

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA –  
ASCES/UNITA BACHARELADO EM DIREITO**

**FRANCISCO DE ASSIS SILVA DE LIMA GOMES**

**E, EM MEIO A UM CENÁRIO DE INSTABILIDADE POLÍTICA, UMA  
CORTE ATIVISTA?**

**CARUARU**

**2017**

**FRANCISCO DE ASSIS SILVA DE LIMA GOMES**

**E, EM MEIO A UM CENÁRIO DE INSTABILIDADE POLÍTICA, UMA  
CORTE ATIVISTA?**

Trabalho de conclusão de curso,  
apresentado à Asces/UNITA, como  
requisito parcial para obtenção do  
grau de Bacharel em Direito, sob a  
orientação do Prof. Msc Luis Felipe A.  
Babosa.

**CARUARU**

**2017**

## BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: \_\_/\_\_/\_\_\_\_

---

Presidente: Professor Mestre Luis Felipe A. Barbosa

---

Primeiro avaliador:

---

Segundo avaliador:

## RESUMO

No último século, o Neoconstitucionalismo foi substancialmente responsável por guiar o processo de redemocratização dos países latino-americanos. Uma das consequências diretas desse processo foi o reconhecimento da força normativa da Constituição e da necessidade de atuação de uma Corte Constitucional, capaz de proteger os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito. Tais ideias acabaram inseridas no desenho constitucional brasileiro, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal (STF) o processo de interpretação e defesa dos valores constitucionalmente assegurados. Contudo, há como repercussão direta uma atuação mais pró-ativa da Corte em questões de inegável importância, maximizando-se os valores essenciais da Constituição, processo conhecido como ativismo judicial. Ocorre que, no caso brasileiro, este processo tem repercutido no que tange à magnitude das decisões e a sua compatibilidade com o princípio da reserva legal, a cargo dos demais Poderes. Neste sentido, o trabalho buscou analisar casos emblemáticos recentemente julgados pelo STF, em meio a um cenário de turbulência política, mediante uma discussão crítica dos votos dos ministros, à luz do ordenamento jurídico vigente e do próprio entendimento doutrinário sobre os temas enfrentados. Diante dos casos observados, questiona-se a amplitude das decisões e os problemas institucionais diante das competências típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, formados por representantes eleitos pela população. Ademais, destaca-se a própria incongruência de algumas decisões com a essência do ordenamento jurídico, o que aparenta fortalecer a ideia de se frear institucionalmente estas incursões do Poder Judiciário, sob pena de configuração de uma juristocracia, apta a enfraquecer qualquer Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal (STF). Juristocracia.

## ABSTRACT

In the last century, the Neo-constitutionalism was substantially responsible for guiding the process of redemocratization of Latin American countries. One of the direct consequences of this process was the recognition of the normative force of the Constitution and the need of operation of a Constitutional Court capable of protecting the fundamental values of the Democratic State of Law. Such ideas ended up inserted in the Brazilian constitutional design, which assigned to the Federal Supreme Court (STF) the process of interpretation and defense of the constitutionally assured values. However, there is as a direct repercussion a more proactive action by the Court on matters of undeniable importance, maximizing the essential values of the Constitution, a process known as judicial activism. Occur that, In the Brazilian case, this process has had repercussions regarding to the magnitude of the decisions and their compatibility with the principle of Legal Reserve, in charge of the other Powers. In this sense, the work sought to analyze emblematic cases recently judged by the STF, amid a scenario of political turbulence, through a critical discussion of the votes of the Ministers, in light of the current legal system and the owe doctrinal understanding about the issues faced. In view of the observed cases, it ask itself the magnitude of the decisions and the institutional problems before the typical competences of the Legislative and Executive Powers, formed by representatives elected by the population. In addition, it highlights the own inconsistency of some decisions with the essence of the legal system, which seems to strengthen the idea of brake institutionally these incursions of the Judiciary, under penalty of the configuration of a juristocracy, able to weaken any Democratic State of Law .

**Keywords:** Neo-constitutionalism. Judicial Activism. Federal Supreme Court (STF). Jurisocracy.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>06</b>
<b>CAPÍTULO 1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DE DIREITO .....</b>	<b>08</b>
1.1 DO NEOCONTITUCIONALISMO À EFETIVAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO .....	10
1.2 STF COMO UMA CORTE CONSTITUCIONALMENTE SUPREMA.....	13
1.2.1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OU CORTE SUPREMA.....	14
1.2.2 O CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E SUAS PARTICULARIDADES .....	15
<b>CAPÍTULO 2. A CORTE, SUAS PRÁTICAS E A CONCRETUDE DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>19</b>
2.1 O BINÔMIO AUTO-RESTRIÇÃO VERSUS ATIVISMO JUDICIAL .....	22
2.2 ATIVISMO COMO CONSEQUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	23
2.3 SÚMULAS VINCULANTES COMO UMA PRÁTICA ATIVISTA .....	26
<b>CAPÍTULO 3. UMA ANÁLISE DE AÇÕES/REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS SUBMETIDOS AO STF .....</b>	<b>29</b>
3.1 O STF DECIDE PELA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DIPLOMA PARA O EXERCÍCIO DO JORNALISMO.....	30
3.2 A QUESTÃO DA MARCHA PELA LEGALIZAÇÃO DA MACONHA.....	32
3.3 A QUESTÃO DO NEPOTISMO .....	34
3.4 A POSSIBILIDADE DE PRISÃO A CONDENADOS EM 2ª INSTÂNCIA .....	36
3.5 A QUESTÃO DA GREVE DO FUNCIONALISMO PÚBLICO.....	39
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>44</b>

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, com função essencial de guardião dos valores e princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988. Através do controle concentrado de constitucionalidade, o STF controla os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, quando estes vão de encontro aos preceitos constitucionais, caracterizando a lógica do princípio de freios e contrapesos desenvolvida por Montesquieu, decorrente da necessária separação dos Poderes. Por outro lado, a Corte também exerce o papel de instância recursal no desenho judiciário brasileiro.

Entende-se que o Poder Legislativo externa a vontade popular, através de seus legítimos representantes, com a função de legislar, editando leis que regulam o funcionamento do Estado e a conduta dos cidadãos. O Poder Executivo, por sua vez, administra os interesses públicos, em estrita observância das regras e princípios previstos na Constituição Federal.

Como bem observado, cada Poder tem suas funções tipicamente delineadas pela Constituição Federal, tendo esta força normativa que consagra a Teoria da Tripartição dos Poderes, inserida no seu artigo segundo: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Com a Carta Magna de 1988, o Judiciário brasileiro acabou por acompanhar tendências mundiais, marcadas pelo Neoconstitucionalismo, como um novo modelo democrático que reconhece a Constituição como centro do ordenamento jurídico e dotada de força normativa. Assim, o Neoconstitucionalismo fornece uma nova interpretação ao texto Constitucional, atendendo aos princípios da supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, a unidade, a razoabilidade e a efetividade. Neste processo, houve a valorização do Judiciário, colocando-o em igualdade em relação aos demais Poderes.

Com os princípios ora mencionados, marcados pelo Neoconstitucionalismo, houve a consagração de um Estado Democrático de Direito, trazendo-se consigo alguns fenômenos até então desconhecidos, como a politização do Judiciário, a

judicialização da política e o ativismo judicial, este último tema central do presente estudo.

Diante da explanação dos papéis das instituições democráticas no Brasil, o presente trabalho discute o panorama do ativismo judicial no Brasil, valendo-se da análise crítica de questões emblemáticas recentemente Julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, torna-se primordial o presente trabalho, por trazer ao debate acadêmico algumas repercussões práticas do ativismo judicial frente aos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988.

Ocorre que, nos últimos anos, o STF tem assumido uma postura pró-ativa, muitas vezes rompendo com sua função típica, realizando releituras de temas editados sob o manto da reserva legal, adentrando dessa forma a seara de atribuições típica do Poder Legislativo,, caracterizando o já aludido ativismo judicial.

Neste sentido, para a efetiva discussão das práticas ativistas pelo Supremo Tribunal Federal, houve a necessidade de se entender inicialmente o processo evolutivo de credibilidade e a autonomia que o Judiciário brasileiro conquistou com a redemocratização do Estado e a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual assegurou em seu bojo o princípio da separação dos Poderes.

A partir do entendimento evolutivo sobre o Constitucionalismo no Brasil, influenciado pelo pós-positivismo, da definição de ativismo judicial e da construção teórica mais recente sobre o tema proposto, foram analisados no trabalho casos concretos julgados pelo STF que se coadunam com as práticas definidas doutrinariamente como ativistas.

Neste sentido, a partir da uma detida avaliação dos casos concretos, através de considerações críticas sobre a construção dos votos de cada Ministro, quando necessário e importante ao tema em estudo, foram debatidas as repercussões práticas da presença desse fenômeno, que sinaliza para um movimento, em situações específicas, de apoderamento de atribuições típicas dos demais Poderes.

## **CAPÍTULO 1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DE DIREITO**

Para compreender o atual cenário, ao qual se encontra a sociedade brasileira, no que tange às decisões do poder judiciário e suas repercussões no mundo político, faz necessário um olhar voltado ao passado, não com uma intenção de mostrar ou relatar uma evolução histórica por si só, mas, pelo contrário, tratando tais acontecimentos como pano de fundo para tentar fundamentar o entendimento através do presente trabalho sobre o papel das instituições e as intervenções do Judiciário nas decisões das mesmas, considerada tais intervenções como Ativismo Judicial.

Nesse mesmo sentido e prevendo os possíveis riscos ao se buscar na história respostas, Marques (2007), ao citar um trecho do poema de Fernando Pessoa “Uns, com os olhos postos no passado, vêem o que não veem; outros, fitosos mesmos olhos no futuro, vêem o que não pode ver-se”. Comenta:

A frase acima citada, do poeta Fernando Pessoa, retrata bem a dificuldade e o risco de toda tentativa de reconstrução histórica. Dificuldade, em virtude da distância e do estranhamento que permeiam o métier do historiador; risco, tendo em vista a possibilidade do uso indevido do tempo, da história. Sem embargo de tudo isso, o olhar voltado ao passado entremostra-se como uma verdadeira necessidade para aqueles que querem compreender o funcionamento da sociedade atual, e mais especificamente do constitucionalismo contemporâneo.

O Constitucionalismo através dos seus diversos significados filosófico, sociológico e jurídico, significa, a limitação dos poderes Institucionais, por meio das leis escritas, que se apresenta como o princípio fundamental da organização social do Estado, através da imperatividade de uma Lei condensada em uma Carta superior a todas as outras, ou seja, situada no topo da pirâmide normativa. Uma Constituição.

Canotilho (2003) apresenta três modelos de Constitucionalismo: o inglês, o francês e o americano. No constitucionalismo inglês às declarações dos direitos humanos fundamentais impulsionaram constitucionalização das relações entre Estado e cidadão, já francês marca ruptura revolucionária da qual surge uma nova ordem jurídico-político que tem sua expressão nos conceitos de Estado, Nação,

Poder Constituinte, Soberania Nacional e Constituição escrita, por fim o constitucionalismo Norte-Americano que consagra o povo como único titular do poder constituinte. E é esse modelo um dos maiores parâmetros para a constituição de 1988, como demonstra o artigo 1º parágrafo único da mesma:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou indiretamente, nos termos desta constituição. (grifos nossos)

O Estado Democrático de Direito encontra alicerce neste artigo, estando à participação popular presente representativamente nas decisões do governo, na busca do término das desigualdades sociais e na pluralidade partidária, tudo submetido às leis do país.

O que caracteriza um regime político ao qual o exercício do poder político é o norte da força normativa de uma constituição, ou seja, um monopólio político. Nesse mesmo pensamento, ao comentar o posicionamento de Konrad Hesse, retratando que toda norma Constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de figurar “letra morta em papel”. Carlos Gurgel (2014) afirma que a Constituição não configura apenas o “ser” (os princípios basilares que determinam a formação do Estado), mas um dever ser, que é na Constituição que incorpora-se a uma realidade jurídica do Estado, atrelada com a realidade social. Gerivaldo Alves Neiva (2008) afirma que: “[...]esta compreensão de Hesse importa que a Constituição deverá imprimir ordem e conformação à realidade política e social, determinando e ao mesmo tempo sendo determinada, condicionadas, mas, independentes”.

Ainda em se tratando da Constituição Federal de 1988, e no que tange essa mesma força normativa à qual se submete e trata como poderes da União, o executivo, o legislativo e o judiciário, sendo os mesmo distintos, independentes e harmônicos entre si, como retrata o artigo segundo da mesma carta, estando cada um revestido de uma função determinada. O Poder Legislativo, respeitando os parâmetros da Constituição, tem o condão de elaborar leis. O Poder Executivo tem como função administrar, e, adota os princípios da soberania popular e da representação. Já o Poder Judiciário reveste-se da obrigação de julgar quaisquer conflitos que possam surgir no País, com base na legislação em vigor.

E é partindo dessas considerações que se chega ao tema em estudo, onde em momentos de corrupção e debilidades econômicas, o Judiciário vem ganhando cada dia mais espaço nesse universo de fragilidades institucionais, sendo convocado a todo o momento a intervir em atos de competência original tanto do legislativo quanto do executivo.

O Brasil testemunha essa profunda mudança do Estado democrático de direito, não apenas em decorrência da crise econômica ou política, mas também da profunda necessidade de acompanhar o constante processo de transformação social.

Existem correntes que definem tal comportamento como judicialização da política, sendo assim uma competência originária do Judiciário e, por outro lado, existem doutrinadores que tratam tal tema como ativismo judicial e, mais além, a quem denomine de politização do judiciário. Todos esses fenômenos decorrentes do processo de Neoconstitucionalização pós-Segunda guerra mundial.

O neoconstitucionalismo marca o ápice do constitucionalismo não só no Brasil, mas no mundo, precisamente no continente europeu, com uma impactante transformação do Direito Constitucional contemporâneo, tendo seu marco inicial no período pós Segunda Guerra Mundial, objetivando uma nova interpretação e percepção jurídica das constituições. Desta feita, surge um novo modelo constitucional, o Estado Constitucional de Direito, trazendo com ele alguns fenômenos que , até então seria desconhecido, objetivando a busca do controle de constitucionalidade, como: O ativismo Judicial, tema central deste trabalho, a judicialização da política e a politização do judiciário. Procurando entender a função política ou jurídica do STF, se é que tal órgão possui tais legitimidades.

## 1.1. DO NEOCONTITUCIONALISMO À EFETIVAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Com a Segunda Guerra Mundial, o Constitucionalismo, movimento político, ideológico e jurídico, com objetivo de positivizar em um texto escrito as normas que delimitam a direitos e deveres sociais e individuais, dar espaço ao Neoconstitucionalismo, movimento teórico que surge para sinalizar um novo modelo de Estado Democrático, que reúne a ampliação da jurisdição

constitucional, com o reconhecimento da Constituição como força normativa e de uma nova visão de interpretação da Constituição, revolucionando o que até então era convencional.

Nesse mesmo sentido Lenio Luiz Streck (2011) preconiza ser o Neoconstitucionalismo:

[...]modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo neoconstitucionalismo.

Enquanto o mundo caminha para uma nova forma de influência constitucional no âmago das instituições, o período Pós Segunda Guerra Mundial no Brasil é marcado por governos autoritários, por uma Constituição decorrente de sucessíveis golpes e alternância de militares à frente das instituições. Contudo, o novo constitucionalismo no Brasil surge em meio ao processo de redemocratização, de ruptura com a ditadura, passando ao processo de democratização e estabilidades institucionais. Isso ocorre com a constituição de 1988, após eleita a constituinte a nova Carta Magna é promulgada, sendo protagonista da transição desses Governos autoritários e violentos ao atual Estado Democrático de Direito.

Tem-se como marco filosófico do Neoconstitucionalismo o pós-positivismo que sucede o Jusnaturalismo, que surge com o objetivo de aproximar a lei da razão, atento ao princípio de justiça, o positivismo, que substituiu o Jusnaturalismo, com uma visão científica que buscou equiparar o Direito a Lei. Essa contemporânea visão Constitucional com uma nova concepção acerca do Direito, não estando às três visões harmonicamente ligadas no que tange a aplicação do Direito, o novo Constitucionalismo se destaca como força normativa aos princípios, estabelecendo o seu real distanciamento das regras, qualitativamente falando.

O pós-positivismo procura dar ao Direito uma concepção moral e ética bombardeado de reflexões e indagações a todo momento sobre sua verdadeira função social, sem deixar de lado o Direito positivado e posto na Carta Magna. Essa nova razão de ser do Direito inspira-se em um ideal de justiça que ultrapassa a legalidade estrita e busca uma nova interpretação constitucional, baseada

nos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e uma ampla concretização dos direitos fundamentais.

O marco teórico estende-se as várias faces de aplicação do Direito Constitucional, que, segundo Barroso (2005), apresenta três grandes transformações como o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da Jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

No que se refere à força normativa constitucional com caráter vinculante, a Constituição deixa de ser coadjuvante e passa a protagonizar o meio jurídico, deixa de ser apenas um documento político e torna-se norma jurídica, onde até então a sociedade ficava ao crivo da discricionariedade do executivo e da vontade do legislativo, estando o Judiciário engessado diante as demais instituições. Não diferente das demais normas a nova Constituição é dotada de imperatividade no que tange suas disposições com consequências coercitivas na sua inobservância.

A expansão jurisdicional foi uma das grandes características do novo Constitucionalismo, em que o Brasil, até então apresentava um modelo autoritário de governo, já na Europa o Poder Legislativo era supremo; contudo, essa nova Revolução Constitucional, inspirada na supremacia da Constituição norte americana, que desencadeou além do novo modelo constitucional uma blindagem aos direitos fundamentais, passando a ser protegida pelo Poder Judiciário. Essa expansão se deu inicialmente na Alemanha (1951) e na Itália (1956), sendo seguidas pela Turquia (1961), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982). Atualmente alguns países como a Holanda, Reino Unido e Luxemburgo continuam com modelo de supremacia parlamentar, sem nenhuma espécie de controle jurisdicional. Com essa expansão em 1988, o controle constitucional passou a ser efetivo, com a criação de mecanismo de controle concentrado.

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, abre-se espaço para uma nova interpretação, trazendo a essa discussão a doutrina e a jurisprudência, alimentadas com seus próprios princípios capazes de dar uma nova interpretação ao texto constitucional. Juntando-se aos já existentes, a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, a unidade, a razoabilidade e a efetividade, são princípios de natureza instrumental de aplicação das normas constitucionais, passando com esse novo formato, os juízes, a complementar o papel do legislador originário.

Nesse sentido, Barroso (2008) esclarece que:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

## 1.2 O STF COMO UMA CORTE CONSTITUCIONALMENTE SUPREMA

A jurisdição constitucional é um meio necessário para se entender o Ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tema deste trabalho. Também será analisado a legitimidade do Tribunal, sua estrutura, origem, composição, competência e por fim a necessidade ou não de uma separação das competências e demandas da Corte Suprema, com a criação de uma Corte Constitucional.

E assim, Barroso (2010) define:

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Tal jurisdição está presente em todos os tribunais e juízos singulares do Brasil, através do controle difuso, ficando a cargo do STF tanto esse controle como também o controle concentrado, como função exclusiva.

No que tange a legitimidade, precisa-se separar bem legitimidade de legalidade, institutos bem distintos e ao mesmo tempo próximos, ao passo que a última serve de base de sustentação para primeira legitimando o exercício do poder. Contudo pode-se ver dois momentos importantes em relação à legitimidade, uma consiste na composição da Corte, ou seja, o ingresso dos Ministros que são nomeados pelo Presidente da República e chancelada logo em seguida pelo Senado Federal, a outra refere-se ao exercício, atividades, o cotidiano da Corte e

como as questões estão sendo encaradas pelos ministros. Por fim, vale salientar que o poder dado ao STF foi outorgado pela constituinte de 1988.

A competência da Corte está amparada no artigo 102 e seus incisos da Constituição Federal que elenca um rol de competências que norteia toda sua atividade, e como já citado enfatiza as características recursal e originária.

### 1.2.1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OU CORTE SUPREMA.

Em meio a um emaranhado de indagações em relação à jurisdição constitucional é comum esbarrar em algumas definições a priori necessárias, como o Tribunal Constitucional que é um guardião da Lei Maior, protegendo-a de seus próprios criadores, sendo a única função, já a Corte Suprema abrange algo mais, agindo como um tribunal de terceira instância nos casos concretos, abarcando também o abstrato, como bem salienta Leal (2014):

Com efeito, tendo o constituinte se ocupado de matérias diversas e variadas, não raramente as discussões jurídicas desembocam no STF, mesmo após terem sido analisadas por diversos órgãos jurisdicionais de 1º e 2º graus. Afinal, o STF é a instituição máxima do Poder Judiciário brasileiro, e tem por competência maior a própria guarda e proteção da Constituição Federal, o que pode se dar no âmbito do controle de constitucionalidade difuso ou concentrado.

O Supremo Tribunal Federal (STF), legitimado como guardião da Constituição brasileira, é responsável por zelar pelos limites constitucionais pré-estabelecidos. Com características dos modelos de jurisdição Norte-Americana e jurisdição Europeia, uma junção do controle difuso e do controle concentrado ambos previstos no art.102 da Carta Magna, resultando em um instituto complexo que condensa a função de órgão recursal, função derivada e a função originária, ou seja, processa e julga as ações direta de Inconstitucionalidade, tanto de uma lei quanto de um ato normativo, seja ele federal ou estadual, tópico abordado no próximo tópico.

O sistema difuso, ou controle concreto, espelhado nos Tribunais Norte-americanos e adotado pelo Brasil, começou a dar seus primeiros sinais com a Constituição de 1891, influenciado por Ruy Barbosa, mas, consolidada com a Constituição de 1988, que consiste em decisões recursais voltadas ao caso em concreto, como o julgamento de Habeas Corpus, Habeas Datas, Mandado de

Segurança e Injunção, atendendo ainda a recursos ordinários excepcionais, recursos extraordinário e Reclamações, assumindo o papel de órgão de revisão, discutindo assim, decisões de outros tribunais.

Já o sistema concentrado, ou controle abstrato, por não ter em seu arcabouço a figura do caso concreto, importado do modelo europeu, foi incorporado ao sistema jurídico com o objetivo preservar a constituição, cumulando poder jurídico e ao mesmo tempo política, ao passo que influencia diretamente nas decisões do executivo e do legislativo, como salienta Belchior (2008) ser o STF:

Uma verdadeira Corte Constitucional, nos moldes europeus, é um poder com atribuições não só jurídicas, mas também assumidamente políticas. [...] Apresentando-se as decisões judiciais um conteúdo político, uma vez que o juiz é um partícipe do processo de criação do direito e não um mero aplicador de suas normas.

Dessa forma, o STF não seria genuinamente uma Corte Constitucional, pois como visto, acumula tanto a função de Corte Constitucional quanto recursal, tendo um papel Jurídico como também político sendo melhor definido como definido como órgão constitucional em lato senso, como previsto na Constituição de 1988 em seu art. 102. Nesse sentido, Agra (2005) afirma: “O STF funciona tanto como uma Corte Constitucional quanto como ultima instancia para os demais tribunais, com a existência de encargos dessa jurisdição compartilhada entre os juízes ordinários e os que atuam no egrégio tribunal”.

Em sentido contrário Louis Favory (2004) citado por Belchor (2008), esclarece: “Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente do contencioso constitucional, situando-se fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes do Estado”.

Partindo dessas grandes dificuldades e controvérsias de se identificar se, natureza jurídica ou política à atividade da Corte Constitucional, devido à impossibilidade de se separar o direito da política, principalmente em tempos de instabilidade política, em que, qualquer variação de atitude ou falta dela, no mundo político, em evidência, no Poder Legislativo, é motivo para se procurar o amparo jurídico, vinculando a decisão da Corte à vida política do país. O Tribunal não se manifesta, se não for provocado, essa é uma das características que define a jurisdição, sendo assim, pode até se encontrado resquícios de aspectos políticos nas atividades do STF, mas, isso não o define. Contudo, como visto,

existe uma harmonia de competências, caracterizando o STF brasileiro como uma Corte Suprema.

### 1.2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUAS PARTICULARIDADES

A criação de uma Corte exclusivamente constitucional, inspirada nas Cortes europeias implica na exclusividade ao abstrato. Constitucionalmente falando, é, deixar de lado os casos recursais, ficando os mesmo a cargo com STJ, e ficando STF exclusivamente com matérias de decisões de inconstitucionalidade, exercendo apenas, não menor, mas, o mais importantes dos poderes que é o de fiscalizar a constitucionalidade das leis, como já dito, de guardar a CF, através da aproximação da vontade constitucional, por meio de seus Ministros legitimamente conduzidos à função.

Uma das espécies de controle é o controle concentrado, também conhecido como abstrato, que abarca as ações autônomas de conteúdo constitucional, processada e julgadas pelo STF, encontrando seu fundamento na Constituição de 1988. Tendo prerrogativa de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado.

O art. 103 da Constituição Federal apresenta as quatro ações de controle concentrado de constitucionalidade, ao qual legitima a declaração de inconstitucionalidade de determinados atentados a Carta Magna, como: a ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e por fim, a ação de arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF)

A ADI tem por objetivo declarar a inconstitucionalidade de uma lei, ato normativo federal ou estadual que contrariam a Constituição, possuindo eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e efeito vinculante para o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta.

A respeito da eficácia a ADC, assim como a ADI, possui efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e efeito vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta. Essa ação necessita de um fato que visa afetar a presunção de constitucionalidade da lei, não sendo possível o

utilização da mesma, caso não haja controvérsia no que diz respeito à legitimidade de uma norma.

A ADO é uma ação destinada ao conhecimento de inconstitucionalidade da omissão dos órgãos responsáveis pela execução de determinada norma constitucional, independente se federal ou estadual, sujeito a tal medida de responsabilidade de qualquer dos poderes ou de órgãos da administração. A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão pode ser parcial ou total, sendo fruto da inobservância da regulamentação de determinada norma constitucional, a qual, o constituinte deixou a cargo do poder derivado.

Por fim, a ADPF é uma ação subsidiária e autônoma, ajuizada exclusivamente no STF, objetivando reparar ou evitar lesão a preceitos fundamentais, em consequência a atos do poder público. A ADPF, poderá questionar a constitucionalidade de uma norma, não sujeita a ADI e ADC, perante a Constituição Federal, assim, sendo essa norma municipal ou anterior à Constituição vigente.

Já abordado anteriormente de forma superficial, além do controle concentrado o controle difuso faz parte da jurisdição do Judiciário brasileiro, contrariando amplamente os modelos do direito comparado brasileiro, apresenta não apenas um sistema reservado a uma única ação ou recurso, objetivando proteger os direitos fundamentais, estando a disposição as ações constitucionais do habeas corpus, do habeas data, do mandado de segurança, do mandado de injunção, da ação civil pública e da ação popular.

O habeas corpus visa proteger o indivíduo contra medidas que atentem contra a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir, na sua forma mais ampla, combatendo qualquer medida de autoridade que vá de encontro a esse direito. Em geral o habeas corpus será impetrado contra atos advindo da administração pública, não obstante, possa atingir também o particular.

O habeas data destina-se a assegurar o acesso a informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, relativas à pessoa do impetrante e para permitir a retificação desses dados quando necessária.

Já o Mandado de Segurança é de criação genuinamente brasileira e como especificidade do direito de proteção judicial efetiva, é um instrumento processual de proteção de direitos, que se destina a direito individual ou coletivo líquido e

certo contra qualquer ato ou omissão de autoridade pública, tem utilização ampla, e abrange de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica não amparada por habeas corpus ou habeas data.

A ação popular tem como objetivo anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, instrumento de interesse público e coletivo que busca a garantia da moralidade administrativa, proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Outro viés de fundamental importância em defesa do interesse coletivo é a ação civil pública, que se destina à defesa dos chamados interesses difusos e coletivos relativos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, estético, histórico, turístico, paisagístico, da ordem econômica e da economia popular, a bens e direitos de valor artístico, e em especial o direito do consumidor.

Por fim, o Mandado de Injunção protege os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, todos esses prevista constitucionalmente, sendo utilizado quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o seu exercício. O mandado de injunção deve ser um instrumento utilizado quando não houver norma regulamentadora, e essa ausência torne inviável ou afete diretamente direitos constitucionalmente garantidos, se tratando tal feito de omissão por parte do legislativo, podendo ser ela parcial ou total.

E é através de tais meios, que, como dito, busca-se proteger os direitos fundamentais fincados na Carta Magna e blindar a mesma de influências contrárias a decisão ali constituída. São Com essas proteções e seus reflexos na sociedade e nas outras instituições que o Judiciário acaba por protagonizar o atual cenário Neoconstitucionalista com suas decisões e julgados.

## CAPÍTULO 2. A CORTE, SUAS PRÁTICAS E A CONCRETUDE DO ATIVISMO JUDICIAL.

A presença mais efetiva do Direito que cria uma consequência lógica e um processo de judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização dos Direitos Fundamentais, como ampla consequência à teoria processual, a Judicialização da política constitui-se como sendo submetidas determinadas decisões políticas ao crivo jurisdicional da Corte. (VIEIRA, 2009)

Com uma constante intervenção do Poder Judiciário nas competências das demais Instituições, no Executivo e no Legislativo, fica bem claro o fenômeno do Ativismo Judicial nas decisões do Judiciário brasileiro. Desta feita, o STF rompe as fronteiras de sua competência e começa a legislar, como se parlamento fosse.

No que diz respeito aos primeiros traços de atos ativistas, Aranha Filho (2014) salienta e exemplifica bem seus primeiros passos e o marco de utilização do termo:

O termo -ativismo judicialll foi utilizado pela primeira vez em 1947, nos Estados Unidos (*judicial activism*), em um artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr. e publicado na revista *Fortune*. No estudo, o jurista se dedicava a descrever as linhas de atuação da Suprema Corte americana ao tempo do *New Deal* para explicar os entendimentos diametralmente opostos dos membros do Tribunal, sem qualquer intenção de esboçar uma teoria sobre o papel do Poder Judiciário. Os juízes foram separados em dois grupos: -ativistas judiciaisll e de -autocontenção judiciaisll (ou *self-restraint*). O primeiro grupo, encabeçado por Hugo Black e William Douglas, entendia que a Suprema Corte poderia desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juízes. O segundo grupo, encabeçado por Felix Frankfurter e Robert Jackson, defendia uma postura de autocontenção judicial, deixando as decisões sobre políticas públicas para os poderes eleitos.

Contudo, deve-se ficar claro que quando o Judiciário atua, uma vez provocado, e, no silêncio do Executivo e do Legislativo, estar-se-ia diante de uma conduta tipicamente constitucional, de certo que tais poderes foram omissos no que tange às prerrogativas inerentes às suas funções, estando o mesmo obrigado a tomar conhecimento e decidir em relação à matéria trazida ao seu crivo, por obediência ao princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Thamy Pogrebinschi (2012) aduz que o Judiciário não atua de forma ativista:

Não é verdade que o STF atua de forma ativista; portanto, não é verdade dizer que ele colmata as supostas lacunas deixadas pelo legislativo, uma vez que, para cada declaração de inconstitucionalidade, havia uma média de 11,75 projetos de lei tratando da mesma matéria específica em tramitação no congresso, além de uma média de 2,6 leis tratando do mesmo tema discutido pelo pleno da Corte. [...] Ao contrário do que se afirma, o STF fortalece a atuação do Legislativo, obrigando-o a legislar sobre determinadas matérias.

Pogrebinschi classifica as intervenções do Judiciário como Judicialização da política, em consequência a um trabalho de pesquisa concernente aos julgados do STF, que diz ser: –Um dos principais alicerces sobre os quais se construiu a tese da judicialização da política no Brasil é o significativo e crescente volume de ações ajuizadas por meio de controle concentrado de constitucionalidade. (POGREBINSCHI, 2012).

Em contrassenso e fazendo uma crítica a tal construção, Luiz Lênio Streck (2013) preceitua:

Judicializar a política pode não ser exatamente o mesmo que praticar ativismos. Aliás, não é o mesmo.(...) O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas).

Por outro lado, ativismo é um comportamento de determinados juízes, ao assumirem em substituição ao juízo político de competência do Legislativo, seu próprio juízo de valor em relação a determinados temas, adentrando limites constitucionalmente estabelecidos e bem solidificados, submetidos à deliberação primeira daqueles representantes legítimos do povo, aos quais foi confiado tal responsabilidade e que, por divergências políticas, são levados à jurisdição da Suprema Corte do país. Dessa forma, após a devida provocação, considerando-se que a Jurisdição é inerte, a Corte acaba por interferir e até, muitas vezes, a modificar as decisões do Parlamento.

Andrei Koerner (2013) afirma que:

O ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. Além disso, não teria capacidade de informação e tomada de decisão, desnaturaria a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, e seria

prejudicial à construção conceitual do Estado de direito, requisito para um sistema político democrático capaz de atender às exigências da dignidade humana. O risco pode estar na perda de medida das decisões, na falta de justificação ou no desvio da atenção quanto aos problemas de reforma política.

Tais termos têm sido muito utilizados na atual conjuntura política do país, para definir algumas decisões proferidas pelo Judiciário, em especial decisões tomadas pelo STF e tidas como de caráter polêmico, que envolvem o país em uma bolha de discussões a cada decisão proclamada. Tudo isso representa, para muitos doutrinadores, uma séria fragilidade institucional no país, ferindo o princípio de freios e contrapesos e a separação dos poderes tão buscada e consolidada formalmente na Constituição de 1988.

Por não se ter saída, a não ser recorrer à Jurisdição Constitucional e à contenção judicial da Corte. Nos últimos anos, tem-se visto uma demanda intensa de ações buscando, através da anulação de atos legislativos ou executivos, a satisfação de determinadas ideologias partidárias, ou até mesmo reconhecer os abusos de maioria congressista, tendo a Corte que se posicionar, causando desconforto e confronto entre as instituições, resultando quase sempre em declarações muitas vezes acaloradas.

Os casos mais evidentes e polêmicos acerca do ativismo protagonizado pelo STF, foi a célebre conquista quando o Parlamento silencia em relação à união homoafetiva, com a Corte puxando para si a responsabilidade de regularizar formalmente tal situação. Outra impactante situação foi em relação ao julgamento acerca das pesquisas com células-troncos embrionárias, onde o processo tramitado nas casas do Congresso Nacional foi ofuscado pelas audiências públicas e o julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Outro exemplo foi o caso da fidelidade partidária em que, através de uma decisão do STF, por meio de uma aplicação direta da constituição, a Corte em nome do princípio democrático cria uma nova hipótese de perda do mandato, relativo à questão da fidelidade partidária. Outra hipótese gritante de ativismo foi quando, por meio de súmula vinculante, é vedado o nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, após um julgado. E, com tudo isso, decorrendo de uma crise representativa, propaga-se uma expansão do Judiciário, em nome da Constituição. (BARROSO, 2008).

## 2.1 O BINÔMIO AUTO-RESTRICÇÃO VERSUS ATIVISMO JUDICIAL

Ao confrontar as práticas ativistas esbarra-se na auto-restrição, outra prática da Corte Suprema, onde a mesma se abstém de questões políticas inerentes aos demais poderes, percebendo-se, assim, que nem tudo é ativismo.

Como já abordado anteriormente, o Ativismo Judicial, a politização do judiciário e a judicialização da política são institutos completamente diferentes, estando o primeiro como estudo central deste trabalho e caracterizando-se, como entendem muitos doutrinadores, como o exercício da função jurisdicional extrapolando para além da competência constitucionalmente atribuída ao Judiciário.

Assim, seguindo o mesmo raciocínio, Ramos (2010) aduz que:

Ativismo 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 normativos). Há como visto uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes.

Por início, é necessário compreender o instituto da auto-restrição, que anda em sentido contrário ao Ativismo e para que não paire dificuldades no desenrolar dos temas. Contudo, a auto-restrição é um meio pelo qual o Judiciário limita-se a não influenciar nas prerrogativas inerentes aos demais Poderes, sendo formado por representantes eleitos pelo povo e competentes para tratar de questões políticas.

Nesse mesmo sentido, Barroso (2010) esclarece que, levando em consideração a auto-restrição, o Judiciário apresentará três condutas inerentes ao instituto. A primeira seria evitar de aplicar diretamente a Constituição, nos casos que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, ficando tal situação ao cargo do legislador ordinário; em seguida, a utilização de critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, por fim, blindar-se da inferência da definição de políticas públicas.

O grande exemplo da auto-restrição, apresenta-se recentemente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 5498, ajuizada pelo partido PC do B com objetivo de interferir no processo de votação do Impeachment definido pelo presidente da Câmara de Deputados, se colocando

dessa forma o STF fora da intervenção, em tal processo político, orientado pelo regimento interno daquela casa.

E é com tais definições que se verifica a necessidade de um ponto de equilíbrio entre a figura do ativismo e a da auto-restrição para um sucesso nos julgados do Judiciário brasileiro, estando a auto-restrição longe de ser a regra perante essas instituições julgadoras, mesmo que existam diversas resistências e várias críticas diante de tal instituto, ficando ao Juiz Constitucional a missão de buscar elementos suficientes para justificar esse ponto de equilíbrio entre o Ativismo e a auto-restrição Judicial.

## 2.2 ATIVISMO COMO CONSEQUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Primeiro, precisa-se deixar claro que historicamente o princípio da separação de poderes, surge como um meio necessário para o enfraquecimento do poder absolutista, restando claro, o quanto atual é tal fenômeno, que surge ainda em meio aos monarcas, mas aplicado até os dias que se seguem.

Passando pela história, verifica-se em Locke o Estado fundado em dois poderes fundamentais, sendo o primeiro baseado na produção de leis, hoje representado pelo Legislativo, e o segundo, em consequência a esse surge para executar tais de leis, representado nas mão de um, reconhecido como executivo, estando os dois subordinados ao endosso popular. O Judiciário ao ver de Locke, não se apresentaria de forma independente, ou melhor separado dos demais, estaria ele distribuído entre o executivo e o legislativo.

Nesse mesmo sentido Machado (1996), confirma que:

Refletindo sobre a história de seu país, Locke identifica dois poderes fundamentais: o de fazer leis, o legislativo; e o de executá-las, de fazê-las obedecidas, se necessário com o auxílio da força, que é o executivo. O judiciário não é destacado, ficando suas funções distribuídas entre aqueles dois, Locke fala ainda de um terceiro poder, o de fazer a guerra e a paz nas relações exteriores, chamado de "federativo", mas entende que, na prática, ele deva ficar nas mãos do executivo.

Já Montesquieu atravessado por influências inglesas, verifica, ao contrário de Locke, o Judiciário como um terceiro poder, com prerrogativas de julgar crimes

ou lides entre particulares e ainda dirimir questões controvertidas no que tange a aplicação de leis obscuras, sendo essa mediação de forma definitiva. Montesquieu ainda, não blindou os poderes, um em relação ao outro, apenas estabeleceu uma separação, com funções específicas a cada um, estando os mesmo, conectados entre si.

Com isso surge a ideia de freios e contra pesos, que busca justamente regular os abusos cometidos pelos detentores de cada poder.

A esse propósito Rodriuguês (1995), escreve:

Montesquieu tinha uma profunda descrença quanto ao homem desvencilhar-se de todos os desatinos que o poder o leva a cometer. Para ele a força corruptora do exercício do mando político está sempre presente, chegando mesmo a afirmar que, se todo o poder corrompe o homem, o poder soberano corrompe soberanamente, não sendo possível apelar para uma eventual regeneração do próprio homem, forçoso se tornou encontrar um remédio para o arbítrio e a prepotência dentro do mecanismo de exercício do poder. Era preciso, pois, dispor das coisas de tal sorte que o próprio poder contivesse o poder. Daí a necessidade do seu desmembramento em três funções distintas, exercidas por órgãos também diferentes, de modo tal a que cada uma pudesse conter os possíveis abusos da outra. Estes mecanismos de controle recíproco foram mais desenvolvidos no século XIX. Deu-se-lhes o nome de *cheks and balances* (freios e contrapesos).

Ainda sobre a independência dos poderes, resta claro, a necessidade de enfatizar que em Montesquieus, os poderes não são independentes, são sim, separadas, estando ligados e com o objetivo comum a todos, o controle constitucional, sendo este controle mútuo, onde o parlamento cria e vota as leis, já o executivo endossa ou não tais atividades, já a Corte é indicada pelo chefe do executivo e aprovada por uma das casas do parlamento (Senado), e que por sua vez, essa mesma Corte, tem como função precípua guardar a Constituição das ingerências políticas do executivo e do legislativo.

Dito isto, e com um olhar para a evolução social e principalmente a evolução histórica do direito, com já foi discorrido no capítulo 1 deste estudo, percebe-se que o Brasil não traz na sua íntegra a separação dos poderes, mas, transcende a teoria da separação dos poderes e em seu art 2º diz que: –São Poderes da União, **independentes** e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (grifos nossos), legado mantido desde a Constituição de 1891 até a Constituição atual ficando de fora apenas na Carta de 1937.

E é nessa perspectiva de independência que se encontra um Judiciário independente, forte e autônomo em suas decisões, capaz de ultrapassar as barreiras constitucionais de seus limites, trazendo para si competências estranhas a suas atribuições, usurpando atos do Legislativo.

Previendo tal situação, Sadek (2010), relata em seus estudos a resistência da criação de um Corte Suprema pelos Ingleses, que diz:

Com relação ao judiciário propriamente dito, havia muita resistência à criação de uma corte suprema como sua última instância. A tradição inglesa, que atribui tal função à Câmara dos Lordes, sugeria que ao novo senado fosse delegada essa responsabilidade. A principal razão da objeção era o perigo de que a corte suprema, caso fosse dotada de competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, usurpasse poderes do legislativo.

O Brasil consagra o Ativismo Judicial com o advento da Constituição de 1988, que traz em seu corpo uma série de Direitos fundamentais individuais e sociais, marcando definitivamente o Neoconstitucionalismo no âmbito interno. Essa mesma Carta, como já falado anteriormente trata os poderes de forma independentes, mas não comunicáveis, que não estão a mercê de uma disputa de vaidades, Estando o Estado por meio de seus representantes focado apenas no bem estar da coletividade, seja por atos do Executivo ou Legislativo, ou seja pela interferência do Judiciário no silêncio de ambos.

Nesse sentido, segundo Aranha Filho(2014), em seus estudos, aduz que:

O Estado é uno e existe para atender aos objetivos esculpidos no art. 3.º da CF/1988 (LGL\1988\3) que, em síntese, visam à promoção do bem de todos. Apenas para atender a esta finalidade, entendendo ser a forma mais eficiente, o constituinte estabeleceu a repartição de competências por um critério funcional que divide as atividades estatais em legislativas, executivas e jurisdicionais. Estas formas de expressão do poder estatal são apenas e tão somente um meio para atingir os objetivos da República Federativa do Brasil, nunca um fim em si mesmas.

Com efeito, estas esferas de Poder são independentes entre si, mas sua independência está sempre limitada e condicionada à compatibilidade com os objetivos do Estado e com os direitos contemplados pelo constituinte. Sendo assim, diante da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na realização das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, como expressão do Estado, deverá decidir de modo a promover os objetivos do Estado e efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Por fim, resta claro, a fundamental importância dos três poderes de forma separadas e harmônicas para o bem comum, com a mesma ideia de freios e contrapesos observada em Montisqueeu, e servindo de complemento uma para

com o outro, de uma reciprocidade de controles e de uma autonomia das atividades a cada um tipicamente estabelecida pela Constituição Federal, usufruindo da liberdade que traz o Estado democrático de Direito, e não querendo dessa forma, retornar a égide do status do estado Liberal, obedecendo somente e tão somente ao princípio da inafastabilidade jurisdicional.

### 2.3 SÚMULAS VINCULANTES COMO UMA PRÁTICA ATIVISTA

As súmulas vinculantes surgem com a Emenda à Constituição 45/2004, com o objetivo de sanar as controvérsias e uniformizar as decisões reiteradas do Tribunal em relação a interpretação, eficácia e validade de preceitos constitucionais, concernentes tanto à administração pública em todas as suas esferas, Municipal, Estadual, Federal ou Distrital quanto ao próprio judiciário.

A citada Emenda Constitucional acresce o artigo 103-A à CF/88, trazendo na sua íntegra a seguinte passagem:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Buscando-se a celeridade do Judiciário, a alternativa mais rápida em meio a um cenário de ausência de credibilidade do Parlamento foi a edição da EC 45/2004 que traz ao cenário jurídico-político as súmulas vinculantes para garantir

a aplicação das Leis de forma efetiva, por meio de uma Lei comum a todos os órgãos, objetivando também subordinar e acorrentar as instituições. Tais súmulas são oriundas de um determinado caso concreto, ou vários casos, sendo firmadas de forma a não dar margem à interpretações, deixando anulado os trabalhos doutrinários, inviabilizando-se as interpretações de estudiosos, como usualmente realizado com a legislação vigente no país.

Nesse mesmo sentido Miguel Reale (1976), já expunha na década de 1970 sua indignação no que tange a rigidez das súmulas, prendendo a sociedade a um determinado tempo histórica sem perspectiva nenhuma de mudança, sem a previsão da constante evolução dessa mesma sociedade:

À medida que nossos tribunais recorrerem à formulação de Súmulas crescerá a responsabilidade dos juristas e advogados no sentido de que elas não se convertam em modelos rígidos nem em sucedâneos de normas legais. A súmula- poder-se-ia dizer numa linguagem figurada – marca o horizonte da compreensão do direito, em determinado momento da experiência jurídica, mas, como toda linha do horizonte, ela deve se alterar a medida que avançam as conquistas da doutrina, graças à sua interpretação construtiva e renovada dos textos legais, cujo entendimento teórico-prático na Súmula se compreendia.

Em contrário ao que pensa Reale, e em relação ao que tange a necessidade de uma solução rápida ao grande acúmulo de processos, encontra-se na aplicação das súmulas vinculantes a saída mais concreta e rápida para tal problema, dessa forma, Gomes (1997) citando o até então presidente da Corte o Ministro Sepúlveda Pertence, que em implacável defesa, explica:

Nos últimos tempos, uma das vozes mais importantes em favor da "súmula vinculante" é a do Min. Sepúlveda Pertence, ora no exercício da Presidência do STF, que tem proclamado: sem tais súmulas não há solução para o acúmulo de processos; o Poder Público, com recursos repetitivos, é o grande responsável pela atual crise recursal nos Tribunais Superiores; quase 90% dos processos são reiterativos; é inadmissível não contarmos imediatamente com o efeito vinculante etc. Ninguém jamais com certeza colocará em dúvida a sinceridade do Min. Pertence, que tem revelado acentuada preocupação com a chamada "crise dos Tribunais Superiores" ou "crise dos recursos extraordinários" (que, diga-se de passagem, é apenas um dos aspectos da grande "crise do Poder Judiciário"). Até mesmo a Associação dos Magistrados Brasileiros, embora ressaltando a independência do juiz, acabou emprestando seu apoio à tese, desde que excluía a hipótese de qualquer sanção ou de crime de responsabilidade para o agente político que a descumprir. Deseja-se preservar a independência do juiz, mas ao mesmo tempo conferir "maior velocidade e, portanto, maior racionalização ao Poder Judiciário".

Ainda no que trata o argumento da celeridade e da importância de ver o problema na sua causa e não em consequência, tendo a maior dela afetado os menos favorecidos e seus anseios, que é a pretensão judicial se tornando mais cara e inviável para esses hipossuficiente, nesse sentido se torna eloquente o posicionamento de Santos (2010), que diz:

A justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revelam, sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor e é nessas ações que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça. De fato, verificou-se que essa vitimização é tripla na medida em que um dos outros obstáculos investigados, a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos.

Em síntese a tal exposição, fica evidente que as súmulas resolvem parte dos problemas, aparentemente rápido e de fato uniforme, que por outro lado continua o Judiciário com as mesmas deficiências e lentidão, tratando as lides de forma una, e esquecendo que toda sociedade vive uma constante evolução, e que o problema não será resolvido em sua consequência mas sim, em sua cusa, continuando o sistema burocrático e atrasado, sem que se possa ter de pronto a efetividade nas decisões proclamadas. Sendo o Parlamento vítima de suas próprias decisões.

É claro o posicionamento de Streck (2011), quando afirma um outro problema concernentes a cerca da edição das Súmulas Vinculantes, que a capacidade de alguns juristas tratá-las como se leis fossem, no que diz respeito a ambiguidade do texto, uma vez que não seria este objetivo dos diplomas, e esclarece ainda que, “Os Juristas continuam a tentar encontrar no próprio texto uma essência que permita dizer qual o seu real significado. É como se o texto contivesse uma textitude”. Ou seja, ficasse nos domínios do texto.

De certo que a crítica mais louvável as súmulas vinculantes, é a de que nesse momento, e como já fora exposta, objetivando a celeridade processual, a mesma, direciona os órgãos inferiores a um mesmo caminhar, no que diz respeito às decisões a serem proferidas, estando tais súmulas por afetar a independência dos poderes, exposto no artigo terceiro da Carta Magna, trazendo a Corte um papel típico do legislativo, que é o de legislar, além de tirar dos juízes

de instâncias inferiores o poder do livre convencimento, e o de adequar suas decisões ao efetivo caso concreto .

E por inferir o princípio da separação dos poderes, que fica claro mais uma vez a prática ativista do Superior Tribunal Federal, desta feito, de forma autorizada pelos únicos detentores de tal prerrogativa assegurada pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

### **CAPÍTULO 3. UMA ANÁLISE DE AÇÕES/REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS SUBMETIDOS AO STF**

O texto Constitucional de 1988 consagra a separação dos poderes, ou melhor, a independência dos mesmos; ao longo da Carta, deixa-se bem claro a função típica de cada Poder, além de esclarecer também os limites das funções atípicas destas Instituições, como uma medida de assegurar, promover e solidificar as conquistas concernentes aos direitos fundamentais ao longo da história..

O Neoconstitucionalismo brasileiro marca um período de intensa independência do Poder Judiciário, precisamente a do Supremo Tribunal Federal, tido como guardião da Constituição Federal, norma máxima do país. O STF apresenta função expressamente determinada no artigo 102. Além deste dispositivo, o artigo 103-A traz ao ordenamento jurídico brasileiro mais uma prerrogativa oriunda da Emenda constitucional nº 45/2004, que trata das súmulas vinculantes.

Com os recentes acontecimentos que vem atordoando os brasileiros em meio a um cenário de instabilidade política e financeira, o STF tem a todo momento atuado como protagonista, através de suas decisões positivas acerca de questões travadas principalmente pelo Legislativo, causando ações pró-ativas na proteção dos Direitos Fundamentais e na concretização de políticas públicas. A esta atuação, como visto, pode-se caracterizar como ativismo judicial.

Um importante aspecto é trazer ao debate o Direito Constitucional comparado, na perspectiva de buscar e apresentar o Ativismo Judicial como algo não exclusivo das instituições brasileiras, mas também no panorama global, como discute Barroso (2008):

[...]Desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento Bush x Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na

preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo.

Com esse panorama mundial, percebe-se que no Brasil não é diferente, pelo contrário, tem ocorrido uma intensa atuação das instituições jurídicas em matérias típicas de outras instituições, desde temas mais polêmicos que impactam o todo, até situações cotidianas que visam temas mais particulares, que afetam uma determinada classe ou grupo social. Desta forma, é relevante trazer à tona tais decisões com uma análise crítica sobre essa prática ativista, que aparentemente se desvia da função típica da Suprema Corte, mas que, por outro lado, aparenta se justificar pelo silêncio do Parlamento sobre determinadas matérias, substancialmente controvertidas, com custos políticos expressivos. Mas tal motivo tem o condão de possibilitar que a Corte ultrapasse os limites instituídos pela Constituição de 1988?

### 3.1 O STF DECIDE PELA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DIPLOMA PARA O EXERCÍCIO DO JORNALISMO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as normas não recepcionadas por ela foram revogadas. Com isso, o artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972/1969 é levado à discussão no Plenário da Corte, quanto à sua legalidade, por meio do Recurso Extraordinário (RE) 511961, oriundo do Ministério Público Federal (MPF) e do Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo (Sertesp), com o objetivo de garantir o exercício da profissão de jornalista por aqueles que não possuem o diploma superior na área.

Independente da recepção ou não do referido inciso pela Constituição Federal, a própria texto constitucional prevê, em seu artigo 5º, XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Isso posto, se está diante de uma norma de eficácia limitada, a qual necessita de uma regulamentação por parte do Parlamento.

Quando se fala em regulamentação, não se trata de uma regulamentação jurídica, mas sim uma regulamentação política por quem tem competência para tal,

focada nos representantes do povo, aos quais foi confiado o destino do país, através de suas decisões, seja no campo da regulamentação normativa ou gestão administrativa. Neste sentido, percebe-se que a regulamentação da profissão de jornalista é inserida nesse contexto, como função primeira da instituição legislativa.

Passando à análise de alguns votos do processo mencionado, a partir do voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes, verifica-se que ele acolhe os argumentos dos requerentes. Para o Ministro, “[...]O jornalismo e a liberdade de expressão são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensados e tratados de forma separado[...]”, diz ainda que “O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada”.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Ayres Britto afirma que a “A exigência de diploma não salvaguarda a sociedade para justificar restrições desproporcionais ao exercício da liberdade jornalística”.

Contudo, ambos esquecem que tais manifestações teriam que ser respaldadas, analisadas e decididas pelo próprio Legislativo, com sua prerrogativa típica de legislar, constitucionalmente garantida.

Em contrapartida a esse posicionamento, o Ministro Marco Aurélio explica:

Não tenho como assentar que essa exigência, que agora será facultativa, frustrando-se até mesmo inúmeras pessoas que acreditaram na ordem jurídica e se matricularam em faculdades, resulte em prejuízo à sociedade brasileira. Ao contrário, devo presumir o que normalmente ocorre e não o excepcional: que tendo o profissional um nível superior estará [ele] mais habilitado à prestação de serviços profícuos à sociedade brasileira.

O mesmo Ministro salientou o risco da decisão daquele julgamento pela procedência do pedido, em uma sociedade que há anos investe na graduação jornalística e que se organizou para que a adequação às normas vigentes no país fossem cumpridas em sua plenitude.

Pode-se inferir aqui um dos exemplos típicos da prática reiterada pela Corte de Ativismo Judicial que, em certa medida, traz profundas repercussões para a sociedade brasileira. Visualiza-se aqui a manifestação de um ministro em termos de segurança jurídica, salientando-se o problema da utilização de fundamentações abstratas do que propriamente consubstancia a Constituição Federal.

### 3.2 A QUESTÃO DA MARCHA PELA LEGALIZAÇÃO DA MACONHA

O artigo 33, §2º da lei de tóxicos (Lei nº 11.343/06) aduz que:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500

(quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ -1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem-<sup>\*</sup> autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se

utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

**§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:**

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas

previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (grifos nossos)

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal afasta a criminalização da marcha pela legalização das drogas através do julgamento em Plenário de duas ações, uma em julho, representada pela ADPF 187 e a outra em novembro, em sede da ADI 4274.

Como visto anteriormente, o artigo 33, §2º considera crime o induzimento, a instigação e o auxílio ao uso de drogas ilícitas. Vale salientar que anteriormente o próprio Código Penal já considerava a conduta como crime em seu artigo 287, consubstanciada na apologia feita publicamente a fato que possa ser considerado criminoso. Com base nos dois diplomas legais, oriundos do Parlamento, não resta dúvida alguma que a legislação disciplinava categoricamente a ilegalidade dos movimentos em prol da legalização da maconha.

Não se trata aqui de adentrar na esfera de discussão sobre um possível posicionamento preconceituoso, mas da real valoração das práticas institucionais através de suas funções tipicamente reconhecidas e respeitadas pelas demais instituições, como também da possibilidade jurídica de adoção de iniciativas de natureza atípica.

Ocorre que, com o deferimento da ADPF e da ADI supramencionadas, houve a desconsideração da previsão expressa dos artigos 33 da Lei nº 11.343/2006 e do artigo 287 do Código Penal, sob uma suposta ausência de diálogo com o princípio da liberdade de pensamento e manifestação. Diante de uma mobilização cada vez mais presente na sociedade brasileira em favor da legalização do uso da maconha, construiu-se argumentativamente a justificativa de que a Constituição ampara o direito de reunião e de livre expressão do pensamento, mas com uma pequena observação, como ponderou em seu voto o Ministro Gilmar Mendes, ao considerar que "É preciso ter cuidado e deixar claro, para que não se extraia da decisão a possibilidade de direito de característica ilimitada".

Há, aqui, uma clara controvérsia: leis existentes são afastadas para a concretude de determinados movimentos e, em face de outras previsões legais, há proibição institucional expressa, alegando-se a aludida existência normativa para a não discussão, como na hipótese de liberalização do aborto. Não parece razoável que qualquer necessidade de protesto ou de reivindicação aguarde um posicionamento formal da Corte, na forma de autorização, ou seja, que toda reivindicação social obtenha tratamento normativo através da (in)oportuna atuação dos ministros do STF.

No caso da ADPF 187, a questão discutida passou pelo Plenário do Supremo de forma unânime, anulando-se a aplicabilidade dos dispositivos anteriormente mencionados no caso em especial. O Ministro Celso de Mello

entendeu que “[...] a Marcha da Maconha, longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca expor, de maneira organizada e pacífica, apoiada no princípio constitucional do pluralismo político as ideias, a visão, as concepções, as críticas e as propostas daqueles que participam[...]”. Portanto, depreende-se da decisão que os dispositivos da Lei nº 11.343/06 e do Código Penal, que passaram pelo crivo do Legislativo e pela aprovação do Executivo, sem qualquer oposição diante da sua legalidade ou ilegalidade em termos práticos, sejam desconsiderados nas hipóteses em que envolvam manifestação sobre a descriminalização da maconha.

O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes denota a falta de fundamento que legitima o Supremo Tribunal Federal para se apoderar das atribuições legislativas, e decidir de forma seletiva o que pode ser fruto de manifestação, mesmo envolvendo conduta que a legislação entendeu como contrária ao interesse público, passível de sanção penal.

Nesse mesmo sentido, no que concerne à liberdade de expressão, o Ministro Cezar Peluso, que ao momento presidia aquela sessão, apresentou a seguinte argumentação:

A análise sobre a liberdade de reunião para efeito de manifestação do pensamento deveria ser feita caso a caso, para se saber se a questão não implicaria outorga ou proposta de outorga de legitimidade a atos que repugnariam a consciência democrática, o próprio sistema jurídico constitucional de um país civilizado.

Dessa forma, aparentemente torna-se resolvido o conflito entre as normas constitucionais e as Legislações Ordinária e Especial, através de uma aplicação ponderada e uma leitura efetivamente -conscientell do ordenamento jurídico, a cargo do Supremo Tribunal Federal.

### 3.3 A QUESTÃO DO NEPOTISMO

Partindo-se para uma definição semântica e etimológica antes de adentrar efetivamente nas considerações críticas sobre a decisão a respeito do tema, o Nepotismo vem do latim *nepos*, que define relações onde existe favorecimento de parentes de determinada pessoa em diversas situações, em detrimento de outros quadros mais capacitados. Em outras palavras, Nepotismo corresponde à nomeação ou elevação de cargos para parentes do gestor público, tido como um

benefício e, conseqüentemente, com um significado pejorativo de desvio da finalidade pública.

A súmula vinculante número 13, que trata do nepotismo nas três esferas da União, apresenta a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Tal súmula é editada a partir do RE 579.951 interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em desfavor da contratação de parentes no município de Água Nova. No caso em concreto, os ministros entenderam que havia uma afronta ao artigo 37 da CRFB/88, reafirmando dessa forma que a Constituição Federal veda o nepotismo.

A partir da votação em 2008, faz-se necessária a análise de alguns votos para entender os fundamentos que levaram os Ministros a estabelecer uma verdadeira regra jurídica, em substituição as funções típicas do Parlamento. Uma das observações feitas pelo presidente da Corte, Gilmar Mendes, em meio à votação, diz respeito ao Direito Comparado, quando faz menção à década de 1960, ao governo norte americano de John F. Kennedy, em relação ao seu irmão, versou que "[...]irmãos podem estabelecer um plano eventual de cooperação, sem que haja qualquer conotação de nepotismo[...]", de forma a justificar a presença de parentesco nos cargos políticos.

Contudo, não parece sensatamente razoável em uma sociedade moderna a utilização do Direito Comparado ocorrido na década de 1960 de forma pontual. Diante do *ethos* que circunda a sociedade brasileira, o Direito Comparado não poderá imperar de forma relativa, nem muito menos de forma absoluta, como em muitos casos se busca fundamentar decisões, esquecendo-se das previsões expressas da Lei Maior.

Dito isto, não se pode deixar de lado os fundamentos que serviram de sustentáculo ao voto do Ministro relator Ricardo Lewandowski, os quais são fundamentais para a discussão. O relator a todo instante, no transcrever

de seu voto, faz referência à Resolução nº 7/2005 do CNJ, citando subsidiariamente o caput do art. 37 da CF/88, conforme destacado:

Esta Corte reconheceu, em sede cautelar, a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do CNJ, que -disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. E, muito embora haja então o STF estabelecido que a eficácia vinculante daquele texto normativo estaria circunscrito à seara da magistratura, o pronunciamento de vários de seus Ministros foi no sentido de que a sua força normativa deriva diretamente dos princípios abrigados no art. 37, caput, da Constituição, tendo a dita Resolução apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos da vedação ao nepotismo que são próprios à atuação dos órgãos jurisdicionais.

Fica evidente que tal súmula tem seu fundamento em uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça – Resolução nº 07/2005, ato normativo que, de forma secundária, faz menção ao caput do Art. 37 da Constituição Federal de 1988. Com tal pressuposto, a Corte decide legislar, lançando mão de prerrogativas primárias a ela confiadas, configurando-se escancaradamente um exemplo de ativismo judicial.

O posicionamento aqui discutido não defende que o Judiciário se mantenha inerte às demandas a ele submetidas; o que se quer deixar claro é que toda controvérsia apresentada, sob alegação de que há ausência de lei, deverá ser apreciada, contudo, acredita-se que ir além e editar uma norma detalhada, específica, acerca do caso concreto, é função Constitucional privativa do Legislativo e não da Corte Constitucional.

#### 3.4 A POSSIBILIDADE DE PRISÃO A CONDENADOS EM 2ª INSTÂNCIA

Após o julgamento das medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, promovidas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), ambos amparados pelo artigo 103 da Constituição Federal, que pediam a anulação do entendimento que autorizava o cumprimento da pena de condenados após decisão em segunda instância, houve a consolidação deste entendimento em fevereiro de 2016, através do julgamento do HC 126.292. Neste julgamento, o Plenário do

STF manteve o entendimento pela possibilidade de prisão, com votação apertada, através do placar de seis a cinco.

Com essa decisão, o condenado em primeiro grau passa a cumprir a pena após confirmação da decisão em acórdão, como se houvesse ocorrido o trânsito em julgado. A partir desta decisão, datada de fevereiro de 2016, todo condenado que teve sua pena confirmada pela instância superior, passou a cumpri-la imediatamente, com efeito *ex-tunc*.

O caso que desencadeou essa nova discursão foi a de um condenado pela prática do crime de roubo qualificado (artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do Código Penal), tendo como pena a reclusão de 5 anos e 4 meses, em regime inicial fechado. Por sua vez, não satisfeita com a decisão monocrática, a defesa apelou para o TJ/SP, que indeferiu a apelação, mantendo a decisão do juízo *a quo* e expedindo mandado de prisão, uma vez que o réu respondia em liberdade. Por fim, restava-se um HC ao Supremo, onde foi suscitados os seguintes questionamentos: que o Colegiado decretou a prisão sem qualquer motivação, o que caracterizou um notado constrangimento ilegal, pois, como já dito, o Juiz de primeiro grau permitiu que os recursos fossem apreciados em liberdade.

Diante deste quadro, visualiza-se a necessidade de verificar o posicionamento dos ministros em relação ao questionamento realizado. Como primeiro argumento, em voto favorável à execução da pena, Barroso (2016) justifica que:

O sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente. A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao se permitir que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos.

O entendimento de que a espera do julgamento dos recursos especial e extraordinário em liberdade enfraquece a tutela dos bens jurídicos e a confiança da sociedade na Justiça não parece muito razoável, uma vez que os legítimos representantes do povo não editaram nenhuma manifestação para mudança nesse sentido, estando tal direito expressamente resguardado pela Constituição

Federal, em seu artigo 5º, e confirmada no Código de Processo Penal, no artigo 283.

Registre-se que o clamor social por justiça não pode ser ignorado, porém, não é com tal ato que se demonstrará um fortalecimento do Judiciário, pelo contrário, estará diante de um fenômeno definido como *Einatzgruppen* (grupos de extermínio) de recursos no STF, que acaba gerando ainda mais recursos, tratando-se de uma falsa efetividade, ou seja, de uma efetividade quantitativa que deixa de lado a qualidade das decisões e multiplicando o problema. (STRECK, 2016).

Com isso, o tema em destaque já passou pelo crivo da Corte três vezes em menos de um ano, observando-se que na última vez, em meados de novembro de 2016, ocorreu a demonstração da fragilidade e inconsistência das decisões, no que tange à uniformidade e coerência dos votos dos ministros, diante do voto do Ministro Dias Toffoli, que modificou diametralmente seu entendimento sobre a questão.

Ademais, levando-se em consideração o voto do Ministro Barroso, o mesmo contextualiza o debate trazendo à tona alguns casos considerados emblemáticos, mas, que continua sem uma explicação e justificativa palpável para tal decisão, entendendo-se que os acusados se encontram no direito de buscar todo direito que a Constituição lhe assiste.

Eis abaixo trecho do voto do ministro:

1. Caso Pimenta Neves 17. Um jornalista matou a sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, continuava em liberdade passados mais de dez anos do fato, vivendo uma vida normal. Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai da vítima narra: -Um dia eu liguei para a casa dele e disse: 'Você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar o seu pescoço'. Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar R\$ 5 mil a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados. O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e estimulava as pessoas a voltarem ao tempo da vingança privada e querem fazer justiça com as próprias mãos.
2. O caso Luís Estêvão 18. Um ex-Senador da República foi condenado pelo desvio de R\$ 169 milhões na construção do Foro Trabalhista de São Paulo. Os fatos ocorreram em 1992. Depois da interposição de 34 recursos, a decisão finalmente transitou em julgado em 2016, quando ele veio a ser preso. Durante todo este período, mesmo já condenado, circulou livremente em carros de luxo, frequentando os melhores restaurantes e distribuindo gorjetas fartas, como um homem vitorioso. O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e difundia a impressão de que neste país o crime compensa.

E, contrapondo a possibilidade execução da pena, pondera o Ministro Marco Aurélio, relator do julgamento:

Sob a óptica do perigo da demora, não há que se tergiversar em face da iminência de prisão ou efetivo recolhimento de milhares de indivíduos – e nem todos são acusados de haver cometido os denominados crimes do colarinho branco –, antes da preclusão maior da sentença condenatória. O direito de ir e vir não fica submetido a esta ou aquela fase processual. Se essa temática não for urgente, desconheço outra que o seja. Salta aos olhos a presença dos requisitos para o deferimento da medida acauteladora. Ante o quadro, implemento a liminar pleiteada na ação declaratória de constitucionalidade nº 43 para, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante desprovemento de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual. Consequentemente, defiro a medida acauteladora em extensão maior do que o requerido na ação declaratória de constitucionalidade nº 44, na qual somente se busca a suspensão da execução antecipada da pena quando determinada por órgãos fracionários de segunda instância, com base no acórdão do habeas corpus nº 126.292, ignorando o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal.

Neste contexto, observa-se mais uma decisão ativista, que além de romper com as fronteiras de uma competência outorgada pela Magna Carta, a qual atribui a competência legislativa ao Parlamento, rompe também frontalmente com o emanado no próprio Art. 5º inciso, LVII, do texto constitucional, que estabelece: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", desconsiderando-se, assim, a existência do princípio da presunção da inocência, notadamente na esfera penal.

É importante ainda destacar que a Corte anulou a aplicabilidade do artigo 283 do CPP (Código de Processo Penal), que foi objeto desta ação e retrata: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva". Tal dispositivo, inclusive, reproduz quase na íntegra o disposto no inciso LVII do art 5º.

Por fim, analisando-se o voto do Ministro Edson Fachin, salta os olhos a prática ativista na Suprema Corte brasileira. A constituição passou a ser interpretada, por intermédio desse voto, de forma relativa e não mais absoluta. A preocupação que impera no momento, é em auferir moralidade à instituição e garantir uma sensação de justiça, mesmo que seja colocado em risco

o Estado Democrático de Direito, através da Soberania da Lei Maior. Tal voto aduziu que:

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Saltam aos olhos, portanto, os limites e as possibilidades que se podem dar à dicção do art.

5º, LVII, da Constituição da República, ao mencionar -trânsito em julgado.

Registre-se, mais uma vez, que o teor encontrado no voto dos ministros leva a crer que a Constituição mais uma vez é colocada abaixo da Corte. O voto aqui em discussão fundamenta-se através de cobranças realizadas por organismos internacionais, que cobram desse país uma maior tutela aos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de persecução penal. Revela, com isso, que no contexto democrático brasileiro, as influências externas permeiam e definem as decisões institucionais.

### 3.5 A QUESTÃO DA GREVE DO FUNCIONALISMO PÚBLICO

Quando não se vai de encontro às decisões tomadas pelo Legislativo, a Corte procura através de seus julgados solucionar e/ou cobrir arestas deixadas pelo Legislador. Uma dessas arestas diz respeito ao direito de greve pelos funcionários públicos, que em outubro de 2016 passou a ser vista com certo grau de ilegalidade depois da retomada do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 693456. Este julgado procurou discutir a legalidade constitucional dos cortes nos salários concernentes aos dias de paralisação previstos constitucionalmente, porém, nunca regulamentados.

O caso concreto versou sobre o fato de a Fundação de Apoio à Escola Técnica do Estado do Rio de Janeiro (Faetec) ter sido agraciada a se abster de realizar pagamentos aos trabalhadores por consequência de uma paralisação grevista, ocorrida em março de 2006, cuja decisão oriunda de um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Em recurso ao STF, a Escola Técnica justificou a necessidade do desconto dos dias não trabalhados em caso de greve.

Ocorre que o artigo 37, inciso VII, da Constituição, esclarece que –o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Contudo, esbarra-se na ausência de uma norma regulamentadora, surdindo mais uma vez a necessidade de intervenção do Judiciário, procurando suprir tal lacuna. O citado inciso corresponde a uma norma de eficácia limitada, pois necessita da edição de uma Lei posterior para que se possa definir limites e extensões dos respectivos movimentos reivindicatórios.

Acerca do tema, várias foram as decisões tomadas, contudo, esse último recurso extraordinário serve como mais um exemplo para demonstrar a substituição do legislador eleito pelo povo e, conseqüentemente, representante dos mesmos, pelos juízes, que não exercem cargos eletivos e não podem ser considerados representantes diretos da vontade popular.

A votação chegou ao fim com um placar de 6 a 4, votando a favor e acompanhando o voto do relator Dias Toffoli os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e a atual presidente do Supremo, a ministra Cármen Lúcia. Já em sede contrária, negando-se provimento e aparentemente consciente dos seus verdadeiros papéis, votaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio Mello, considerando que a greve dos servidores públicos, no caso em tela, seria direito fundamental ligado ao Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida a este último pensamento, ficou assentado pelo Tribunal os seguintes termos, publicados no Informativo 845, Plenário, Repercussão Geral de 2016:

1 - a deflagração de greve por servidor público civil corresponde à suspensão do trabalho e, ainda que a greve não seja abusiva, como regra geral, a remuneração dos dias de paralisação não deve ser paga; e  
2 - somente não haverá desconto se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos civis ou se houver outras circunstâncias excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho.

É interessante pontuar que a decisão vai de encontro a outro julgamento, em sede da ADPF 54, que tratava da autorização para a interrupção da gravidez de feto anencefálico, no qual o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que “[...]Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da função legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos[...], deixando-se claro aqui a consciência de usurpação do poder cotidianamente exercida pelo Judiciário. De volta ao tema e

sob a análise crítica de alguns votos, Barroso salienta que: “[...]A Corte de ponto é necessário para a adequada distribuição dos ônus inerentes à instauração da greve e para que a paralisação, que gera sacrifício à população, não seja adotada pelos servidores sem maiores consequências[...]”, dando total autonomia à Administração Pública quanto ao enfrentamento do tema.

Em sentido contrário, e certo da ausência de respaldo legal, o Ministro Ricardo Lewandowski assegura que: “[...]não há nenhum comando que obriga o Estado a fazer o desconto no momento em que for deflagrada a greve[...]”, concluindo-se a partir de tal afirmação a clara violação à competência do Poder Legislativo.

Por fim, sinaliza-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, que faz uso do Direito Comparado para sua fundamentação: “[...]É razoável a greve subsidiada? Alguém é capaz de dizer que isso é lícito? Há greves no mundo todo e envolvem a suspensão do contrato de trabalho de imediato, tanto é que são constituídos fundos de greve.”

Após as duas indagações ao proferir esse trecho do voto, resta destacar uma outra pergunta: vive o Brasil a mesma realidade governamental que no resto no mundo, com as mesmas perspectivas de valorização e/ou respeito ao trabalhador?

Em suma, as soluções jurídicas construídas pelo Supremo Tribunal Federal aparentam, cada vez mais, dialogar com as bases democráticas estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Diante desta nova realidade, é possível falar na consolidação de uma juristocracia no Brasil?

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação dos Poderes defendida por Montesquieu, e como visto, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, traz em seu bojo a importante dinâmica organizacional dos Poderes no Brasil, dando a cada um deles uma função precípua, reconhecida como de natureza típica. Através da Carta Constitucional, foi assegurada definitivamente a inserção do Poder Judiciário no sistema de freios e contrapesos, com o objetivo de garantir as liberdades públicas e individuais no cenário brasileiro e dar uma concreta proteção aos direitos fundamentais.

Neste panorama, o presente estudo buscou analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal como instituição responsável pela proteção da Constituição Federal, cujas funções estão previamente definidas neste diploma, em meio a um cenário de crise política.

É inegável que o Neocostitucionalismo trouxe como contribuição a necessidade de uma Corte Constitucional preocupada com a consagração da força normativa da Constituição. Entretanto, verifica-se que as prerrogativas da Corte Constitucional no Brasil têm permitido atuações tipicamente ativistas pelos ministros, que muitas vezes não têm dialogado com a própria essência constitucional.

O ativismo judicial é definido como uma atividade proativa do novo Constitucionalismo, passando o Poder Judiciário a interferir em funções previamente positivadas de outras instituições declaradamente reconhecidas como detentoras de tais competências, em especial no juízo político do Legislador.

Com o exposto, verifica-se que a Corte brasileira internalizou de fato o Neoconstitucionalismo, dando uma nova visão interpretativa ao texto constitucional, por intermédio de uma tendência mundial, buscando-se em muitos votos, experiências do Direito Comparado, que muitas vezes não dialogam com a realidade social brasileira.

É precípua destacar que o princípio da tripartição dos poderes vem sendo relativizado e mitigado pelo protagonismo do Judiciário, como observado em uma série de decisões emblemáticas do STF, que acaba por substituir as funções típicas das demais instituições, decidindo sobre questões que não seriam

de sua competência, a partir da interpretação extensiva de princípios consagrados na Constituição.

Vale salientar que não foi à função deste estudo generalizar as decisões proferidas pela Suprema Corta, resumindo-as a uma constante atividade Ativista, mas sim, demonstrar essa prática em meio a um constante cenário de instabilidade das instituições representativas do povo ante a um cenário transformado social e juridicamente, que por muito perde sua identidade.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005

ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles Camargo & ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. **A legitimidade constitucional do ativismo judicial.** São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <[jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito](http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito)> Acesso: 20 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: **Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática.** São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: 2008<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 31 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** 2010. Disponível em:<[http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democraciae\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democraciae_supremacia_judicial_11032010.pdf)>. Acesso: 30 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não.** 2010. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>> Acesso: 13 ago. 2016.

BEOCHIOR, Germana. **Supremo Tribunal Federal, legitimidade e corte constitucional.** Mossoró: Revista ESMARN, v 8, nº 1, 2008. <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas>. Acesso em: 10 set. 2016

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal. 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 511961. Inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício do jornalismo**. Relator Min. Rosa Weber, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso: 10 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4274 descriminalização da “marcha da maconha”**. Relator Min. Ayres Britto, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso: 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 579.951-4 Nepotismo**. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso: 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC 44 prisão após condenação em 2ª instância**. Relator Min. Marco Aurélio, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso: 30 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário - RE 693456 Greve do funcionalismo público**. Relator Min. Dias Tóffoli, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso: 30 nov. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra. Almedina. [1941] 2003.

GOMES, Flávio. **Súmulas Vinculantes e Independência do Judiciário**. São Paulo: BDJur, 1997. Disponível em: <[bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22883/sumula\\_vinculantes\\_independencia\\_judicial.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22883/sumula_vinculantes_independencia_judicial.pdf)> Acesso em: 07 out. 2016.

GURGEL, Carlos Sérgio. **O princípio da eficiência na gestão pública brasileira: Considerações atuais**. Jus Navigandi, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27967/o-principio-da-eficiencia-na-gestao-publica-brasileira-consideracoes-atuais>> Acesso: 29 set. 2016.

KOERNER, Andrei. **Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. São Paulo: Revista Novos Estudos, 2013.

LEAL, Pedro Henrique Peixoto. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo Judicial em matéria previdenciária.** 2014. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/27305/o-supremo-tribunal-federal-e-o-ativismo-judicial-em-materia-previdenciaria#ixzz3WzSratkP>> Acesso: 10 nov. 2016.

MACHADO, Mário Brockmann. **Raízes do controle externo do Judiciário.** Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1996. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/kn/FCRB\\_MarioBrockmannMachado\\_Raizes\\_controle\\_externo\\_judiciario.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/kn/FCRB_MarioBrockmannMachado_Raizes_controle_externo_judiciario.pdf)> Acesso: 29 set. 2016.

MARQUES, Raphael. **História semântica de um conceito: a influência Inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de constituição como paramount law.** São Paulo: Revista brasileira de Direito Constitucional, 2007. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-357\\_Raphael\\_Peixoto\\_de\\_Paula\\_Marques.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-357_Raphael_Peixoto_de_Paula_Marques.pdf)>. Acesso: 20 ago. 2016.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **Os fatores reais do poder e força normativa da Constituição. Articulações entre Konrad Hesse, Ferdinand Lassalle e Gramsci.**

Jus Navigandi, Teresina, 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11664>>. Acesso: 29 set. 2016.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

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

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1976.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor. 1995.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário em debate.** Rio de Janeiro: Scielo, 2010. Disponível em: <[books.google.com.br/books?id=vaJ8BwAAQBAJ&pg=PT49&lpg=PT49&dq=Com+r+elação+ao+judiciário](http://books.google.com.br/books?id=vaJ8BwAAQBAJ&pg=PT49&lpg=PT49&dq=Com+r+elação+ao+judiciário)> Acesso em: 07 set. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice. **O social e o político na pós- modernidade**. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Contra o Neoconstitucionalismo**. Curitiba: Revista a Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011. Disponível em: <[www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf](http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf)> Acesso em: 07 set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, Ativismo judicial, em números?**. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2013.

VIEIRA, José. Versos e reversos: **A Judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil**. Minas Gerais: Revista Estação científica, V.01, n.04, 2009.