>240</sup>. Trata-se da descaracterização da função do Poder Judiciário, com incursão indevida nas funções constitucionalmente atribuídas aos outros Poderes. Por essa razão, as correntes mais tradicionalistas defendem que o Judiciário, ao proceder o controle de constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, para não comprometer o princípio da separação de poderes, deveria apenas legislar negativamente. Trata-se da *tese do legislador negativo*.

11. O fenômeno da judicialização cria uma estrutura de oportunidade para que as Cortes avancem seu poder político-normativo, ou seja, adotem comportamentos ativistas. O ativismo na judicialização da política será a escolha comportamental do magistrado de aceitar a demanda de judicialização política e ditar as soluções para as questões levantadas. Nesse sentido, outra crítica feita ao ativismo judicial diz respeito a ausência de limites sobre o controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário acerca de questões relativas a políticas públicas, pois muitas vezes os magistrados acabam atuando de maneira normativa atípica, em prol do mínimo existencial e da observância aos princípios e garantias constitucionais.

12. O ativismo judicial, independente do conceito que se adote, não pode ser analisado de forma padronizada. Isso porque o âmbito material de atuação do Poder Judiciário não é uniforme – às vezes deverá ser mais amplo, e às vezes deverá ser mais restrito, dependendo do modo como a Constituição normatizou as matérias e dividiu o exercício do

---

<sup>240</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 116.

poder entre os três Poderes<sup>241</sup>. Assim, verificamos que as decisões ativistas se apresentam com diferentes dimensões, ou seja, se apresentam por uma variedade de condutas distintas não só em relação à intensidade, mas também na forma da sua manifestação. Diante disso, percebemos que as práticas judiciais ativistas são insuscetíveis de redução à critérios singulares de identificação.

13. Com o propósito de identificar as diferentes dimensões de ativismo, apresentamos o método desenvolvido por Carlos Alexandre de Azevedo Campos. O autor propõe um método de identificação do ativismo judicial com base nas diferentes dimensões identificáveis em uma determinada decisão. De acordo com o método proposto, as decisões ativistas podem ser identificadas com base em cinco critérios de verificação, ou seja, cinco dimensões diferentes de ativismo judicial – são elas: a dimensão metodológica, a dimensão processual, dimensão estrutural ou horizontal, a dimensão dos direitos e, finalmente, a dimensão antidialógica. Outro método apresentado foi proposto por Elival da Silva Ramos, que busca explicitar a gradação do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos praticados pelos demais Poderes, com intuito de aferir o caráter ativista ou não de determinada decisão judicial. O primeiro grau proposto seria o da inexistência de controle judicial, após identificamos o grau de controle mínimo, seguido do controle médio-fraco. Ainda, o autor reconhece o grau de controle médio-forte e, por fim, o controle máximo exercido pelo Poder Judiciário. Finalmente, apresentamos a divisão elaborada por Humberto Ávila, que propõe seja realizada a análise de três critérios de verificação do ativismo judicial, sendo o primeiro deles relativo ao procedimento, o segundo ao objeto e, por fim, o critério relativo ao instrumento da atividade realizada, para que se determine se a atividade decisória efetuada pelo Judiciário deve ou não ser considerada ativista.

14. Com base na análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da PET nº. 3.388/RR, que ficou conhecida como “caso Raposa Serra do Sol”, concluímos que a postura ativista adotada pelos Ministros na referida decisão poderia ser categorizada como pertencente à *dimensão metodológica*, de acordo com o método desenvolvido por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, visto que o acórdão analisado, ao julgar parcialmente procedente a ação, acabou por estipular 19 diretrizes para a demarcação das terras indígenas, de forma a promover criação judicial do direito infraconstitucional por meio de técnicas de interpretação conforme a Constituição e de aplicação expansiva dos princípios e normas constitucionais.

---

<sup>241</sup> ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. P. 150.

15. Ainda, diante dos critérios para aferição do ativismo judicial com base nos graus de controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos praticados pelos demais Poderes, propostos por Elival da Silva Ramos, vislumbramos que a decisão proferida pelo STF no “caso Raposa Serra do Sol” deve ser categorizada como hipótese de *controle médio-forte* de constitucionalidade. Isso porque, através da atividade de interpretação conforme a Constituição realizada, auxiliada pela ponderação de princípios constitucionais relativos à dignidade humana e proteção dos grupos minoritário, o Judiciário diminuiu a discricionariedade do Legislativo e, conseqüentemente, aumentou o seu controle através da fixação das salvaguardas institucionais que devem ser observadas para a demarcação de terras. Finalmente, no que tange a proposta de sistematização desenvolvida por Humberto Ávila, concluímos que a decisão analisada se relaciona com a hipótese de ativismo judicial relativa ao *procedimento*, que é o critério de aferição que caracteriza como ativista a função judicial que compromete o exercício do poder democrático pelo Poder Legislativo. As 19 novas condições restritivas a serem observadas pelo Poder Executivo nos futuros atos de demarcação contínua de terras indígenas, constituem intervenção ilegítima nas competências dos outros Poderes, de modo a comprometer o exercício do poder democrático.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mario Cesar; LEGALE, Siddharta; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; VIEIRA, José Ribas. “Juizes como heróis, soldados, mudos ou...minimalistas”. Disponível em: <http://jota.info/juizes-como-herois-soldados-mudos-ou-minimalistas>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 03 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. Ativismo Judicial e Direito Tributário. **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 150.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pg. 119.

BALDI, César Augusto. Direito indígena: Raposa Serra do Sol desafia capacidade dos ministros do STF. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/65756,1>> Acesso em 27 de novembro de 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 03 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas**, Brasília: Editora OAB, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>> Acesso em: 28 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005.

BARCELOS, Ana Paula. “Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional”. **A Nova Interpretação Constitucional**, org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pg. 82.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: UNISSINOS, 1999.

BARZOTTO, Luís Fernando. “Positivismo, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial”. **Retos del derecho constitucional contemporâneo**, org. Gabriel Mora Restrepo, Gabriel Benítez Rojas e Vicente Fabián. Buenos Aires: Astrea, 20139.

BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico**. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Debate, 1993.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Atlas, 2007.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. **Confluências**. vol. 12. Niterói: PPGSD-UFF, 2012. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitual-brasileira>. Acesso em 31 de outubro de 2015.

JANESCH, Ricardo de Holanda. O conflito indígena na Raposa Serra do Sol. In: **Âmbito Jurídico**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura\\_id4820](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura_id4820) Acesso em 27 de novembro de 2015.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, 2004. Pg. 1441-1477.

LINARES, Sebastián. **“La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes”**. Madrid: Editora Marcial Pons, 2008.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

LINDQUIST, Stefane A.; CROSS, Frank B. **Measuring Judicial Activism**. New Oxford: Oxford University Press, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 15-27.

\_\_\_\_\_. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 14-38.

MÖLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep Maria. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Madrid: Editora Marcial Pons, 2004.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito, in José Levi Mello do Amaral Júnior (org.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2010. P. 61-75.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. P. 864-946.

SCHAUER, Frederick. **Neutrality and Judicial Review**. Springer, Vol. 22, nº. 3-4, 2003. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3505106>>. Acesso em 29/07/2015.

STRECK, Lenio Luiz. “Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes?”. **Conjur**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

SUNSTEIN, Cass R. A hand in the matter: has the Rehnquist court pushed its agenda on the resto f the country? **Legal Affairs**, v. 26, 2003. Disponível em: <[http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature\\_marapr03\\_sunstein.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp)>. Acesso em 05 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists and Mutes**. Nova York: Oxford University Press, 2015.

TAVARES, R. S.; VIEIRA, J. R.; VALLE, V. R. L. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Brasília. 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 15 de novembro de 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case against Judicial Review**. The Yale Law Journal, Vol. 115, nº. 6, 2006. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20455656>> Acesso em 28/05/2015.