

# A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E PROTAGONISMO JUDICIAL

**Bruno Barbosa Borges\***  
brunob2301@yahoo.com.br

**Paulo Antônio Silva Neto\*\***  
paulonetodir@gmail.com

## RESUMO

A nova ordem constitucional brasileira fez surgir novos paradigmas: o instituto da judicialização da política e do protagonismo judicial. Este último surgido de teorias alienígenas importadas com impactos significativos no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, se faz indispensável um sistema de auto-contenção judicial, sem descartar a imprescindível necessidade de uma teoria da decisão a fim de racionalizar as decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Judicialização da política; Protagonismo Judicial; Teoria da Decisão.

**1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS:** a construção do estado democrático de direito e sua proteção depositada nas mãos do poder judiciário pela carta de 88

A Carta Cidadã trouxe ao ordenamento brasileiro uma grande vitória, “ambiciosa”, rica em direitos, contendo um extenso rol de direitos fundamentais e sociais. O constitucionalismo brasileiro, inspirado no modelo europeu pós segunda guerra, edificou uma estrutura jamais vista antes, agregando mais direitos que a Constituição alemã, que optou por um rol de direitos fundamentais, e não dispôs extensivamente acerca do rol de direitos sociais. Demonstrando uma verdadeira superação às Constituições passadas que se viram influenciadas por um poder centralizador<sup>1</sup>.

\* Mestre em Direitos Humanos pela UMINHO/Portugal; Professor de Direito no Centro Universitário do Planalto de Araxá - UNIARAXÁ; Doutorando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Orientador do artigo em referência.

\*\* Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Planalto de Araxá.

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURÍDI-**

A época no Brasil buscava-se um meio para reverter os efeitos de uma ditadura militar que perdurou por mais de vinte anos, vislumbrou-se então nas Constituições europeias uma similitude histórica com a situação brasileira, haja vista que foram promulgadas no intuito de reverter os funestos efeitos advindos dos regimes totalitários, como os ocorridos “na Alemanha com o nazismo e o fascismo na Itália, além de oferecer uma resposta também para outras ditaduras, como o salazarismo em Portugal e o franquismo na Espanha”<sup>2</sup>.

Destarte, as Constituições da Itália em 1948, da Alemanha em 1949, de Portugal em 1976, e da Espanha em 1978, representaram, em conjunto, a radicalização da noção de dirigismo constitucional e instituíram um Estado Democrático de Direito, como modelo de Estado apto a contornar os efeitos advindos da vivência de anos em um regime de exceção.<sup>3</sup>

Neste diapasão “É por demais evidente que se pode caracterizar a constituição de 1988 como uma Constituição Social, dirigente e compromissária, alinhando-se com as constituições europeias do segundo pós-guerra”<sup>4</sup>.

Diante disto, a Carta brasileira de 1988, no texto normativo de seu artigo 1º, ao constituir a República Federativa Brasileira em Estado Democrático de Direito, depositou nas mãos do Poder Judiciário a defesa e guarda da Constituição, mormente o Supremo Tribunal Federal, que além de ser a instância mais alta do poder judiciário, atua como Corte Constitucional, nos termos do artigo 102, caput da Carta Magna.

Destarte, quando o constituinte originário atribuiu ao poder judiciário a defesa e a guarda da constituição brasileira, depositou em suas mãos o dever e a responsabilidade de interpretação da Carta Magna, todavia, a retirada da normatividade do texto constitucional não era/é tarefa tão simples assim. Mesmo depois de duas décadas e meia da promulgação da Carta Cidadã, não se conseguiu extrair boa parte da normatividade contida no texto constitucional, e quiçá a aplicação justa do que se extraiu.<sup>5</sup>

Deste modo, cumpre trazer à baila as palavras de Lenio Luiz Streck,

Esse problema se manifesta, em grande parte, por um singelo motivo: *uma constituição não se operacionaliza*

---

CA. 3. Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2013. p 275.

<sup>2</sup> STRECK, Op. Cit., página 276, nota 1.

<sup>3</sup> Id.

<sup>4</sup> STRECK, Op. Cit., página 39, nota 1.

<sup>5</sup> Ibid., página 277, nota 1.

*por si mesma*. Ela depende da construção de um manto teórico que possa dar condições de tornar efetivos seus conteúdos no nível de interpretação. Só que isso não existia. A saída encontrada pela doutrina e jurisprudência foi a importação de teorias criadas a partir do direito comparado. Com isso uma nova problemática vinha à superfície: sob que condições essas “importações” são possíveis de ser feita?<sup>6</sup>

Nesse sentido segundo o jurista uma constituição nova exige novos moldes de análise, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria da hermenêutica e uma nova teoria da decisão<sup>7</sup>. Como no Brasil não exista uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma constitucional, os operadores do direito acabaram por abraçar as teorias de outros Estados.

O problema é que ao utilizar de teorias alienígenas não se levou em conta suas essências, por conseguinte, ao importá-las de maneira equivocada, desvirtuaram-se seus reais significados, e o poder já depositado nas mãos do judiciário resultou em um protagonismo que perdura até os dias atuais, sendo está, a fonte do ativismo judicial e do solipsismo dos juízes<sup>8</sup>.

Deste modo, o Brasil importou dentre outras, três teorias que foram determinantes para esse protagonismo dos tribunais, quais sejam, “a Jurisprudência dos valores, a teoria da argumentação de Robert Alexy (ponderação)”<sup>9</sup> e o Ativismo norte americano.

Sabe-se que a tarefa do Judiciário é árdua e difícil, como garantidor do jogo democrático, não devendo se olvidar da independência e autonomia dos demais poderes, uma vez que, ao invocar o texto constitucional para expandir sua competência ao campo de atuação dos poderes legitimamente eleitos, o prejuízo à democracia é gigantesco, apesar disso, “tem-se percebido

---

<sup>6</sup> STRECK, Op. Cit., página 39, nota 1.

<sup>7</sup> STRECK, Op. Cit., página 284, nota 1.

<sup>8</sup> STRECK, Op. Cit., página 284-285, nota 1.

<sup>9</sup> STRECK, Op. Cit., página 286, nota 1. O Jurista Lenio Streck, ao escrever sobre a teoria da Jurisprudência de Valores e a teoria da Argumentação de Robert Alexy, buscou demonstrar na quadra histórica Alemã do segundo pós-guerra, o envolvimento acerca de ambas, sendo que Alexy no intuito de racionalizar as decisões dotadas de valores (jurisprudência dos valores), consagrou a teoria da Argumentação, “sendo a argumentação jurídica, a forma de demonstrar a correção da decisão que pondera princípios jurídicos”.

frequentemente um protagonismo do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal”<sup>10</sup>.

Indubitavelmente, este não é um problema acometido somente a situação brasileira, os países que adotaram uma Corte Constitucional, atribuindo a esta a defesa de um extenso rol de princípios e garantias fundamentais, passaram ou passam pelo mesmo momento – agigantamento do poder Judiciário – e, por conseguinte o avanço sobre o espaço da política majoritária<sup>11</sup>.

Os exemplos de Protagonismo Judicial são numerosos, nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*<sup>12</sup>. Na Coréia do Sul, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *Impeachment*<sup>13</sup>.

## **2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A Judicialização como um acontecimento espontâneo no constitucionalismo contemporâneo**

A ingerência do Poder Judiciário na tomada de decisões de natureza política ou social, ao invés das instâncias tradicionalmente competentes, quais sejam, o Poder Legislativo e o Executivo, pode configurar a denominada Judicialização da Política desde que tais interferências possuam amparo Constitucional e não violem os princípios da Separação dos Poderes e da Legitimidade Democrática.

Porém, a Judicialização não é um processo único do ordenamento brasileiro, originado no segundo pós-guerra, ela decorre das escolhas feitas pelo constituinte visando à proteção de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>10</sup> VIEIRA, José Ribas (coord.), et. al., **I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 20 de junho de 2009, Anais ... ISSN 1984-9796. Linha de Pesquisa: Ativismo Judicial e Judicialização da Política. Página 51.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Rev. Eletrônica Consultor Jurídico, artigo jurídico. Postado: 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acessado em: 13 de março de 2016.

<sup>12</sup> BARROSO. Op. Cit., página 11, nota 11.

<sup>13</sup> SÉRGIO, Praça. **Judiciário e Impeachment na Coréia do Sul**. Revista Veja. Postado: 23 de março de 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/sergio-praca/impeachment/judiciario-e-impeachment-na-coreia-do-sul/>>. Acessado em: 25 de março de 2016.

Como aclara Tate e Vallinder: “Quando falamos de uma expansão global do Poder Judicial, referimo-nos a infusão de um processo decisório judicial e de procedimentos típicos das cortes em uma arena política em que os mesmos não foram previamente inseridos”<sup>14</sup>. A Judicialização da Política é marcada por dois processos distintos descritos por Vallinder:

Assim, a Judicialização da Política pode significar normalmente ou: 1) A expansão da jurisdição das Cortes ou dos Juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil das Cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada.<sup>15</sup>

De fato, não resta dúvidas que o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil por meio da Carta Magna de 1988, foi o instrumento determinante para crescimento do poder Judiciário, ocasionando o fenômeno da Judicialização da Política.

Ernani de Carvalho, cientista político elencou seis condições para o surgimento e a consolidação do fenômeno da Judicialização: “A existência de um sistema político democrático; A separação dos poderes; O exercício dos direitos políticos; O uso dos tribunais pelos grupos de interesse; O uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias”<sup>16</sup>. Todas essas condições, em maior ou menor intensidade, encontram-se presentes nos sistemas Político e Jurídico brasileiro.

Diante do exposto, alguns fatores internos foram determinantes para o surgimento e sedimentação do fenômeno Judicialização da Política no cenário brasileiro, sendo que, as seis condições aludidas por Ernani

<sup>14</sup> TATE, C. N. VALLINDER, T. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1997, p. 13. (*apud*. VIEIRA. Op. Cit., página 52, nota 10).

<sup>15</sup> TATE, C. N. VALLINDER, T. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1997, p. 13. A Judicialização da Política é marcada por dois processos distintos. (*apud*. VIEIRA. Op. Cit., página 52, nota 10).

<sup>16</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de sociologia e política, Curitiba, novembro 2004, pág. 115-126. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acessado em: 27 de março de 2016.

de Carvalho só foram possíveis de serem vislumbradas na atual quadra Política e Jurídica brasileira, uma vez que causas múltiplas surgidas com o “novo paradigma constitucional”, corroboraram para tal, quais sejam, a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente, o sistema brasileiro de constitucionalidade e, por último, a inefetividade das instâncias majoritárias.

## 2.1 A PRIMEIRA GRANDE CAUSA DA JUDICIALIZAÇÃO: Redemocratização do País

A primeira grande causa para a Judicialização da Política ou das demandas sociais, foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Durante toda a quadra histórica mundial as instâncias legitimamente eleitas fazendo uso desproporcional e autoritário dos poderes a elas concedidos pelo povo, criaram grandes instabilidades a ordem democrática e, até a suprimindo em determinados casos, a solução que se vislumbrou tanto no ordenamento de vários países ocidentais, como na situação brasileira, foi a defesa de direitos e garantias fundamentais por um poder imparcial.<sup>17</sup>

A constituição brasileira de 1988 representou uma vitória, depositando nas mãos do poder Judiciário - *latu senso* - visto como neutro e imparcial - a guarda da ordem constitucional, desencadeando um crescimento substancial dessa instância não albergada pelo voto popular, pois de nada adiantaria atribuir essa defesa a um poder que não teria condições de fazer valer seu texto normativo em face até mesmo dos demais poderes.

Ademais, a Carta de outubro nessas duas décadas e meia, proporcionou uma recuperação das garantias da magistratura<sup>18</sup>, adveio com a nova ordem democrática a expansão institucional do Ministério Público, consagrando-o uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possuindo ainda independência funcional<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileiras e norte-americana**. Dissertação (Mestrado em Direito), 139f. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, RS, 2012.

<sup>18</sup> BARROSO, Op. Cit., nota 11.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 127. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 27 de março de 2016.

Portanto, o “ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais”<sup>20</sup>.

Fator este determinante para o crescimento da defensoria pública, instituição consagrada por nossa Carta Cidadã, como permanente e essencial a função jurisdicional do Estado.

Contudo, a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

## 2.2 A SEGUNDA GRANDE CAUSA DA JUDICIALIZAÇÃO: Constitucionalização Abrangente

A Constituição brasileira de 1988, se alinhado as Constituições européias do segundo pós-guerra – “Itália em 1948, da Alemanha em 1949, de Portugal em 1976, e Espanha em 1978”<sup>21</sup> - trouxe em seu texto normativo um extenso rol de direitos e garantias fundamentais e de direitos sociais sem precedentes.<sup>22</sup>

Matérias cuja aplicação é de responsabilidade das instâncias legitimamente eleitas, foram constitucionalizadas, isto é, questões de natureza política foram absorvidas pelo texto constitucional, transformando de certa forma política em direito.<sup>23</sup>

Diante das promessas incumpridas, vários direitos foram violados pelos governantes durante toda a quadra histórica brasileira, a constitucionalização desses deveres políticos – cite-se como exemplo as políticas públicas (saúde, educação, moradia, laser, dignidade, entre vários) – os transformou em direitos fundamentais passíveis de serem pleiteados, uma vez que o Judiciário como defensor da Carta Magna quando provocado tem a incumbência de fazer valer seu texto normativo, até mesmo em detrimento dos demais poderes.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> BARROSO, Op. Cit., nota 11.

<sup>21</sup> STRECK, Op. Cit., página 276, nota 1.

<sup>22</sup> **HERMENEUTICA, Decisão Jurídica e Contemporaneidade.** Evento realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 06 de agosto de 2013. Palestrante: Lenio Luiz Streck. Disponível em: <[https://www.youtube.com/results?search\\_query=lenio+luiz%2C+rio+de+janeiro+magistratura](https://www.youtube.com/results?search_query=lenio+luiz%2C+rio+de+janeiro+magistratura)>. Acessado em: 27 de março de 2016.

<sup>23</sup> BARROSO, Op. Cit., nota 11.

<sup>24</sup> RODAS, Sérgio. **Congresso é responsável pela judicialização da política**, afirma Barroso. Min. Luis R. Barroso em palestra no Instituto Fernando H. Cardoso 17 agost. 2015. Rev. Eletrônica Consultor Jurídico. Postado: 19 agost. 2015. Disponível em:

Não obstante, a pretensão do constituinte é clara - o cumprimento dos direitos elencados no texto constitucional - ao ponto de submeter o “Presidente da República em crime de responsabilidade, por atos que atentem contra a Constituição Federal, e especialmente contra o cumprimento das decisões judiciais”<sup>25</sup>.

Sendo assim, se a Constituição assegura o direito a saúde, é possível judicializar essa pretensão, ou seja, se torna possível levar ao judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas nessa área<sup>26</sup>.

Destaca-se que nem sempre uma decisão judicial que obriga o poder público a executar políticas públicas - aquelas advindas de direitos constitucionais - é uma decisão com amparo constitucional, uma vez que pode estar contaminada por um solipsismo ou/e Ativismo Judicial.<sup>27</sup>

Tem-se como exemplo as diversas vezes que o poder judiciário condena o poder público a pagamento de tratamentos caríssimos, ferindo intensamente o orçamento do executivo de determinado Estado.

Por fim, a constitucionalização abrangente foi uma causa determinante para o surgimento do fenômeno da Judicialização da Política, mas, devemos nos atentar para as decisões ativistas, uma vez que estas sempre prejudicarão a ordem democrática do Estado, enquanto que aquela é um acontecimento natural nas democracias contemporâneas.

---

<<http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/congresso-responsavel-judicializacao-politica-barroso>>. Acessado: 24 de maio de 2016. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURÍDICA**. 3. Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2013, página 276.

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 26 de junho de 2016. Artigo 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

<sup>26</sup> BARROSO, Op. Cit., nota 11.

<sup>27</sup> STRECK, Op. Cit., capítulo I, IV e VI, nota 1.

## 2.3 A TERCEIRA GRANDE CAUSA DA JUDICIALIZAÇÃO: o Sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade

O Brasil possui atualmente um dos modelos mais abrangentes de controle de constitucionalidade do mundo<sup>28</sup>. Referido como híbrido ou eclético, ele combina dois sistemas diversos: o europeu e o norte americano.<sup>29</sup>

Assim, o sistema norte americano, identificado como difuso ou incidental, desde a Constituição de 1891 faz parte de nosso ordenamento, ganhado mais forças no atual paradigma constitucional, haja vista a guarda de a constituição ter sido depositada nas mãos do poder judiciário.<sup>30</sup>

Deste modo, qualquer Juiz ou tribunal pode deixar de aplicar a lei, caso a considere inconstitucional, inclusive o Supremo Tribunal Federal que ao exercer a atribuição de instância mais alta do Poder Judiciário pode exercer o controle difuso e deixar de aplicar determinada lei considerada inconstitucional ou declarar a omissão dos poderes legitimamente eleitos.<sup>31</sup>

O remédio constitucional, intitulado mandado de injunção<sup>32</sup> com previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXXI da CF/88 e na recentíssima lei 13300 de 23 de junho de 2016<sup>33</sup>, é um verdadeiro exemplo do exercício de controle difuso, uma vez que se deposita nas mãos do Poder Judiciário a incumbência de declarar a omissão do poder público, no que tange a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, em determinado caso concreto.

---

<sup>28</sup>MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva, São Paulo: 2005, página 146.

<sup>29</sup>BARROSO, Op. Cit., nota 11.

<sup>30</sup>BARROSO, Op. Cit., nota 11.

<sup>31</sup>BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 04 de julho de 2016. Artigo 5º, inciso XXXV *c/c* artigo 97.

<sup>32</sup>BRASIL. Constituição (1988). Op. Cit., nota 25. Inciso LXXI do artigo 5º. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

<sup>33</sup>BRASIL. Lei 13.300 de 23 de junho de 2016. **Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências**. Brasília, DF, 23 junho 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm)>. Acessado em: 26 de junho 2016.

O Controle de Constitucionalidade Concentrado diverge do controle difuso, sendo que neste o controle é exercido em determinado caso concreto, enquanto que naquele o controle é exercido por meio de ações diretas, em relação ao caráter abstrato da norma, sem a interferência de nenhum caso concreto.<sup>34</sup>

O controle concentrado das normas é exercido por meio de ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva.

Indubitavelmente, o controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado, depositou nas mãos do Judiciário enormes atribuições e competências, culminado inegavelmente em um poder sem precedentes na quadra histórica brasileira.

## 2.4 A QUARTA GRANDE CAUSA DA JUDICIALIZAÇÃO: A inefetividade expressiva das instâncias legitimamente eleitas

A inefetividade dos poderes legitimamente eleitos já é comum a algum tempo, sendo um dos grandes motivos para o fenômeno ora estudado, uma vez que fomentou a criação de um texto constitucional que assegurasse determinados direitos e, atualmente contribui para um maior grau de Judicialização da Política. Como afirma Luís Roberto Barroso: “A culpa da Judicialização da Política é mais do Congresso do que do Judiciário”<sup>35</sup>.

Perceba que o Judiciário no exercício da guarda constitucional, ao se deparar com uma afronta aos mandamentos fundamentais previstos no texto normativo da Carta Magna tem o dever de atuar, seja em face de particulares ou do próprio poder público, todavia, quanto a este último, o Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal deve guardar uma ressalva,

---

<sup>34</sup>BRASIL. Constituição (1988). Op. Cit., nota 25. Artigo 5º, inciso XXXV c/c artigo 97 cf. - Artigo 102, inciso I, alínea “a”, § 1º. cf. Artigo 103, parágrafo 2º. cf. Artigo 36, inciso III, c/c artigo 34, Inciso VII.

<sup>35</sup>RODAS, Sérgio. **Congresso é responsável pela judicialização da política**, afirma Barroso. Min. Luis R. Barroso em palestra no Instituto Fernando H. Cardoso 17 agost. 2015. Rev. Eletrônica Consultor Jurídico. Postado: 19 agost. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/congresso-responsavel-judicializacao-politica-barroso>>. Acessado: 24 de maio de 2016.

haja vista que sua atuação desbalanceada - sem se atentar para a máxima da proporcionalidade<sup>36</sup> - para assegurar direitos fundamentais, pode, e com certeza violara outros direitos e princípios previstos na Carta Magna, tais quais, o da Legitimidade Democrática e a Separação do Poderes, por exemplo.

À vista disso, de nada adiantaria assegurar um direito constitucional em detrimento de outro, de qualquer forma a Constituição estaria sendo violada. Assim, o dever do guardião da Constituição é guardar observância a Carta Magna em um todo, intervindo de maneira racional para assegurar determinado direito sem violar outro preceito fundamental da Constituição.<sup>37</sup>

Por este motivo o papel do Judiciário frente a inefetividade do poder público se torna de tamanha responsabilidade, uma vez que o uso desproporcional do poder pode colocar o próprio guardião da Constituição em uma situação em que ele próprio a afronta, “sendo que os fins nem sempre justificam os meios”, isto é, não é só porque determinada instância majoritária afrontou determinado mandamento constitucional que o Judiciário pode em detrimento do princípio constitucional que assegura independência e autonomia daquele poder político buscar a concretização do direito afrontado.<sup>38</sup>

Como elucida Barroso,

Quando o Legislativo ou o Executivo não atuam em situações nas quais deveriam atuar, porque exigidas pela Constituição, sobretudo quando em jogo a proteção de direitos fundamentais, aí o Judiciário, não é que ele possa, ele tem o dever de atuar para proteger o direito fundamental, se este direito fundamental estiver sendo afetado por uma omissão legislativa ou administrativa. (...). Portanto, a Judicialização é inevitável, ela é um fato. O ativismo judicial não é um fato, é uma atitude, é uma maneira mais expansiva de interpretar a Constituição, inclusive,

---

<sup>36</sup>ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007, página 110. (*apud*. NEVES, Isadora Ferreira. **O lugar da ponderação Alexyana na doutrina brasileira: por uma reinterpretção a crítica hermenêutica do direito**. 2014. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, RS, 26 agost. 2014. Página 41).

<sup>37</sup>BRASIL. Constituição (1988). Op. Cit., nota 25. Artigo 5º, inciso XXXV c/c artigo 102, *caput*.

<sup>38</sup>STRECK, Op. Cit. nota 1.

levando-a a situações que não foram expressamente previstas nem pelo constituinte, nem pelo legislador.<sup>39</sup>

Deste modo, ao afrontar preceitos constitucionais para se ver garantido outro direito fundamental, o Judiciário deixa de praticar a Judicialização da Política - uma vez que este fenômeno é considerado natural com um novo paradigma constitucional brasileiro, em que se busca a efetivação racional dos direitos fundamentais, buscando atingir o máximo possível de suas potencialidades - e abre margem a prática de um protagonismo judicial.

A Judicialização surge no contexto social brasileiro, imbuída não só por fatores jurídicos, mas eminentemente político e social, sendo provocada no caso brasileiro pela redemocratização do país, pela adoção de um constitucionalismo dirigente, por um modelo de Estado social, e a utilização de instrumentos<sup>40</sup> capazes de salvaguardar e dar cumprimento ao texto mandamental.

Deste modo, o que se busca demonstrar, é que a Judicialização é um fenômeno natural que acontece espontaneamente nas nações contemporâneas, não depende do desejo ou vontade do órgão judicante<sup>41</sup>, diferenciando-se do ativismo judicial, que decorre do desiderato dos magistrados, uma vez que este é behaviorista.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup>BARROSO, Luis Roberto. **Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar**. Entrevista, segunda parte. Rev. Eletrônica Consultor Jurídico. Postado: 02 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acessado: 24 de maio de 2016.

<sup>40</sup>Além da litigiosidade pela concretização dos direitos fundamentais e sociais, é fator primordial o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Estado brasileiro.

<sup>41</sup>Cf. NEVES, Isadora Ferreira. **O lugar da ponderação Alexyana na doutrina brasileira: por uma reinterpretação a crítica hermenêutica do direito**. 2014. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, RS, 26 agost. 2014. Cf. BARROSO, Luis Roberto. **Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar**. Entrevista, segunda parte. Rev. Eletrônica Consultor Jurídico. Postado: 02 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acessado: 24 de maio de 2016. O entrevistado, Min. Luis R. Barroso, corrobora com a ideia da autora quanto ao dever de guarda constitucional: Quando o Legislativo ou o Executivo não atuam em situações nas quais deveriam atuar, porque exigidas pela Constituição, sobretudo quando em jogo a proteção de direitos fundamentais, aí o Judiciário, não é que ele possa, ele tem o dever de atuar para proteger o direito fundamental, se este direito fundamental estiver sendo afetado por uma omissão legislativa ou administrativa.

<sup>42</sup>STRECK, Op. Cit., capítulo VI, nota 1.

### **3 CONSTITUIÇÃO CONTEMPORÂNEA E A NECESSIDADE DE NOVOS PARADIGMAS HERMENEUTICOS A FIM DE OPERACIONALIZAR SEU TEXTO MANDAMENTAL**

O advento de uma nova constituição exige, portanto, novos modos de análises, “no mínimo uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria da hermenêutica”<sup>43</sup>, e, como vem apontando constantemente Lenio Streck e Rafael Tomaz, uma nova teoria da decisão a fim de racionalizar as decisões judiciais e operar o texto mandamental.

Todavia, o modelo brasileiro se pautava em uma tradição jurídica liberal individualista, logo não havia lugar para direitos de segunda (igualdade) e terceira (solidariedade) dimensões.<sup>44</sup> No Brasil anterior 1988, não se dava tamanha importância ao direito constitucional, logo com o advento da Carta Cidadã tem-se um novo paradigma jurídico inoperável, haja vista que não se possuía uma teoria adequada à concretização dos direitos fundamentais e sociais.

Diante de tais carências, os juristas brasileiros se viram lançados nos braços de teorias alienígenas. As recepções dessas teorias foram feitas, na maioria das vezes, de maneira acrítica, sendo a aposta no protagonismo judicial um ponto comum entre elas.<sup>45</sup>

Ademais, houve um efetivo incentivo doutrinário a partir de três principais teorias - a Jurisprudência de Valores, a teoria da argumentação de Robert Alexy e o Ativismo norte americano.<sup>46</sup>

#### **3.1 A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY**

A jurisprudência dos valores surge no contexto histórico alemão no intuito de suprir a omissão existente na jurisprudência dos interesses<sup>47</sup>, isto

---

<sup>43</sup>STRECK, Lenio Luiz, **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURÍDICA**. 3. ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013, página 284.

<sup>44</sup>STRECK. Op. Cit., página 285, nota 1.

<sup>45</sup>Id.

<sup>46</sup>STRECK. Op. Cit., página 285, nota 1.

<sup>47</sup>Ao aplicar a jurisprudência dos interesses, o interprete leva em conta os interesses em conflito, e por meio de um Juízo de ponderação – expressão criada por Philipp Heck, que, inclusive, foi um dos principais expoentes da jurisprudência dos interesses - aplica o direito ao caso concreto, no entanto, o interprete deve levar em conta os princípios que imbuíram o legislador a criação da norma.

é, a fim de que o interprete no momento da aplicação do direito, não sendo possível identificar os motivos que imbuíram o legislador à criação da norma, ao aplicar o direito conforme seu entendimento, o faça fundamentadamente, dizendo quais os princípios e valores que embasaram a sua decisão.

A jurisprudência de valores desde sua implantação tinha como impulso um texto constitucional rígido, a fim de legitimar uma carta que não havia sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Ao tribunal alemão era/é permitido a retirada de valores da sociedade intrínsecos no ordenamento constitucional, tendo em vista que seu texto não havia sido albergado pela ampla participação popular.<sup>48</sup>

Evidente se faz o equívoco dos juristas brasileiros, que ao importarem a jurisprudência dos valores não se atentaram para as distintas realidades entre Brasil e Alemanha. Como explica Streck, “No caso específico do Brasil, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.”<sup>49</sup>

O caso brasileiro se difere da Alemanha, na medida em que no Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi albergada por uma ampla “participação popular”<sup>50</sup>, trazendo em seu texto um extenso rol de garantias e direitos fundamentais e sociais.

Quando as normas já não conseguem mais compor os interesses em conflitos, haja vista sua ineficácia conceitual (exegética) e semântica (normativa), fica o interprete incumbido de retirar da carta mandamental os valores que fundamentam sua decisão e, quando esses valores entram em conflito, deve o interprete por meio da teoria da ponderação de Robert Alexy, decidir acerca de qual princípio tem precedência em relação ao outro, fundamentando e racionalizando sua decisão.<sup>51</sup>

O sopesamento de Alexy surge da demanda de qual dos valores, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior relevância no caso concreto. Essa solução se dá por uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes – isto é, os princípios dialogam -, e permeada pelo caso concreto.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup>STRECK, Op. Cit., páginas 285-286, nota 1.

<sup>49</sup>STRECK, Op. Cit., página 286, nota 1.

<sup>50</sup>O Constituinte brasileiro nada mais era do que os representantes do povo (congresso nacional), deste modo a constituição brasileira conseguiu transluzir as necessidades do povo brasileiro.

<sup>51</sup>STRECK, Op. Cit., página 287, nota 1.

<sup>52</sup>NEVES. Op. Cit., página 41, nota 41.

Assim, de todo o sopesamento ou ponderação tem como resultado uma regra, que é a norma de direito fundamental adscrita ou atribuída<sup>53</sup>, que será aplicada a todo caso concreto por subsunção<sup>54</sup>, percebe-se então que a teoria de Alexy não insere no ordenamento uma doutrina pós positivista, apenas atribui a figura do interprete uma maneira de suprir as omissões legislativas, atendendo as necessidades de um povo que não teve ampla voz em sua carta mandamental.

Importante destacar que no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria Alexyana, transformaram a regra em um princípio, desvirtuando, portanto, seu sentido, haja vista que um princípio pode ser otimizado e, é em razão dessa otimização que ele pode ser alvo de sopesamento, sendo fruto de uma precedência condicionada.<sup>55</sup> Todavia, a teoria de Alexy não pode ser equiparada a um princípio, tendo em vista que não pode ser otimizada, isto é, ou a aplica ou não.

Ademais, como cita Isadora Neves, para Alexy esse processo metodológico de sopesamento e ponderação “integra uma exigência de parâmetro mais amplo, que é a máxima da proporcionalidade, composta por três máximas parciais: a idoneidade; a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que tem como objeto a ponderação ou sopesamento”<sup>56</sup>.

### 3.2 JURISDIÇÃO NORTE-AMERICANA: Um ordenamento propicio à um Ativismo Judicial

A Constituição norte-americana esboçada pelos *Framers*, não agregou em seu texto um rol extenso de dispositivos legais (possui tão somente sete artigos e vinte e sete emendas), “definitivo em muitos aspectos, mas também tão suficientemente vago que seu texto poderia ser aplicado em diversas circunstâncias”<sup>57</sup>.

Igualmente, uma constituição vaga quanto ao seu texto escrito, não significa um ordenamento fraco, o que se necessitava era de paradigmas

---

<sup>53</sup>Id.

<sup>54</sup>STRECK, Op. Cit., página 287, nota 1.

<sup>55</sup>STRECK, Op. Cit., página 287, nota 1.

<sup>56</sup>ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade.** ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Tradução de Luiz Afonso Heck. 2ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007, página 110. (*apud.* NEVES. Op. Cit., página 41, nota 41).

<sup>57</sup>TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileiras e norte-americana.** Dissertação (Mestrado em Direito), 139f. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, RS, 2012. página 58.

interpretativos a fim de se manter a constituição viva, e isso ocorre por meio de uma aposta na atuação da Suprema Corte.<sup>58</sup>

Diante de um texto constitucional tão singelo e abstrato, os juristas americanos se viram na necessidade de criar teorias que olhassem para além do texto mandamental. Surgindo então, teorias que embora arriscadas, tinham como interesse a manutenção e o fortalecimento da Carta estadunidense. Dentre estas, destaca-se a intitulada “Constituição Invisível” de Laurence H. Tribe<sup>59</sup>, que procurou demonstrar que a constituição vai além do que está expresso, existem perspectivas históricas, a filosofia moral e política, questões institucionais e outras fontes<sup>60</sup>

No que tange o fenômeno da judicialização da Política no ordenamento norte-americano, cumpre destacar que este se torna ofuscado, uma vez que grande parte das matérias de cunho político não foi agregada diretamente ao texto constitucional. Isso não significa que decisões de cunho político não possam ser alvos de decisão judicial. Mas, para que isso acontecesse, apostou-se em uma atitude ativista por parte dos magistrados estadunidense.

#### **4 ATIVISMO JUDICIAL: um mal pressagio a democracia**

O ativismo judicial e a judicialização da política não se confundem, o primeiro ressalta um comportamento subjetivista por parte dos interpretes (juízes e tribunais), portanto, fragiliza a autonomia do direito, ao passo que o segundo é ao mesmo tempo “inexorável e contingencial”<sup>61</sup>.

Não podemos dizer que o fenômeno da judicialização é correto ou incorreto, bom ou ruim, isso porque, esse fenômeno decorreu da vontade do constituinte, que agregou ao tecido constitucional, matérias de cunho político que são passíveis de serem pleiteadas junto ao poder judiciário.<sup>62</sup>

No entanto, o ativismo judicial (ou protagonismo dos juízes e tribunais) não decorreu da vontade do constituinte, pois, na medida em que se insere assuntos inerentes à sociedade que não sejam de cunho jurídico (isto

---

<sup>58</sup>TASSINARI. Op. Cit., página 58 - 60, nota 57.

<sup>59</sup>TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. Levels of generality in the definitionos rights. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 57, n. 4, pp. 1057-1108, Fall. 1990. (*apud*. TASSINARI. Op. Cit., página 70, nota 57).

<sup>60</sup>TASSINARI. Op. Cit., página 72, nota 57.

<sup>61</sup>STRECK. Op. Cit., página 289, nota 1.

<sup>62</sup>STRECK. Op. Cit., Capítulo VI, nota 1.

é, demandas políticas, sociais e econômicas) na Carta Magna, desaparece o ativismo e emerge o fenômeno da judicialização.

Assim, uma dúvida será comum: E os valores intrínsecos ao texto constitucional, a concretização destes seria uma atitude ativista? Haja vista que, como é sabido, a constituição vai muito além de seu texto expresso.

Quanto a esta indagação, cumpre destacar que o texto constitucional brasileiro é riquíssimo em detalhes, motivo pelo qual podemos nos utilizar desses paradigmas mandamentais expressos. No entanto, cumpre destacar que alguns direitos previstos na constituição geram uma abstração enorme<sup>63</sup>. A solução para não atravessarmos a fronteira da judicialização e adentrarmos no campo minado do ativismo é simples no plano teórico, mas, no que tange esfera prática, se torna denso o debate.

À vista disso, em respeito ao próprio texto constitucional, podem os intérpretes utilizarem de métodos de autocontenção, isto é, nestes casos específicos, ao interprete decidir acerca de matérias envolvidas com essas abstrações, deve analisar o texto constitucional em um todo, observando, especialmente, se suas decisões não estão afrontando o texto da carta magna ou então passando por cima de outros valores.

Tendo em vista que estes podem ser otimizados, cumpre destacar a importância da análise de pressupostos que estruturam esses princípios, assim, a afronta a esses pressupostos pode caracterizar o ultraje a estes valores, surgindo, portanto, um ativismo judicial.

A mesma observação se faz quanto aos valores intrínsecos na constituição, utilizando-se sempre de paradigmas expressos e indiretos, como métodos de análise, os quais limitaram uma fronteira entre os fenômenos abordados.

---

<sup>63</sup>O direito a saúde por exemplo, coloca em debate os limites para sua concretização, tem-se como exemplo o caso do jovem rapaz Rafael, que fazia uso de um remédio (soliris) que combate uma anemia feroz, entretanto, o aludido medicamento não tem o condão de cura-lo, mas apenas diminuí suas dores e problemas de coagulação do sangue, razão pela qual, o jovem se vê escravizado (caso não deseje enfrentar os riscos entorno de um transplante de medula óssea) a este tratamento que custa mais de oitocentos mil reais ao ano. Colocando em choque, portanto, o postulado da dignidade da pessoa humana, haja vista que este jovem não possui condições nenhuma de arcar com o tratamento e, quiçá jamais terá. Assim, seria “humano” deixá-lo sofrer? E seria “justo” em detrimento do direito a saúde de inúmeras pessoas, proporciona-lo um tratamento tão oneroso? Cf. SEGATTO, Cristiane. **O paciente de R\$ 800 mil**. Revista Época, atualizado em: 23 de março de 2012. Disponível em: < <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acessado em: 29 de março de 2016.

Deste modo, a medida que a sociedade evolui, as utilizações desses métodos deslocam a “fronteira”<sup>64</sup> de lugar, se guiando sempre por uma maior efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

José Ribas<sup>65</sup>, em análise do artigo *Conservatives and theseven sins of judicial activism*, do jurista Marshall (2002), elenca sete tipos-ideais de ativismo judicial: o Ativismo contra-majoritário, Ativismo não-originalista, Ativismo de precedentes, Ativismo formal, Ativismo material, Ativismo remediador e Ativismo partisan.

#### 4.1 FORMAS DE ATIVISMO JUDICIAL INSERIDOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Na atual conjuntura do ordenamento brasileiro, o judiciário tem atuado de maneira ativista em diversas ocasiões, para tanto não é difícil identificar as atitudes protagonistas - por parte dos juízes e tribunais - que surgem a todo instante no ordenamento nacional, para isso, utilizaremos os tipos de ativismos elencados pelo estudioso Marshall<sup>66</sup> que mais são perceptíveis no ordenamento nacional.

Intitulado *contra-majoritário*, este ativismo é marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos. Tendo em vista o cenário brasileiro, se torna de fácil percepção a incidência do ativismo contra-majoritário, haja vista que o poder judiciário tem uma certa relutância para com os atos normativos das instâncias legitimamente eleitas, isso se dá por diversos motivos, se destaca dentre eles, as distintas ideologias que rodeiam esses poderes, motivo pelo qual, invocamos os juristas Lenio Streck<sup>67</sup> e

---

<sup>64</sup>Entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial.

<sup>65</sup>MARSHAL, Willian. **Conservatives and the seven sins of judicial activism**. Publicado pela University of Colorado Law review, 2002. Disponível: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=330266](http://ssrn.com/abstract_id=330266)>. Acessado em: 02 de outubro 2008. (*apud.* VIEIRA, José Ribas (coord.), et. al., **I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 20 de junho de 2009, Anais ... ISSN 1984-9796. Linha de Pesquisa: Ativismo Judicial e Judicialização da Política. Página 55).

<sup>66</sup>MARSHAL, Willian. **Conservatives and the seven sins of judicial activism**. Publicado pela University of Colorado Law review, 2002. Disponível: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=330266](http://ssrn.com/abstract_id=330266)>. Acessado em: 02 de outubro 2008. (*apud.* VIEIRA, Op. Cit., página 55, nota 10). O Ativismo contra-majoritário, Ativismo não-originalista, Ativismo de precedentes, Ativismo formal, Ativismo material, Ativismo remediador e Ativismo partisan.

<sup>67</sup>STRECK, Op. Cit., nota 1.

Rafael Tomaz<sup>68</sup>, que corroboram pela necessidade brasileira de uma teoria da decisão”.

A fim de exemplificar o denominado ativismo acima, cumpre trazer à baila o julgado do Supremo no HC126.292/SP, da relatoria do Min. Teori Zavascki, em que o plenário da corte possibilitou a execução provisória da pena após o julgado em segunda instância, afrontando o princípio da presunção de inocência elencado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição de 1988.

Depreende-se desta análise, que a decisão supra foi em contraposto a um mandamento constitucional, por conseguinte, houve uma relutância para com constituinte, representante do povo brasileiro.

Outra forma de ativismo que dentre as elencadas por Marshall, que é de fácil percepção nos tribunais brasileiros, é o ativismo formal ou jurisdicional, marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para a sua atuação. Um dos maiores exemplos desse ativismo está presente no não cumprimento por parte do poder judiciário, do artigo 212 do Código de Processo Penal. Assim, faremos alusão ao artigo jurídico intitulado: Porque tanto se descumpra a lei e ninguém faz nada?<sup>69</sup>

O ativismo material (ou criativo): resulta de novos direitos e teorias na doutrina constitucional. Quanto a este podemos citar dois casos emblemáticos, ambos da feitura do Ministro Gilmar Mendes do STF, no primeiro o referido Ministro do Supremo cria um novo status hierárquico aos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio, e o segundo diz respeito ao voto deste Ministro na ADI 1351-DF, cumprindo destacar o trecho a seguir “é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva”.

Sem limitar as formas de ativismo somente a estas, abordaremos apenas mais um tipo (Marshall “tipos-ideais”) de ativismo judicial no contexto brasileiro, sendo intitulado remediador. Este é marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicialmente imposto.

---

<sup>68</sup>Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. 1º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

<sup>69</sup>STRECK, Lenio Luis. **Porque tanto se descumpra a lei e ninguém faz nada?** Rev. Eletrônica Consultor Jurídico. Postado: 14 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpra-lei-ninguem-faz-nada>>. Acessado em: 25 de maio 2016.

Neste mesmo diapasão, o Ministro Marco Aurélio, relator Mandado de Segurança 34.087 – DF, ao analisar o MS, concedeu neste último dia cinco de abril, liminar em medida cautelar, determinando o prosseguimento da denúncia e, por conseguinte, a formação da comissão especial, com entendimento de que preenchidos os requisitos legais, o PMDBista Cunha tem o dever de receber a denúncia.<sup>70</sup>

Tais posturas ativistas (protagonismo judicial) podem ensejar sérios prejuízos ao ordenamento brasileiro, gerando uma tensão entre os poderes legitimamente eleitos e aquele não albergado pelo voto popular, motivo pelo qual se faz necessário o uso de um sistema de auto-contenção judicial, conduta pela qual o judiciário assume uma atuação negativa no que tange a interferência nas ações dos demais poderes.

#### 4.2 RISCOS AO CRESCENTE PROTAGONISMO JUDICIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O constituinte originário depositou sob a guarda do Judiciário a defesa do texto Constitucional, para isso lhe atribuiu competências de cunho político, das quais se destacam o controle de constitucionalidade, a defesa de direitos e garantias fundamentais e a manutenção das regras do jogo democrático.

Este fenômeno como visto se intitula Judicialização da Política, e tem como limite o próprio arcabouço de normas - regras e valores - constitucionais. Deste modo, respeitando esses limites contidos no próprio ordenamento mandamental, o judiciário judicializa.<sup>71</sup>

Mas, quando este poder que carece de legitimidade democrática excede os limites constitucionais, adentra nesse instável terreno político, sem se atentar para seus limites e afronta outros mandamentos constitucionais, desaparece, o fenômeno da judicialização, surgindo, uma atitude ativista, que “fragiliza”<sup>72</sup> o ordenamento.

Destarte, esta atitude behaviorista, da qual se emerge um protagonismo judicial, certamente acarretará ao ordenamento nacional sérios prejuízos, dentre os quais, se destacam três: “risco para a legitimidade democrática;

<sup>70</sup>RODAS, Sérgio. **Marco Aurélio manda Cunha dar seguimento a impeachment de Temer.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo informativo. Postado: 05 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-05/marco-aurelio-manda-pedido-impeachment-temer-seguir>>. Acessado: 26 de maio de 2016.

<sup>71</sup>STRECK, Op. Cit., Capítulo VI, nota 1.

<sup>72</sup>STRECK, Op. Cit., página 285, nota 1.

risco de politização da justiça; risco de afronta aos limites da capacidade institucional dos três poderes”<sup>73</sup>.

Risco à legitimidade democrática. Tem como fator primordial o fato de que os membros do poder judiciário não são albergados pelo voto popular. Assim, como poderia um poder não albergado pelo sufrágio do povo, sobrepor suas decisões as deliberações de um poder executivo sufragado por mais de cinquenta e quatro milhões de votos no ano de 2014, e de um congresso nacional – legislativo – composto por 513 deputados federais e 81 senadores, inclui-se também as instâncias políticas nas esferas estaduais e municipais? Essa possibilidade é “identificada na teoria constitucional como dificuldade contra-majoritária”<sup>74</sup>.

Porém, a única forma de decidir questões inerentes aos outros poderes, é por meio do texto constitucional, desta forma, caso algum valor esteja sendo afrontado com sua atuação, o Poder Judiciário perde o amparo da Carta Magna, surgindo decisões solipsistas que ferem a legitimidade democrática.

Riscos à politização da justiça. Destaca-se que a política é consagrada em primeiro momento como a arte, o traquejo de governar, utilizando, para tanto, de deliberações discricionárias (conveniência e oportunidade), nos quais os governantes agem conforme a “vontade” do povo e em favor do povo, para isso, eles agem imbuídos por ideologias próprias e seu subjetivismo, pois, foram por meio destes que sua plataforma de campanha foi aprovada e o povo o elegeu. Em contrapartida, o judiciário ao aplicar o direito, deve levar em conta os limites estipulados pela carta magna e pelas leis infraconstitucionais.

Neste mesmo diapasão, quando tribunais e magistrados atuam excedendo seus limites estipulados no ordenamento constitucional<sup>75</sup>, emerge uma atuação discricionária eivada pelo sentimento da “vontade”. Igualmente, configura-se uma decisão politizada, haja vista que o interprete da lei perde o amparo normativo, e, na medida em que magistrados decidem conforme suas convicções e posteriormente busca fundamentá-las, acaba por infringir outros direitos.

---

<sup>73</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Rev. Eletrônica Consultor Jurídico, artigo jurídico. Postado: 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acessado em: 26 de maio de 2016.

<sup>74</sup>BARROSO, Op. Cit., Páginas 10-11. Nota 11.

<sup>75</sup>Entenda ordenamento constitucional como o arcabouço de regras e valores expressos e intrínsecos, bem como aqueles valores que venham agregar ao texto mandamental a medida que a sociedade evolui.

Diante disto, os leitores podem indagar. Mas o tribunal não está acertando em garantir determinado direito fundamental? Para responder essa indagação, cabe invocar o entendimento do jurista Lenio Streck<sup>76</sup>, “convenhamos: um relógio estragado também acerta as horas duas vezes por dia”.

Nesse sentido, cabe invocar as palavras de Barroso, “Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: Só deve agir em nome da constituição e das leis, e não por vontade política própria; deve ser deferente como as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis.”<sup>77</sup>

Risco à capacidade institucional dos três poderes. O Brasil, como na maioria dos Estados democráticos, se organizou em um modelo de separação dos poderes. As funções estatais consistem em criar leis (legislar), administrar (concretizar o direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o direito nas hipóteses de conflito), essas funções são atribuídas a poderes distintos, independentes e autônomos.

Segundo Barroso, “A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos”<sup>78</sup>. Capacidade institucional busca delimitar qual o poder (legislativo, executivo e judiciário) do Estado está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, ao passo que os efeitos sistêmicos são imprevisíveis e indesejáveis, são os impactos gerados por determinadas decisões.<sup>79</sup>

Cumprido destacar o direito à saúde, em que diversas decisões do Judiciário condenam o poder público ao pagamento de tratamentos caríssimos. Qual dos poderes teria maior capacidade em delimitar o quantum possível que o estado pode utilizar na saúde sem que, com esses gastos gere prejuízos aos direitos fundamentais de outras pessoas?

Tem-se como exemplo a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Ceará em 2004, que ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o nº 2004.0002.3211-8/0, modificou a forma do cálculo do IPTU, permitindo

<sup>76</sup>STRECK, Lenio. **Sempre ainda a dura face do ativismo em terrae brasilis**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo jurídico. Postado: 06 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-06/senso-incomum-sempre-ainda-dura-face-ativismo-terrae-brasilis>>. Acessado: 26 de maio de 2016.

<sup>77</sup>BARROSO, Op. Cit., Página 15, nota 11.

<sup>78</sup>Ibid., página 16. Nota 11.

<sup>79</sup>VIEIRA, José Ribas (coord.), et. al., **I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 20 de junho de 2009, Anais ... ISSN 1984-9796. Linha de Pesquisa: Ativismo Judicial e Judicialização da Política. Página 46.

fazê-lo com alíquotas diferenciadas em um mesmo imóvel, de acordo com as faixas de valores dos imóveis.

Deste modo, ao ferir o orçamento da instituição<sup>80</sup> - capacidade institucional -, os efeitos sistêmicos são inimagináveis, haja vista que os valores utilizados pelo poder público para cobrir decisões judiciais, são incluídos na porcentagem mínima obrigatória de gastos com a saúde, assim, quem acaba prejudicado é o próprio cidadão que se vê mitigado em seu direito.

Outros dois casos importantíssimos foi o do amianto<sup>81</sup> e das células tronco - ADI nº 3937-7/SP -, os Ministros do STF deixaram clara a importância da capacidade institucional dos poderes, a legitimidade democrática e os possíveis riscos de uma politização da justiça.

Todavia, cumpre destacar que as audiências públicas realizadas no STF, acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, obtiveram inegavelmente, muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei<sup>82</sup>. Assim, o descrédito da sociedade nas instâncias legitimamente eleitas é gigantesco, todavia, o Judiciário não deve atuar como um tutor da sociedade, pois, para isso afrontaria o ordenamento constitucional democraticamente criado.

Percebe-se que na atualidade, o judiciário tem adotado diversas atitudes ativistas. Por exemplo, “quando o STF decide que, no artigo 366 do CPP, a prova considerada urgente fica arbítrio do juiz”<sup>83</sup> ou quando o STF deixa de aplicar o inciso X, artigo 52 da Constituição Federal de 1988, com fundamento em um possível “anacronismo”<sup>84</sup>.

O ativismo judicial gera enormes prejuízos a ordem democrática do Estado. Já dizia Montesquieu em 1748, “é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites”<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Em 2011, os gastos da secretária estadual de saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais chegaram a R\$ 515 milhões de reais, quase R\$ 90 milhões gasto além do previsto no ano destinado a medicamentos. (*apud.* STRECK, Op. Cit., página 291, nota 1).

<sup>81</sup> VIEIRA. Op. Cit., página 48, nota 10.

<sup>82</sup> BARROSO, Op. Cit., página 05, nota 11.

<sup>83</sup> STRECK, Op. Cit., página 294, nota 1.

<sup>84</sup> STRECK, Lenio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo jurídico. Postado: 13 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acessado: 26 de maio de 2016.

<sup>85</sup> MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**, introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota, Editora Saraiva, página 163.

De tal modo, o constituinte condecorou o judiciário com poderes necessários para manter a ordem democrática, todavia, o uso desproporcional destas competências, faz surgir um protagonismo judicial, no entanto, para se evitar estas atitudes subjetivistas, se faz necessário a utilização de um sistema de autocontenção judicial, em que o próprio poder judiciário adota meios de limitar suas atribuições.

Cumprido destacar que esse sistema de auto-contenção judicial não elimina a necessidade de uma “teoria da decisão”<sup>86</sup>.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS:** o imperativo do sistema de auto-contenção judicial

A auto-contenção judicial busca delimitar a atuação do poder judiciário; age no contraposto ao ativismo judicial, e tem como fundamento atitudes negativas deste poder não albergado pelo voto popular, a fim de evitar a interferência na área de atuação dos demais poderes.<sup>87</sup>

Rompendo com a mácula do protagonismo que reveste o poder judiciário, seja pela atuação como “legislador positivo ou reiteradas decisões que constantemente obrigam os demais poderes a uma atuação positiva”. No intuito de comprovar essas atuações ativistas do judiciário brasileiro, o referido caso abaixo demonstra claramente a presença de um protagonismo judicial.

No informativo 732 do STF, o Ministro Luiz Fux, relator da ADI 4.650-DF “julgou inconstitucional o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais por pessoas naturais baseado na renda, porque dificilmente haveria concorrência equilibrada entre os participantes nesse processo político”. Ademais, “recomendou ao Congresso nacional a edição de um novo marco normativo de financiamento de campanhas, dentro do prazo razoável de 24 meses, observados os seguintes parâmetros: a) o limite a ser fixado para doações a campanha eleitoral ou a partidos políticos por pessoa natural deverá ser uniforme e em patamares que não comprometam a igualdade de oportunidades entre os candidatos nas eleições; b) idêntica orientação deverá nortear a atividade legiferante na regulamentação para o uso de recursos próprios pelos candidatos; e c) em caso de não elaboração

---

<sup>86</sup>STRECK, Op. Cit., nota 1.

<sup>87</sup>STRECK, Op. Cit., Capítulo VI, nota 1. Cf. BARROSO, Op. Cit., nota 11.

da norma pelo Congresso Nacional, no prazo de 18 meses, será outorgado ao TSE a competência para regular, em bases excepcionais, a matéria”<sup>88</sup>.

O referido caso demonstra claramente a presença de um judiciário extremamente ativista, sendo possível destacar três atuações que afrontam a estabilidade dentre os poderes. Todavia, cumpre destacar que não adentraremos no mérito do julgado, motivo pelo qual não faremos juízo quanto a constitucionalidade ou não da lei.

Primeiramente, insta salientar, que a Suprema Corte brasileira condenou o Congresso Nacional a edição de um novo marco normativo de financiamento de campanhas, assim, o poder judiciário, determina que outro poder da federação cumpra seu julgado.

Ademais, como não se fosse o bastante, o judiciário delimitou parâmetros a serem seguidos pelo congresso nacional na criação das normas. Cumpre observar, que a competência para criação de normas é do legislativo, não podendo o poder judiciário limitar o poder legiferante do Estado.

Por fim, o judiciário determina prazo para que o congresso nacional edite a norma, nos parâmetros estipulados pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo “*Ministro Luiz Fux*”<sup>89</sup> acompanhado pelos demais, todavia, caso o congresso não edite a lei em dezoito meses, o STF outorga competência<sup>90</sup> ao TSE para regular as bases excepcionais.

São por esses motivos que se faz necessário a utilização de um sistema de auto-contenção judicial, assim, três atitudes são essenciais<sup>91</sup> e merecedoras de respeito:

---

<sup>88</sup> STRECK, Lenio. **O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo jurídico. Postado: 02 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acessado: 26 de maio de 2016.

<sup>89</sup> O referido destaque, tem o intuito de indagar se os parâmetros estipulados na referida decisão, teve como fundamento o texto constitucional, ou se ultrapassam os limites estipulados pela sistemática constitucional, pois, na medida em que se perde o suporte ao texto mandamental, a razão desaparece e surge a vontade do interprete.

<sup>90</sup> Não sei se entendi! Ministros do Supremo passaram a estipular competências? A outorga é um instrumento de autorização, todavia, quem atribui competência para legislar sobre matéria eleitoral é a própria constituição federal (competência privativa da União – art. 22 inc. I da CF/88), e a alteração para inclusão de determinado legitimado a legislar é de atribuição do congresso nacional, que se faz por meio de emenda à constituição. Entretanto o poder judiciário não possui legitimidade democrática para legislar, haja vista que não possui o batismo do sufrágio popular.

<sup>91</sup> BARROSO, Op. Cit., página 07, nota 11.

1. Evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;
2. Utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos;
3. Abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.<sup>92</sup>

Deste modo, deve o judiciário evitar aplicar a Constituição a situações que não estejam contempladas em seu texto, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, haja vista que para suprir essas lacunas do legislador ordinário, o judiciário faz uso de princípios, uma vez que o texto constitucional não dispõe expressamente acerca de determinadas matérias.

No que tange a segunda atuação, entende-se que o poder judiciário deve ser deferente com as deliberações dos demais poderes, utilizando de critérios rígidos ao analisar a constitucionalidade de leis e atos normativos emanados pelas instâncias albergadas pelo voto popular.<sup>93</sup>

A decisão acerca da ADI 4.650-DF – citada acima -, de relatoria do Ministro Luiz Fux do STF, demonstra claramente o que se almeja evitar, adotando critérios mais rígidos no instante da aplicação do instituto do controle de constitucionalidade, haja vista, que seu uso fora dos parâmetros constitucionais pode causar sérios danos ao ordenamento nacional.

Por fim, a terceira atuação se pauta tão somente na abstenção do poder judiciário de interferir na definição de políticas públicas. Quanto a este devemos guardar algumas ressalvas, os direitos constitucionais dos quais surgem as políticas públicas (direito a saúde, direito a educação, direito de propriedade, dentre outros) possuem uma carga valorativa abstrata muito alta, razão pela qual, em determinadas situações podem ser alvos de decisões judiciais e não afrontarem o ordenamento constitucional.<sup>94</sup>

Na medida em que se aplica a “máxima da proporcionalidade”<sup>95</sup>

<sup>92</sup>Id.

<sup>93</sup> BARROSO, Op. Cit. nota 11.

<sup>94</sup> STRECK, Op. Cit., Capítulo VI, nota 1. Cf. BARROSO, Op. Cit. nota 11.

<sup>95</sup>ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. 2ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007, página 110. Para Alexy, esse processo metodológico de sopesamento e ponderação “integra uma exigência de parâmetro mais amplo, que é a máxima da proporcionalidade, composta por três máximas parciais: a idoneidade; a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que tem como objeto a ponderação

de maneira correta, e não ocorre a afronta aos demais valores e direitos constitucionais, logo, se tem uma decisão com arrimo constitucional, surgindo o fenômeno da Judicialização. Legitimada pelo constituinte, não gera danos ao ordenamento.

O sistema de auto-contenção judicial busca delimitar a atuação do Poder judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, a fim de proteger as deliberações – desde que estas sejam feitas nos limites institucionais e em respeito à constituição - dos poderes estatais majoritários (executivo e legislativo), mormente no que tange o mandamento constitucional.

Insta salientar ainda, que as três atuações acima aduzidas, são meramente exemplificativas, posto que, na medida em que a sociedade evolui, novos valores – ressalvado os riscos do pamprincipiologismo<sup>96</sup> - são agregados ao ordenamento nacional e ao corpo social, e o paradigma do postulado da dignidade da pessoa humana adquire novas interpretações e entendimentos conforme as possibilidades estatais<sup>97</sup>. Assim, a estrutura estatal se torna mais justa e democrática.

## THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER BETWEEN JUDICIALIZATION OF POLITICS AND JUDICIAL PROTAGONISM

### ABSTRACT

The new Brazilian constitutional order gave rise to new paradigms: the institute of judicialization of politics and judicial protagonism. The latter emerged from alien theories imported with significant impacts on the Brazilian legal order. In view of this, a system of judicial self-restraint is indispensable, without ruling out the essential need for a decision theory in order to rationalize judicial decisions.

**Keywords:** Legalization of politics; Judicial Protagonism; Decision Theory.

---

ou sopesamento”. (*apud*. NEVES, Op. Cit., página 41, nota 41).

<sup>96</sup> Cumpre advertir para os riscos do pamprincipiologismo. Ler o artigo: STRECK, Lenio. **“O pamprincipiologismo e o sorriso do lagarto”**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Postado: 22 de março de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acessado: 26 de maio de 2016.

<sup>97</sup> Entenda essas possibilidades estatais como sendo os limites institucionais dos poderes, bem como a capacidade orçamentaria de cada um. Tudo isso em respeito ao ordenamento constitucional e os valores por ela agregado.

## REFERÊNCIAS

### OBRAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade.**

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luiz Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007. (*apud.* NEVES. Op. Cit. página 41).

MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis.** Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota, Editora Saraiva.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** 1º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** Editora Saraiva, São Paulo: 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURÍDICA.** 3. Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (*apud.* NEVES, Isadora Ferreira. O lugar da ponderação Alexyana na doutrina brasileira: por uma reinterpretação a crítica hermenêutica do direito. 2014. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, RS, 26 agost. 2014).

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **Levels of generality in the definition of rights.** The University of Chicago Law Review, Chicago, v. 57, n. 4, pp. 1057-1108, Fall. 1990. (*apud.* TASSINARI, Op. Cit.)

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999. (*apud.* VIEIRA. Op. Cit.)

## DISSERTAÇÕES DE MESTRADO

NEVES, Isadora Ferreira. **O lugar da ponderação Alexyana na doutrina brasileira: por uma reinterpretção a crítica hermenêutica do direito.** 2014. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, RS, 26 agost. 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileiras e norte-americana.** Dissertação (Mestrado em Direito), 139f. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, RS, 2012.

## FÓRUM DE PESQUISAS

VIEIRA, José Ribas (coord.), et. al., **I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito.** Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 20 de junho de 2009, Anais ... ISSN 1984-9796. Linha de Pesquisa: Ativismo Judicial e Judicialização da Política.

## ARTIGOS JURÍDICOS E INFORMATIVOS

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Rev. Eletrônica Consultor Jurídico, artigo jurídico. Postado: 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acessado em: 26 de maio de 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** Revista de sociologia e política, Curitiba, novembro 2004, pág. 115-126. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal.** Biblioteca Jurídica, busca legis. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16223-16224-1-PB.pdf>>. Acessado: 25 de maio de 2016.

MARSHAL, Willian. **Conservatives and these seven sins of judicial activism**. Publicado pela University of Colorado Law review, 2002. Disponível: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=330266](http://ssrn.com/abstract_id=330266)>. Acessado em: 02 de outubro 2008.

STRECK, Lenio. **O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo jurídico. Postado: 02 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acessado: 26 de maio de 2016.

STRECK, Lenio. **“O pamprincipiologismo e o sorriso do lagarto”**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Postado: 22 de março de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acessado: 26 de maio de 2016.

STRECK, Lenio Luis. **Porque tanto se descumpra a lei e ninguém faz nada?** Rev. Eletrônica Consultor Jurídico. Postado: 14 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpra-lei-ninguem-faz-nada>>. Acessado em: 25 de maio 2016.

TATE, C. N. VALLINDER, T. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1997. (*apud*. VIEIRA, Op. Cit.)

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.

BRASIL. **Lei 13.300 de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF. 23 junho 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm)>. Acessado em: 26 de junho 2016.

## **PALESTRAS E ENTREVISTAS**

RODAS, Sérgio. **Congresso é responsável pela judicialização da política**, afirma Barroso. Min. Luis R. Barroso em palestra no Instituto Fernando H. Cardoso 17 agost. 2015. Rev. Eletrônica Consultor Jurídico. Postado: 19 agost. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/congresso-responsavel-judicializacao-politica-barroso>>. Acessado: 24 de maio de 2016.

### **MÍDIAS (PALESTRAS)**

HERMENEUTICA, Decisão Jurídica e Contemporaneidade. Evento realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 06 de agosto de 2013. Palestrante: Lenio Luiz Streck. Disponível em: <[https://www.youtube.com/results?search\\_query=lenio+luiz%2C+rio+de+janeiro+magistratura](https://www.youtube.com/results?search_query=lenio+luiz%2C+rio+de+janeiro+magistratura)>.