

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL¹

THE SUPREME FEDERAL COURT: BETWEEN THE GUARD OF CONSTITUTION AND JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL

Márcio Barsanulfo da Silva²

RESUMO

No presente trabalho utilizou-se como método de abordagem, a análise crítica dedutiva sobre a teoria e a função que o Poder Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, vem exercendo na atualidade, através do procedimento técnico de pesquisa bibliográfica e fontes interdisciplinares de forma exploratória e quantitativa. Discorre sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, e a evolução do Princípio da Separação dos Poderes. Por meio dessa investigação, foram esclarecidos pontos necessários sobre o papel da Corte no sistema político-constitucional, bem como examinada sua evolução histórica, os modelos de composição dos Tribunais Constitucionais europeus e os predicados elementares dos referidos princípios. Também visa, demonstrar uma das consequências da hipertrofia do Supremo Tribunal Federal que é o ativismo judicial, o qual supostamente encontra suporte na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e se ratifica como expressão autêntica de uma democracia real, passando a atuar diretamente nas decisões políticas no Brasil, numa suposta busca de equilíbrio das instituições estatais na efetivação e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito. Separação dos Poderes. Supremo Tribunal Federal.

¹ Artigo submetido em 06-10-2020 e aprovado em 08-02-2021.

² Graduando do 9º período do Curso de Direito, pelo Instituto Luterano de Ensino Superior: ILES/ULBRA Itumbiara-GO. Estagiário concursado do Ministério Público do Estado de Goiás desde 03/2019. Endereço eletrônico: marciobarsanulfo@hotmail.com



ABSTRACT

The present work used as a method of approach, the deductive critical analysis on the theory and the function that the Judiciary Power, more precisely the Supreme Federal Court, is currently exercising, through the technical procedure of bibliographic research and interdisciplinary sources in a exploratory and quantitative. It discusses the concept of the Democratic State of Law, and the evolution of the Principle of Separation of Powers. Through this investigation, necessary points about the Court's role in the political-constitutional system were clarified, as well as its historical evolution, the models of composition of the European Constitutional Courts and the elementary predicates of those principles were examined. It also aims to demonstrate one of the consequences of the hypertrophy of the Supreme Federal Court, which is judicial activism, which supposedly finds support in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and is ratified as an authentic expression of a real democracy, starting to act directly in decisions policies in Brazil, in a supposed search for balance of state institutions in the implementation and maintenance of the Democratic Rule of Law.

Keywords: Judicial Activism. Constitutional Court. Democratic state. Principle. Separation of Powers. Federal Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Carta Magna de 1988, com o advento de um Estado Democrático de Direito, surgiram novos argumentos de interpretação constitucional, devido diversas modificações políticas, econômicas, culturais e sociais do país. Dentre as questões de relevo está a tradicional indagação sobre a legitimidade do Poder Judiciário ao se expandir para outros domínios, o que pode vir a colocar em risco a idealização clássica de Montesquieu quanto à separação dos poderes.

Deste modo, surge um grande e inflamado dilema, se para alguns as decisões ativistas é a única solução diante das mazelas institucional brasileira, para outros, é o início de um grande problema institucionalmente constitucional, alimentado pela sobreposição do Poder judiciário em relação aos outros Poderes, provocando um



desequilíbrio na separação dos Poderes e uma mancha com rigor de rebeldia na harmonia entre as instituições.

Tendo em vista, que a conjectura constitucional de um Estado Democrático de Direito parece ter estatuído o Poder Judiciário a patamares anteriormente inimagináveis quando de Estado com forte empoderamento para o Poder Executivo, surge a grande problemática da pesquisa: o Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal possui consequências positivas ou negativas no equilíbrio e manutenção do Estado Democrático de Direito?

Contudo, importa registrar que as respostas possíveis a este debate não foram obtidas mediante fórmulas simplificadas que nos permitem visualizar o fenômeno de forma resolutiva, tampouco estática. Data máxima venia, a resposta que mais se aproxima a pergunta, é, a de que, a separação e harmonia entre os Poderes, constitui alicerce fundamental na instituição e manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Este trabalho foi desenvolvido através de uma pesquisa exploratória de forma quantitativa, através do procedimento bibliográfico e fontes interdisciplinares, se utilizando como método de abordagem a análise crítica dedutiva sobre a teoria e a função que o Poder Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, exerce na atualidade.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Conforme bem preceitua Lenza (2016) o Estado Democrático de Direito é um conceito embasado que se refere a um Estado que preza pelos Direitos Humanos, bem como pelas Garantias Fundamentais, é um modelo de Estado através de um Direito Constitucional pautado na garantia dos direitos individuais, coletivos, sociais e políticos; a atuação do Estado, no Estado Democrático de Direito é definida e limitada única e exclusivamente pela Carta Magna; significa que, para que se atinja o objetivo primordial, de ser considerado um Estado democrático de direito, o Estado deve garantir à proteção jurídica de todos os direitos dos cidadãos por intermédio dos seus governos.



Deste modo, fica caracterizado que:

A Constituição de 1988 representa um importante avanço no campo das conquistas democráticas dos cidadãos e dos direitos sociais. Adotou a democracia e a dignidade da pessoa humana como valores fundamentais, bem como previu uma série de normas programáticas que atribuem objetivos a serem alcançados pelo Estado.

Igualmente, ampliou o pluripartidarismo e o regime das liberdades públicas, mediante a previsão expressa de vários direitos e garantias fundamentais. Todavia, repetindo a anatomia estatal do passado, concentrou poderes e competências em favor da União, enfraquecendo a autonomia política dos demais entes federados (BARRETO, 2015, p. 90-91).

No Estado democrático de direito se faz necessário que haja o devido respeito por parte de seus governantes ao que é previsto nas leis, assim sendo, não se deve permitir o desrespeito e o descumprimento no que está definido em lei. Dito isso, é notório de que todas e quaisquer decisões devem ir de encontro ao que diz a lei, pois, somente assim, estarão assegurados os direitos fundamentais dos cidadãos.

2.1. Objetivos do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é aquele “fundado na harmonia social e assume o compromisso (na ordem interna e internacional) com a solução pacífica de controvérsias” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p.79), tendo como principal objetivo a garantia das liberdades civis, o respeito pela dignidade da pessoa humana, além dos demais direitos e garantias fundamentais, por intermédio da efetiva proteção jurídica, de maneira a estabelecer de fato a tão sonhada democracia em sentido amplo (social, econômica e cultural).

Nesse sentido Miguel Reale, elucida as duas principais facetas do conceito de direito no senso comum: por um lado, trata-se de um conjunto de regras que orientam a conduta das pessoas e que são impostas pelo Estado; por outro, trata-se de um elemento necessário para a garantia das necessidades humanas de ordem e justiça (1995, p. 55).

Partindo dessa premissa, o Estado de Direito focado na lei, somente poderia tornar válidas as leis positivadas se antes de tudo refletisse primordialmente nos ideais



de justiça. Assim, “torna-se bem claro, perquiridas as origens do Estado de direito, que este visava a estabelecer o império da justiça, não da lei, vista esta como vontade do legislador” (FERREIRA FILHO, 1987, p. 17).

Conforme elucida Luigi Ferrajoli, as condutas firmadas pautadas em um ordenamento jurídico, devem ser consideradas como fundamentais a todos os seres humanos, voltadas de modo a garantir o direito à vida, à saúde, à liberdade pessoal, à liberdade de consciência e de pensamento:

O Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto. (FERRAJOLI, 2014, p. 797).

O Estado Democrático de Direito, é, portanto, o modelo de Estado que visa à distribuição e racionalização do poder de forma paritária, tendo como objetivo a racionalização da violência para que esta seja combatida através da lei, de maneira a objetivar a organização de toda sociedade de maneira harmônica, segundo o ideal de justiça. Deste modo, a lei constitui fortemente Estado de Direito, mas sua característica basilar é a observância e respeito aos princípios fundamentais, com objetivo primordial de dar garantias ao cidadão. Embora a lei esteja em constante movimento em conformidade com as mudanças sociais, os princípios são imutáveis, pois são os fundamentos de todo o ordenamento jurídico.

2.2. Uma Breve Análise dos Direitos Fundamentais

Os direitos e as garantias constitucionais consubstanciam direitos paulatinamente conquistados pelo povo em face dos governantes. Esses direitos reconhecidos como indisponíveis e inalienáveis refletem um conjunto de medidas



destinadas a proteger a dignidade da pessoa humana. Certamente o jusnaturalismo exerceu papel fundamental nesse reconhecimento.

Em que pese o fato de terem surgido em épocas diferentes da evolução do Constitucionalismo, não há hierarquia jurídica entre as diversas gerações dos direitos fundamentais. A teoria levou em consideração os dizeres da bandeira francesa “liberté, égalité, fraternité” e referem-se ao avanço das conquistas populares em termos de direitos obtidos em face dos governantes (FERNANDES, 2016).

As gerações ou dimensões dos direitos fundamentais são as seguintes:

1ª geração – Diz respeito aos direitos civis (direitos e garantias individuais) e políticos (isto é, as chamadas *liberdades públicas*), dos quais são exemplos a vida, a intimidade, a inviolabilidade de domicílio e a liberdade de pensamento.

2ª geração (direitos sociais) – São aqueles que exigem uma postura ativa do Estado no sentido de adotar mecanismos interventivos que visem a assegurar a igualdade e a justiça social, mediante a proteção aos hipossuficientes e a superação das diferenças sociais.

3ª geração (direitos de solidariedade e fraternidade) – Consiste no rol dos direitos que ampliam o âmbito de proteção estatal e a emancipação dos cidadãos, isto é os direitos ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, ao progresso e à paz, bem como outros correlatos, todos de natureza difusa e transindividual.

4ª geração – São os direitos ligados à biogenética, como a clonagem, o estudo e a utilização terapêutica de células-tronco e a pesquisa genética bio científica (BARRETO, 2015, p. 214, grifo nosso).

Salienta-se por oportuno que para outros autores, existe uma quinta geração dos direitos fundamentais, direcionada aos preceitos inerentes à informática e ao ciberespaço. Desse modo, essa diferença de critérios de segmentação dos direitos fundamentais permite afirmar que não há um modelo uniforme na definição das referidas gerações, sendo uma matéria de conteúdo variável na doutrina constitucional, sobretudo no que tange às duas últimas gerações/dimensões.

É evidente que a CF/88 reconhece inúmeros princípios e direitos em prol de toda sociedade, sendo que, dentre todos eles, encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como o princípio propulsor de todo nosso ordenamento jurídico, o qual está inserido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna (BRASIL, 1988).



De acordo com Silva (1998, p. 85) “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.

Tendo como base o princípio da Dignidade da pessoa humana, podemos dizer que os direitos fundamentais são direitos inerentes à pessoa humana e essencialmente direcionados a uma vida digna.

Ressalta-se que é dever do Estado dar-lhes a devida proteção. No entanto, eles também possuem algumas características próprias. Hoje, esses direitos são garantidos a todo e qualquer ser humano, enquanto indivíduos de direito. São garantias formalizadas no decorrer do tempo, única e exclusiva aos indivíduos.

Deste modo, pode-se inferir, que os direitos fundamentais advém da própria natureza humana, daí seu caráter inviolável, intemporal e universal, são direitos do ser humano, positivados na esfera constitucional em um Estado Democrático de Direito, sendo indispensáveis ao convívio harmonioso, ou seja, são frutos de uma construção histórica, variando de acordo com a época e lugar, bem como permanecem em constante evolução. (SILVA, 2011, p. 49).

Neste sentido, as garantias fundamentais textualizadas pelo ordenamento jurídico pátrio, advém também de princípios basilares. Para melhor elucidação quanto à força desses princípios, grande parte deles são vislumbrados de maneira universal, tendo em vista, que se fazem presentes tanto em nossa Carta Magna, como nos tratados internacionais, os quais, garantem maior efetividade e abrangência desses direitos.

Ressalta-se que conforme disposto no caput do artigo 5º da CF/88, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 1988).

Na dicotomia do supramencionado artigo, sob o prisma da igualdade, há que se analisar sob duas vertentes, sendo que a primeira diz respeito à igualdade formal, que é o texto de lei, “todos são iguais perante a lei”; enquanto na igualdade material, tem-se o modelo de igualdade, segundo o qual, todos os seres humanos devem receber



tratamento igual ou desigual, a depender da situação concreta; se as situações são iguais, há a necessidade de tratamento igualitário (princípio da igualdade), se as situações forem diferentes, neste caso, haverá um tratamento diferenciado (princípio da isonomia) (BARRETO, 2015).

Os direitos individuais expressos na Constituição delimitam uma esfera de ação da pessoa a ser respeitada por terceiros e, sobretudo, por autoridades governamentais, que conforme os ensinamentos de André Ramos Tavares (2012):

Rui Barbosa já distinguia entre, de um lado, os direitos, e, de outro, as garantias dos direitos. E isto porque é imperioso separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições **assecuratórias**, que são as que, em defesa dos **direitos**, limitam o poder. Aquelas instituem os **direitos**; estas, as **garantias**; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito (p. 898, grifo nosso).

É possível vislumbrar a existência de dois termos com sentidos diferentes neste enunciado, quais sejam: os Direitos e as Garantias. Deste modo, os Direitos dizem respeito às normas das quais declaram a existência de interesse, sendo, portanto, normas declaratórias. Enquanto às Garantias dizem respeito às normas que visam assegurar o exercício de determinado interesse, assim sendo, são normas assecuratórias (SALEME, 2020).

Não se deve confundir garantias com remédios constitucionais, já que esse é tido como instrumento processual, tais como, o **direito de petição e certidão** (art. 5º, XXXIV, *a e b*); o **habeas corpus** (art. 5º, LXVIII), **habeas data** (art. 5º, LXXII); **mandado de segurança coletivo** (art. 5º, LXX) e **individual** (art. 5º LXIX); o **mandado de injunção** (art. 5º, LXXI); e a **ação popular** (art. 5º, LXXIII), com objetivo de assegurar o exercício pleno de um direito (SALEME, 2020, p. 150, grifo nosso).

É interessante reiterar, que todos remédios constitucionais são tidos como uma garantia, ainda que, nem toda garantia é tida como um remédio constitucional. Deste modo, a expressão “todos” deve ser vista como símbolo de universalidade, já que



uma das características dos Direitos Fundamentais e das Garantias é a sua imprescindibilidade a todos.

2.3. Separação dos Poderes

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, enuncia que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Essa “independência” traduz que nenhum dos órgãos são subordinados aos demais, sendo assim, independentes tanto de fato quanto de direito.

O Princípio da Separação dos Poderes, não por acaso é considerado um dos mais importantes princípios constitucionais, também conhecido como Princípio da Tripartição dos Poderes, cuja criação remonta à Grécia Antiga.

A Teoria da Separação dos Poderes, não foi criada única e exclusivamente por Montesquieu, já, que somente tempos depois, essa Teoria lançada por Aristóteles, veio então, a ser desenvolvida e aprimorada pela visão precursora do Estado Liberal, sob a inspiração de Locke, mas, por intermédio de Montesquieu, tendo sido ele quem efetivamente elevou-a, a um status de maior abrangência, a qual é adotada até os dias de hoje.

Conforme expõe Dimitri Dimoulis:

[...] O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexos causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelece mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos. (DIMOULIS, 2008, p. 145-146).

Dito isso, fato é que o princípio da separação dos poderes foi elevado à categoria de cláusula pétrea, conforme o art. 60, § 4º, III da CF/88, o qual tem como fundamento objeto, não somente a garantia da liberdade individual de cada um dos poderes, mas principalmente o combate à concentração de poder em um só órgão. Tem-se como foco a garantia do equilíbrio político, na distribuição dos poderes de modo



equivalente, sem que se altere a independência funcional entre os três órgãos, visando minimizar o máximo possível, o risco do chamado abuso de poder entre os mesmos, por intermédio do sistema de freios e contrapesos (*Checks and Balances*).

2.4. Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*)

O sistema de Freios e Contrapesos baseia-se no controle do poder em face do próprio poder, deste modo, cada poder tem autonomia para exercer suas próprias funções, mas com o devido controle e fiscalização pelos demais poderes, senão, “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

O Sistema de Freios e Contrapesos, serve justamente para que se evite a possibilidade de exagero no exercício de poder por qualquer um dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Ainda que essa interferência exista, ela deve ser de maneira recíproca e harmônica entre os poderes, possibilitando que cada poder, no exercício de competência própria, controle outro poder e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação (MENDES, 2018).

Fica evidente, diante da expansão das esferas dos três poderes, que existe um delimitador, visando à unificação perante a ordem jurídica/constitucional, conforme estipulado pela corrente tripartite, de modo a garantir o mútuo controle entre os poderes, garantindo suas atribuições e funções de forma individual em conformidade com a Constituição, porém, sem ultrapassar seus limites de forma soberana, devendo esses poderes serem interpretados por prévia previsão legal.

3. MODELO BRASILEIRO DE COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS COMPETÊNCIAS



A Constituição de 1988 foi pensada por cidadãos recém-saídos das amarras de um regime militar que derrubara um governo legitimamente eleito e permanecera no poder por mais de duas décadas. Por isso, pairava na Assembleia Constituinte um clima de satisfação pela volta da democracia. O resultado foi uma Constituição que pretendia, nas palavras de Emília Viotti da Costa, “impedir a volta de um regime autoritário, afirmar ampla gama de interesses, reforçar o poder Judiciário, promover a democratização da sociedade, incorporar os excluídos, cujo número tinha aumentado nos últimos vinte anos, assegurar direitos adquiridos e ampliar seu rol” (2006, p. 15).

3.1. Breves Considerações Sobre a Criação do Supremo Tribunal Federal

Inspirado na matriz norte-americana, o Supremo foi concebido como órgão de cúpula do Poder Judiciário, recebendo, todavia, atribuições eminentemente políticas, tendo em vista que a ele cabia limitar a atuação dos Estados federados aos parâmetros constitucionais.

Consoante os ensinamentos de Alexandre de Moraes (MORAES, 2011, p. 1352), denominação Supremo Tribunal Federal foi adotada na Constituição Provisória da República dos Estados Unidos do Brasil, publicada com o Decreto nº 510 de 22/06/1890, dispondo sobre sua criação, composição e demais competências da Corte, repetiu-se no Decreto nº 848, de 11/10/1890, editada pelo Governo Republicano provisório, que organizou a Justiça Federal.

Passado a redemocratização de 1946, o golpe de 1964 com a introdução da Constituição de 1967 e, posteriormente com a restauração da democracia, a Constituição ora vigente, promulgada em 05/10/1988, realçou expressamente a competência precípua do Supremo Tribunal Federal, cabendo-lhe a guarda da Constituição da República Federativa do Brasil, dedicando-lhe os arts. 101 a 103.

Diante disso, infere-se que o STF tem sido agente e paciente da história nacional, a qual, *ipso facto*, confunde-se com a própria história da Corte, vez que sempre foi inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e sofrendo suas consequências.



3.2. Breves Considerações sobre a Estrutura do Poder Judiciário

Com a promulgação da CF/1988, apelidada de Constituição cidadã diante do seu status amplamente garantidor de direitos, este diploma legal trouxe de forma detalhada a complexa organização judiciária em nosso ordenamento jurídico, tendo como ápice o Supremo Tribunal Federal.

Essa estrutura institucional, conta com a chamada jurisdição ordinária, federal e estadual, bem como as “seções” especializadas materialmente, como justiça eleitoral, militar e do trabalho, conforme prevê o artigo 92 da Constituição Federal de 1988:

Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes:

A estrutura dos órgãos do Poder Judiciário é definida à luz da Constituição e legislação infraconstitucional. Além dos órgãos de convergência (Tribunais Superiores: STF, STJ, TST, TSE e STM), temos ainda os Tribunais de 2ª instância (2º grau de jurisdição) (TRFs, Tjs, TRTs, TREs e TJMs) e os juízes de 1ª instância (1º grau de jurisdição), além dos Juizados Especiais (Federal e Estaduais) compostos por juízes de 1ª instância (inclusive em suas turmas recursais). Certo é que a estrutura do Poder Judiciário também pode ser dividida através da diferenciação entre o que é denominado de justiça comum e especial (ou, para alguns, especializada) (2016, p. 1108-1109, grifo do autor).

Tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) como Supremo Tribunal Federal (STF) são tidos como tribunais de superposição, enquanto o primeiro sobrepõe-se às Justiças locais e à Justiça Federal, o segundo sobrepõe-se a todas as Justiças e ao próprio STJ, pois, salvo raras exceções, não são competentes para apreciação e julgamento de “recursos ordinários” das instâncias inferiores como agravos, apelações, etc (CINTRA, 2010, p. 199).

O STF, na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, se destaca pelo fato de ocupar uma posição de status frente aos demais Juízos e tribunais internos, bem como apresenta peculiaridades que o diferencia das demais Cortes Supremas existentes em âmbito supranacional. As garantias auferidas ao Supremo Tribunal Federal, têm como condão atribuir à instituição a necessária independência



para o exercício da Jurisdição, livre das pressões do Legislativo e Executivo, não estando assim, subordinado a qualquer outro órgão estatal, devendo obediência somente à Constituição Federal.

3.3. O Supremo Tribunal Federal na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi pensada e elaborada por cidadãos num momento pós Ditadura Militar, direcionada a “impedir a volta de um regime autoritário, afirmar ampla gama de interesses, reforçar o poder do Judiciário, promover a democratização da sociedade, incorporar os excluídos, cujo número tinha aumentado nos últimos vinte anos, assegurar direitos adquiridos e ampliar seu rol” (COSTA, 2006, p. 15).

Ressalta-se que somente a partir da promulgação da CF/1988, que o STF de fato passou a integrar o rol das principais discussões políticas. Foi conferido à Excelsa Corte uma notoriedade com patamares nunca antes vista, ao acumular as funções e atribuições de Tribunal Constitucional, reforçando ainda mais seu papel político através das Emendas 3/1993 e 45/2005, bem como pelas Leis 9.868 e 9.882 ambas de 1999, vindo a tornar-se uma instituição única e singular em comparação a outras Cortes existentes nas demais democracias (FERNANDES, 2016).

Exemplo disso foi a ampliação dos mecanismos ofertados para a jurisdição constitucional conferindo à Excelsa Corte, a responsabilidade na emissão da última palavra sobre infundáveis questões de natureza substantiva, seja validando e/ou legitimando decisões dos órgãos representativos, seja substituindo as escolhas majoritárias.

Se esta é uma atribuição comum a outros Tribunais Constitucionais espalhados pelo mundo, a distinção do Supremo é de “escala” e de “natureza”. “Escala” pela quantidade de temas que no Brasil, têm caráter constitucional e são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização; de “natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que aprecie atos do poder reformador.



3.4. Modelo de Composição/Investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em Face da Teoria da Separação dos Poderes

Neste momento torna-se conveniente mencionar o disposto no artigo 101 da Constituição Federal de 1988:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (BRASIL, 1988).

Depois de preenchido os requisitos do artigo supracitado, o cargo de Ministro do STF só será ocupado, desde que o escolhido seja brasileiro nato, bem como estar no gozo dos direitos políticos, conforme redação do art. 12, § 3º, inciso IV c/c art. 14, § 1º, inciso I, ambos da CF/1988.

Há de se ressaltar, também, o fato de que atualmente na maior parte dos países, os membros das chamadas Cortes Constitucionais não têm vitaliciedade, mas apenas mandatos temporários, sendo que muitos deles, a escolha dos membros se dá por ato de indicação do Poder Executivo ou do Parlamento ou, ainda, por meio de processo de eleição direta.

A Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pretende analisar ainda neste ano de 2020, a PEC 35/2015 que visa dar fim a mandatos vitalícios de ministros do STF. Tramitam em conjunto com a PEC 35: a PEC 59/2015 e a PEC 16/2019, sendo que a PEC 35, está pronta para entrar em pauta na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, visando alterar o artigo 101 da Constituição (BRASIL, 1988, PEC. nº 35/2015, p. 1-2).

Após ser votada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) precisa ser aprovada em dois turnos por ambas as Casas do Congresso Nacional antes de entrar em vigor.



Data Vênia, considerando o quanto exposto, pensa-se que, com a adoção dos seguintes direcionamentos, conseguir-se-á aperfeiçoar o modelo de composição do STF, tornando-o consentâneo com a Teoria da Separação dos Poderes e do Estado Democrático de Direito, capaz de assegurar-lhe legitimidade popular, com a ampla participação do povo, essencialmente, por intermédio de seus representantes eleitos nos Poderes Legislativo e Executivo, na escolha dos membros, visando garantir a independência e a imparcialidade dos mesmos (FERNANDES, 2016).

Essa preocupação encontra fundamento na proporção em que o STF reúne os nomes que auferem as mais importantes decisões (a de última instância), são indicados baseado num critério exclusivamente pessoal e subjetivo conforme a visão do Presidente da República.

3.5. Competências/Atribuições do Supremo Tribunal Federal

Como bem preceitua Alexandre de Moraes, “as competências do Supremo Tribunal Federal são definidas nos arts. 102 a 103 da Constituição Federal, sendo as principais competências divididas em dois grandes grupos, conforme a maneira de acioná-lo: *originária e recursal*” (2011, p. 1358).

Nas palavras de Vieira (2008), consoante redação original, do art. 102 da CF/1988, as competências do STF foram divididas em “originárias” (inciso I, alíneas “a” a “r”), atuando como Juízo uno e definitivo; em “recursais”, as quais também podem ser originárias (inciso II, alíneas “a” e “b”); bem como “extraordinárias” (inciso III, alíneas “a” a “d”).

A competência originária, pode ser entendida como aquela na qual o Supremo Tribunal Federal tem a responsabilidade por processar e julgar originariamente. Neste caso o STF ocupa o topo da Pirâmide, como sendo o primeiro órgão de justiça.

Dito isso, no tocante a sua competência recursal ordinária, cabe única e exclusivamente ao STF julgar crimes políticos, habeas corpus, habeas data, mandado de



segurança, e mandado de injunção, quando a decisão houver sido denegatória em única instância pelos Tribunais Superiores.

3.6. Considerações Sobre o Controle de Constitucionalidade

Conforme redação do caput do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido que o STF deve zelar pela guarda da Carta Magna de 1988, processando e julgando originariamente os casos previstos no inciso I do artigo supramencionado.

Na ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal visa afirmar que determinada Lei ou ato normativo é constitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Na ação direta de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal busca para si, de forma interventiva a guarda e a garantia dos princípios constitucionais. Ressalta-se por oportuno que as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão também são de competência originária do STF (MENDES, 2018).

A doutrina clássica ensina que o Controle de Constitucionalidade é a verificação da adequação de um determinado ato jurídico à Constituição, configurando-se, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito. Ou seja, envolve a verificação tanto dos requisitos formais subjetivos, como a competência do órgão que o editou e requisitos objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição quanto dos requisitos substanciais (MORAES, 2017).

A Constituição Federal de 1988, reconheceu não somente a ocorrência da inconstitucionalidade por ação, como também, por omissão, ao estabelecer uma técnica específica para manutenção da supremacia constitucional, denominada controle de constitucionalidade das leis.



Amparando-se nas teorias de Bernardo Gonçalves Fernandes, é possível perceber que “a *inconstitucionalidade por ação* diz respeito a uma conduta positiva que contraria normas previstas na Constituição. Ou seja, o Poder Público produz atos normativos em desacordo com a normatividade constitucional” (2016, p. 1307, grifo do autor). Enquanto “a *inconstitucionalidade por omissão* decorre de uma conduta negativa dos Poderes Públicos. Ou seja, os mesmos não atuam, restam em inércia e com isso não viabilizam direitos previstos na Constituição (FERNANDES, 2016, p. 1307, grifo do autor).

O controle de constitucionalidade no Brasil é combinado, pelo fato de ser exercido tanto de maneira preventiva quanto repressiva. O controle preventivo tem por atribuição verificar a constitucionalidade de lei ou ato normativo antes de vir a ingressar em nosso ordenamento jurídico pátrio; sendo exercido tanto pelo Poder Legislativo (comissões) quanto pelo Poder Executivo (veto presidencial). Já o controle repressivo, tem por atribuição afastar do ordenamento jurídico norma já vigente, não obstante, em desacordo com o texto constitucional, podendo ser exercida tanto de forma concentrada quanto incidental pelo Poder Judiciário (SILVA, 2013).

Dito isso, nota-se que a natureza da ADI, é a de ação de conhecimento, visando buscar o acertamento do direito alegado por intermédio de um procedimento onde todos os atos serão elaborados de forma lógica e congruente, com respeito aos princípios constitucionais, até que se chegue a decisão/acórdão declaratória da inconstitucionalidade.

No que tange, à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esta foi introduzida pela Emenda Constitucional n.º 03/93 e, apesar das críticas existentes quanto à sua finalidade nitidamente concentradora, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela sua plena constitucionalidade e aplicabilidade imediata (BARRETO, 2015, p. 163).

Posteriormente, alterou-se a redação do artigo 102, inciso I alínea a, e acréscimo do § 2º ao referido artigo, bem como o § 4º ao artigo 103, todos da Constituição Federal, tendo a sua disciplina processual sido regulamentada pela Lei



9.868/1999, com a finalidade de buscar por meio desta ação declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (MORAES, 2017).

Trata-se de mais uma demonstração da amplitude de seu poder e também da responsabilidade que lhe recai sobre os ombros no cumprimento das funções constitucionalmente outorgadas, atingindo direta e indiretamente a estrutura judiciária e política do País.

3.7. Supremo Tribunal Federal Como Corte Constitucional

Como dito anteriormente o STF situa-se no ápice do Poder Judiciário brasileiro, cabendo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição, sendo órgão incumbido de dar a palavra final acerca da jurisdição constitucional.

Pois bem. O conceito clássico de Corte ou Tribunal Constitucional envolve o aspecto de um órgão institucional responsável pelo Juízo de conformação de leis e atos políticos com a Constituição, a quem cabe a última palavra na interpretação, concretização e garantia da Carta Maior. Assim, ficam a cargo do Tribunal Constitucional matérias de elevada repercussão política, essencialmente constitucionais, como os conflitos do pacto federativo, separação dos poderes, constitucionalidade de leis, eficácia e primazia dos direitos fundamentais, entre outras (NÓBREGA, 2009).

Para que um órgão seja uma genuína Corte Constitucional, segundo Louis Favoreu (2004, p. 1), o contencioso constitucional não deve se equiparar ao contencioso ordinário, uma vez que “as questões constitucionais são de competência exclusiva de apenas um Tribunal, o qual é especialmente designado para esta finalidade, cujas decisões tem força de coisa julgada erga omnes”. Assim, possuem uma jurisdição constitucional de natureza concentrada, a qual centraliza suas decisões em só Tribunal.

Ademais, nos países europeus que têm Tribunais Constitucionais, como, por exemplo, a Alemanha, esse Tribunal é órgão constitucional cuja atuação repercute em todos os Poderes, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo, portanto, órgão do Poder Judiciário e nem se situando acima dos Poderes Executivo e Legislativo.



O STF situando-se no ápice do Poder Judiciário, tem a competência da jurisdição constitucional, ficando em posição de proeminência em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, sendo órgão cuja natureza jurídica é de Suprema Corte híbrida, uma vez que sua atuação envolve não só o exercício dos controles concentrado e abstrato de constitucionalidade de leis e demais atos normativos do poder dirigente, como ainda outras atribuições que não se relacionam ou que o fazem apenas indiretamente com o contencioso constitucional propriamente dito, com reflexos econômicos, políticos e sociais.

4. ANÁLISE SOBRE O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Tem-se observado, tanto no discurso jurídico quanto no discurso político, uma crescente preocupação em torno de um suposto caráter “político” da função jurisdicional e, em particular, da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Não é difícil imaginar a possibilidade de que grandes questões sociais ou vários planos ou projetos sustentados por qualquer governo que se encontra no poder sejam levados à jurisdição constitucional para receber desta o seu selo de aprovação. Assim, dado que é o STF, órgão máximo da jurisdição constitucional no nosso país, quem profere a última palavra em termos de interpretação da Constituição, quanto maior sua ingerência na atuação dos demais poderes, menor será o espaço de atuação destes últimos (LEITE, 2015).

4.1. Breves Considerações Sobre os Efeitos do Protagonismo Judicial

A jurisdição constitucional passou a demarcar as zonas de competências dos demais poderes, a partir dos limites que ela própria impuser à sua competência. Diante deste quadro, é no âmbito da jurisdição constitucional que o fenômeno da “politização” assume maiores contornos.



Não é tarefa fácil delimitar o conteúdo semântico do signo “politização”, haja vista sua derivação de “política”, que remonta à polis grega, o que poderia levar a divagações filosóficas sobre essa expressão. Nada obstante, na presente discussão pode-se destacar alguns usos frequentes do referido termo. Assim, as dimensões mais correntes da “politização” estão associadas ao dever de imparcialidade da jurisdição, à interpretação jurídica e à representatividade política tradicional (CAMPILONGO, 2002, p. 57), ao exercício de poder (jurisdição) e à própria natureza da Constituição.

Montesquieu quando se refere à divergência de interpretações judiciais, ele aponta a lei como solução, e somente a lei. Afinal, a lei é representação legítima de poder geral e, no contexto da crescente democratização no ambiente revolucionário da época, tamanho poder não poderia ser deixado nas mãos aristocráticas de um conjunto de *savants* (MONTESQUIEU, 2000).

Para Luís Roberto Barroso, “certas questões decisivas devem ser tratadas como questões de princípios morais ou políticos e não como uma questão de poder político [...]. São elas as que envolvem direitos fundamentais das pessoas, e não escolhas gerais sobre como promover o bem-estar social” (BARROSO, 2011, p. 420).

Comumente se questiona a parcialidade da jurisdição, pois o juiz deve se colocar como um terceiro distante dos conflitos que deve resolver. Os ataques dirigidos ao caráter político, nessa situação, estão associados ao fato de o juiz ceder diante de pressões de grupos políticos ou de partidos.

Dalmo Dallari (1998, p. 43) afirma que o poder nunca deixa de ser substancialmente político, de modo que política e poder estão umbilicalmente ligados e seus conceitos se confundem.

Com efeito, o poder é a “capacidade de produzir os efeitos pretendidos (ou simplesmente de alterar a probabilidade de obter esses efeitos), seja sobre a matéria ou sobre as pessoas, devendo o Estado dispor dos meios adequados para impô-los (DINAMARCO, 2009, p. 99-100).

Poder político é, segundo Norberto Bobbio (2000, p. 167), a posse dos instrumentos mediante os quais se exerce a força física (as armas de toda espécie e potência), é o poder coator no sentido mais estrito da palavra.



Assim, a política corresponde à atuação humana ligada ao poder, e o poder estatal, ao poder de um homem sobre o outro. O Judiciário, portanto, integra o poder, o qual tem o direito como um de seus instrumentos, sendo este cobrado coercitivamente pelo primeiro. Percebe-se, assim, a íntima relação entre a tríade Judiciário-Direito-Poder Político (LIMA, 2009, p. 75).

“Em uma sociedade democrática, algumas questões decisivas devem ser tratadas como questões de princípios morais ou políticos, e não, como uma questão de poder político de vontade majoritária” (BARROSO, 2011, p. 419-420). O STF, como órgão máximo do Poder Judiciário (CF/1988, art. 92, I), exerce, em conjunto com a função jurisdicional, a função política.

Com a Constituição Federal de 1988, alguns pontos, como o princípio da separação dos poderes (das funções), permaneceram intactos, porém, em determinadas situações, favoreceram o Supremo Tribunal Federal, o qual passou a ser considerado o Guardião da Constituição, dando margem a novas questões que surgiram no universo jurídico, como a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial, os quais geraram instabilidade institucional.

Um dos desvios que se pode gerar ao romper com o Princípio da Separação dos Poderes é o Ativismo do Judiciário. As doutrinas já sugeriram soluções para as posturas ativistas, como o *recall*, que dá à população a possibilidade de cassação de mandatos, e o referendium, que oferece à população a opção de votar sobre a adequação ou não de leis à Constituição (BOCCATO, 2015).

Os defensores da corrente ativista não veem separação entre direito e política, portanto, tal ocorrência se daria quando os tribunais passassem a resolver os problemas da sociedade e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos de maneira que interferisse nas atividades das demais instituições públicas, seja o Legislativo, seja o Executivo. Feitas tais considerações, podemos avançar nos nossos estudos, e assim, aprofundarmo-nos, no tema do Ativismo Judicial.

4.2. O Ativismo Judicial



O ativismo é, atualmente, uma das expressões mais corriqueira do universo jurídico. Ocorre quando o Judiciário legisla ou interfere na administração, tentando solucionar os problemas da sociedade, assim como garantir a proteção dos direitos fundamentais, gerando flexibilização tendenciosa e discriminatória do raciocínio jurídico. Essa prática, porém, cria certa instabilidade no princípio da separação das funções. (BOCCATO, 2015).

Na verdade, utiliza-se a expressão “ativismo judicial” em tom pejorativo, relacionando-o com algo negativo e danoso para a sociedade, motivo pelo qual a maioria dos juízes não assumem ser “ativistas”.

Ressalta-se que a expressão “ativismo judicial” possui caráter ambivalente, sendo considerado por alguns como algo positivo e por outros como algo ruim. A sistemática da discussão é variada, podendo centrar-se na nulidade da legislação liberal por juízes conservadores, na mudança brusca dos princípios do *commow law*, no caso dos países que adotam o referido sistema, bem como na modificação de políticas públicas, entre outros (MOREIRA, 2018).

O ativismo judicial é uma consequência direta do pós-positivismo, que se evidencia pela utilização de conteúdos axiológicos através dos princípios ou para a criação de princípios não positivados, ou seja, de essências não imediatamente definíveis, e está relacionado com uma atuação mais intensa do Judiciário na efetivação dos princípios e valores, com mais intervenção na esfera de desempenho dos demais poderes (TAVARES, 1999).

A expressão ativismo judicial é tão utilizada que alguns autores passaram a se dedicar na identificação de quais as condutas do Poder Judiciário são comumente associadas ao ativismo, as quais passar a ser chamadas de dimensões do ativismo judicial.

4.3. Dimensões do Ativismo Judicial

Diante da pluralidade de dimensões do ativismo judicial, o exercício expansivo de poderes político-normativos dos juízes e cortes, deve ser identificado com



base nos fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais de seu contexto, abordando diversas dimensões do ativismo (MOREIRA, 2018).

Lindquist e Cross, condensando as dimensões identificadas em outros estudos, agruparam-nas em quatro categorias: “(1) majoritarianismo e deferência a outros autores governamentais; (2) estabilidade e fidelidade interpretativa; (3) engrandecimento institucional (do Poder Judiciário); e (4) julgamento com resultado orientado.” (LINDQUIST; CROSS, apud BICCA, 2012).

De acordo com os autores, a primeira dimensão apontada corresponde à situação na qual a Corte opta por não acatar decisões adotadas por outros atores governamentais. Já a segunda dimensão está relacionada com a desestabilização de um precedente judicial. A terceira, por sua vez, significa a simples expansão da autoridade institucional judicial através de suas decisões sobre certos casos e controvérsias. Por fim, a quarta e última dimensão apontada é aquela em que o Judiciário declara uma lei inconstitucional segundo as preferências políticas pessoais do julgador. (BICCA, 2012).

Posteriormente, sintetizou-se as dimensões do ativismo em “cinco significados centrais”, de invalidação de ações dos demais poderes, falha em aderir aos precedentes, “legislação” judicial, afastamento de metodologias interpretativas aceitas e julgamentos orientados por resultados. Tomando por base referidas associações torna-se praticamente impossível chegar-se a um consenso sobre o significado da famosa expressão ativismo judicial. (MOREIRA, 2018).

No Brasil, Elival da Silva Ramos apresenta um conceito amplo de ativismo judicial, mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, informado pelo princípio da Separação dos Poderes, qual seja:

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 interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS apud MOREIRA, 2010, grifo do autor).



De acordo com o autor supracitado, o “ativismo” é claramente negativo, por importar na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Ambas as definições concentram na questão do papel do Poder Judiciário, considerando como ativistas aquelas decisões que extrapolam a atividade típica de tal Poder. Com esse conceito proposto pelo autor, percebe-se o ativismo judicial como uma disfunção, consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico que, por sua vez, propiciam um ativismo subjetivista do intérprete-aplicador. Para conter tal disfunção, foi sugerido o desenvolvimento de um positivismo moderado ou renovado, em que prevaleceria a vontade da lei, constituindo um limite para o trabalho de construção da decisão que contaria, com menor peso, também com a vontade do intérprete. (MOREIRA, 2018).

Na verdade, não há uma única definição, clara e precisa, sobre o que é ativismo judicial, mas inúmeras definições utilizadas de acordo com a posição ideológica do autor.

Levando em consideração essas diversas manifestações do ativismo judicial, Campos (2014) definiu como núcleo comportamental comum do ativismo, a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida.

4.5. O Modelo de Estado e Constituição

O modelo de Estado e de Constituição é uma das causas primeiras do ativismo judicial, pois a adoção de um Estado Social, intervencionista, repercute no Poder Judiciário e, dependendo do texto constitucional, pode impulsionar o ativismo dos juízes. Observa-se que um Estado Democrático de Direito, estruturado nos moldes do *welfare state*, têm o exercício muito mais ativo das funções administrativa, de governo e legislativa.

Em estudo clássico analisando o Estado Social, Paulo Bonavides destaca que a própria natureza deste Estado é a de ser intervencionista e, por conseguinte, passa a requerer sempre “a presença militante do poder político nas esferas sociais”, tendo em



vista o crescimento da dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas. (BONAVIDES, 2011, p. 200).

Nas palavras de Moreira (2018), o descompasso entre condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas vivenciadas na prática e na realidade pela maioria absoluta da população tornou-se um “combustível do voluntarismo judiciário”, sendo, pois, um fator de propulsão ao ativismo judicial.

4.6. Atividade Normativa do Supremo Tribunal Federal

Uma outra causa do ativismo judicial, restrita, porém, ao fenômeno no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pode ser a súmula vinculante como expressão de uma atividade normativa, que compreende nesse instrumento muito mais um ato de criação do que de aplicação do direito, pois se faz ao arrepio do princípio da inércia da jurisdição e, o que é ainda mais significativo, do princípio da inafastabilidade (MOREIRA, 2018), reconhecendo-se uma ampla margem de liberdade de escolha ao Supremo Tribunal para edição, modificação ou cancelamento.

O STF não irá deixar de intervir nas lacunas da lei deixadas pelo Poder Legislativo, bem como, nas decisões administrativas do Poder Executivo que ofendem as normas e princípios constitucionais. Para garantir o perfeito equilíbrio entre os três Poderes e sua interdependência sem que o STF deixe de cumprir com suas atribuições, será necessário que:

O **Poder Legislativo** assuma seu lugar de instituidor das normas legais, de forma a preencher todas as lacunas, corrigir e atualizar aquelas normas que não se aplicam mais à realidade atual da sociedade;

O **Poder Executivo** exerça suas funções administrativas observando as normas e princípios constitucionais;

O **Poder Judiciário** faça a leitura da Constituição e seus limites, através de métodos hermenêuticos, afim de alcançar uma equidade que possibilita a aplicação de princípios, resolver os conflitos e levar os juízes ao melhor argumento, conseqüentemente a melhor aplicação da norma, sem o viés político e ideológico. (MENDES, 2018, grifo nosso).



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

Agora, caso o Poder Legislativo não venha concordar com uma decisão do Poder Judiciário, resta a ele aprovar uma lei em que deixe claro o que queria dizer. Se isso acontecer, o STF, caso seja novamente acionado, pode sim declarar a inconstitucionalidade da norma criada. A relação entre Judiciário e Legislativo tem essas várias rodadas sucessivas.

4.7. O Risco de Institucionalização do Ativismo Judicial

Com a expansão da jurisdição constitucional, surge a necessidade de uma nova hermenêutica, dita como constitucional, a qual contenha métodos capazes de solucionar casos que abranjam princípios e valores. Os quais são a matéria-prima da hermenêutica constitucional. Para a efetivação dessa nova hermenêutica, a atuação do Judiciário é alargada, para que possa promover uma melhor aplicação dos direitos fundamentais, princípios e valores que possam colidir. A interpretação de leis infraconstitucionais não é o bastante para interpretar a Constituição, pois contém alta complexidade, devido aos princípios e valores contidos nela. (MARGRAF; TEIXEIRA, 2017).

Se a hermenêutica aplicada não se desviar da Constituição, ela se torna admirável, e a decisão judicial se afasta de um ativismo. Mas por outro lado, ela pode ser usada como instrumento de monopólio de poder nas mãos de uma única instituição e possivelmente de uma pessoa. Podendo, assim, governar o país conforme seus pontos de vista e ideologias. Por isso, o ativismo se torna um fator delicado que merece atenção e preocupação.



Resta evidente que a nova hermenêutica, é necessária, pois a concretização dos direitos fundamentais é de suma importância, sendo que a população não pode aguardar o interesse do Legislativo nem do Executivo para ter seus direitos concretizados e efetivados. Resta saber, porém, qual a percepção da atividade do STF, ou seja, sob quais aspectos os juristas entendem que a corte é ativista.

Evidenciando um desrespeito à própria teoria da separação dos poderes, pode-se afirmar que ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa. (STRECK, 2014).

Ser criador deve ser distinto de ser criativo. No primeiro caso, o intérprete cria direito na medida em que o produz ao retirar do texto normativo a norma. Na segunda hipótese, o intérprete, ao exercer sua criatividade, desrespeita sua função e, sobretudo, o ordenamento, ao se revestir na função de legislador. Não se pode assim, relegar a decisão judicial aos caprichos, contingências, impressões, convicções, bem como às experiências pessoais do julgador. E o ativismo é o caminho mais fácil, verdadeiro álibi, para que isso se configure, devendo, portanto, ser condenado e repellido. (PENNA, 2016).

Dessa forma, pode-se inferir que, resta imperiosa, nesse cenário, a construção e, sobretudo, a aplicação de uma nova teoria da decisão judicial que signifique não só uma melhor, mais completa e mais fundada nos valores constitucionais prestação jurisdicional, mas também um freio no ímpeto ativista, controlando e diferenciando o “papel criador” do “papel criativo” do intérprete.

5. CONCLUSÃO

Ao que se depreende ao longo do trabalho, nota-se que a Constituição Federal, a alteração da hermenêutica provocada pelo neoconstitucionalismo e a evolução da sociedade brasileira culminaram na expansão do Judiciário no cenário nacional. Por isso, fala-se que a Separação dos Poderes não pode mais ser vista em sua



formação original, mas deve se aperfeiçoar com o desenvolvimento do próprio Estado, bem como com o da sociedade, ou seja, deve-se buscar uma identidade genuinamente brasileira sobre a aplicação da teoria da Separação dos Poderes.

O Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, necessita de estabilidade institucional para evitar crises e descontentamento populacional e, desta forma, manter uma população confiante no desenvolvimento do país, assegurando, ao menos, a manutenção da esperança por dias melhores e de uma vida digna a ser vivida.

É relevante ainda salientar que o Supremo Tribunal Federal nasceu como legítimo guardião da Constituição, exercendo, porém, somente o controle difuso de constitucionalidade, conforme praticado nos EUA. A evolução do direito pátrio aproximou-se dos Tribunais Constitucionais Europeus, garantindo-lhe, também, a possibilidade de exercer o controle concentrado de constitucionalidade.

Tal inovação, aliada às condições culturais e políticas nacionais, mostrou, ao longo do tempo, que o modelo estrutural importado dos EUA para a composição e investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal tornou-se insuficiente para concretizar os direitos fundamentais constitucionais e carecedor de maior legitimidade popular, sendo superado pelas novas fórmulas previstas nas Constituições Europeias, que preveem a participação efetiva dos três Poderes na escolha dos membros do Tribunal Constitucional, como também exige outros requisitos capacitórios. (FAZANARO, 2014).

Nessa evolução, é imprescindível que a estrutura e a composição do Supremo Tribunal Federal se afastem do modelo norte-americano, e aproximem-se do modelo europeu de Tribunais Constitucionais, por sofrer menos influências políticas do Presidente da República e conferir maior legitimidade popular às nomeações dos seus membros.

Desse modo, competindo ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, deve-se, igualmente, buscar a sua independência e neutralidade, com o afastamento de qualquer possível interferência exclusiva ou sobreposição de algum dos Poderes, até mesmo do próprio Judiciário. Ele, assim como o Executivo e Legislativo



deve participar, mas proporcionalmente, sem exclusividade, formal ou material, de influir.

Como se pode vislumbrar, os primeiros passos nesse sentido já foram dados. Tramitam no Congresso Nacional, propostas de mudança desse modelo. Todas trazem, em comum, a preocupação com a independência e a imparcialidade da Corte. Outras propostas, ou mesmo uma combinação de elementos de cada uma delas, poderiam ser postas em discussão, contemplando também o mandato fixo, de médio prazo, sem prorrogação, ou possibilidade de novo mandato. Diante de tão amplo leque de propostas, parece crível, portanto, aproveitar o momento para aprofundar o debate e, finalmente, atender a esta velha pretensão.

E nessa conjuntura ideal, a personificação desse retrato-modelo se encontra em Pedro Lessa, tido por muitos como o ministro mais importante da história do Supremo Tribunal Federal, conforme descreve Aliomar Baleeiro:

Pedro Lessa era a figura ideal do juiz do STF, no papel de criação do Direito, no papel de intérprete máximo da Constituição, no papel do homem que, diante da realidade, a sobrepujar a letra fria dos textos, procurava preencher os claros e dar uma vitalidade nova aos diplomas ultrapassados ou silente. Para mim, este é o maior mérito de Pedro Lessa, que, além de tudo, foi um defensor infatigável da democracia e da liberdade. (apud ROSAS, 1985, p. 57).

Referidas críticas parecem concluir que os magistrados adotam decisões dessa natureza com o intuito de obter fortalecimento institucional e individual da categoria, como se os magistrados tivessem usurpado essa competência dos outros Poderes.

Acontece que nenhum juiz tem o direito de, a despeito da imunidade judiciária que predica o seu exercício, conspirar contra a Constituição da República, a qual ele jurou cumprir, velar e fazer cumprir. Com efeito, todo o sistema jurídico sofre abalos e a República desmorona quando a Suprema Corte, em especial, se descaracteriza como órgão constituído (não constituinte) do Poder Judiciário.

No limite, o ativismo judicial não encontra pauta sequer na cognição dos objetos, na sua ordem natural, mas na espiritualidade do juiz, para o bem ou para o mal. É por isso que representa um perigo sério de imprevisibilidades na arte de produzir



decisões, sobretudo ao nível da mais elevada instância da Administração da Justiça e nada obstante a universalização da matéria relacionada aos Direitos Humanos, porque, doravante, em certos casos já não cabe ao Supremo Tribunal Federal o monopólio da "última palavra", o direito de "errar por último". (NOGUEIRA, 2019).

Observa-se da realidade institucional e cultural brasileira que estamos num momento em que o Direito se esfacelou por falta de reverência do Poder Judiciário à lei. É uma impossibilidade lógica o magistrado em ofício se arrogar dono do sentido da lei. A linguagem, como bem se sabe, é uma construção sociocultural, que nos impele a segui-la enquanto indivíduos dotados de razão (inteligência objetiva).

Ocorre que, no Brasil, o poder dos estamentos/corporações é enorme, inclusive o das carreiras jurídicas, circunstância que corrompe o Direito em prejuízo da isonomia e da segurança jurídica de que tanto necessita o país, em tudo. Assim sendo, é sempre arbitrária a atitude hermenêutica que não encontra limites no seu próprio objeto, assim material quanto instrumentalmente, que não se encontra na plataforma jurídico-normativa precedente, mal dissimulada pela vacuidade de expressões do tipo "interpretação conforme" a Constituição, esta que é sua razão e fundamento mesmo de ser e de agir. Por isso, "Obedecer 'à risca o texto da lei democraticamente construída' [...], [...] significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável." (STRECK, 2014, p. 3340 e 3345).

Qualquer que seja a resposta correta ou mais apropriada ao cenário brasileiro, ela necessariamente passa por instar ao Poder Judiciário, em especial ao STF, uma postura de maior deferência à lei. Afinal, como ensina Lenio Streck (2014), hoje vivemos sob a égide do Estado Democrático de Direito, no qual, à diferença do que ocorria no "positivismo primitivo", a moral não é excluída, mas é cooriginária com o direito. É desse modo que o Estado de Direito há de prevalecer também às idiossincrasias e caprichos de seus próprios agentes.

Conclui-se então, que o Ativismo Judicial deve ser considerado um comportamento maléfico ao Estado Democrático de Direito, ou seja, um enorme perigo que assola nosso país, já que aqui o que se tem, em verdade, é uma total subjetividade do julgador diante do caso concreto, atropelando-se a lei, colocando em xeque a Teoria



da Separação dos Poderes, o Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*), e, até mesmo, o Poder Constituinte Originário, cenário este que em nada contribuiu para a evolução política de nossa nação, enfraquecendo assim, a democracia constitucional tão arduamente conquistada pela nossa sociedade civil.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional Positivo**. Alex Muniz Barreto: 2ª ed. CL EDIJUR: Leme/SP. Edição 2015. 678 p.

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

BICCA, Carolina Scherer. **Judicialização da política e ativismo judicial – judicialization of politics and judicial activism**. Revista de Direito Brasileira, vol. 2/2012, p. 121 – 139, Jan – Jun / 2012, DTR\2012\44612. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BOCCATO, Esdras. **As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 90/2015, p. 63 – 76, Jan – Mar, 2015, DTR\2015\2065. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 55ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:



https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.asp
p. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.
Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso
em 15 out. 2019.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil.
Promulgada em 05 de outubro de 1988. (Texto compilado até a Emenda Constitucional
nº 103 de 12/11/2019). Brasília. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2019. Disponível
em:

https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.11.2019/CON1988.asp
. Acesso em: 22 jan. 2020.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição nº 35, de 2015**. Em Tramitação. Pronta
para pauta na comissão, 30/10/2019. Requerimento, 07 p. Disponível em:

[https://legis.senado.leg.br/sdleg-
getter/documento?dm=1401366&ts=1572462773600&disposition=inline](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1401366&ts=1572462773600&disposition=inline). Acesso em:
20 jan. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São
Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo
Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, Forense. 2014. [E-Book].

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO,
Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 199.

COSTA, E, V. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São
Paulo: Unesp, 2006.



DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

DIMOULIS, Dimitri. **Significado e atualidade da separação dos poderes**. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo*. Os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Forum, 2008.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAVOREU, L. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FAZANARO, Renato Vaquelli. **O Modelo Brasileiro de Composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 89/2014, p. 217 – 276, Out – Dez / 2014, DTR\2014\20175 [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 29 abr. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** / Bernardo Gonçalves Fernandes - 8. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016. 1.584p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. Alexis Couto de Brito (Colab.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **As origens do estado de direito**, 1987. Disponível em: Acesso em: 15 set. 2019.

LEITE, Glauco Salomão. **A “POLITIZAÇÃO” DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: Uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 64/2008. p. 151 - 185, Jul - Set/2008. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 7/2015, p.



945 - 985, Ago/2015, DTR\2015\10997. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª Ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, F. G. M. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira: estudo de caos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARGRAF, Alencar Frederico; TEIXIERA, Marcelly Costa. **Decisões judiciais: entre o ativismo do judiciário e a judicialização da política. Judicial decisions: between activism of the judiciary and the judicialization of politics**. Revista dos Tribunais, vol. 977/2017, p. 213 – 240, Mar / 2017, DTR\2017\433, [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MENDES, Gilmar. Ferreira. **Curso de direito constitucional**. ed. 13ª [ebook]. São Paulo: Guilherme Henrique Martins Salvador, 2018. 2892p. E-Book. ISBN 978-85-472311-3-2. Disponível em: <http://www.editorasaraiva.com.br/direito>. Acesso em: 24 jan. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes LTDA, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional** / Alexandre de Moraes. - 8. ed. atualizada até a EC nº 67/10 - São Paulo: Atlas, 2011. 2480p.

_____. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. 666p. E-Book. ISBN: 978-85-97-01129-6. Disponível em: <https://www.grupogen.com.br>. Acesso em: 26 jan. 2020.



MOREIRA, Mellissa de Carvalho. **Reflexões Acerca do Ativismo Judicial: Os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário**. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 213-234, 2º sem. 2018 – ISSN 1678-3425.pdf. Disponível em: <http://seer.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/18100/18100-70266-1>. Acesso em: 02 abr. 2020.

NÓBREGA, G. P. **O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional?** Parte II. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/2009/10/o-stf-e-uma-corte-constitucional-parte.htm>. Acesso em: 28 jan. 2020.

NOGUEIRA, Aldenor. **A tripartição dos poderes e o ativismo judicial: a quem cabe a última palavra?**. 2019. Disponível em: <http://www.lumosjuridico.com.br/2019/07/09/a-triparticao-dos-poderes-e-o-ativismo-judicial-a-quem-cabe-a-ultima-palavra/>. Acesso em: 02 nov. 2019.

PENNA, Bernardo Schmidt. **Ativismo Judicial à Brasileira: “Papel Criador do Intérprete” X “Papel Criativo do Intérprete” – Dois Casos Paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal**. Teoria Geral. Revista de Direito Privado: 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.70.03.PDF. Acesso em: 18 maio 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSAS, R. **Pedro Lessa: Marshall brasileiro**. Brasília: Horizonte, 1985.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. - 3ª. ed. - Barueri [SP]: Manole, 2020.



SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Edição do kindle.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos “Poderes” do Estado**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 29/1999, p. 66 – 71, Out - Dez / 1999. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 4, p. 25 – 34, Maio / 2011, DTR\1999\476. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, O, V. **Supremocracia**. Revista Direito GV. ano 4. n.2 São Paulo, jul.-dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdef/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

