

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
FACULDADE DE DIREITO

ISABELLA CARDOSO RODRIGUES BECKEDORFF BITTENCOURT

**ESTADO “JURISTOCRÁTICO” DE DIREITO: ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA, O ATIVISMO JUDICIAL E O SISTEMA DOS PRECEDENTES**

CAMPINAS
2021

ISABELLA CARDOSO RODRIGUES BECKEDORFF BITTENCOURT

**ESTADO “JURISTOCRÁTICO” DE DIREITO: ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA, O ATIVISMO JUDICIAL E O SISTEMA DOS PRECEDENTES**

Dissertação apresentada à Banca do Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: “Direitos Humanos e Desenvolvimento Social”

Linha de pesquisa: "Direitos Humanos e Políticas Públicas"

Orientação: Prof. Dr. Peter Panutto

CAMPINAS

2021

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Rizziolli Pires CRB 8/6920
Sistema de Bibliotecas e Informação - SBI - PUC-Campinas

342.2(81)
B624e

Bittencourt, Isabella Cardoso Rodrigues Beckedorff

Estado "Juristocrático" de Direito: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e o sistema dos precedentes / Isabella Cardoso Rodrigues Beckedorff Bittencourt. - Campinas: PUC-Campinas, 2021.

106 f.

Orientador: Peter Panutto.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2021.

Inclui bibliografia.

1. Direito e política - Brasil. 2. Poder judiciário e questões políticas. 3. Precedentes judiciais. I. Panutto, Peter. II. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 342.2(81)

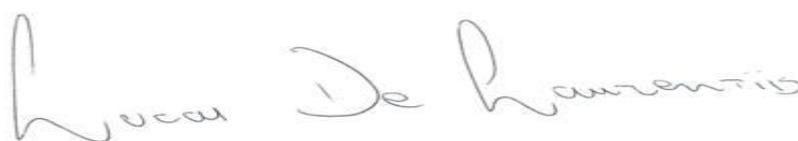
**ISABELLA CARDOSO RODRIGUES BECKEDORFF
BITTENCOURT**
**ESTADO “JURISTOCRÁTICO” DE DIREITO: ENTRE A
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, O ATIVISMO
JUDICIAL E O SISTEMA DOS PRECEDENTES**
Última versão da dissertação/tese:

Este exemplar corresponde à redação final da
Dissertação de Mestrado em Direito da PUC-Campinas, e
aprovada pela Banca Examinadora.

APROVADA: 25 de fevereiro de 2021



DR. WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG (ITE)



DR. LUCAS CATIB DE LAURENTIIS (PUC-CAMPINAS)



DR. PETER PANUTTO – Presidente (PUC-CAMPINAS)

*Aos meus pais, José Aloisio Bittencourt e Rita de
Cássia Cardoso Rodrigues Bittencourt*

AGRADECIMENTOS

Honestamente, há tantos motivos para ser grata, em tempos de pandemia da COVID-19, que temo não conseguir agradecer a todas e todos suficientemente neste espaço. Mas tentar é preciso.

Agradeço, em primeiro lugar, pela minha vida e saúde, e, sobretudo, pela vida e saúde daqueles que amo, que têm se mantido sãos durante toda essa crise.

Agradeço, continuamente, aos meus pais, **José Aloisio Bittencourt** e **Rita de Cássia Cardoso Rodrigues Bittencourt**, por terem acreditado em todos os meus sonhos, e, ainda, por me ensinarem, dia após dia, a ser uma pessoa mais forte. Ao meu irmão, **Yuri Cardoso Rodrigues Beckedorff Bittencourt**, por me servir de exemplo, e ser fonte inesgotável de orgulho. Ao meu companheiro, **Thiago Sereno Cobaxo**, por todo amor, carinho, e incentivo.

Agradeço ao meu professor e orientador, **Dr. Peter Panutto**, pelos ricos ensinamentos ao longo desses dois anos, e por ter acreditado no meu potencial. Gratidão também às companheiras e companheiros do grupo “*Constitutional Issues*”.

Agradeço aos professores da banca avaliadora, **Dr. Walter Claudius Rothenburg** e **Dr. Lucas Catib de Laurentiis**, por terem gentilmente aceitado a missão de avaliar meu trabalho, e deste modo, poderem contribuir não só com o desenvolvimento da minha pesquisa, como também com meu desenvolvimento como pessoa e aluna.

Agradeço aos meus grandes amigos e companheiros nesse mestrado, **Mario di Stefano Filho**, **João Paulo Ghirdelli**, **Suzana Silveira**, **Viviane Moreno**, **Mônica Nogueira** e **Felipe Ferreira**, por todas as valiosas lições, e por todas as (ainda mais valiosas) palavras de incentivo. Aos demais colegas de mestrado, por compartilharem comigo desta experiência de crescimento, tanto pessoal quanto intelectual.

Agradeço, com imenso respeito no coração, às professoras e professores que já passaram pela minha vida, por acreditarem sempre no poder transformador da educação, e fazerem dela um símbolo de resistência.

Por fim, agradeço a todas as mulheres que antes de mim aqui estiveram, resistindo e lutando, de modo que eu pudesse, hoje, escrever estas palavras, bem como ocupar este espaço.

“Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso.”

Mauro Capeletti

(Juízes Legisladores?)

RESUMO

A presente pesquisa propõe a análise, sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, de dois fenômenos largamente debatidos no âmbito jurídico não só brasileiro, como mundial: são a judicialização da política e o ativismo judicial. A partir do exame conduzido sobre os movimentos que levaram à formação da judicialização da política e do ativismo judicial no seio das sociedades ocidentais, busca-se conceituar, com maior nível de acuidade, o que se entende pelos fenômenos. A conceituação pretendida é de suma importância, uma vez que enfrenta a dificuldade que a pluralidade de significados, muitas vezes utilizados de forma imprecisa, impõe aos estudiosos do Direito. Deste modo, a investigação visa contribuir e enriquecer o debate na comunidade jurídica nacional. Na sequência da conceituação da judicialização da política e do ativismo judicial, busca-se traçar pontos de convergência e de afastamento entre os fenômenos, de maneira a comprovar a hipótese de que não se tratam de uma mesma manifestação. Por derradeiro, o estudo pretende investigar a judicialização da política e o ativismo judicial à luz do sistema dos precedentes brasileiros, perquirindo se este sistema apresentaria uma solução para mitigar os efeitos negativos causados pelos fenômenos. A pesquisa conclui que não existe resposta binária para a indagação, no sentido de que a judicialização da política e do ativismo judicial são fenômenos multifatoriais, complexos, e ligados, sobremaneira, à política, e que, por isso, reformas na legislação infraconstitucional, embora importantes, não seriam suficientes para mitigar, sozinhas, os efeitos causados por este movimento de politização da Justiça e, por consequência, de judicialização do processo decisório democrático. Finalmente, o presente estudo tem como método o hipotético dedutivo, e lança mão da revisão bibliográfica como ferramenta metodológica.

PALAVRAS-CHAVE

Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Precedentes Judiciais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present research proposes the analysis, under the focus of the Democratic State of Law, of two phenomena widely debated in the legal scope, not only Brazilian, but worldwide: it is the judicialization of politics and judicial activism. Based on the examination conducted on the movements that led to the formation of the judicialization of politics and judicial activism within Western societies, we seek to conceptualize, with a greater level of accuracy, what is meant by the phenomena. The intended conceptualization is of paramount importance, since it faces the difficulty that the plurality of meanings, often used imprecisely, imposes on law scholars. In this way, the investigation aims to contribute and enrich the debate in the national legal community. Following the conceptualization of the judicialization of politics and judicial activism, we seek to trace points of convergence and distance between the phenomena, in order to prove the hypothesis that they are not the same manifestation. Finally, the study aims to investigate the judicialization of politics and judicial activism in the light of the system of Brazilian precedents, investigating whether this system would present a solution to mitigate the negative effects caused by the phenomena. The research concludes that there is no binary answer to the question, in the sense that the judicialization of politics and judicial activism are multifactorial, complex, and closely linked to politics, and that, therefore, reforms in legislation infraconstitutional, although important, would not be enough to mitigate, alone, the effects caused by this movement of politicization of Justice and, consequently, the judicialization of the democratic decision-making process. Finally, the present study uses the hypothetical deductive method, and uses the bibliographic review as a methodological tool.

KEY WORDS

Judicial Activism. Judicialization of Politics. Judicial Precedents. Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O FENÔMENO SOB AS LENTES DA CONSTITUIÇÃO, DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	16
1.1 As origens e o conceito de Judicialização da Política	16
1.1.1 <i>A importância das Constituições no cenário pós II Guerra e o Controle de Constitucionalidade;</i>	19
1.1.2 <i>A positivação dos Direitos Sociais;</i>	28
1.2 Judicialização da Política na jurisdição constitucional brasileira pós-1988	40
CAPÍTULO 2. ATIVISMO JUDICIAL: O FENÔMENO SOB AS LENTES DA CONSTITUIÇÃO, DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	49
2.1 As origens e o conceito de Ativismo Judicial	49
2.2 Ativismo Judicial na jurisdição constitucional brasileira pós-1988.....	60
CAPÍTULO 3. O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: PONTOS DE CONVERGÊNCIA E DE AFASTAMENTO ENTRE OS FENÔMENOS, E A TENTATIVA BRASILEIRA DE MITIGAR AS SUAS PRÁTICAS POR MEIO DO SISTEMA DE PRECEDENTES	71
3.1 Os pontos de convergência e afastamento entre os conceitos	71
3.1.1 <i>Análise de casos concretos</i>	76
3.1.1.1 <i>Judicialização das políticas públicas - ADPF nº 709</i>	76
3.1.1.2 <i>Judicialização da “política pura” - ADI nº 6341</i>	80
3.1.1.3 <i>Ativismo Judicial - MI nº 4733 e ADO nº 26</i>	84
3.2 O sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015.....	89
3.3 Haveria uma possível solução para as práticas do ativismo judicial e da judicialização da política no bojo do sistema de precedentes?	94
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS	100

INTRODUÇÃO

Dentre os ramos do Direito, o direito constitucional, em particular, apresenta-se como uma área de estudo bastante complexa, com múltiplas e intrincadas facetas. Sua construção histórica (tanto no que se refere às escolas de pensamento, quanto à sua aplicabilidade prática) muito decorreu, e ainda decorre, dos acontecimentos políticos vivenciados pelas sociedades ocidentais, o que faz com que sua avaliação esteja intimamente ligada a diversos assuntos fora do campo jurídico.

Como exemplos de eventos históricos que intensamente impulsionaram mudanças no direito constitucional ocidental, podem ser citados fatos como a Revolução Russa ocorrida em 1917, que criou terreno fértil para a positivação de Direitos Sociais em âmbito constitucional (como no caso da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919); o fim da Segunda Guerra Mundial, e o conseqüente descortinamento dos horrores ocorridos durante este período; a positivação dos Direitos Humanos no campo do direito internacional; o fim de regimes ditatoriais em diversos países ao longo do final do século XX, dentre outros.

Esta estreita conexão entre Direito e realidade histórico-social possibilita que, a depender do cenário político vivenciado por cada nação, haja o desenvolvimento das mais diversas culturas constitucionais, tornando este ramo jurídico em algo tão rico e particular.

Nesse sentido, é inegável que a estruturação político-social das sociedades ocidentais que foram se formando no decorrer do século XX e início do século XXI aproximaram o Poder Judiciário de contendas que antes lhe eram inacessíveis, o que possibilitou a infiltração do decisionismo e do procedimentalismo jurídico em arenas políticas às quais não pertenciam anteriormente. Deste modo, o papel da jurisdição, e, por consequência, dos seus aplicadores - os juízes -, foi, aos poucos, ganhando novos vultos e contornos que levaram ao desenvolvimento de fenômenos jurídicos antes não experimentados - talvez, até impensáveis para as gerações anteriores.

Podem ser apontadas como manifestações decorrentes da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas o ativismo judicial e a judicialização da política, objetos de estudo da presente pesquisa.

Ao perquirirem sobre tais objetos, autores como Ran Hirschel, na esfera internacional, e Oscar Vilhena Vieira, no âmbito doméstico, descreveram esses fenômenos por intermédio de alcunhas próprias, sendo, respectivamente, o termo “*Juristocracy*” utilizado pelo primeiro autor, e “*Supremocracia*”, utilizado pelo segundo. Tais nomenclaturas constituem verdadeiras inspirações para o título dado à presente dissertação, haja vista o contraponto que se traçará entre a formação do Estado Democrático de Direito e a importância que o Poder Judicial desempenha atualmente na consecução de tal ideal de Estado. Não se pretende, entretanto, advogar favoravelmente à extinção do Estado Democrático de Direito, nem sugerir que o Poder Judiciário torne-se absoluto.

Tendo sido feitas tais considerações, conceituar o ativismo judicial e a judicialização da política, ao seu turno, apresenta-se como uma tarefa dificultosa, haja vista a vastidão de manifestações advindas desses fenômenos, bem como da pluralidade de entendimentos doutrinários dissonantes sobre o tema. Contudo, como seus próprios nomes intuem, podem ser apontados como fenômenos que levam, invariavelmente, à infiltração da Justiça em assuntos do campo moral e político.

Trata-se, pois, de substantiva alteração, tanto do ponto de vista qualitativo (a partir mudança na argumentação jurídica das decisões, que foi progressivamente reduzindo a utilização do positivismo formalista em detrimento de uma metodologia orientada por valores) quanto quantitativo (no tocante à abrangência dos temas julgados, o que levou, conseqüentemente, ao aumento dos números de casos apreciados pelo Poder Judiciário), do espaço ocupado pelas Cortes nos seus respectivos cenários sócio-políticos.

Um exemplo desta alteração na percepção acerca do tamanho e relevância do papel exercido pela jurisdição no bojo social pode ser apontada, hoje, por meio da existência de pessoas que advogam (como é o caso, em cenário brasileiro, de Luís Roberto Barroso) em defesa da conotação “iluminista” adotada pelas cortes supremas, e o papel de “empurrar a história” por elas desempenhado.

Importante, neste momento, assentar que o intuito da presente dissertação não é defender um ponto de vista específico que possa ser elegido em face aos fenômenos aqui estudados, quais sejam o ativismo judicial e a judicialização da política. Em que pese haver o reconhecimento da existência tanto de visões totalmente desfavoráveis aos movimentos, quanto visões totalmente a favor (sendo ambos os pontos de vistas passíveis de incursões críticas), o propósito

do trabalho desenvolvido é compreender os fenômenos, observando-os, de modo o mais imparcial possível, como estruturas que foram construídas no decorrer do tempo, a partir de vivências político-sociais específicas, e que muito influenciam o cenário institucional e decisório (*policy-making*) de um país. Pretende-se compilar, horizontal e sinteticamente, fragmentos de ideias e conceitos que, usualmente, encontram-se esparsos na literatura sobre o tema.

Nesse sentido, de maneira sucinta, é possível apontar como estruturas político-sociais fundamentais para o desenvolvimento do ativismo judicial e da judicialização da política o ambiente de preocupação governamental com o Estado de Bem Estar Social (também conhecido como *Welfare State*), e a consequente positivação de direitos sociais; o cenário pós-Segunda Guerra Mundial, que aproximou o mundo da positivação de garantias fundamentais e proteção dos direitos mínimos dos seres humanos; e, por fim, a grande influência exercida pela jurisprudência e ciência política norte-americana na cultura jurídico-político ao redor do mundo, principalmente após a queda da União Soviética, que, invariavelmente, deu aos EUA o cargo único de superpotência mundial.

Seguindo esta perspectiva, muito embora tenham raízes nos mesmos panoramas políticos e sociais, e também sejam frequentemente usados como sinônimos, ou então confundidos entre si, o ativismo judicial e a judicialização da política constituem-se em fenômenos com substanciais diferenças entre si.

O objetivo geral da pesquisa desvela-se, então, como sendo justamente a possibilidade de pesquisar os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, de modo a apontar suas causas e consequências (tanto no âmbito global quanto no âmbito nacional pós-promulgação da Constituição de 1988), assim como de os conceituar, com o intuito de mitigar a confusão havida entre os termos.

O objetivo específico, por sua vez, é apontar, por meio dos conceitos trabalhados ao longo da dissertação no que tange à judicialização da política e ao ativismo judicial, as diferenças e convergências entre os fenômenos, bem como perquirir se, no caso brasileiro, o sistema de precedentes poderia ser utilizado como ferramenta para mitigar os efeitos causados por este movimento de politização da Justiça e, por consequência, de judicialização do processo decisório democrático.

Noutro giro, importa explicitar que o tema escolhido para ser desenvolvido nesta dissertação vincula-se à linha de pesquisa “Direitos Humanos e Políticas Públicas”, desenvolvida pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia

Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), e com esta linha dialoga, ao colocar sob análise acadêmica as interrelações havidas, cada vez mais frequentemente, entre o Poder Judiciário e as instâncias responsáveis pelos processos decisórios (*policy-making*) dos países, além de abordar o impacto social causado pelas decisões judiciais que versem sobre questões afetas à política, orçamento, e consecução de direitos plasmados em texto constitucional.

Sob este prisma, no caso brasileiro, o ponto de contato existente entre a judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas e desenvolvimento humano encontra-se mormente (mas não só) na judicialização dos direitos sociais estampados na Constituição Federal de 1988, notadamente no artigo 6º desta Carta.

Isto porque, por se tratarem os Direitos Sociais de normas programáticas (ou seja, normas que estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas que requerem a criação de uma política cabível à satisfação dos fins propostos), necessitam de uma ação governamental para sua consecução, por meio, eminentemente, de criação e implementação de políticas públicas - responsabilidade esta delegada, em sua maior parte, ao Poder Executivo.

No entanto, em casos em que a dita ação governamental não se concretiza - seja por mora do Poder Executivo, seja por desinteresse, por ônus político demasiadamente grande, por falta de verba, entre outras coisas -, ou então se concretiza débil e/ou insuficientemente, as pretensões jurídicas dispostas na Constituição Federal se traduzem em ações de jurisdição contenciosa.

Estas ações, por seu turno, acabam por obrigar a apreciação do Poder Judiciário acerca de assuntos eminentemente políticos, o que, por consequência, induzem à infiltração do Poder Judicante nas escolhas públicas.

Deste modo, o Poder Judiciário passa a atuar em contendas de natureza política, que outrora eram direcionadas aos Poderes Executivo e Legislativo para a sua efetivação. O Judiciário busca, então, concretizar a letra da Constituição, e, assim, proporcionar o desenvolvimento humano por ela previsto e programado.

Nesta senda, o tema pesquisado representa assunto de extrema relevância e contemporaneidade, haja vista que as tensões entre os Três Poderes da República - Executivo, Legislativo e Judiciário -, especialmente no contexto brasileiro de atual crise política, econômica e de saúde pública desencadeadas pela pandemia do novo coronavírus, revela cada vez mais exposta a participação do Poder Judicante na resolução de contendas morais e políticas.

Outrossim, para atingir os objetivos propostos, far-se-á uso do método hipotético dedutivo, sendo as hipóteses de pesquisa: I - os fenômenos do ativismo judicial e judicialização da política não se confundem, embora tenham tido origem nas mesmas motivações; e II - o sistema de precedentes, embora importante, não é suficiente para refrear a expansão dos fenômenos do ativismo judicial e judicialização da política no Brasil.

Para comprovar a hipótese, a revisão bibliográfica (que inclui autores nacionais, como Luís Roberto Barroso, Oscar Vilhena Vieira, Conrado Hübner Mendes, Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento, Elival da Silva Ramos, Anna Paulo de Barcellos, Loiane Prado Verbicaro, e autores internacionais, como Mauro Cappelletti, Ran Hirschl, Hans Kelsen, Torbjörn Vallinder, C. Neal Tate, Jeremy Waldron) será utilizada como ferramenta metodológica, de forma a extrair de textos jurídicos a argumentação necessária.

A construção da dissertação dar-se-á mediante três capítulos, para além da introdução e da conclusão. O primeiro capítulo será voltado para a conceituação do tema judicialização da política, sendo, inicialmente, traçado o histórico da evolução do fenômeno de forma global, além do recorte brasileiro utilizando o lapso temporal pós-Constituição de 1988.

Continuamente, o segundo capítulo se estruturará nos mesmos moldes que o primeiro, sendo, contudo, voltado à análise do fenômeno do ativismo judicial - primeiramente será estudado o movimento no âmbito global, para, na sequência, ser aplicado o recorte brasileiro.

Por último, o capítulo terceiro se voltará para o delineamento dos pontos de convergência e de afastamento entre os movimentos de judicialização da política e do ativismo judicial, para, então, perquirir sobre a possibilidade de os precedentes judiciais se mostrarem uma alternativa viável para mitigar os efeitos dos fenômenos no bojo da sociedade brasileira.

CAPÍTULO 1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O FENÔMENO SOB AS LENTES DA CONSTITUIÇÃO, DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

1.1 As origens e o conceito de Judicialização da Política

O verbo “judicializar”, de acordo com o dicionário Priberan, significa “dar ou assumir caráter judicial; recorrer à via judicial para resolver um problema ou um diferendo”¹. Judicialização, por sua vez, representa “ato ou efeito de judicializar ou de se judicializar”². O significado da expressão “judicialização da política”, no entanto, não encontra assento no dicionário comum.

Não se trata de um termo exatamente recente. A expressão remonta, em verdade, ao início da década de 1990, tendo sido utilizada pela primeira vez, de acordo com Amandino Teixeira Nunes Junior, em um seminário realizado na Itália, em 1992, no Centro de Estudos do Poder Judiciário da Bolonha.

Ainda segundo Nunes Jr., a publicação dos estudos apresentados no referido seminário deu-se em 1994, por intermédio do artigo intitulado “*The Judicialization of Politics - A World-wide Phenomenon: Introduction*”³ [A Judicialização da Política - um fenômeno mundial: introdução], sob a organização de Torbjörn Vallinder. No ano seguinte, após a publicação da obra “*The Global Expansion of Judicial Power*” [A Expansão Global do Poder Judicial], de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, o termo “judicialização da política” entrou definitivamente para a literatura.⁴

Ocorre que conceituar esta expressão alcunhada há mais de vinte e cinco anos importa em uma intrincada tarefa, haja vista a multiplicidade de manifestações envolvidas em sua ocorrência, além da dissonância existente entre os estudiosos do tema sobre o que constituiria o movimento.

De acordo com Tate e Vallinder, os primeiros a publicarem sobre o assunto,

¹ JUDICIALIZAR, in **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa** [on-line], 2008-2020, Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/judicializar>> Acesso em 24 jul. 2020.

² JUDICIALIZAÇÃO, in **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa** [on-line], 2008-2020. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/judicializa%a7%a3o>> Acesso em 24 jul. 2020.

³ Artigo disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/019251219401500201>> Acesso em 05 nov. 2020.

⁴ NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. p. 21. Disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/26900/judicializacao_politica_brasil.pdf?sequence=4> Acesso em 12 mai. 2020.

judicialização da política (...) sugere dois significados centrais para o termo:

1. o processo pelo qual cortes e juízes venham a fazer ou a dominar cada vez mais a elaboração de políticas públicas que haviam sido feitas anteriormente (ou, acredita-se, deveriam ser feitas) por outras agências governamentais, especialmente legislaturas e executivos, e
2. o processo pelo qual os fóruns não judiciais de negociação e tomada de decisão são dominados por regras e procedimentos quase judiciais (legalismo).⁵ (tradução nossa)

Ran Hirschl, autor muito citado quando o assunto é judicialização da política e ativismo judicial, uma vez que é responsável pela publicação de um dos primeiros livros todo dedicado ao estudo do tema, intitulado “*Towards Juristocracy*”, adiciona, ao seu turno, o fato de a judicialização da política ser um fenômeno multifacetado,

que vai muito além do conceito — que se tornou corrente — de elaboração de políticas públicas por juízes, por meio de decisões sobre direitos e da remarcação judicial das fronteiras entre órgãos do Estado. A judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver.⁶

Deste modo, tendo estes aspectos anunciados em vista, cabe pontuar que foram utilizados, para a realização do presente capítulo, conceitos trazidos por autores abalizados, tanto do âmbito nacional quanto do internacional, de forma a melhor compreender a judicialização da política, além de traçar um panorama de sua construção histórica.

À luz disto, pode-se dizer que a judicialização da política - fenômeno comumente conhecido por “desvelar a dependência social face a tribunais e meios judiciais para abordar questões fundamentais de cunho moral, questões de políticas públicas e contendas políticas”⁷, e por “envolve[r] alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”^{8,9} - refere-se

⁵ “Judicialization of politics (...) suggests two core meanings for the term: 1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalism) rules and procedures”. TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: _____; VALLINDER, Torbjörn. (Ed.) **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York Press, 2005, p. 28.

⁶ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁷ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. **Oxford Handbooks Online**, [s.l.], jul 2011. p. 1. Disponível em: <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-013>> Acesso em 11 mai 2020.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p. 24, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 22 mai. 2019.

a uma das mudanças mais significativas havida no direito constitucional no período contido entre o final do século XX e início do século XXI.

Não diz respeito, contudo, a um fenômeno exclusivamente brasileiro. De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, “assiste-se em praticamente todo o mundo processo semelhante”¹⁰, haja vista o desenvolvimento histórico que levou à sua efetivação.

Tal impressão pode ser corroborada por escritos como os de Tate e Vallinder, que já haviam disposto, em meados dos anos 2000, sobre a tendência global de expansão do Poder Judicial.

Para argumentar em favor de suas impressões, Tate e Vallinder utilizam experiências plurais, vivenciadas ao redor de todo o mundo ocidental. Podem ser citados, *en passant*, como exemplos trazidos pelos autores o caso da Suprema Corte canadense, que, ao menos após a adoção da Carta de Direitos (*Charter of Rights*) de 1982, tornou-se uma importante influência nas políticas (*policies*) relacionadas à autonomia provincial e cultural, que persistentemente ameaçavam desfazer a Confederação canadense; o fato de juízes no Reino Unido estarem envolvidos crescentemente na revisão de atos discricionários emanados dos administradores de uma ampla gama de programas governamentais, a despeito de sua tradição; o caso do Judiciário italiano, que foi responsável por publicizar e processar esquemas de corrupção de larga escala, o que levou a Itália a uma grande mudança em sua estrutura política; a experiência da França e Alemanha, países nos quais os legisladores e administradores alteram rotineiramente políticas em resposta - ou então de antemão - a pronunciamentos de suas cortes constitucionais; e, por fim, a vivência de estados membros da Comunidade Europeia,

⁹ Torbjörn Vallinder compartilha destas impressões, dispondo que “thus, the judicialization of politics should normally mean, either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.” VALLINDER, Torbjörn. *The Judicialization of Politics -- A World-wide Phenomenon: Introduction*. **International Political Science Review**, [s.l.], vol. 15, nº 2, p. 91.

¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 74.

que começavam a alterar políticas domésticas como resultado de decisões do Tribunal Europeu de Justiça (*Court of the European Community*)¹¹, dentre outros.

Nesta senda, é possível traçar uma linha do tempo comum às sociedades ocidentais, no que diz respeito à cristalização da judicialização da política, como será melhor abordado nos tópicos seguintes.

1.1.1 A importância das Constituições no cenário pós II Guerra e o Controle de Constitucionalidade

Até meados do século XX - a despeito do que ocorreu nos Estados Unidos, país no qual o controle de constitucionalidade está consagrado desde 1803, por intermédio do caso *Marbury v. Madison*¹² -, prevalecia, na Europa e demais países integrantes da cultura jurídica romano-germânica, a ideia de que a Constituição seria apenas a “proclamação político-filosófica de determinado país”¹³, servindo, deste modo, somente como “inspiração para o Poder Legislativo”¹⁴.

Desta maneira, a Carta Constitucional não era tida como uma norma jurídica capaz de criar pretensões jurídicas, ou, então, com a qual o ordenamento deveria se conformar¹⁵. Até aquele momento histórico, em países ligados ao *Civil Law*, toda a

¹¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In: _____; _____. (Ed.) **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 2005, p. 3 - 4.

¹² “O caso [*Marbury v. Madison*] envolveu *writ of mandamus* proposto por William Marbury diretamente na Suprema Corte [dos EUA] em face do Secretário de Estado James Madison, com o propósito de obrigar o último a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo presidente federalista, John Adams, em seus últimos dias de mandato. Ao tomar posse em 1801, o presidente republicano, Thomas Jefferson (que havia derrotado Adams nas eleições presidenciais de 1800), ordenou a Madison a negativa de investidura de Marbury. Diante de tal recusa, Marbury utilizou a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Contudo, a Corte negou o pedido formulado no *mandamus*, sob o fundamento de que a Constituição, em seu artigo III, não lhe outorgara essa jurisdição originária, mas tão somente jurisdição e sede de recurso para julgar esse tipo de demanda. Por isso, o Congresso não podia, por meio da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, ter expandido sua jurisdição para além do estabelecido no texto constitucional. Ela reconheceu que a controvérsia atraía sua competência originária legalmente estabelecida, mas que esta era inconstitucional. Marshall constituiu o voto da Corte, portanto, não em razão da questão de fundo envolvida, e sim tendo em conta a jurisdição da Suprema Corte como uma questão constitucional e o dever do Congresso em obedecer aos limites estabelecidos na Constituição. (...) A Corte Marshall julgou inconstitucional e deixou de aplicar a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, afirmando, historicamente, o poder de *judicial review* da Suprema Corte [dos EUA].” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 51-52.

¹³ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 17.

¹⁴ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 17.

¹⁵ De acordo com Alec Stone Sweet, “in pre-World War II Europe, democratic constitutions could typically be revised at the discretion of the legislature; they prohibited review of the legality of statutes

estruturação do Estado, bem como da vida em sociedade, estava a cargo da legislação ordinária aprovada pelo Poder Legislativo, com destaque para os Códigos¹⁶.

Neste contexto, em sociedades adeptas do *Civil Law*, somente o poder legiferante tinha legitimidade para criar o direito, cabendo ao Poder Judiciário apenas aplicar, aos casos concretos entre particulares, normas anteriormente aprovadas pelos parlamentares.

“A função de decidir estaria, portanto, preponderantemente resumida a uma atividade puramente intelectual, cognitiva”¹⁷, uma vez que faria uso exclusivamente da metodologia de subsunção dos fatos à norma, sendo função do juiz meramente pronunciar a consequência contida na letra da lei, já que esta seria a expressão da razão, da justiça imanente¹⁸.

Também não havia, à época, mecanismos de controle judicial de constitucionalidade de leis, tendo em mente que estes eram vistos como “antidemocráticos, por permitirem um governo de juízes”¹⁹.

Contudo, reconhecidamente, novas formas de *constitucionalismo*²⁰ tendem a emergir sob condições históricas extraordinárias, quando as estruturas políticas, econômicas e sociais pré-existentes tenham sido enfraquecidas e/ou deslegitimadas

by the judiciary; and they did not contain substantive constraints, such as rights, on legislative authority. The rule of legislative supremacy meant that conflicts between a statute and a constitutional norm were to be either ignored by judges, or resolved in favour of the former.” SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 46.

¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 74.

¹⁷ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 119. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3046>> Acesso 10 mai. 2020.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 29. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>> Acesso 10 mai. 2020.

¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 75.

²⁰ Constitucionalismo, na visão de Sweet, “refers to the commitment, more or less operative in any polity, to the idea that the interactions that take place within it are to be governed by a set of authoritative rules—the constitutional law”. SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 20.

por crises profundas ou pela guerra. Este exemplo aplica-se perfeitamente à Alemanha e França, após o fim da II Guerra Mundial²¹.

Foi justamente com o fim da sangrenta disputa armada, e o consequente desvelamento dos horrores ocorridos durante sua vigência, que o quadro - ao menos o europeu - de debilidade constitucional começou a se alterar, com diversos países saídos do combate reconhecendo tanto a falibilidade de seus legisladores ordinários, quanto o valor jurídico de suas Constituições. Houve, neste momento, a percepção de que o Parlamento seria indispensável, porém insuficiente²².

Deste modo, a partir das gravíssimas violações a direitos humanos perpetradas pelo regime nazi-fascista, e também pela guerra em si, restou clara a importância de conter o Estado, seja mediante à restrição do governo por meio de um sistema de controles democráticos, seja pelo reconhecimento das liberdades individuais dos cidadãos.

Conrado Hübner Mendes descreve, neste panorama, a constituição como tendo adquirido contornos de uma “máquina procedimental que dilui as funções da soberania para que elas se controlem mutuamente”²³.

Foram criados, então, “mecanismos de garantia de direitos que fossem subtraídos do alcance das majorias de ocasião, para limitar os seus abusos”²⁴, concebendo, assim, a figura das Cortes Constitucionais, que ficariam encarregadas de assegurar, por intermédio da revisão judicial, a superioridade normativa da Constituição.

Neste instante, importa firmar o reconhecimento de que estas recém-criadas Cortes Constitucionais foram pensadas para serem, em sua essência, órgãos situados fora do Poder Judiciante, haja vista a sua atuação pronunciadamente política. Não obstante, embora não pertencessem originariamente ao citado Poder, é possível dispor que integravam, sim, a lógica do Judiciário, uma vez que trabalhavam com a concepção de contendas dirimidas por julgadores.

²¹ SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 38.

²² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 56.

²³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 10.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 75.

Então, neste cenário, de acordo com Hübner Mendes, “caberia ao Judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas com a finalidade de qualificar a interlocução institucional com argumentos moralmente densos”²⁵.

Nesse contexto de estabelecimento da supremacia da Constituição, o legislador não mais poderia editar leis ordinárias que desrespeitassem a Carta Magna. Caberia, deste modo, à Corte Constitucional monitorar a compatibilidade das leis com a Lei Maior, posto que

Constituição sem revisão judicial seria como o direito sem sanção, um mero conjunto de normas sem instrumento de efetivação. Direitos fundamentais, para que tenham eficácia jurídica e sejam mais do que meros postulados morais, precisam de suporte judicial²⁶.

Por conta deste panorama histórico, as Cortes Constitucionais nasceram demasiadamente atreladas a verbos como “proteger, preservar, potencializar e seus variantes”²⁷, o que, conscientemente ou não, acabou por abrir margem para críticas a este tipo de atuação jurisdicional.

Nesse sentido, Hübner Mendes apresenta apontamentos na esteira de que o sistema revisional adotado acabou por possibilitar o afloramento do “efeito negativo da revisão judicial”, que seria superestimar o papel das Cortes Constitucionais, ao passo que atrofiaria o dos outros Poderes.

De acordo com o autor,

A constituição, assim, passa a ter um único centro de gravidade, um único guardião. Os outros atores políticos vão testando impunemente os seus limites. Nenhuma condenação moral recai sobre eles porque, afinal, não têm responsabilidade de promover os valores constitucionais, mas apenas de tomar decisões políticas ordinárias. Deferem, comodamente, o escrutínio constitucional ao tribunal e abdicam da tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero.

(...)

Na prática, porém, as implicações de certas ênfases no papel messiânico do tribunal continuam a produzir uma cultura jurídica centrada nas cortes judiciais e excessivamente apegada ao “guardião da constituição”, o que acaba por empobrecer a experiência democrática.²⁸

²⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 10.

²⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 63.

²⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 56.

²⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 6.

Nesta senda, era tão evidente o ganho de poder e espaço concedidos ao Controle de Constitucionalidade no seio das sociedades ocidentais, quanto as críticas que poderiam ser feitas a esta configuração político-institucional, haja vista a necessidade de readequação imposta às instâncias majoritárias.

Noutra toada, mas ainda tratando das Cortes Constitucionais, importa consignar que, diferentemente do modelo estadunidense, onde qualquer juiz, de qualquer corte, em qualquer caso, a qualquer tempo, a pedido de qualquer parte litigante, deteria o poder de declarar a lei inconstitucional, por intermédio do *judicial review*²⁹, estas Cortes pensadas no Pós-Guerra - sob influência de sua antecedente, a Corte Constitucional da Segunda República Austríaca (1920-1934), idealizada por Hans Kelsen³⁰ - não deveriam ter jurisdição sobre disputas judiciais comuns, permanecendo estas de competência das 'cortes ordinárias' (ou seja, todas as cortes, com exceção da Corte Constitucional). Ao invés disso, "Juizes Constitucionais" (*constitutional judges*) responderiam apenas a questões constitucionais dirigidas a eles.³¹

Assim, as Cortes Constitucionais deteriam a "específica função de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos dos poderes de Estado, afirmando, sobretudo, a supremacia da Constituição"³², e, de acordo com Alec Stone Sweet, foram desenhadas para ocupar seu próprio 'espaço constitucional', sendo este algo além do político e do jurídico³³.

As Cortes Constitucionais foram pensadas para serem compostas por membros não eleitos diretamente, mas que deveriam ser escolhidos por algum

²⁹ SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 32.

³⁰ "The Austrian court was the brainchild of Hans Kelsen, an influential legal scholar who also drafted the constitution of 1920, founding the Second Republic. (...) Kelsen argued that the integrity of the legal system, which he conceived as a kind of central nervous system for the state, would only be assured if the superior status of the constitution law, atop a hierarchically ordered system of legal norms, could be guaranteed by a 'jurisdiction', or 'court-like' body. (...) Kelsen foresaw nearly all of the variations on the model now in place (...)". SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 34.

³¹ SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 34.

³² ZABOTINI, Marcelo Specian; PANUTTO, Peter. Controle de Constitucionalidade nas Constituições Brasileiras. In **As Constituições do Brasil: análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio**. Birigui: Editora Boreal, 2012. p. 274

³³ SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 34.

método do qual participassem autoridades eleitas³⁴. Depois de nomeados, juízes deveriam ganhar estabilidade e não poderiam ser retirados do cargo em razão de suas decisões. A composição das Cortes não estaria sujeita à dinâmica eleitoral e à dinâmica de alternância parlamentar³⁵.

Estas Cortes foram sendo estabelecidas progressivamente ao largo do continente europeu. De acordo com as lições de Souza Neto e Sarmiento, a Alemanha teve sua Corte Constitucional Federal instituída em 1951, após a Lei Fundamental de 1949 daquele país prever diversos mecanismos de controle de constitucionalidade. Na Itália, a Constituição de 1947 também implementou um sistema de constitucionalidade, tendo sua Corte Constitucional iniciado o seu funcionamento em 1956.

A própria França, nação berço de um modelo de constitucionalismo contrário à jurisdição constitucional, foi responsável, após a promulgação de sua Constituição em 1958, pela criação de um modelo de controle de constitucionalidade preventivo, confiado ao Conselho Constitucional. Contudo, este modelo francês também passou a adotar o controle repressivo de constitucionalidade³⁶, ao declarar, no ano de 1971, uma lei inconstitucional sob o argumento de que a dita norma violava direitos constitucionais³⁷.

Nos dizeres de Peter Panutto,

A despeito do Conselho Constitucional ser tido como um órgão político pelos franceses, tal órgão se caracteriza cada vez mais, pela sua composição, atuação e influência jurisprudencial, ao modelo de Corte Constitucional idealizado por Kelsen, presente no controle concentrado de constitucionalidade, situação que, conceitualmente, não o legitima como órgão político, mas sim jurisdicional, sobretudo após a reforma constitucional de 23.07.2008, a qual 'consagrou na França o tradicional controle abstrato de constitucionalidade, passando a permitir a denominada exceção de inconstitucionalidade (*exception d'inconstitutionnalité*) e concedendo ao Conselho Constitucional o poder para o exercício do controle repressivo'.³⁸

³⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 56.

³⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 56.

³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 75.

³⁷ SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 41.

³⁸ PANUTTO, Peter. Fiscalização de Constitucionalidade: modelos e evolução. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 79/2012, p. 241, Abr - Jun/2012.

Seguindo os moldes dos países vizinhos, ainda na década de 1970, Espanha (1978) e Portugal (1976), ambos saídos de governos autoritários, adotaram constituições mais abundantes em normas, que, por sua vez, seriam garantidas por intermédio da jurisdição constitucional.

Segundo Souza Neto e Sarmiento, o fortalecimento do direito constitucional também foi experimentado em outras partes do globo³⁹. Países recém de(s)colonizados, como Estados asiáticos e africanos, adotaram constituições protegidas por mecanismos de jurisdição constitucional. No Canadá, após a adoção, em 1982, de uma Carta de Direitos e Liberdades, houve a criação de mecanismos de controle de constitucionalidade⁴⁰.

No continente Americano, notadamente na América Latina, o processo de superação de regimes militares autoritários levou à implantação de democracias constitucionais em diversos países, como o Brasil. A consequência deste fato foi “a adoção ou ampliação das fórmulas de tutela judicial da Constituição.”⁴¹

Em suma, é possível constatar que, atualmente, a tendência global é de deferência à Constituição,

cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. (...) Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei

³⁹ De acordo com Peter Panutto, “com o término da Segunda Grande Guerra houve uma implantação generalizada do modelo concentrado dentro e fora da Europa. Além dos já mencionados Áustria, Itália e Alemanha também adotam o modelo concentrado Albânia (1998), Angola (1992 e 2010), Armênia (1995), Azerbaijão (1995), Bélgica (1989), Bielo-Rússia (1994), Bolívia (1994), Bulgária (1991), Cabo Verde (1992), Chechênia (1992), Checoslováquia (1968), Chile (1981 e 1989), Chipre (1960), Congo-Quinxasa (2006), Coreia do Sul (1987), Colômbia (1991), Croácia (1990), Equador (1979), Eslovênia (1991), Espanha (1978), Estônia (1992), Guatemala (1986), Hungria (1989), Iugoslávia (1963), Letônia (1991), Líbano (1990), Lituânia (1992), Luxemburgo (1996), Macedônia (1991), Madagascar (1992), Malta (1964), Moldova (1994), Peru (1979 e 1983), Polônia (1997), Portugal (1976 e 1982), República Checa (1993), Romênia (1991), Ruanda (1991), Rússia (1993), Síria (1973), Tailândia (1997), Taiwan (1994), Turquia (1961), Ucrânia (1996).” PANUTTO, Peter. Fiscalização de Constitucionalidade: modelos e evolução. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 79/2012, p. 240, Abr - Jun/2012.

⁴⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 75.

⁴¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 76.

Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos com base em uma ótica constitucional.⁴²

Tornou-se, então, hegemônico - embora não sem críticas⁴³ - o modelo de constitucionalismo norte-americano, que enxerga o controle jurisdicional de constitucionalidade como peça fundante de seu sistema jurídico, mas com uma diferença central: grande parte destas novas constituições que passaram a contemplar a jurisdição constitucional não corresponde a documentos sintéticos, a despeito do que ocorre com a Constituição dos Estados Unidos.⁴⁴

Neste ponto, importa consignar que, embora conservassem aspectos em comum, a atuação das Cortes Constitucionais, ao contrário do que possa parecer, não se desenvolveu uniformemente, e sua atividade não culminou, de nenhuma forma, em um procedimento padronizado. Em verdade, o modo como estas Cortes foram operadas pode ser distinta em diversas dimensões⁴⁵, a depender da cultura constitucional desenvolvida por cada país.

De acordo com Jeremy Waldron, existiriam os seguintes tipos de controle de constitucionalidade (*judicial review*): I - o forte e fraco; II - o que julga a inconstitucionalidade de normas que desrespeitem direitos individuais do mesmo modo que julga a inconstitucionalidade de normas que desrespeitem princípios como o de separação dos poderes e federalismo; III - o que avalia a constitucionalidade da norma anteriormente à sua entrada em vigência, e o que faz a análise posteriormente; e, por fim, IV - o exercido por cortes comuns, ou o exercido exclusivamente por cortes especializadas⁴⁶.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 29. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>> Acesso em 10 mai. 2020.

⁴³ Jeremy Waldron é um dos clássicos expoentes dentre os estudiosos que argumentam em desfavor o controle de constitucionalidade (*judicial review*). Para mais informações, ver WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [s. l], v. 115, Abr. 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>> Acesso em 12 mai. 2020.

⁴⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 76.

⁴⁵ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [s. l], v. 115, Abr. 2006, p.1354. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>> Acesso em 12 mai. 2020.

⁴⁶ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [s. l], v. 115, Abr. 2006, p.1354. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>> Acesso em 12 mai. 2020.

A maior distinção traçada por Waldron, no entanto, recai na “força” do controle de constitucionalidade⁴⁷. Segundo o autor, em um modelo de constitucionalidade forte, as cortes têm autoridade para declinar a aplicação de uma norma em um caso específico (muito embora a norma pudesse perfeitamente ser aplicada ao caso), ou então modificar os efeitos da norma de modo a estar em conformidade com os direitos individuais⁴⁸. Uma forma de controle de constitucionalidade ainda mais forte permitiria que uma corte retirasse a validade de uma norma permanentemente (caso do modelo brasileiro atual).

No controle de constitucionalidade fraco, por sua vez, as cortes poderiam avaliar a conformidade das normas em relação a direitos individuais, porém não poderiam deixar de aplicá-las (ou então moderar [*moderate*] sua aplicação) simplesmente porque senão, de outro modo, direitos seriam violados⁴⁹.

Conrado Hübner Mendes também aponta para diferenças nas formas de atuação das Cortes Constitucionais⁵⁰. Para o autor, existiriam I - as Cortes procedimentalistas, que somente estariam legitimadas a agir para assegurar a preservação da competição política, defendendo, com isto, os “direitos civis e políticos inerentes à competição, ao funcionamento e à manutenção dos processos decisórios”⁵¹, e II - as Cortes ativistas para a promoção de princípios de justiça, que estariam interessadas em proteger os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da democracia, de forma a proteger os direitos das minorias e impedir a ‘tirania da maioria’.

A despeito do que nos trouxe, historicamente, às mais variadas experiências de controle de constitucionalidade (seja ele exercido somente sobre normas, ou

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 115, Abr. 2006, p. 1354. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjl>> Acesso em 12 mai. 2020.

⁴⁸ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 115, Abr. 2006, p. 1354. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjl>> Acesso em 12 mai. 2020.

⁴⁹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 115, Abr. 2006, p. 1354. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjl>> Acesso em 12 mai. 2020. p. 57

⁵⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 56.

⁵¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 58.

então sobre normas e atos de gestão; seja ele integrante do Poder Judiciário, ou então fora dele), bem como às críticas que se tecem em desfavor deste sistema de revisão jurisdicional (sendo a maioria voltada para a legitimidade das Cortes em agir ativamente no cotejo de constitucionalidade das normas), o certo é que a centralidade da Constituição presente neste arranjo levou à revisão judicial contentas de cunho político e moral, além de levar o Direito, com seus jargões e procedimentos legalistas, às esferas de decisão democrática.

O controle de constitucionalidade é, pois, importante elemento constitutivo do movimento de judicialização da política, tema este a ser estudado com mais profundidade no decorrer do presente capítulo.

1.1.2 A positivação dos direitos sociais

Um segundo elemento constitutivo (que, diga-se, não se funda no controle de constitucionalidade para existir, mas se apresenta tão importante quanto ele⁵²) do fenômeno da judicialização da política pode ser apontado como a tendência, havida no cenário Pós II Guerra, de positivação dos direitos fundamentais em sede constitucional, mas, mais especificamente, a positivação, neste período, dos direitos sociais, culturais e econômicos nas Leis Maiores de diversas nações integrantes da cultura jurídica romano-germânica.

Como Cláudio Ari Mello bem dispõe,

uma das características centrais do constitucionalismo sucessivo à segunda guerra é a ênfase posta na garantia dos direitos fundamentais. É verdade que o constitucionalismo moderno esteve sempre ancorado em dois pólos básicos: a garantia dos direitos individuais do homem e a limitação do poder, do que o célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Constituição norte-americana são evidências eloqüentes. Mas se a doutrina e prática constitucionais tradicionais visaram sempre a estabelecer um equilíbrio entre a organização do poder político e a tutela dos direitos fundamentais, o constitucionalismo contemporâneo privilegiará nitidamente a garantia dos direitos, submetendo a esse fim a organização política do Estado.

⁵² Cláudio Ari Mello aponta para uma diferença substancial entre a força que motivou o surgimento dos direitos sociais e aquela que alavancou o surgimento do controle de constitucionalidade. Estes direitos seriam, em verdade, “o produto exclusivo das disfunções do capitalismo, seja por decorrer de pressões dos setores prejudicados pelo sistema econômico a partir do século XIX e sobretudo na primeira metade do século XX, seja por representar uma concessão estratégica do capital ao trabalho a fim de preservar o regime contra revoluções comunistas ou socialistas”. MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 244, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768>>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

A essa ancoragem do constitucionalismo na garantia dos direitos do homem, acrescentou-se o fenômeno da expansão quantitativa e qualitativa dos direitos considerados fundamentais⁵³.

Esta expansão “quantitativa e qualitativa” do rol dos direitos nos trouxe à positivação, em âmbito constitucional, dos chamados direitos sociais, conhecidos também por “direitos de segunda geração”⁵⁴, cujo contexto de criação remonta à primeira metade do século XX.

Para fins estruturais, importa consignar que a primeira dimensão de direitos, remissível cronologicamente (em sua formulação teórica) ao século XIX, atine aos direitos de defesa do particular perante a ação do Estado (ou também conhecidos como direitos negativos, ou direitos de liberdade), e funcionam para este como uma barreira para sua atuação. Os direitos de defesa asseguram ao indivíduo que o Estado não se intrometerá em sua esfera privada. Tais direitos foram uma resposta ao período de exceção protagonizado pelo Estado Absolutista, e se referem à pedra angular do pensamento liberal⁵⁵.

A segunda dimensão de direitos é a dos direitos sociais, que, por sua vez, relacionam-se ao trabalho, à educação, à saúde, e exigem do Estado não apenas um dever de não se intrometer na vida privada dos indivíduos, mas também um dever de intervenção, de prestação, fadado a garantir a fruição satisfatória desses direitos, numa tentativa de compensar as desigualdades sociais concretas que o capitalismo acarreta⁵⁶.

⁵³ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 240, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768>>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

⁵⁴ Importante reconhecer que o termo “gerações” de direitos carrega consigo a herança de um debate já travado em sede constitucional. Nesse sentido, “as classificações dimensionais extraem sua fonte material da evolução histórica do reconhecimento de direitos fundamentais, mas buscam superar a impropriedade que a taxionomia historicista impõe à visão adequada do fenômeno, ao compartimentar espécies de direitos em conformidade com a ordem cronológica que a espécie foi reconhecida no curso da história. Com efeito, as classificações históricas valerem-se da categoria de gerações de direitos para explicar a evolução dos direitos fundamentais, concepção que poderá ser útil à historiografia do constitucionalismo, mas que passa a errada impressão de que uma geração de direitos substitui ou sucede a anterior, quando todo o fenômeno dos direitos fundamentais na história consiste num permanente acrescentar novas espécies jusfundamentais às já reconhecidas. A história dos direitos fundamentais é uma história de densificação e ampliação, não de sucessão.” MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 243, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768>>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

⁵⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 7, vol.2, p. 123, Jan/Jun 2006. Disponível em: <<https://core.ac.uk/reader/229510826>> Acesso em 27 jul. 2020.

⁵⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 7, vol.2, p. 124, Jan/Jun 2006. Disponível em: <<https://core.ac.uk/reader/229510826>> Acesso em 27 jul. 2020.

Promovem, portanto, “um deslocamento de foco do indivíduo isolado para o indivíduo inserido em grupos que se distinguem no seio da sociedade”⁵⁷.

A terceira dimensão dos direitos, por fim, é a dos direitos ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, e se relacionam ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, dentre outros.

Inobstante esta categorização dos direitos em “dimensões”, de acordo com as lições de Walter Claudius Rothenburg,

Distinguir os direitos em categorias de acordo com a necessidade ou não de prestações pode até ter a intenção de descrever adequadamente e melhor compreender tais direitos, mas acarreta quase sempre a proposta de um regime jurídico diferenciado, que, comparado ao dos direitos fundamentais “autênticos” ou “primeiros” (os tradicionais direitos de defesa), é mais problemático, proporciona uma eficácia menor. Já os direitos de defesa seriam mais importantes e fortes que os direitos sociais, de acordo com uma perspectiva essencialista, de duvidosa racionalidade. Enquanto aqueles gozariam de uma eficácia jurídica plena, sendo compreendidos como “completos” e de incidência imediata, os direitos sociais demandariam integração (prestações). Ora, essa consequência não favorece a força normativa dos direitos qualificados como sociais, considerados “os parentes pobres dos direitos humanos”.

(...)

Como afirma Pisarello: “ao apresentar os direitos sociais como direitos tardios, desde um ponto de vista histórico, subalternos em termos axiológicos, com uma estrutura totalmente diferenciada e desvalorizados do ponto de vista jurídico, as próprias disciplinas jurídicas contribuem para fixá-los em uma condição de permanente minoridade que, como nas profecias autorrealizadas, acaba considerando-se inelutável. Impugnar e reverter esse relato, portanto, é uma garantia a mais, uma *metagarantia* teórica, se se *quiser*, dos direitos fundamentais, simultânea às diferentes práticas sociais dirigidas a assegurá-los de maneira igualitária”.⁵⁸

Sem embargo desta discussão terminológica, o certo é que, no contexto histórico do século XX, as novas constituições passaram a se apresentar como cartas ambiciosas, que incorporaram estes direitos sociais aos seus textos.

A incorporação dos direitos sociais ao âmbito constitucional de diversos países saídos do pós-Guerra não veio sem críticas. Foi seguida, por certo, de grande discussão na seara do direito constitucional, com estudiosos absortos em três pontos da teoria dos direitos fundamentais: fundamentação, a positivação e a eficácia dos direitos fundamentais do homem⁵⁹.

⁵⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº7, vol.2, p. 124, Jan/Jun 2006. Disponível em: <<https://core.ac.uk/reader/229510826>> Acesso em 27 jul. 2020.

⁵⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 26-27.

⁵⁹ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 241, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768>>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

No que tange aos direitos sociais, sua eficácia, num panorama geral, fora muito contestada. Mello dispõe que

as doutrinas políticas e econômicas neoliberais tornaram-se hegemônicas e passaram a questionar a validade da garantia dos direitos sociais e econômicos, pregando a redução e até a eliminação desses direitos. Ressurgiu, portanto, um problema de fundamentação dos direitos humanos, restrito, é verdade, à justificação da pertinência política e da fundamentalidade dos direitos sociais.

Sem embargo, é inegável que o problema central da teoria dos direitos fundamentais é a sua proteção efetiva, o que é especialmente verdadeiro em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais. Curiosamente, a doutrina constitucional, que antes do assalto neoliberal buscava superar o pessimismo com a eficácia jurídica dos direitos sociais através de importantes contribuições dogmáticas à sua proteção judicial, retomou e aprofundou esse pessimismo na ressaca da onda neoliberal, contrastando com a surgimento de soluções criativas e corajosas nas cortes judiciais, isoladas mas crescentes, visando a conferir eficácia jurídica a essa categoria de direitos.⁶⁰

Em que pese a discussão quanto à natureza das normas no tocante à sua eficácia, a inclusão dos direitos sociais no âmbito constitucional de diversos países levou, como consequência, a “uma radical mudança no papel do direito e do estado na sociedade moderna”⁶¹, dando início à era conhecida como Estado de Bem Estar Social (do inglês, *Welfare State*).

Para Mauro Cappelletti, “inicialmente, as intervenções estatais tinham principalmente natureza de preceitos legislativos, do que decorreu o fenômeno caracterizado (...) como ‘orgia das leis’”.⁶² A legislação criada durante este período - também conhecida como a legislação do *Welfare* - é bastante diferente da legislação tradicional: isto porque aquela se destina a produzir transformações na realidade social, o que a desloca, conseqüentemente, das regras de conduta para as medidas e acomodações institucionais, além de também a limitar, frequentemente, a definir a finalidade da norma e os princípios gerais.

Nesta perspectiva,

Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de *welfare* conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de ‘proteção’ e ‘repressão’. (...) [O Estado] deve fazer sua a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de *promocional*. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher,

⁶⁰ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 242, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768>>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 35.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 39.

como é típico da legislação clássica, entre ‘certo’ e ‘errado’ (...). E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de *direitos sociais* do que meramente individuais.⁶³

Desta vasta criação legislativa de cunho social, depreendeu-se a necessidade de haver a incorporação de um aparato administrativo mais complexo, com a finalidade de dar atuação prática a elas. Isto porque, tipicamente, os direitos sociais necessitam, para a sua execução, da atuação ativa do Estado, frequentemente por prolongados períodos de tempo.

Deste modo, o Estado de Bem Estar Social, que era, em sua origem, essencialmente um “estado legislativo”, transformou-se em “estado administrativo”, com o Poder Executivo se vendo compelido a efetivar os programas traçados pelas legislações sociais.

Nesse cenário de transformação social pretendida pelo estado legislativo, os juízes também se viram obrigados a “aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ‘ramo’”⁶⁴. Assim, os juízes passaram a contribuir com a tentativa do Estado de tornar efetivas as normas programáticas, ao passo que forneciam concreto conteúdo às finalidades e princípios dispostos na lei.

Ocorre que, com a criação da legislação do *Welfare* e a conseqüente contribuição fornecida pelo Poder Judiciário no que concerne à efetivação das normas programáticas, restou “manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais”⁶⁵.

No mesmo diapasão, Cappelletti dispõe que

nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais⁶⁶.

Luís Roberto Barroso acompanha a disposição de Cappelletti, consignando que “para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 41.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 42.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 42.

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 42.

judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhado do dever de justificação⁶⁷.

Desta sorte, o Poder Judiciário, que antes era reconhecido como o “Poder menos perigoso”⁶⁸ quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, passa a se fortalecer e ocupar um papel protagonista na sociedade, estando, pois, no cerne de questões políticas, haja vista ter sob sua responsabilidade tanto o manuseio das ferramentas de controle de constitucionalidade - que potencialmente levam as Cortes a solucionar uma gama de questões, que variam desde liberdade religiosa e de expressão, direitos iguais, privacidade, liberdades reprodutivas, até políticas públicas penitenciárias, de educação, de imigração, de proteção ambiental⁶⁹ - quanto a tarefa de interpretar e implementar, em casos concretos, os direitos sociais dispostos na Carta Constitucional.

Ademais, interessante apontar, no que toca ao fortalecimento paulatino do papel do Poder Judiciário na sociedade, que há quem advogue - a exemplo de Marcelo Figueiredo - no sentido de que a ascensão judicial se deu, também, como consequência imediata da expansão do sistema de mercado capitalista, tendo em vista que, para o mercado financeiro e investidores internacionais, os tribunais se mostrariam como um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, a estabilidade, a previsibilidade, quando comparados aos legisladores populares, que, ao sofrerem pressões populares e populistas, não beneficiariam tanto a economia⁷⁰.

A despeito dos motivos que levaram à judicialização da política, é certo que restou mundialmente consagrado o fenômeno.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 33. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>> Acesso em 10 mai. 2020.

⁶⁸ Em referência a Hemilton, no “The Federalist Papers - Nº 78”: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them”. Disponível em <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp>. Posteriormente, houve a publicação da obra seminal de Alexander M. Bickel, “The Least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics”, datado de 1986.

⁶⁹ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. **Oxford Handbooks Online**, [s.l.], jul 2011. p. 1. Disponível em: <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-013>> Acesso em 11 mai 2020.

⁷⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. As relações entre as cortes ou tribunais constitucionais e os demais poderes do Estado. Perspectivas brasileira e latino-americana. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 449.

De acordo com os ensinamentos de Ran Hirschl, o termo “judicialização da política” é frequentemente utilizado como uma acepção generalista que se refere a três processos inter-relacionados⁷¹.

Para o autor, as três categorias abrangentes de judicialização seriam, então: I) a infiltração de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos processos de elaboração de políticas públicas; II) a judicialização da elaboração de políticas públicas por meio do controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; e III) a judicialização da “política pura”, que seria a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos⁷².

A primeira categoria, ainda seguindo a linha de raciocínio de Hirschl, posiciona-se em nível mais abstrato, e se refere à expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política, assim como para os círculos de criação de políticas públicas. Desta maneira, assuntos que antes teriam sido negociados de maneira informal, passam a ser dominados por regras e procedimentos legais - movimento este que parece, para o autor, refletir a captura, pela lei, das relações sociais e da cultura popular⁷³. Poderia ser descrito, desta feita, como “judicialização das relações sociais”⁷⁴.

O segundo, e mais concreto, aspecto da judicialização da política seria a expansão da competência das cortes em determinar os resultados de políticas públicas, majoritariamente mediante controle de constitucionalidade de atos administrativos. Este sentido seria, via de regra, o mais utilizado quando se discute a judicialização da política.

Hirschl refere-se, nesta categoria, a decisões judiciais cujo teor versem sobre a extensão da proteção concedida a direitos constitucionais, ou sobre os limites dos

⁷¹ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. **Oxford Handbooks Online**, [s.l.], jul 2011. p. 2. Disponível em: <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-013>> Acesso em 11 mai 2020.

⁷² HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 142, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁷³ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. **Oxford Handbooks Online**, [s.l.], jul 2011. p. 3. Disponível em: <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-013>> Acesso em 11 mai 2020.

⁷⁴ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 144, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

poderes Legislativo e Executivo. Para ilustrar suas considerações, traz como exemplo o caso da Suprema Corte de Israel, que, em 1999, banuiu o uso da tortura em interrogatórios conduzidos pelo Serviço Geral de Segurança Israelense.

De acordo com o autor,

a judicialização do segundo tipo enfoca principalmente a justiça processual e a equidade formal em processos decisórios. Na medida em que é muitas vezes iniciada por pessoas comuns invocando direitos para se opor a políticas, decisões e práticas do Estado, pode também ser descrita como 'judicialização vinda de baixo'.⁷⁵

A terceira categoria de judicialização da política é, por sua vez, mais abrangente, e envolve o emprego de tribunais e juízes para lidar com o que Hirschl denominou de “megapolítica”, ou seja, “controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras.”⁷⁶

A judicialização da “megapolítica” inclui algumas subcategorias, a saber: a) judicialização de processos eleitorais; b) supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional; c) dilemas fundamentais de justiça restaurativa; d) corroboração judicial de transformações de regime político; e e) a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição da comunidade.

Importa destacar que a diferença entre a segunda e a terceira categoria da judicialização, para Hirschl, é sutil, mas importante:

Encontra-se, em parte, na distinção qualitativa entre questões primariamente de justiça processual, de um lado, e dilemas morais substantivos ou controvérsias políticas essenciais enfrentadas por toda a nação, de outro.⁷⁷

No que se refere às subcategorias da judicialização da “megapolítica”, Hirschl se vale de exemplos concretos para conceituar cada uma delas, iniciando com a chamada “judicialização de processos eleitorais”. Para o autor, esta subcategoria, como seu próprio nome intui, é marcada principalmente por “tribunais [sendo]

⁷⁵ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 144, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁷⁶ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 146, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁷⁷ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 147, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

frequentemente chamados a decidir questões como remarcação de distritos eleitorais, financiamento de campanha de partidos políticos e propaganda eleitoral”⁷⁸

Lança mão de diversos casos concretos para ilustrar o referido fenômeno, a exemplo de *Bush v. Gore*⁷⁹, caso ocorrido nas eleições de 2000 nos Estados Unidos, no qual o candidato Al Gore contestou a contagem de votos da Flórida, em face dos problemas que os eleitores enfrentaram em preencher suas cédulas de votação [*card ballots*], levando a Suprema Corte dos EUA a declarar que a contagem irregular violava a “Cláusula de Proteção Iguitária” [*Equal Protection Clause*], e, por conseguinte, concedeu a vitória naquele estado para o então candidato Bush; do caso da Corte Constitucional Russa, que impôs um limite constitucional à tentativa de terceiro mandato do presidente Boris Yeltsin; do caso em que a Suprema Corte colombiana aprovou a constitucionalidade de uma emenda que removeu da Constituição a proibição de reeleição de oficiais governamentais, permitindo assim ao presidente Álvaro Uribe se candidatar e ser reeleito para um segundo mandato⁸⁰, dentre outros.

A segunda subcategoria refere-se à “supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional”, sendo seu próprio nome bastante explicativo. O autor utiliza dos seguintes exemplos para ilustrar o fenômeno: o caso da rejeição, pela Suprema Corte do Canadá, da doutrina da “questão política” (isto é, a não apreciação judicial de questões explicitamente políticas) durante o julgamento do caso *Operation Dismantle v. A Rainha*; a decisão da Suprema Corte israelense, datada de 2004, que decidiu sobre a constitucionalidade e a compatibilidade com o direito internacional da barreira da Cisjordânia (uma polêmica rede de cercas e muros que separam Israel do território palestino); o caso das “Decisões do Pacote Econômico de Austeridade”, da Corte Constitucional húngara, no qual anulou cerca de 26 regras de um

⁷⁸ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 148, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁷⁹ BUSH V. GORE. Encyclopædia Britannica. 27 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Bush-v-Gore>> Acesso em 06 nov. 2020.

⁸⁰ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 149, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

abrangente plano econômico de emergência adotado pelo governo húngaro⁸¹ dentre outros.

A terceira subcategoria, por sua vez, refere-se aos “dilemas fundamentais de justiça restaurativa”, que trata, fundamentalmente, da (in)validação de mudanças de regime por intermédio do Judiciário. Os exemplos trazido por Hirschl são: a saga da “certificação constitucional” ocorrida na África do Sul, tendo a corte constitucional se recusado a aceitar um texto constitucional elaborado por um órgão constituinte representativo; a rejeição, pela Corte Constitucional da Coreia do Sul, do *impeachment* do presidente Roh Moo-hyun realizado pela Assembleia Nacional do país, em 2004; a restauração da Constituição de Fiji de 1997 pela Corte de Apelações de Fiji em *Fiji v. Prasad*, em 2001⁸², dentre outros.

A quarta categoria concerne à “corroboração judicial de transformações de regime político”, e diz respeito, mais especificamente, à justiça transicional ou restaurativa. Há uma

transferência cada vez mais comum, da esfera política para os tribunais, de dilemas morais e políticos fundamentais ligados a injustiças extremas e atrocidades em massa cometidas contra grupos e indivíduos historicamente desfavorecidos apresenta algumas subcategorias, cada uma refletindo diferentes noções de justiça restaurativa.⁸³

Como exemplos do fenômeno, Hirschl cita a era pós-Apartheid ocorrida na África do Sul, onde tomou lugar o julgamento do caso *Azanian Peoples’ Organization (“Azapo”) v. Presidente da República da África do Sul*, em 1996; o importante papel cumprido pelas cortes constitucionais na Europa pós-comunista no confronto com o passado por meio de julgamentos de ex-funcionários públicos acusados de atos violadores de direitos humanos; a judicialização generalizada da justiça restaurativa em países latino-americanos pós-autoritários (a exemplo do julgamento de Augusto Pinochet, ex-ditador do Chile)⁸⁴, dentre outros.

⁸¹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 151, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁸² HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 152, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁸³ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 154, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁸⁴ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 154, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

O quinto e último fenômeno, entendido como “a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição da comunidade”, é considerado, por Hirschl, como “a mais clara manifestação da judicialização generalizada de controvérsias políticas fundamentais”⁸⁵, uma vez que faz uso crescente de recursos dirigidos a tribunais para contemplarem a própria definição da comunidade.

O autor utiliza como ilustrações para essa subcategoria de judicialização da política o importante papel exercido pela Corte Constitucional Federal alemã na criação da Alemanha unificada; o grande envolvimento do Judiciário do Canadá em questões como o *status* bilíngue do país, e a decisão da Suprema Corte canadense na Consulta sobre a Secessão de Quebec; o papel central que a Corte Constitucional da Turquia exerceu na preservação da natureza estritamente secular do sistema político turco⁸⁶, dentre outros.

À luz dos exemplos fornecidos por Hirschl, é possível verificar que a relevância dos casos apresentados extrapola a função de apenas demonstrar, na prática, os modelos de judicialização da política ocorridos no cenário contemporâneo de jurisdição constitucional.

Servem, em verdade, para desvelar algo ainda mais profundo: o fato de que a supremacia judicial experimentada na atualidade não pode acontecer, ou ao menos se manter, sem o suporte tácito ou explícito de influentes atores políticos.

Sob este prisma, os determinantes políticos da judicialização desempenham um papel imprescindível na concretização deste fenômeno.

Isto posto, o certo é que o movimento de judicialização da política tem mais chances de ocorrer quando as instituições jurídicas são percebidas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como **órgãos decisórios** mais respeitáveis, imparciais e efetivos do que outras instituições governamentais consideradas “muito burocráticas” ou arenas decisórias majoritárias tidas como enviesadas.⁸⁷

⁸⁵ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 155, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁸⁶ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 155, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁸⁷ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 165, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

Também há que se considerar como fator impulsionante do movimento de judicialização da política o benefício auferido pelos políticos no ponto de vista da superação do ônus argumentativo advindo de suas escolhas polêmicas. Isto porque a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, e reduzir, com isto, os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam⁸⁸.

A judicialização da política também pode ser alimentada por “tentativas de ‘preservação hegemônica’ de grupos sociopolíticos dominantes que estejam com receio de perder seu controle sobre o exercício do poder político”⁸⁹. Neste caso, há uma delegação deliberada de função política para o Judiciário, na expectativa que este Poder solucione questões estruturantes da nação quando as visões de mundo e preferências políticas da maioria dominante passam a ser cada vez mais contestadas nas arenas decisórias majoritárias.

Como visto, os intrincados motivos e forças políticas por trás da judicialização da política fizeram com que o fenômeno se estendesse para muito além da percepção - hoje vista como insuficiente - de judicialização como sendo um controle judicial acerca da elaboração de políticas públicas. A judicialização da política passou a englobar também a “megapolítica” — processos e resultados eleitorais, justiça transicional, legitimidade de regimes, prerrogativas do Executivo, identidades coletivas e processos de construção nacional.

Finalmente, como dispõe Hirschl,

A ampla judicialização da megapolítica reflete o desaparecimento da doutrina da ‘questão política’ e impõe um sério desafio à tradicional doutrina da separação de poderes. Essa tendência marca a transição para o que chamei de “juristocracia” — um fenômeno abrangente que nenhum teórico constitucional sério, nos Estados Unidos ou no exterior, pode ignorar.⁹⁰

De fato, um fenômeno que não se pode ignorar.

⁸⁸ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 165, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁸⁹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 165, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁹⁰ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 172, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

1.2 Judicialização da Política na jurisdição constitucional brasileira pós-1988

Em virtude do seu processo histórico como colônia portuguesa, o Brasil se desenvolveu como um país integrante da cultura jurídica romano-germânica, a exemplo de seu colonizador. Como parte desta cultura, não se quedou imune às transformações havidas no campo do direito constitucional ao largo dos anos, restando certo que também veio a usufruir do novo modelo de constitucionalismo que se instalou ao redor do globo na constância do século XX.

Ocorre que, para além das causas comuns, apontadas por Ran Hirschl⁹¹, que levam à tendência mundial de judicializar a política, outros elementos estão diretamente relacionados ao modelo institucional brasileiro, sendo, portanto, particulares ao país.

Não obstante, antes que se adentre nos aspectos peculiares do fenômeno de judicialização da política em solo brasileiro, é necessário consignar a discussão havida, no país, em sede de positivação de direitos sociais na Constituição pátria, uma vez que a judicialização de assuntos eminentemente afetos a políticas públicas perpassa pela eficácia normativa destes direitos, ou seja, diz respeito à sua potencialidade em se traduzir como demandas jurídicas ou não.

Neste sentido, no Brasil, somou-se à discussão neoliberal acerca da fundamentalidade ou não dos direitos sociais a incerteza sobre a natureza da eficácia das normas que dispõem sobre eles, existindo esforços no sentido de categorizar tais normas no que toca à sua classe, quais sejam, de eficácia plena, de eficácia contida, ou de eficácia limitada⁹², como apregoa José Afonso da Silva⁹³.

Em apertada síntese, as normas de eficácia plena são aquelas que têm capacidade de gerar, “de modo autônomo, e sem a necessidade da *interpositio*

⁹¹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁹² “A mais célebre e influente classificação das normas constitucionais elaboradas no Direito Constitucional brasileiro segue sendo a de José Afonso da Silva, vetusta da década de 60, mas firme em sua estrutura lógica e na aceitação científica. (...) Como se sabe, José Afonso da Silva divide as normas constitucionais, no enfoque quanto à eficácia, em normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada”. MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 255, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768>>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1967.

legislatoris, os efeitos essenciais previstos quando da produção da norma”⁹⁴. Normas de eficácia contida são, por sua vez, “normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata que, no entanto, podem, dadas suas características imanentes, ter sua eficácia restringida posteriormente pelo legislador ordinário”⁹⁵. Por último, as normas de eficácia limitada não possuem condições normativas, desde sua edição, de emanar seus efeitos essenciais.

As normas de eficácia plena ficaram conhecidas como normas de legislação, ao passo que as de eficácia limitada foram chamadas de normas programáticas⁹⁶, isto é, que estabelecem programas a serem alcançados, mediante tarefas positivas. “Dessa forma, tais normas inseridas no texto constitucional seriam apenas ideais a conquistar, entendimento que diminui consideravelmente a sua importância jurídico-constitucional, praticamente anulando a sua eficácia”⁹⁷.

De modo a solucionar o problema de efetividade das normas programáticas, o constituinte,

Preocupado com o processo de inferiorização dessas normas, e conseqüentemente de parcela não desprezível dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, (...) elaborou, ainda que pecando na sistematização, dispositivo que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.⁹⁸

Corroborando com a ideia de auto aplicabilidade dos direitos sociais, é possível citar Walter Claudius Rothenburg, que dispõe:

Tentando sistematizar, verificamos que ora a Constituição brasileira parece preferir os direitos individuais, ora os direitos sociais, ora não faz distinção (ao utilizar termos genéricos). Com maior frequência e ênfase, no entanto, há aparente precedência dos direitos individuais. Todavia, a despeito dessa variedade de expressão textual, não se extrai, necessariamente e em linhas gerais, uma diferença de regime jurídico entre direitos individuais e direitos sociais. Ao contrário, é possível afirmar que não existem diferenças significativas entre ambos, o que autoriza classificar a Constituição brasileira como uma das que, ainda que distinga os direitos sociais no âmbito das

⁹⁴ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 256, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768>>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

⁹⁵ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 256, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768>>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

⁹⁶ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 256, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768>>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

⁹⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº7, vol.2, p. 126, Jan/Jun 2006. Disponível em: <<https://core.ac.uk/reader/229510826>> Acesso em 27 jul. 2020.

⁹⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº7, vol.2, p. 126, Jan/Jun 2006. Disponível em: <<https://core.ac.uk/reader/229510826>> Acesso em 27 jul. 2020.

expressões (texto) e da localização (topografia) dos enunciados, não faz acompanhar essa distinção, “uma vez que não há hierarquia entre as normas constitucionais”.

O reconhecimento de que existe um único regime jurídico aos direitos fundamentais em geral na Constituição brasileira, ou seja, que vale um “regime de proteção constitucional essencialmente igual às liberdades aos direitos sociais”, significa, dentre outras consequências, que também os direitos sociais são autoaplicáveis; que também são cláusulas pétreas; que também eles servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade (...).⁹⁹

Deste modo, embora não sem críticas à atuação do legislador, as normas programáticas passaram a se revestir de verdadeira pretensão justicializável, haja vista sua aplicabilidade imediata adquirida.

A justiciabilidade dos direitos sociais com base legal, como se verá, é importante componente para o processo de judicialização da política no Brasil.

Na visão de Luís Roberto Barroso, poderiam ser apontadas como grandes causas da judicialização da política no território brasileiro I) a redemocratização do país, após longos anos sob regime ditatorial; II) a constitucionalização abrangente, que trouxe à Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e/ou para a legislação ordinária; e III) sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tido pelo autor como um dos mais abrangentes do mundo¹⁰⁰.

Ernani Rodrigues de Carvalho compartilha das impressões de Barroso, adicionando às condições políticas necessárias ao surgimento da judicialização da política, por sua vez, o princípio constitucional da separação de poderes, então fortalecido pela promulgação da Constituição de 1988. Para Carvalho, as condições da judicialização seriam, mais especificamente, I) a democracia; II) a separação de poderes; III) o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; e IV) o uso dos tribunais pela oposição¹⁰¹.

No que toca à primeira causa de judicialização da política no Brasil apontada por Barroso e corroborada por Carvalho, qual seja a redemocratização do país, é sabido que, após a promulgação da nova Carta Constitucional, um importante passo

⁹⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 316.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p. 24, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 22 mai. 2019.

¹⁰¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamento para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, nº 23, p. 117-119, nov. 2004. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>> Acesso em 14 mai. 2020.

foi dado em direção à recuperação das prerrogativas da magistratura - vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios -, estampadas no artigo 95 da Constituição.

Foi justamente por meio da recuperação das garantias da magistratura que o Judiciário deixa de ser um departamento técnico-especializado e se desvela como um “verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes¹⁰²”.

Isto porque, uma vez blindado contra os possíveis arbítrios de agentes políticos capazes de remover magistrados de suas funções, o Poder Judiciário viu-se apto a proferir decisões abrangentes acerca de direitos sociais e questões políticas, tendo poder para, assim, adentrar em assuntos que precipuamente eram de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo.

Noutro giro, mas ainda inserido no tópico da redemocratização do país, Barroso defende que o ambiente democrático também “reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes”¹⁰³, o que levou, conseqüentemente, contendas de caráter político para a porta do Judiciário.

Neste mesmo contexto de consciência social a respeito de direitos, há que ser apontado como importante fator de judicialização da política no recorte brasileiro a inclusão, no texto constitucional, do direito fundamental ao acesso à justiça. Este direito abarca os seguintes aspectos: garantia de assistência judiciária integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV); a instituição dos Juizados Especiais (art. 98); a elevação da Defensoria Pública à condição de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134); e a reestruturação do papel do Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p. 24, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 22 mai. 2019.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p. 24, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 22 mai. 2019.

atribuições para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos e difusos (art. 127 e 129)¹⁰⁴.

No que se refere ao papel do Ministério Público, a nova ordem constitucional propôs uma grande mudança jurídica em relação ao regime ditatorial, e, com isso, alçou este órgão à condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Desse modo, o Ministério Público, como defensor permanente da democracia e cidadania, também passou a exercer controle sobre a Administração Pública e a ter como dever, entre outras funções, zelar pela implementação de políticas e serviços públicos de qualidade, de forma a garantir a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail, tratando mais especificamente sobre o controle das políticas públicas pelo Ministério Público, dispõe que

O MP deverá atuar quando a inércia da Administração ou o mau funcionamento do serviço público estiverem impedindo a concretização do próprio direito constitucional. Todavia, a sua fiscalização não está limitada ao exame de legalidade, como nos casos em que é possível identificar de plano o desvio de finalidade do Poder Público, de verbas, ou outro vício que torne o ato nulo, mas abrange também a análise da própria pertinência ou a adequação da política ou programa governamental aos fins a que se propõe.¹⁰⁵

Desta senda, para levar a cabo a função constitucional de defesa dos direitos a qual o Ministério Público foi incumbido, o órgão, além de ser titular privativo da ação penal pública, também teve suas atribuições, no que concerne às tutelas coletivas, ampliadas, passando a ser o responsável por promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa, na Justiça, do patrimônio público e demais interesses difusos e coletivos¹⁰⁶.

Já no que diz respeito ao segundo motivo responsável por intensificar o processo de judicialização da política no Brasil, Barroso aponta para o fenômeno da

¹⁰⁴ MOTTA, Luiz Eduardo Pereira; RUEDIGER, Marco Aurélio; RICCIO, Vicente. O acesso à justiça como objeto de política pública: o caso da defensoria pública do Rio de Janeiro. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 5, jun. 2006. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512006000200011> Acesso em 14 mai 2020.

¹⁰⁵ ISMAIL, Mona Lisa Duarte Abdo Aziz. O papel do Ministério Público no controle de políticas públicas. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 186, jan./dez. 2014. Disponível em <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-papel-do-ministerio-publico-no-controle-de-politicas-publicas>> Acesso em 14 mai. 2020.

¹⁰⁶ ISMAIL, Mona Lisa Duarte Abdo Aziz. O papel do Ministério Público no controle de políticas públicas. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 185, jan./dez. 2014. Disponível em <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-papel-do-ministerio-publico-no-controle-de-politicas-publicas>> Acesso em 14 mai. 2020.

constitucionalização abrangente, que teria trazido para a Constituição “inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”¹⁰⁷. Para o autor, a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador (em grande parte graças ao contexto histórico gerado pelo - então recente - fim de um governo ditatorial). Deste modo, o legislador trouxe para o bojo constitucional questões que antes eram deixadas a cargo do legislador infraconstitucional, ou, então, do administrador público.

Carvalho corrobora de tais impressões, acrescentando que

No Brasil, existem direitos políticos formalmente reconhecidos pela Constituição; contudo, a história do Brasil está repleta de desrespeitos à lei. Nos primeiros anos da República Velha era possível constatar-se vários exemplos de desrespeito aos direitos políticos encabeçados pelo próprio poder Executivo. Portanto, muitas vezes a existência de direitos formalmente estabelecidos não significa sua aplicação pelas autoridades competentes. Entretanto, desde a reforma constitucional de 1988, pode-se detectar um nível aceitável de obediência à lei por parte da alta hierarquia governamental, pelo menos no que diz respeito aos direitos individuais.¹⁰⁸

Desta feita, na medida em que um assunto – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – passa a ser positivado em uma norma constitucional, ele se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob o feito de ação judicial. Uma vez formulada, vê-se o Judiciário obrigado (tendo em vista que a jurisdição é inafastável) a solucionar contendas do âmbito político.

Por último, Barroso trata o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade como a terceira causa para a judicialização da política no Brasil.

A nível de conceituação, importa consignar que o Brasil adota um sistema *misto* de controle de constitucionalidade. O que significa dizer que, de acordo com esse sistema, há a coexistência entre o controle difuso (exercido por via incidental, em que qualquer juiz ou tribunal, ao julgar um caso concreto, pode, por exceção, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, cujo efeito será *inter partes*) e o controle concentrado da constitucionalidade, que é exercido por via principal, diretamente no Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p. 24, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 22 mai. 2019.

¹⁰⁸ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamento para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, nº 23, p. 118, nov. 2004. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>> Acesso em 14 mai. 2020.

Esta dualidade no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade faz do Supremo Tribunal Federal, Tribunal este eminentemente integrante do Poder Judiciário pátrio, uma figura híbrida, que tanto atua como corte de apelação (Suprema Corte), como uma corte constitucional. Neste sentido, fica claro o porquê de as discussões em sede de controle de constitucionalidade se darem no seio do Judiciário.

Não obstante, é necessário anotar que o controle de constitucionalidade não foi incluído pela primeira vez no Brasil por intermédio da Constituição de 1988. Souza Neto e Sarmento dão conta de que tal ferramenta constitucional já existia no país¹⁰⁹ desde o advento da República, quando se adotou o modelo americano de *judicial review*¹¹⁰ (que se configura como sendo a possibilidade de todos os juízes nacionais realizarem, em casos concretos, o controle de constitucionalidade de leis).

A partir da Emenda Constitucional 16/1965, ainda de acordo com Souza Neto e Sarmento, o modelo brasileiro veio a se tornar mais complexo, com a adição do controle abstrato de constitucionalidade ao já existente controle concreto, tornando o sistema pátrio misto¹¹¹, como visto acima.

Ocorre que, até 1988, o controle abstrato, inspirado na matriz kelseniana, não desempenhava relevante papel no sistema constitucional brasileiro, uma vez que

só podia ser deflagrado por iniciativa do Procurador-Geral da República, que, àquela época, era agente público livremente nomeado pelo Presidente da República e a ele politicamente subordinado. Naquele contexto, era praticamente impossível que houvesse o questionamento, no controle abstrato de constitucionalidade, de atos normativos cuja subsistência interessasse ao Governo Federal.¹¹²

¹⁰⁹ “A América Latina foi influenciada pela experiência norte-americana de controle de constitucionalidade, o que acarretou na previsão constitucional de controle difuso na República Dominicana em 1844, México em 1847, Argentina em 1860 e Brasil em 1890/1891. Fora da América Latina o modelo foi implantado no Japão, após a Segunda Grande Guerra, no Canadá em 1880 e na Europa, em países como Grécia em 1871 e 1879, Noruega em 1866, Portugal mediante Constituição de 1911, Dinamarca no início do século XX, Suíça em 1874 e Áustria em 1867.” PANUTTO, Peter. Fiscalização de Constitucionalidade: modelos e evolução. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 79/2012, p. 238, Abr - Jun/2012.

¹¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 76.

¹¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 77.

¹¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 77.

Assim sendo, o sistema brasileiro constitucional só foi significativamente fortalecido com o advento da Constituição de 1988, tendo em vista não só a ampliação do elenco dos legitimados ativos para a proposição de ações de inconstitucionalidade¹¹³, como também a introdução de novas modalidades destas.

De acordo com Barroso, “quase qualquer questão política ou moralmente relevante tem potencial de ser alçada ao Supremo Tribunal Federal”¹¹⁴, assertiva que se revela verdadeira se realizada análise dos números¹¹⁵ apresentados pela referida corte no ano de 2019. De acordo com dados apresentados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, existiam, em 2019, 31.200 processos¹¹⁶ em tramitação no tribunal até 31 de dezembro daquele ano, sendo que 6,6% deste número era composto por ações de controle de constitucionalidade (quais sejam, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

À luz deste fato, somente naquele ano existiam aproximadamente 2.059 ações de controle de constitucionalidade sob análise da Suprema Corte brasileira, ou seja, 2.059 litígios envolvendo questões como política, moral, disputas políticas, anseios sociais, dentre outros, desvelando a grande margem garantida àquela corte

¹¹³ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

(...)” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 14 mai. 2020.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p. 25, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 22 mai. 2019.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Eficiência, Responsabilidade, Transparência - Supremo Tribunal Federal 2019**. Brasília, dez. 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/presidenciaSTFPublicacoes/anexo/RelatrioSTF2019LIVROCOMPLETO18x25cmEdio2020BAIXARESOLUaO.pdf>> Acesso em 14 mai. 2020.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Eficiência, Responsabilidade, Transparência - Supremo Tribunal Federal 2019**. Brasília, dez. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/presidenciaSTFPublicacoes/anexo/RelatrioSTF2019LIVROCOMPLETO18x25cmEdio2020BAIXARESOLUaO.pdf>> Acesso em 14 mai. 2020.

para pronunciar-se a respeito de questões alheias ao direito, logo, concretizar a judicialização da política.

CAPÍTULO 2. ATIVISMO JUDICIAL: O FENÔMENO SOB AS LENTES DA CONSTITUIÇÃO, DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1 As origens e o conceito de Ativismo Judicial

Se o termo “Judicialização da Política” não é exatamente recente, tendo, como visto na constância do Capítulo 1, surgido em meados da década de 1990, o vocábulo “Ativismo Judicial” retrocede ainda mais na linha do tempo: remonta, em verdade, ao ano de 1947, quando foi usado publicamente pela primeira vez nos Estados Unidos. O responsável por cunhar o termo foi o historiador Arthur Schlesinger Jr., no artigo “*The Supreme Court: 1947*”, publicado na Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, em janeiro de 1947.¹¹⁷⁻¹¹⁸

Ironicamente, o termo “ativismo judicial”, que tanto atraiu os estudos jurídicos no século XX, e continua a atraí-los na constância do século XXI, não foi firmado em um renomado artigo jurídico, ou, então, em um proeminente voto de Ministro [*Justice*] norte-americano. Na realidade, sua estreia deu-se em um artigo destinado ao público em geral, publicado em uma popular revista, e escrito por alguém fora do campo do Direito¹¹⁹.

O intuito do artigo apresentou-se como sendo

traçar um perfil dos nove ministros da Suprema Corte americana àquele tempo, e explicar as alianças e divisões havidas entre eles. O trabalho caracterizava os Ministros Black, Douglas, Murphy e Rutlege como os ‘ativistas’ e os Ministros Frankfurter, Jackson, e Burton como os ‘campeões da autorrestrrição judicial’. O Ministro Reid e o ‘*Chief Justice*’ Vinson formavam o grupo intermediário.¹²⁰

Ademais, neste importante texto para a compreensão do que se acreditava ser o ativismo judicial em sua origem, Schlesinger Jr. apresenta o fenômeno como o oposto à “autorrestrrição judicial”, uma vez que, no caso do ativismo norte-americano,

¹¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹¹⁸ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, Vol. 92, No. 5, p. 1445, Out. 2004.

¹¹⁹ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, Vol. 92, No. 5, p. 1446, Out. 2004.

¹²⁰ “Schlesinger's article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justices Black, Douglas, Murphy, and Rutlege as the ‘Judicial Activists’ and Justices Frankfurter, Jackson, and Burton as the ‘Champions of Self Restraint’. Justice Reed and Chief Justice Vinson comprised a middle group.” KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, Vol. 92, No. 5, p. 1446, Out. 2004.

“os juízes ativistas substitu[iriam] a vontade do legislador pela própria porque acredit[avam] que deve[riam] atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias”¹²¹.

Segundo a análise de Schlesinger, os juízes ativistas tomariam “decisões de caráter político e de criação positiva do direito, orientados por seu sentido de justiça social”¹²², ao passo de os juízes “‘campeões da autorrestrição judicial’ seriam humildes na interpretação da Constituição e deferentes às decisões dos demais poderes”¹²³.

O historiador norte-americano concluiu, por fim, que “a oposição entre os juízes ativistas e os defensores da autorrestrição judicial resultava, ao final, em um conflito fundamental sobre a própria função do Judiciário em uma democracia.”¹²⁴

Neste sentido, como bem assentado por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a discussão proposta por Schlesinger estava muito mais às margens de assuntos de *caráter político-institucional* do que de caráter jurídico-metodológico, tendo em vista que “decidir sobre o ativismo ou autorrestrição judicial [seria] decidir a respeito do espaço decisório da Suprema Corte no sistema constitucional e político do país”¹²⁵. Deste modo, o ativismo revelou-se, em seus primórdios, como um assunto muito mais afeito às ciências políticas que às ciências jurídicas nos Estados Unidos, haja vista discutir a deferência do Judiciário em face à atuação do Legislativo.

Noutra senda, muito embora o termo “ativismo judicial” só tenha sido formalmente publicado em 1947, o certo é que as disputas acerca da limitação da atuação da Suprema Corte norte-americana, bem como de sua legitimidade, mostraram-se tão antigas quanto os primórdios da prática do *judicial review* em solo norte-americano.

Isto porque o *judicial review* se refere ao fenômeno de conceder “o poder à Suprema Corte e a outras cortes para anular atos legislativos que violam a

¹²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 44.

¹²² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 48.

¹²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 48.

¹²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 44.

¹²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 48.

Constituição”¹²⁶, e, deste modo, permite aos tribunais interpretar criativa e expansivamente a Constituição, aplicar diretamente os direitos fundamentais implícitos ou vagamente definidos, além de demonstrar a falta de deferência do Judiciário em face da capacidade legal e epistêmica dos outros poderes¹²⁷.

A célebre decisão responsável pela criação do *judicial review* nos EUA, como abordado no corpo do Capítulo 1 da presente dissertação, deu-se “quando o voto de Marshall afirmou o poder da Corte para julgar inconstitucional e deixar de aplicar leis federais incompatíveis face à Constituição”.^{128, 129}

De acordo com Azevedo Campos,

O caso [Marbury v. Madison] envolveu o *writ of mandamus* proposto por William Marbury diretamente na Suprema Corte em face do Secretário de Estado James Madison, com o propósito de obrigar o último a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo presidente federalista, John Adams, em seus últimos dias de mandato. Ao tomar posse em 1801, o presidente republicano, Thomas Jefferson (que havia derrotado Adams nas eleições presidenciais de 1800), ordenou a Madison a negativa de investidura de Marbury. Diante de tal recusa, Marbury utilizou a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que havia outorgado à Suprema Corte a competência originária para julgar *mandamus* contra autoridades públicas como secretários de estado do governo federal.

A Suprema Corte, liderada por Marshall, reconheceu tanto o direito de Marbury ao cargo como se tratar a hipótese de jurisdição originária na forma estabelecida na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Contudo, a Corte negou o pedido formulado no *mandamus*, sob o fundamento de que a Constituição, em seu artigo III, não lhe outorgara essa jurisdição originária, mas tão somente jurisdição em sede de recurso para julgar esse tipo de demanda. Por isso, o Congresso não podia, por meio da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, ter expandido sua jurisdição para além do estabelecido no texto

¹²⁶ “The power of the Supreme Court and of other courts to set aside legislative acts in violation of the Constitution.” WOOD, Gordon S. The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less. **Washington and Lee Law Review**. Vol. 56, Issue 3, p. 787, Jan., 1999. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1542&context=wlulr>>. Acesso em 07 nov. 2020.

¹²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 42.

¹²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 51.

¹²⁹ Importantes notas acerca da origem do *judicial review* são tecidas por Gordon S. Wood, tendo o autor disposto que, na verdade, a origem da prática estaria melhor localizada nos anos que seguiram à Corte Marshall, no pós Guerra Civil, ao final do século XIX. No entanto, não se trata de uma posição hegemônica na literatura. “These revisionist scholars contend that the origins of judicial review can best be located in the years following the Marshall Court, in the post Civil War era at the end of the nineteenth century. (...) Not until the late nineteenth century did the Supreme Court cite the Marbury decision as a precedent for judicial.” WOOD, Gordon S. The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less. **Washington and Lee Law Review**. Vol. 56, Issue 3, p. 788, Jan., 1999. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1542&context=wlulr>>. Acesso em 07 nov. 2020.

constitucional. Ela reconheceu que a controvérsia atraía sua competência originária legalmente estabelecida, mas que esta era inconstitucional.

(...)

A Corte Marshall julgou inconstitucional e deixou de aplicar a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, afirmando, historicamente, o poder de *judicial review* da Suprema Corte. A *lógica de Marshall* é por todos conhecida: a Constituição é a lei suprema, imodificável por meios ordinários, e pensamento contrário ‘subverteria o próprio fundamento de todas as constituições escritas’.¹³⁰

Após esta primeira experiência da Suprema Corte dos EUA em aplicar o *judicial review*, a possibilidade da Corte de declarar lei federal inconstitucional só foi novamente exercida meio século depois, em 1857, com o caso *Dred Scott v. Sandford*¹³¹, oportunidade na qual o *status* constitucional da escravidão foi afirmado.

Não obstante, os autores Saikrishna Prakash e John Yoo dão conta de que as primeiras críticas academicamente significantes dirigidas à instituição do *judicial review*, e, conseqüentemente, ao espaço decisório [ativista ou autorrestrito] da Suprema Corte norte-americana, ocorreram somente em meados dos anos de 1883, como resultado das diversas invalidações, por aquela Corte, de leis federais, em resposta a apelos dos movimentos Populista e Progressista norte-americanos¹³². Os Críticos da Corte [*Critics of the Court*], segundo os autores, articularam, já naqueles anos, o que hoje ficou conhecido como o “problema contramajoritário”, tendo como o argumento o fato de que o *judicial review* frustraria a vontade da maioria e que, portanto, seria anti-democrático.¹³³ Estas críticas subsistem e mostram força argumentativa até os dias de hoje, sendo o problema da legitimidade da Corte um assunto que segue vivo no campo das ciências política e jurídica norte-americanas¹³⁴.

¹³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 51-52.

¹³¹ “Dred Scott foi escravo do major do Exército, John Emerson. À medida que Emerson era remanejado para diferentes postos militares, Scott o acompanhava e, em algumas dessas oportunidades, residiu em Territórios e Estados onde a escravidão era proibida. Depois da morte de Emerson, em 1843, a viúva se recusou a entregar a Dred Scott a liberdade. Ele então a demandou (...). Em março de 1857, a [Suprema] Corte decidiu que Dred Scott não tinha legitimidade processual para discutir a liberdade nas cortes federais do país.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 54.

¹³² PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The Origins of Judicial Review, **University of Chicago Law Review**. Vol. 70, Iss. 3, Article 3, p. 894. 2003. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol70/iss3/3>> Acesso em 07 nov. 2020.

¹³³ PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The Origins of Judicial Review, **University of Chicago Law Review**. Vol. 70, Iss. 3, Article 3, p. 894. 2003. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol70/iss3/3>> Acesso em 07 nov. 2020.

¹³⁴ Conferir FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. **New York University School of Law**. Vol 73, n. 2, mai. 1998.

Ainda de acordo com Prakash e Yoo, os ataques ao *judicial review* e as discussões acerca da legitimidade e do espaço político ocupado pela Suprema Corte americana comumente se acirram em períodos de agudos conflitos políticos e constitucionais, tais quais o início da República [*Early Republic*], a Guerra Civil, o *New Deal*, e o movimento dos Direitos Civis. Para os autores, “as críticas à legitimidade do *judicial review* usualmente ocorrem quando a Corte se opõe a movimentos políticos significantes, que procuram usar o poder federal para abordar problemas sociais urgentes”¹³⁵.

Tal impressão é dividida por Azevedo Campos, para quem “a história do ativismo judicial nos Estados Unidos é marcada por um duelo político-ideológico entre conservadores e liberais *pela alma* da Suprema Corte”¹³⁶. Nesta esteira, conservadores e liberais se mostram, ambos, dispostos a utilizar o ativismo judicial, fenômeno este posto em prática, nos EUA, majoritariamente por intermédio do *judicial review*, para avançar suas agendas político-ideológicas, criticando juízes e cortes quando não se trata da sua agenda a que está sendo efetivada.

Fica evidente, portanto, que o ativismo judicial, ao menos nos Estados Unidos, não tem correlação com pautas progressistas ou conservadores, tendo em vista que é utilizado tanto para a consecução de direitos quanto para a privação destes. Também não adquire conotação hegemonicamente positiva ou negativa.

Para embasar tais afirmações, é necessário analisar a história da Suprema Corte norte-americana no transcurso do tempo.

O primeiro marco histórico¹³⁷ da Suprema Corte estadunidense comumente estudado quando o assunto é ativismo judicial é a Corte *Lochner*¹³⁸, também

¹³⁵ PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The Origins of Judicial Review, **University of Chicago Law Review**. Vol. 70, Iss. 3, Article 3, p. 982. 2003. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol70/iss3/3>> Acesso em 07 nov. 2020.

¹³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 60.

¹³⁷ É importante esclarecer, aqui, o costume que os norte-americanos têm de se referir a determinados marcos da história de sua Suprema Corte por intermédio do nome do então Ministro que presidia esta [*Chief Justice*], ou, por vezes, utilizando o nome de um caso emblemático levado a julgamento, como é a hipótese do período referido como “Corte *Lochner*”. Nesse sentido, para os norte-americanos, existiram diversas “cortes” durante a história de sua Suprema Corte, em referência à composição e à atuação daquele Tribunal em determinado período de tempo - embora tratasse, sempre, do mesmo órgão. Destacam-se, neste trabalho, a Corte *Lochner* (1895-1937), a Corte Roosevelt (1937-1953), a Corte Warren (1953-1969), a Corte Burger (1969-1986), e a Corte Rehnquist (1986-2005).

¹³⁸ “*Lochner* stands for judicial activism, understood as the constitutionalization of judicial policy preferences”. CHOUDHRY, Sujit. The *Lochner* era and comparative constitutionalism. **International**

conhecida como “*Era Lochner*”. Este marco perdurou dos anos 1897 a 1937¹³⁹, e pode ser considerado, até os dias de hoje, como um perigoso exemplo dos efeitos negativos do ativismo judicial¹⁴⁰.

O caso que dá nome a esta era, qual seja *Lochner v. New York*¹⁴¹, envolveu a invalidação de uma lei estadual que fixava o número máximo de horas que os padeiros poderiam trabalhar por turno¹⁴², e serviu para definir exatamente o que seria este período de quarenta anos de jurisprudência constitucional norte-americana¹⁴³.

Isto porque, durante este período, a Suprema Corte dos EUA anulou quase duzentas normas federais e estaduais que regulavam a mais variada gama de relações de mercado¹⁴⁴, e, com isso, a “posição da Corte em favor das poderosas corporações econômicas tornou-se uma tendência”¹⁴⁵. As invalidações mais infames de leis desta era são consideradas as invalidações de leis trabalhistas¹⁴⁶.

Azevedo Campos aponta que o perfil intervencionista, ativista e conservador na defesa do direito natural de propriedade e da liberdade de contrato da Suprema

Journal of Constitutional Law, Volume 2, Issue 1, p. 3. Jan. 2004. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/2/1/1/931069>> Acesso em 08. nov. 2020.

¹³⁹ CHOUDHRY, Sujit. The *Lochner* era and comparative constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 2, Issue 1, p. 4. Jan. 2004. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/2/1/1/931069>> Acesso em 08. nov. 2020.

¹⁴⁰ CHOUDHRY, Sujit. The *Lochner* era and comparative constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 2, Issue 1, p. 4. Jan. 2004. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/2/1/1/931069>> Acesso em 08. nov. 2020.

¹⁴¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/198/45>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

¹⁴² “A decisão [...] envolvia uma lei de Nova York que limitava as horas de trabalho dos empregados de padaria em 60 horas semanais e 10 horas diárias. A Suprema Corte declarou inconstitucional a lei por entender que ela violava a liberdade contratual protegida pela cláusula do devido processo legal da Emenda 14.” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O Judicial Review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 17, n. 3, p. 740, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8750>> Acesso 20 nov. 2020.

¹⁴³ CHOUDHRY, Sujit. The *Lochner* era and comparative constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 2, Issue 1, p. 4. Jan. 2004. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/2/1/1/931069>> Acesso em 08. nov. 2020.

¹⁴⁴ CHOUDHRY, Sujit. The *Lochner* era and comparative constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 2, Issue 1, p. 4. Jan. 2004. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/2/1/1/931069>> Acesso em 08. nov. 2020.

¹⁴⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 62.

¹⁴⁶ CHOUDHRY, Sujit. The *Lochner* era and comparative constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 2, Issue 1, p. 4-5. Jan. 2004. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/2/1/1/931069>> Acesso em 08. nov. 2020.

Corte “consolidou-se com a contínua nomeação de advogados de ferrovias e de outros poderosos setores econômicos para a Corte”¹⁴⁷.

Para o autor, “o ativismo judicial conservador da Era *Lochner* encontrou origem na estratégia do governo em estabelecer a composição da Suprema Corte (...) majoritariamente favorável aos interesses da elite econômica então dominante.¹⁴⁸”

A Era *Lochner* deparou-se com seu fim no complexo contexto social e econômico gerado pela Grande Depressão da década de 1930, momento no qual o então presidente norte-americano, Franklin Delano Roosevelt, lançou um grande programa de intervenção na economia, conhecido mundialmente como *New Deal*, com a finalidade de não só recuperar economicamente os EUA, como também proteger as classes sociais mais pobres.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no início, seguindo os mesmos princípios conservadores que a caracterizavam até então, negou a validade de três das medidas propostas pelo *New Deal*, o que causou uma grave crise constitucional. Nesse cenário de crise, e também em resposta à pressão política de Roosevelt, a Corte superou suas decisões anteriores no tocante ao programa econômico, e deixou de lado seu ativismo conservador, passando a ser deferente às medidas de reforma econômica propostas em face da Grande Depressão¹⁴⁹:

a mudança de entendimento da Suprema Corte, que era contrária ao *New Deal*, somente veio a acontecer em 1937, no caso *West Coast Hotel v. Parrish*, em que se decidiu no sentido de que a liberdade contratual não era ilimitada e que as considerações legislativas a respeito do bem-estar social justificariam certas restrições a essa liberdade, mais especificamente, proibindo salários demasiadamente mais baixos para as mulheres e declarando a constitucionalidade da lei de salário mínimo do Distrito de Colúmbia.¹⁵⁰

Nos anos que se seguiram à mudança de conduta da Suprema Corte dos Estados Unidos, devido a diversas aposentadorias e mortes de ministros [*Justices*], o então presidente Roosevelt pôde nomear, no período entre 1937 e 1943, oito

¹⁴⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 62.

¹⁴⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 62.

¹⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 64-65.

¹⁵⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O Judicial Review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 17, n. 3, p. 742, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8750>> Acesso em 20 nov. 2020.

novos membros da Corte, todos ligados ao Partido Democrata e favoráveis ao *New Deal*, pondo fim, definitivamente, ao ativismo judicial conservador da Era Lochner.¹⁵¹ Teve início, então, a Corte Roosevelt, também conhecida por *New Deal Court*.

Durante a Era Roosevelt, justamente em razão dos ministros nomeados pelo então presidente serem defensores dos princípios progressistas do *New Deal*, a Corte ganhou tons completamente novos: mostrou-se não só deferente às ações regulatórias do governo no campo econômico e social, como também compromissada com promoção de direitos e liberdades dos cidadãos:

a Suprema Corte adquiriu novo papel político-institucional: em vez de garantia aos direitos de propriedade e liberdade de contrato da classe econômica dominante, o 'novo negócio' era a proteção dos direitos e liberdades civis, principalmente, dos mais desprotegidos e menos favorecidos.¹⁵²

Estefânia Maria de Queiroz Barbosa e Katya Kozicki compartilham desta mesma impressão, dispondo no sentido de que

a Corte adota uma política de deferência à legislação em alguns casos, porém, assume um papel intervencionista e ativista quando se trata de violação aos direitos fundamentais, principalmente àqueles que protegem as minorias, pois, nesse caso, a jurisdição constitucional estaria apenas protegendo o processo democrático, o que se compatibilizaria com a ideia daqueles que defendem uma concepção procedimental de constituição.¹⁵³

O exemplo acima de superação de posicionamento da Corte deixa claro “como ações políticas, principalmente sobre a composição da Suprema Corte, podem afetar a interpretação judicial da Constituição”.¹⁵⁴

Contudo, a aplicação da doutrina da Corte *New Deal* nem sempre fora posta em prática pacificamente. Havia um patente desacordo entre o grupo “campeão da autorrestrrição judicial”, liderado pelo Justice Frankfurter, e o grupo “campeão do ativismo judicial”, liderado por Hugo Black, cada qual buscando sua própria maneira de lidar com as lições deixadas pela Corte Lochner¹⁵⁵.

¹⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 65.

¹⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 66.

¹⁵³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O Judicial Review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 17, n. 3, p. 742, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8750>> Acesso em 20 nov. 2020.

¹⁵⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 65.

¹⁵⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 66.

Sem embargos, o certo é que o período denominado “Corte Roosevelt” antecipou, ao menos em parte, o que seria o “movimento de maior ativismo liberal da história da Suprema Corte: a Corte Warren”¹⁵⁶, sendo esta Corte considerada por Barboza e Kozicki, inclusive, como “exemplo do paradigma constitucional do pós-guerra nos Estados Unidos”¹⁵⁷.

A Corte Warren teve lugar entre os anos de 1953 e 1969, e se apresentou como uma verdadeira “revolução constitucional”¹⁵⁸ na história norte-americana, responsável até mesmo pelo notável julgamento do caso *Brown v. Board of Education*¹⁵⁹, em 1954.

Ainda,

outros casos importantes, relacionados a direitos fundamentais no pós-Guerra foram julgados e protegidos pela Corte Warren. A proteção do princípio democrático como “um homem, um voto” ocorreu na decisão *Reynolds v. Sims*, ou seja, foi consolidada a ideia de que o voto deveria ser proporcionalmente igual à população e não às áreas geográficas. Do mesmo modo, o direito à privacidade foi reconhecido pela Corte Warren no caso *Griswold v. Connecticut*, no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual que proibia informações sobre controle de natalidade.¹⁶⁰

¹⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 69.

¹⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O Judicial Review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 17, n. 3, p. 742, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8750>> Acesso em 20 nov. 2020.

¹⁵⁸ “From 1953, when Earl Warren became Chief Justice, to 1969, when Earl Warren stepped down as Chief Justice, a constitutional revolution occurred. Constitutional revolutions are rare in American history. Indeed, the only constitutional revolution prior to the Warren Court was the New Deal Revolution of 1937, which fundamentally altered the relationship between the federal government and the states and between the government and the economy. Prior to 1937, there had been great continuity in American constitutional history.” HORWITZ, Morton J. The Warren Court And The Pursuit Of Justice. **Washington & Lee Law Review**, vol. 50, issue 1. p 5. Jan., 1993. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol50/iss1/4>> Acesso em 08 nov. 2020.

¹⁵⁹ “Brown v. Board of Education of Topeka was a landmark 1954 Supreme Court case in which the justices ruled unanimously that racial segregation of children in public schools was unconstitutional. Brown v. Board of Education was one of the cornerstones of the civil rights movement, and helped establish the precedent that “separate-but-equal” education and other services were not, in fact, equal at all.” HISTORY.COM EDITORS. Brown v. Board of Education. **HISTORY**. Disponível em: <<https://www.history.com/topics/black-history/brown-v-board-of-education-of-topeka>>. Acesso em: 8 Nov. 2020.

¹⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O Judicial Review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 17, n. 3, p. 742, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8750>> Acesso em 20 nov. 2020.

Esta revolução se baseou largamente na ideia de que a Constituição se tratava de um “documento vivo”¹⁶¹, ou seja, uma Constituição que “evolui conforme ocorrem mudanças nos valores e circunstâncias”.¹⁶²

Deste modo,

orientada pela ideia de igual dignidade do homem e sob a perspectiva democrático-inclusiva, a Corte Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o *status* da Suprema Corte ‘como reduto do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário’.¹⁶³

No entanto, com a aposentadoria do Presidente [*Chief Justice*] da Suprema Corte norte-americana, Earl Warren, em 1969, a “revolução constitucional” por ele chefiada foi posta em cheque, e superar os precedentes ativistas e liberais tornou-se a missão do Partido Republicano, em especial com Richard Nixon e Ronald Reagan¹⁶⁴, que viam na política de formação da Suprema Corte a forma de praticar a “contrarrevolução constitucional”.

Nesta senda, o próximo marco histórico da Suprema Corte norte-americana teve início, sendo batizado de “Corte Burger”, e teve vigência de 1969 a 1986. Contudo, não obstante o projeto presidencial de contrarreforma constitucional, tal movimento não aconteceu: “o comprometimento natural de juízes conservadores

¹⁶¹ “A decisão da Suprema Corte [no caso *Brown v. Board of Education*] acabou por proteger um grupo social e politicamente vulnerável, rompendo com a ideia de que toda interpretação deveria seguir a intenção dos *fathers* da Constituição e utilizando outros fundamentos que não jurídicos para a decisão, e o mais importante, atribuiu papel ativo ao Estado para dar cumprimento à decisão. Nesse caso específico, uma eventual consulta à população, majoritariamente racista, ou a seus representantes eleitos, em deferência ao princípio da democracia, significaria uma manutenção do *status quo* em detrimento de uma efetiva proteção a uma minoria negra. Até porque, o Judiciário encontrava-se em uma situação de imparcialidade melhor do que o Legislativo para a apreciação do caso narrado. Não teriam sido os políticos, nesse caso, imparciais, porquanto movidos por fortes questões não racionais sobre o racismo, razão pela qual não seria recomendável a postura da deferência no caso em tela. A Corte demonstrou, dessa maneira, um claro ativismo judicial intervencionista nas funções do Legislativo e também do Executivo, com o propósito de garantia de um direito fundamental prestacional, como a educação”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O Judicial Review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 17, n. 3, p. 742, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8750>> Acesso em 20 nov. 2020.

¹⁶² HORWITZ, Morton J. The Warren Court And The Pursuit Of Justice. **Washington & Lee Law Review**, vol. 50, issue 1, p. 5. Jan.,1993. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol50/iss1/4>> Acesso em 08 nov. 2020.

¹⁶³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 69.

¹⁶⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 79.

com a doutrina do *stare decisis* foi fator institucional decisivo para a Corte Burger não superar os precedentes liberais da *Warren Era*.¹⁶⁵ Inclusive, foi durante a vigência da Corte Burger o julgamento do caso *Roe v. Wade*, no qual houve o reconhecimento, em 1973, do direito constitucional ao aborto.

Neste diapasão, de acordo com impressões de Barbosa e Kozicki,

já em 1973, sob a presidência do *Chief Justice* Burger, encontra-se um novo exemplo de ativismo judicial, no qual a Suprema Corte protege direitos não enumerados na Constituição americana, com base na 9ª Emenda. (...) Foi com base nessa Emenda que a Corte Burger, no caso *Roe v. Wade*, reconheceu o direito à privacidade, não previsto expressamente na Constituição, como um direito fundamental adicional, "[...] operando uma hermenêutica em que a Constituição é, para todos os efeitos, uma obra aberta", concluindo que a mulher teria direito à interrupção voluntária da gravidez.¹⁶⁶

Deste modo, restou para o próximo presidente republicano eleito, Ronald Reagan, a sorte de alterar a jurisprudência constitucional da Suprema Corte norte-americana, fato que deu início com a saída do Presidente da Corte, Warren Burger, em 1986. Encontrando-se nesta situação, Reagan elevou William Rehnquist (o juiz mais conservador da Corte Burger) ao cargo de *Chief Justice*¹⁶⁷ [Presidente da Suprema Corte].

Sem embargo do encargo imposto a Reagan,

a Corte não cumpriu inteiramente a agenda conservadora *contrarrevolucionária*, até porque não satisfaz a principal obsessão: superar *Roe*. Ainda tomou decisões sobre direitos dos homossexuais que deixaram os conservadores furiosos. (...) Porém, é inegável, considerando o conjunto jurisprudencial da Corte Rehnquist, ter a Constituição ganhado muito mais a direção conservadora perseguida pelo Partido Republicano se comparado às decisões da Corte Burger¹⁶⁸.

Rehnquist faleceu em 2005, e um novo período histórico da Suprema Corte norte-americana o seguiu, do mesmo modo que o debate ativismo judicial *versus* autorrestrrição judicial continuou a seguir no tempo, perdurando até os dias de hoje.

Não obstante, após esta breve digressão histórica, é possível depreender que a primeira grande contribuição que o estudo das diversas eras da Suprema Corte

¹⁶⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 80-81.

¹⁶⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O Judicial Review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 17, n. 3, p. 749, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8750>> Acesso em 20 nov. 2020.

¹⁶⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 83.

¹⁶⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 86.

norte-americana apresenta é no sentido de firmar que conservadores são *igualmente dispostos* a ser ativistas, no momento em que isto serve à sua agenda ideológica.

Já a segunda contribuição é no sentido de permitir conceituar o ativismo judicial, ao menos nos moldes norte-americanos, como sendo um *fenômeno multifacetado; de origens políticas; que possibilita a postura expansiva do poder político-normativo de juízes e Cortes; que não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo; e que apresenta uma pluralidade de variáveis que limitam, favorecem, e o moldam*¹⁶⁹.

Desta feita, é possível concluir que o ativismo judicial não existe deslocado no tempo e espaço. De fato, ele só existe porque os demais Poderes criaram condições para que o fenômeno perdurasse, como visto na constância desta seção.

2.2 Ativismo Judicial na jurisdição constitucional brasileira pós-1988

Inauguralmente, importa consignar que o fenômeno do ativismo judicial não se encontra atrelado a um específico sistema jurídico, muito menos está adstrito a um único país. Refere-se, do mesmo modo que a judicialização da política, a um fenômeno de incidência global, e que, por isso, tem a necessidade de ter uma definição mais ou menos genérica, de modo a se encaixar em diversas realidades.

Como Elival da Silva Ramos bem dispõe,

porquanto a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário.¹⁷⁰

Desta maneira, as experiências de ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos são, por óbvio, muito distintas, haja vista as diferenças claras no exercício da função jurisdicional nestes países - são, inclusive, países filiados a sistemas legais distintos.

Mas, em que pese as dissimilitudes, não se pode afirmar que o estudo do ativismo judicial em solo norte-americano, bem como a história por trás de sua consagração, não nos traga importantes noções acerca deste fenômeno, até porque foi naquele país onde se deu sua teorização inicial, além de os Estados Unidos

¹⁶⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 36.

¹⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 106

representarem enorme influência na cultura, economia, e governo dos demais países do mundo.

É fundamental, contudo, reconhecer que o recorte de ativismo judicial aplicado ao Brasil adquire uma conotação muito diferente daquela que o ativismo norte-americano ostenta, tendo em vista que, nos sistemas de *civil law*, como o pátrio, a jurisprudência fica adstrita a uma moldura estabelecida para o direito pelo legislador, ao passo que, nos sistemas de *common law*, como o dos EUA, o precedente ocupa o cargo de fonte principal do Direito¹⁷¹.

Também há que se atentar para uma enorme lacuna no que concerne à história constitucional dos dois países. Como visto na constância da Seção 1 do presente capítulo, o ativismo judicial começou a ser discutido nos Estados Unidos em meados dos anos 1947, ao passo que, no Brasil, tal fenômeno pôde ser experienciado apenas após os anos de 1988, levando em conta o fim do contexto ditatorial ao qual o país estava adstrito, e a conseqüente falta de autonomia do Poder Judiciário.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos dá conta, inclusive, que a discussão acadêmica sobre o ativismo judicial apenas teria ganhado fôlego no Brasil a partir da primeira década do século XXI¹⁷²⁻¹⁷³, mais de cinquenta anos após a expressão ter sido originalmente alcinhada.

Ainda assim, malgrado o estudo sobre o ativismo judicial já tomar espaço por mais de meio século nos EUA, a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura resta sensivelmente mais fluida naquele país, tendo em conta sua tradição de *common law*, enquanto que, no Brasil, pode ser mais facilmente caracterizado como um fenômeno determinado pelo “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”¹⁷⁴.

¹⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 107.

¹⁷² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 209.

¹⁷³ De acordo com Ernani Carvalho Rodrigues, o assunto da judicialização da política teria sido introduzido no Brasil em 1997, com a publicação de artigo científico de autoria de M. F. Castro: “O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política”, na Revista Brasileira de Ciências Sociais. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamento para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, nº 23, p. 117-119, nov. 2004. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>> Acesso em 14 mai. 2020.

¹⁷⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141.

O certo é que, no Brasil, nossa versão de ativismo judicial está muito mais atrelada à matéria de interpretação constitucional que nos EUA, levando em conta que, diferentemente do que ocorre neste país, a Constituição brasileira é abundante em normas e princípios, e que muitas disposições são perpassadas pela “fluidez e decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo”¹⁷⁵.

Neste sentido, de acordo com Ramos, diante desta especificidade da atividade de interpretação e aplicação da Constituição brasileira, o ativismo judicial pátrio seria levado a cabo por mecanismos muito mais plurais que somente o *judicial review*, como ocorre no caso norte-americano:

não se deve restringir o exame do ativismo judicial [brasileiro] de natureza constitucional ao controle de constitucionalidade, ou seja, à jurisdição constitucional em sentido estrito. Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais, toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há que ser avaliada. Desse modo, o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativos-normativos, mas, também, no âmbito do controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia do Estado.¹⁷⁶

O ativismo judicial brasileiro refere-se, pois, a uma atuação judicial que distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado, e pode tomar lugar em “toda e qualquer situação de concretização de norma constitucional por órgãos do Poder Judiciário, não apenas no âmbito do controle de constitucionalidade propriamente dito”¹⁷⁷.

Complementarmente,

a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de

¹⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 143.

¹⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 143.

¹⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 202.

condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁷⁸

Em decorrência desta forma específica de ação judicial, na visão de Anderson Vichinkeski Teixeira, poderiam ser descritas como consequências:

1. Atuação como legislador positivo: é a forma mais flagrante de ativismo judicial nocivo, pois decorre de comportamento do Judiciário que tem por fim extrapolar sua condição de imparcialidade e produzir construções normativas incompatíveis até mesmo com o que as modernas técnicas hermenêuticas oferecem em termos de preenchimento de lacunas jurídicas e de resolução de conflitos entre normas.
2. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes: ocorre quando o Judiciário vai além das suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes a outros Poderes. Embora seja uma modalidade sutil de ativismo judicial, uma vez que a quase totalidade das matérias que competem aos Poderes Públicos pode em algum momento ser objeto de exame pelo Judiciário, a conduta deste encontra limites que devem ser respeitados e muitas vezes estão postos pela própria natureza da causa em julgamento.
3. Desconsideração por precedentes jurisprudenciais: ocorre quando, sobretudo em se tratando de precedentes do mesmo Tribunal, a decisão desconsidera ou colide com entendimentos consolidados em jurisprudência firmada sobre matéria análoga ou idêntica, sem que, para tanto, tenha ocorrido alguma circunstância nova a ensejar mudança de orientação jurisprudencial. Trata-se também de espécie de ativismo judicial nocivo difícil de ser caracterizada, pois as decisões judiciais são o espaço adequado para que inovações possam surgir, mas tais inovações não podem carecer de sólida fundamentação normativa (não apenas legal) e adequação às exigências do caso concreto.
4. Decisões judiciais viciadas por decisionismo político: (...) ocorre quando se busca encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial, por mais incompatível que seja com as exigências regulativas do caso concreto, apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente.¹⁷⁹

Inobstante o que pode ser descrito como atuação ativista nos dias de hoje, nem sempre o Poder Judiciário brasileiro teve abertura - ou sequer interesse - para se comportar desta forma. Pertinente estudar, pois, os caminhos percorridos por este Poder para atingir os atuais níveis de liberdade que exerce quando de sua interpretação e aplicação do texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, desde sua criação, em 1890, “enfrentou momentos de muita instabilidade política e crises institucionais, principalmente,

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p. 25-26, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em 22 mai. 2019.

¹⁷⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, Jun 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 Jan. 2021.

durante os governos de exceção e ditatoriais”¹⁸⁰. Foi somente com a Constituição de 1988 que o STF começou a ganhar autonomia, ao ser declarado, na constância do artigo 102, *caput*, como “guardião da Constituição”, e ter sido dotado de um amplo catálogo de competências originárias em sede de controle de constitucionalidade.

No entanto, durante os primeiros anos da vigência da Lei Maior brasileira, o Supremo não respondeu às suas demandas com disposição ativista. Na verdade, a própria Corte restringiu alguns de seus poderes decisórios, bem como o acesso à sua jurisdição¹⁸¹, demonstrando clara cautela diante de um novo cenário político.

Sobre este tema, importantes considerações são tecidas por Andrei Koerner com relação à posição inerte assumida pelo STF no período logo após a redemocratização do país:

o STF conformou a jurisdição constitucional de modo a limitar a frequência e o alcance de sua atuação conforme prevista pela Constituinte. Ministros do antigo regime e os de orientação liberal elaboraram um regime jurisprudencial que concorreu para a estabilização democrática e a constituição de um regime liberalizante. Ou seja, o STF combinou efetivação e neutralização de regras constitucionais segundo os domínios e o seu sentido estratégico para a direção política do governo federal, voltado às reformas liberalizantes do Estado.¹⁸²

Contudo, à medida que o século XXI se aproximava, iniciou-se o que Azevedo Campos denomina como *a era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*¹⁸³, período também batizado por Oscar Vilhena Vieira como a era da *Supremocracia*¹⁸⁴, momento em que, para este autor, o STF passou a se apresentar como “centro do sistema político brasileiro”¹⁸⁵.

¹⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 223.

¹⁸¹ “No caso do mandado de injunção, como primeiro exemplo, embora tenha decidido pelo uso independente de disciplina infraconstitucional, o Supremo acabou por limitar a utilidade do instrumento quando recusou o poder normativo de suprir diretamente as lacunas legislativas infraconstitucionais, afirmando não poder ser legislador positivo (...). Ainda, em clara postura de autorrestrição prudencial funcional, a Corte incluiu restrições objetivas à legitimidade ativa para propositura de ADI (...).” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 240-241.

¹⁸² KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, Jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso> Acesso em 09 Nov. 2020.

¹⁸³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 247.

¹⁸⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo. 4[2], p. 441-464, jul. - dez. 2008. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia>> Acesso em 09 nov. 2020.

¹⁸⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo. 4[2], p. 441, jul. - dez. 2008. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia>> Acesso em 09 nov. 2020.

Assim, neste período que se iniciava com a virada dos anos 2000, o Supremo, que, a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de corte constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro especializado, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas Emendas Constitucionais (EC) de nº. 03/93, e nº. 45/04, bem como pelas leis nº. 9.868/99 e nº. 9.882/99.

A Emenda Constitucional nº 03/93 foi a responsável pela criação da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), e previu expressamente a eficácia vinculante das decisões tomadas nesta sede, o que “trouxe consigo a ampliação do poder interpretativo e decisório do Supremo em face, principalmente, das outras instâncias judiciais”¹⁸⁶.

Com a incorporação desta modalidade de ação constitucional ao ordenamento pátrio, foi posta à disposição do STF, por vias consequenciais, mais uma ferramenta interpretativa, que acabou por franquear à Corte uma “alternativa de fulmin[ar] determinadas alternativas exegéticas consagradas pela jurisdição ordinária, a despeito de ter poupado o texto normativo do qual dimanam”¹⁸⁷. Esta ferramenta é a chamada *interpretação conforme*, dispositivo responsável por possibilitar franca

interferência sobre o conteúdo normativo dos dispositivos legais fiscalizadores, logrando impor aos operadores e destinatários do sistema jurídico determinadas variantes interpretativas ou efeitos, em detrimento de outros que, *prima facie*, deles também se poderiam extrair.¹⁸⁸

A Lei 9.868/99, por sua vez, atribuiu eficácia *erga omnes* à medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), além de prever a eficácia *erga omnes* e vinculante das decisões de mérito da ADI, algo que a Corte havia anteriormente negado. Esta lei veio para romper com a tradição de apenas declarar nula a lei inconstitucional, franqueando, agora, a possibilidade da Corte de modular os efeitos das decisões de mérito da ADC e ADI¹⁸⁹. “Trata-se da atribuição de poder

¹⁸⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 235.

¹⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 214.

¹⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 213.

¹⁸⁹ “Até o advento da Lei Federal n. 9.868, de 1 de novembro de 1999, o único modo de se contornar as consequências drásticas da invalidade absoluta do ato inconstitucional residia na ponderação de princípios e regras, antes aludida, com a preservação de situações concretas constituídas com esteio em nas normas invalidadas. O mencionado diploma legal, no entanto, nitidamente inspirado na Constituição portuguesa de 1976, contemplou a técnica da restrição temporal dos efeitos da

político-normativo substancial na medida que permite o Supremo calibrar (...) a aplicação de 'leis infraconstitucionais'"¹⁹⁰.

Noutra senda, a Lei 9.882/99 serviu para regular a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), e previu a possibilidade do STF julgar, originariamente, a lesão (ou então evitar a lesão) a preceito fundamental por ato normativo federal ou por lei federal, estadual ou municipal, mesmo se anteriores à Constituição de 1988. Com esta norma incorporada ao ordenamento jurídico, (ainda) mais matérias sensíveis poderiam ser alvo de escrutínio da Suprema Corte brasileira.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 45/04, que deu sequência aos processos políticos de empoderamento do STF, promovendo

reforma constitucional geral no Poder Judiciário, e, em particular, no controle constitucional de constitucionalidade. A emenda constitucional ampliou o rol de legitimados para a propositura de ADC (...). Constitucionalizou a eficácia vinculante das decisões de ADI (...). Todavia, os pontos mais importantes foram a criação da "súmula vinculante" e a previsão do instituto de "repercussão geral" como requisito autônomo de admissibilidade de recurso extraordinário no âmbito do controle difuso. Todas as alterações promoveram concentração ainda mais significativa de poder decisório no Supremo Tribunal Federal.¹⁹¹

No que toca às súmulas vinculantes, estas só podem ser editadas pelo Supremo Tribunal Federal se atendidos os requisitos previstos na Constituição e na Lei nº 11.417/2006, dentre as quais destacam-se: a necessidade de haver reiteradas decisões da Corte a respeito de matéria constitucional sobre a qual haja controvérsia jurídica, a aprovação do enunciado pela maioria de dois terços dos ministros. Sem embargo, importa notar que a súmula vinculante deu ao STF o poder de governar jurisdicionalmente (*rule*) não só o Poder Judiciário no Brasil¹⁹², como também a Administração Pública, demonstrando o quanto o processo de expansão do espaço político-institucional ocupado pelo STF, bem como o acesso à Corte aos cidadãos, deu-se com grande ajuda e anuência do legislador.

declaração de nulidade, presente no artigo 282, n. 4, da Carta paradigma." RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 206.

¹⁹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 235.

¹⁹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 237.

¹⁹² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo. 4[2], p. 445, jul. - dez. 2008. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia>> Acesso em 09 nov. 2020.

Sem embargo, não foi apenas a legislação que contribuiu ativamente para o processo de expansão da importância e atuação do Supremo Tribunal Federal no arranjo do Estado brasileiro. Houve também, no plano específico da realidade jurídica brasileira, um elemento eminentemente teórico¹⁹³ que participou desta equação: o chamado "neoconstitucionalismo"¹⁹⁴.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso,

o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.¹⁹⁵

Para o autor supracitado, o neoconstitucionalismo busca “ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”¹⁹⁶. Trabalha com a ideia de “papal representativo das cortes supremas, sua função iluminista e as situações em que elas podem, legitimamente, empurrar a história.”¹⁹⁷

Esta leitura do Direito, na visão crítica de Elival da Silva Ramos, leva inevitavelmente ao “exagero na valoração dos princípios constitucionais”¹⁹⁸, em um autêntico processo de “principiologização do Direito Constitucional, que passa a

¹⁹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 294.

¹⁹⁴ “O neoconstitucionalismo não chega a caracterizar um movimento ou escola, dada a falta de aglutinação de seus integrantes em torno de um corpo coerente de postulados ou de propostas, constituindo, quando muito, um viés teórico no campo do Direito Constitucional”. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 294.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 240, p.11-12, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>> Acesso em 15 dez. 2020.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 240, p.11-12, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>> Acesso em 15 dez. 2020.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>> Acesso em 10 mai. 2020.

¹⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 298.

desprezar regras em favor de princípios e deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar”.¹⁹⁹

Para Ramos, “a maior parte dos escritos nacionais associados ao ‘ideário’ do neoconstitucionalismo contemplam manifestações de um difuso moralismo político e, nesse sentido, constituem fator de impulsão ao ativismo judiciário²⁰⁰”, concepção esta que resta corroborada pelas impressões de Luís Roberto Barroso, para quem as Cortes Supremas teriam justamente a função de “empurrar a história”, como acima consignado.

Inobstante, para além das questões jurídicas apontadas como possíveis causas geradoras da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, a política em si parece ter desempenhado grande papel para a efetivação e alastramento deste ativismo judicial em solo nacional, destacadamente por dois fatores: o primeiro, e talvez maior, fator de contribuição da política para a prática do ativismo judicial no Brasil pode ser apontado como o próprio modelo político adotado pelo país, qual seja o do presidencialismo de coalizão²⁰¹, enquanto o segundo refere-se à chamada “crise de representatividade”.

No que diz respeito ao primeiro fator, Lenio Luiz Streck se posiciona no sentido de que

os desvios institucionais praticados pelo Poder Judiciário – entendidos aqui como a prática de ativismo judicial – têm relação direta com o tipo de presidencialismo existente no Brasil. As constantes dificuldades encontradas pelo governo, para constituir uma maioria parlamentar no Congresso Nacional, reforçam a instabilidade política no país e fazem com que o mau funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo acabe desaguando no Judiciário. As mesmas coalizões, que atuam no âmbito do governo, também procuram concretizar suas reivindicações por meio do Judiciário, não se preocupando muito com o fundamento jurídico das

¹⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 299.

²⁰⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300.

²⁰¹ “Essa expressão foi cunhada de forma inédita pelo cientista político Sérgio Abranches para conceituar o modelo político-institucional adotado pelo Brasil, caracterizado pelas alianças que o chefe do poder executivo promove junto às casas legislativas. Para ter sua agenda aprovada, o presidente necessita de um apoio do Congresso Nacional e a forma de conseguir esse apoio ocorre por meio das coalizões. Assim, tendo apoio no Legislativo, o Executivo não terá obstáculos para passar uma proposta.” FAGUNDES, Adriana de Sousa; VERBICADO, Loiane Prado. O presidencialismo de coalizão e a judicialização da política brasileira. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, Vol. 11, Nº 2, p. 204, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/download/106/151>> Acesso em 07 nov. 2020.

decisões. Não importa que o argumento seja de política, o fundamental é sempre ter uma decisão favorável.²⁰²

Por conta deste arranjo político, o Judiciário é forçado a se transformar em um verdadeiro Poder Moderador, tendo em vista que a “relação entre Executivo e Legislativo tende a ser conturbada, ocasionando uma verdadeira ingovernabilidade”²⁰³.

Andrei Koerner corrobora a teorização de Streck, utilizando como exemplo o caso do então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, eleito em 2002, que apreendeu o Poder Judiciário em um processo político, e o utilizou a seu favor, haja vista a fragilidade presidencial frente ao Congresso:

As eleições presidenciais de 2002 resultaram em realinhamento partidário, com a alteração da coalizão no governo. O novo governo estava em oposição ao regime governamental existente e sua proposta era modificá-lo. Contava com apoio frágil no Congresso, a presença de elites comprometidas com a coalizão derrotada no aparelho de Estado e poderia enfrentar riscos de invasão de suas prerrogativas pelos opositores. Dada a sua baixa capacidade de modificar pela via congressual a estrutura jurídica do regime governamental existente, o novo governo investiu em outras frentes.

Para contornar suas dificuldades e reforçar apoios, o governo Lula incentivou mudanças pela via judicial. Com o apoio de juristas progressistas e entidades de profissões jurídicas estatais, buscou desde logo aproximar-se das elites jurídicas e promoveu a formação de consensos, simbolizados pelos dois pactos republicanos, para a reforma do Judiciário. As ações do governo nesse campo continuaram nos anos seguintes, com mudanças na gestão e procedimentos judiciais, a promoção, pelo Ministério da Justiça, de estudos e iniciativas de reformas legislativas e o apoio do governo a entidades e movimentos de defesa e a promoção de direitos.

As reformas consolidaram o STF como jurisdição constitucional concentrada, permitiram maior controle da agenda e a ampliação dos impactos das decisões. O governo Lula sinalizou a modificação do caráter do STF, ao buscar uma composição mais plural e engajada à concretização da Constituição. Aos tradicionais critérios de escolha dos ministros segundo sua origem regional, carreira jurídica e o apoio de lideranças políticas nacionais relevantes, somaram-se atributos pessoais ou histórias de vida: gênero, etnia, atuação ou apoio a movimentos sociais.²⁰⁴

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 6, vol. 1, p. 208, mai./2013. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/856>> Acesso em 05 dez. 2020.

²⁰³ FAGUNDES, Adriana de Sousa; VERBICADO, Loiane Prado. O presidencialismo de coalizão e a judicialização da política brasileira. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, Vol. 11, Nº 2, p. 204, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/download/106/151>> Acesso em 07 nov. 2020.

²⁰⁴ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, Jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso> Acesso em 09 Nov. 2020.

Já o segundo fator de contribuição da política para a prática do ativismo judicial no Brasil, como mencionado, diz respeito à “retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas”²⁰⁵.

Justamente por conta desta retração do sistema representativo, os cidadãos socorrem-se ao sistema Judiciário para a efetivação de seus direitos, o que acaba por contribuir com a chamada crise de representatividade, na qual os jurisdicionados se sentem mais assistidos pelas Cortes do que por seus representantes eleitos. Este fator de confiança também estimula, à sua maneira, a prática do ativismo judicial.²⁰⁶

Finalmente, também é possível pensar no “capital” como fator integrante dessa intrincada equação de empoderamento paulatino do Poder Judiciário no contexto brasileiro. Isto porque,

Aos olhos dos investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas “populistas” e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica.²⁰⁷

O ativismo judicial se configura, portanto, como um fenômeno multifacetado, e que pode, sucintamente, ser entendido como o

exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias de natureza objetiva (conflitos normativos).²⁰⁸

Nesta senda, resta claro que o ativismo judicial é um processo que está muito longe de ser uma questão meramente jurídica, e envolve, como visto, vontades políticas, fatores sociais, mudanças legislativas, e, muitas vezes, resposta a anseios econômicos.

²⁰⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo. 4[2], p. 443, jul. - dez. 2008. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia>> Acesso em 09 nov. 2020.

²⁰⁶ “O ambiente favorável à ascensão do Supremo também responde a fatores sociológicos. Ainda que não todas, mas muitas das recentes decisões cruciais, que impuseram ‘deveres republicanos’ às instituições políticas ou afirmaram direitos, ‘atend[em] anseios sociais antigos, inclusive alguns que jamais tiveram condições de se articular formalmente’”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 269.

²⁰⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo. 4[2], p. 442, jul. - dez. 2008. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia>> Acesso em 09 nov. 2020.

²⁰⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

CAPÍTULO 3. O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: PONTOS DE CONVERGÊNCIA E DE AFASTAMENTO ENTRE OS FENÔMENOS, E A TENTATIVA BRASILEIRA DE MITIGAR SUAS PRÁTICAS POR MEIO DO SISTEMA DE PRECEDENTES

3.1 Os pontos de convergência e afastamento entre os conceitos

Os dois primeiros capítulos desta dissertação tiveram por objetivo estabelecer um panorama dos elementos que permitiram a ascensão - tanto no cenário político-jurídico mundial, quanto no cenário político-jurídico brasileiro - dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, para que fosse possível, ao cabo, conceituá-los com um maior nível de acuidade.

Sem embargo dos esforços realizados até aqui, é certo que os capítulos inaugurais não respondem, sozinhos, às hipóteses desta pesquisa. Servem, contudo, de verdadeira substância argumentativa para as impressões que se seguirão neste capítulo derradeiro, tendo em mente a imprescindibilidade de conceituar os fenômenos que se pretende estudar, para depois traçar pontos de convergência e de afastamento entre eles.

Desta forma, conforme se depreende da leitura dos textos antecedentes, os fenômenos da judicialização da política e ativismo judicial podem ser descritos, sucintamente, como sendo, o primeiro, a I) infiltração de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos processos de elaboração de políticas públicas; II) a judicialização da elaboração de políticas públicas por meio do controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; e III) a judicialização da “política pura”, que seria a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos;²⁰⁹ e o segundo, como a atuação judicial que distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado, e pode tomar lugar em “toda e qualquer situação de concretização de norma constitucional por órgãos do Poder Judiciário, não apenas no âmbito do controle de constitucionalidade propriamente dito”²¹⁰.

²⁰⁹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 142, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

²¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 202.

Como Luís Roberto Barroso bem dispõe, a judicialização da política e o ativismo judicial são “primos”²¹¹, ou seja, vêm da mesma família. Isto porque se fundam em motivos e momentos históricos muito semelhantes, senão idênticos. Entretanto, não dizem respeito à mesma manifestação, como melhor se elaborará na constância do texto.

Isto posto, cabe explicitar, de forma estrutural, que a análise dessa seção iniciar-se-á pelos pontos de convergência, no caso brasileiro, entre a judicialização da política e o ativismo judicial, para, após, tratar das suas diferenças e, ao final, apresentar três casos concretos que ilustrem a hipótese aqui assentada.

Seguindo a estrutura proposta, o primeiro ponto de convergência entre a judicialização da política e o ativismo judicial que convém ser abordado, por ser o mais importante, pode ser apontado como a cultura constitucional que passou a ser desenvolvida na constância do século XX, após a vivência de sangrentas disputas armadas a nível mundial. É inegável, como visto na constância dos capítulos 1 e 2, a imensa contribuição que o constitucionalismo, assim como o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, tiveram para o avanço da judicialização da política e do ativismo judicial nas culturas ocidentais - em verdade, é até mesmo razoável consignar que os movimentos só se tornaram possíveis a nível global, em grande medida, por estas mudanças ocorridas, tanto na política, quanto na prática do Direito.

Nesta seara, o controle de constitucionalidade, pautado na centralidade de um texto constitucional prolixo e desconfiado do legislador ordinário, promulgado no Brasil em um contexto pós-ditatorial, passou a ser, igualmente para ambos os fenômenos, a principal forma de acesso de contendas políticas à lógica do Judiciário brasileiro, o que possibilitou o franco crescimento dos movimentos na nossa sociedade.

Em segundo lugar, é possível apontar como ponto de convergência entre a judicialização da política e ativismo judicial não só a anuência dos demais Poderes da República para com a prática dos fenômenos, como também a utilização deles como autênticas ferramentas políticas²¹², seja porque o Executivo e o Legislativo

²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p. 25, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em 22 mai. 2019.

²¹² Ernani Rodrigues de Carvalho, confirmando estas impressões, dispõe no sentido de que “os partidos de oposição, não podendo barrar as alterações realizadas pela maioria, utilizam-se dos

escolheram deliberadamente delegar as questões políticas controvertidas para os tribunais como meio de transferir a responsabilidade pela escolha pública²¹³, seja porque o cenário de ingovernabilidade gerado pelo presidencialismo de coalizão assim demandou²¹⁴, como melhor foi explorado nos capítulos iniciais.

Ocupando o terceiro posto, por sua vez, há que ser apontada a convergência entre judicialização da política e ativismo judicial no que toca às críticas dirigidas a ambos os fenômenos, referentes, primeiro, à (i)legitimidade da Suprema Corte²¹⁵ para proferir decisões de caráter eminentemente político, e, segundo, à hipótese de ambos ferirem o Princípio da Separação dos Poderes.

No que diz respeito à primeira crítica, o grande centro da discussão parece pairar, em grande monta, sobre três problemas, que seriam: o fato de os membros do Judiciário não serem eleitos; não responderem pelas suas decisões (*accountability*); e não terem capacidade técnica para decidir sobre certos assuntos que demandam conhecimentos específicos²¹⁶. Jeremy Waldron²¹⁷ é um exemplo de estudioso que explora esta linha argumentativa em solo norte-americano.

tribunais para frear, obstaculizar e até mesmo inviabilizar as alterações em curso. É um recurso, se disponível, utilizado com frequência”. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamento para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, nº 23, p. 117-119, nov. 2004. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>> Acesso em 14 mai. 2020.

²¹³ Consultar página 41 do presente trabalho para maior aprofundamento sobre o assunto.

²¹⁴ Consultar página 72 e seguintes do presente trabalho para maior aprofundamento sobre o assunto.

²¹⁵ Sucintamente, nos dizeres de Jeremy Waldron, grande crítico do *judicial review* em solo norte-americano, “by privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.” WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [s. l], v. 115, Abr. 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjl>> Acesso em 12 mai. 2020.

²¹⁶ Luís Roberto Barroso tangencia estas críticas no artigo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, nos seguintes termos: “Três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário. 1. Riscos para a legitimidade democrática: Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. (...); 2. Risco de politização da Justiça: (...) Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias. (...) Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: a) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; b) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador respeitando a presunção de validade das leis; c) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (isto é, emana do povo e em seu nome

No tocante ao Princípio da Separação dos Poderes, importantes noções são trazidas por Elival da Silva Ramos, no sentido de que

como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de seu esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucional.

(...)

[trata-se da] descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionais atribuídas a outros Poderes.²¹⁸

Aqui importa esclarecer que, inobstante as sérias críticas tecidas em desfavor do ativismo judicial e da judicialização da política, e a honesta necessidade de debatê-las em alto nível intelectual, o presente trabalho não pretende esgotar, de nenhuma forma, este assunto, haja vista a necessidade, comum a toda pesquisa, de se estabelecer um objeto de estudo bem delimitado.

Assim sendo, dando continuidade à linha de raciocínio desta seção, temos, como último ponto de convergência entre o ativismo judicial e a judicialização da política, a consequência que ambos geram no arranjo dos Poderes republicanos: levam, invariavelmente, à *centralidade e protagonismo do Poder Judiciário* na resolução de contendas políticas e/ou de grande interesse público.

Uma vez assentadas as convergências entre o ativismo judicial e a judicialização da política, resta explorar a divergência havida entre eles. Desta forma, é possível consignar que a diferença substancial entre os fenômenos reside no *modo com que o Judiciário responde às demandas levadas à sua apreciação*: no caso da judicialização da política, as respostas buscam a *consecução* dos fins propostos em nossa Constituição ambiciosa, ou seja, há uma tentativa de transformar em realidade os direitos previamente positivados. Por outro lado, o

deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. (...) 3. A capacidade institucional do Judiciário e seus limites: A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes.” BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p. 27-30, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em 22 mai. 2019.

²¹⁷ Para mais informações, conferir: WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [s. l], v. 115, Abr. 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>> Acesso em 12 mai. 2020.

²¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118-119.

ativismo judicial responde às demandas *ampliando sua função jurisdicional* para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper advogam em sentido semelhante, somando, ainda, à impressão acima o fato de o ativismo judicial ser uma *postura* adotada pelos juízes e tribunais, ao passo que a judicialização da política seria fruto de uma *questão social*:

a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão julgante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade — característica da sociedade de massas.

(...)

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável. O ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, criado pelo Direito, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas).²¹⁹

Compartilhando deste mesmo entendimento, Armandino Teixeira Nunes Júnior, que dispõe:

Como se nota, apesar de muito próximos, os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial não se confundem. A judicialização da política, conceito mais amplo e estrutural, cuida de macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que propiciam a transferência de decisões do Executivo e do Legislativo para o Judiciário, o que resulta na ampliação das áreas de atuação dos tribunais e dos magistrados pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, escolha ou comportamento dos magistrados e dos tribunais no sentido de revisar temas e questões, *prima facie*, de competência de outros poderes, para além das balizas constitucionais.²²⁰

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 56. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>> Acesso em 17 dez. 2020.

²²⁰ NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. p. 36. Disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/26900/judicializacao_politica_brasil.pdf?sequence=4> Acesso em 12 mai. 2020.

São, pois, fenômenos parecidos, mas diferentes em sua essência, haja vista a dissimilitude fundamental na intenção dos magistrados - na judicialização da política, temos juízes preocupados com a efetividade da norma constitucional na prática, ao passo que, no ativismo judicial, os juízes estão preocupados com a ampliação de sua área de atuação.

3.1.1 Análise de casos concretos

Tendo sido apontados os pontos de convergência e de afastamento entre a judicialização da política e o ativismo judicial, resta satisfazer o objetivo de demonstrar a manifestação de cada um dos fenômenos em exemplos práticos no contexto da jurisdição brasileira.

Para tanto, foram eleitos três casos concretos recentes, todos em sede de controle de constitucionalidade, para atuarem como verdadeiros exemplos didáticos, tendo em vista que materializam com clareza os conceitos teóricos abordados na constância desta dissertação.

Estruturalmente, a análise dos exemplos casuísticos iniciar-se-á com um caso de judicialização das políticas públicas; em seguida, será realizada a análise de um caso que retrate a judicialização da “política pura”, e, por fim, um caso no qual há a incidência do ativismo judicial.

3.1.1.1 Judicialização das políticas públicas - ADPF 709

Como patente exemplo de judicialização das políticas públicas no contexto brasileiro, será utilizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709²²¹, proposta em 01 de julho de 2020 pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), em conjunto com os partidos políticos PSB, PSOL, PCdoB, Rede, PT e PDT.

Esta ação versa sobre o alastramento da pandemia da COVID-19²²² em meio às populações indígenas brasileiras, com um aumento crescente e preocupante no

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Distrito Federal, DF, 01 jul 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em 23 dez 2020.

²²² De acordo com o Ministério da Saúde, “a COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a maioria (cerca de 80%) dos pacientes com COVID-19 podem ser assintomáticos ou oligossintomáticos (poucos sintomas), e

número de infectados em terras indígenas, ao passo que o Estado estaria se quedando omissa frente ao nefasto cenário^{223,224}.

Os requerentes alegaram, em sede de petição inicial, “a falta de transparência do Estado, a subnotificação de casos e a ausência de uma política coordenada e integral dos órgãos de responsáveis pela política de saúde”²²⁵, o que acarretaria “grave afronta à dignidade da pessoa humana, aos direitos à vida e à saúde, e ao direito desses povos de viverem de acordo com os seus costumes, crenças e tradições.”²²⁶ Também trouxeram à tona a questão de invasão de terras indígenas por garimpeiros e madeireiros, e o descaso do governo para com estes temas.

Tais afrontas aos direitos fundamentais dos povos indígenas justificariam largamente os pedidos contidos na Inicial, quais sejam: instalação de barreiras sanitárias para proteção das populações isoladas e de recente contato; implantação de uma “Sala de Situação”, para subsidiar a tomada de decisões a respeito do combate à pandemia; retirada de invasores nas terras indígenas; prestação de serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS a todos os indígenas no Brasil, inclusive aos não aldeados; e a elaboração de Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros.

Em contrapartida, a Advocacia-Geral da União (AGU) manifestou-se no sentido de não conhecimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e, no mérito, pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada pelos

aproximadamente 20% dos casos detectados requer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, dos quais aproximadamente 5% podem necessitar de suporte ventilatório.” BRASIL. Ministério da Saúde. **Sobre a doença**. Saude.gov.br. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em: 3 Jan. 2021.

²²³ **Linha do tempo: A omissão do governo na tragédia indígena**. ISA - Instituto Socioambiental. Disponível em: <[²²⁴ WESTIN, Ricardo. **Atingidos pela pandemia, indígenas contam seus mortos e acusam governo de omissão**. Agência Senado. Senado Federal. Publicado em 7/8/2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/08/atingidos-pela-pandemia-indigenas-contam-seus-mortos-e-acusam-governo-de-omissao>>. Acesso em: 22 Jan. 2021.](https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/linha-do-tempo-a-omissao-do-governo-na-tragedia-indigena#:~:text=N%C3%A3o%20foi%20por%20falta%20de%20aviso.&text=Ao%20longo%20desses%20quatro%20meses,um%20cen%C3%A1rio%20de%20enorme%20subnotifica%C3%A7%C3%A3o.>>. Acesso em 22 jan 2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Petição Inicial, p. 1-89. Distrito Federal, DF, 01 jul 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em 23 dez 2020.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Manifestação da Advocacia-Geral da União, DOC. 56, p. 3. Distrito Federal, DF, 01 jul 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em 23 dez 2020.

arguentes. A instituição manifestou-se acerca dos seguintes pontos: o primeiro, de que o requisito de subsidiariedade²²⁷ inerente à ADPF não foi respeitado, o que, via de regra, levaria erroneamente a matéria a ter “acesso direto à jurisdição abstrata”²²⁸ da Suprema Corte, quando, na verdade, a disputa deveria ser discutida por meio da via difusa; o segundo, que o atendimento aos indígenas não aldeados pelo Subsistema de Saúde Indígena do SUS deverá continuar a ser responsabilidade, prioritariamente, dos Estados e municípios, tal como ocorre nas demais ações relacionadas à saúde; o terceiro, de que já havia em marcha medidas de combate à crise sanitária em terras indígenas.

Para fins desta dissertação, importa dar enfoque ao seguinte argumento utilizado pela defesa, haja vista materializar, didaticamente, as críticas no tocante à ilegitimidade da Corte em decidir sobre matérias de cunho político:

faz-se necessário que a jurisdição constitucional observe o espaço de conformação assegurado aos agentes públicos eleitos, em deferência à sua legitimidade político-democrática e ao princípio da separação dos poderes (...). Trata-se não apenas de deferência pela escolha dos representantes eleitos, mas também do reconhecimento de que outros Poderes podem ter maior aptidão para decidir sobre determinados assuntos, como ocorre no presente caso. Afinal, há que se reconhecer a primazia da atuação do Poder Executivo na elaboração e implementação de políticas públicas de saúde especialmente dirigidas às populações indígenas.²²⁹

A Procuradoria-Geral da República (PGR), ao seu turno, não se manifestou a respeito do pedido de medida cautelar, em que pese ter requerido a oportunidade de se manifestar por último, nos seguintes termos:

Em caso de relevância como o presente, é prudente – e obedece a sistemática de atuação do Ministério Público como *custos legis* – que a manifestação da Procuradoria-Geral da República se dê após a colheita dos elementos que subsidiarão as demais manifestações, necessários para posicionamento seguro e embasado em quadro fático e jurídico mais completo sobre a demanda submetida à apreciação dessa Corte.²³⁰

²²⁷ “A arguição de descumprimento de preceito fundamental somente é cabível no caso de não existir outro meio processual apto a sanar, de forma efetiva, suposta lesão a preceito fundamental”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Manifestação da Advocacia-Geral da União, DOC. 56, p. 10. Distrito Federal, DF, 01 jul 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em 23 dez 2020.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Manifestação da Advocacia-Geral da União, DOC. 56, p. 13. Distrito Federal, DF, 01 jul 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em 23 dez 2020.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Manifestação da Advocacia-Geral da União, DOC. 56, p. 26-27. Distrito Federal, DF, 01 jul 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em 23 dez 2020.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Manifestação da Procuradoria-Geral da

Contudo, não obstante os esforços argumentativos da Advocacia-Geral da União, na data de 08 de julho de 2020, a medida cautelar foi parcialmente deferida em sede de decisão monocrática, nos seguintes termos:

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

8. Determinação de criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

9. Determinação de instalação da Sala de Situação, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão.

Quanto aos povos indígenas em geral

10. A retirada de invasores das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, fica determinado, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

11. Determinação de que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas reservas estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral.

12. Determinação de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão.²³¹

Em 05 de agosto de 2020, a decisão monocrática foi referendada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Até 20 de janeiro de 2021, não houve homologação do Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19 para Povos Indígenas²³², tendo sido indeferida a homologação da terceira (e mais recente) versão do Plano em 18 de dezembro de 2020.

República, DOC. 48. Distrito Federal, DF, 01 jul 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em 23 dez 2020.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Decisão Monocrática, DOC. 95, p. 3-5. Distrito Federal, DF, 01 jul 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em 23 dez 2020.

²³² Conforme andamento processual disponível no *site*: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em 22 jan. 2021.

Sem embargo da falta de acordo havido entre os litigantes, o exemplo sucintamente retratado ilustra, de forma clara, o que se entende por judicialização das políticas públicas: cuida-se de uma situação em que direitos dispostos no texto constitucional (como o direito à saúde, à dignidade da pessoa humana, à vida), uma vez ameaçados por conta da omissão do Estado em implementar políticas públicas, tornam-se verdadeiras pretensões jurídicas, e o Judiciário, na tentativa de preservá-los, determina a consecução destas políticas públicas - o que, no caso concreto, tratou-se da implementação, por parte da União, de barreiras sanitárias em terras indígenas.

3.1.1.2 Judicialização da “Política Pura” - ADI 6341

Como retratado na constância da presente dissertação, a judicialização da política pura pode ser descrita como sendo a transferência, para serem discutidos pelos os tribunais, de assuntos claramente políticos, ao passo que as controvérsias havidas em relação a estes assuntos definiriam, e muitas vezes dividiriam, comunidades inteiras.

Para ilustrar, na prática, um caso de judicialização da política no contexto brasileiro, optou-se pelo estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341, protocolada em 23 de março de 2020, de autoria do Partido Democrático Trabalhista (PDT), que visou impugnar, parcialmente, o *caput*, os incisos I, II e VI e os §§ 8º, 9º, 10 e 11 do artigo 3º da Lei Federal nº 13.979/2020, com redação da Medida Provisória nº 926/2020²³³, e, por arrastamento, do ato que as regulamenta (Decreto nº 10.282/2020).

As alterações promovidas pela Medida Provisória foram incorporadas à Lei Federal da seguinte forma:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I – isolamento;

II – quarentena;

(...)

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

²³³ BRASIL. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 mar de 2020, seção 1, pág. 1.

- a) entrada e saída do País; e
- b) locomoção interestadual e intermunicipal;
- (...)

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

§ 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.²³⁴

Compete elucidar que a ação em comento teve por pano de fundo a mesma pandemia que dá o tom à primeira ação analisada nesta dissertação, qual seja, a pandemia da COVID-19, que impiedosamente se alastrou pelo país durante o ano de 2020, e vem, desde então, ceifando um grande número de vidas.

Também teve por pano de fundo a tensão política havida entre governadores estaduais - mais especificamente o governador de São Paulo, João Dória (PSDB-SP), e o então governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel (PSC-RJ) - e o presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, causada, em grande monta, pelas discrepâncias entre as estratégias de combate à pandemia proposta pelos governantes (com o presidente, de um lado, defendendo normas mais brandas de isolamento, e incentivando a população a manter as atividades econômicas funcionando indiscriminadamente; e os governantes estaduais, de outro, defendendo normas mais severas de isolamento, assim como o fechamento de todo o comércio não-essencial).

A disputa pelo protagonismo na tomada de medidas que visassem o combate à pandemia da COVID-19, que tanto dividiu a sociedade brasileira, foi reputada pela mídia como uma “prévia da disputa eleitoral de 2022”²³⁵, e que, nesse sentido, a Medida Provisória nº 926 editada pelo presidente seria uma resposta política aos

²³⁴ BRASIL. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 mar de 2020, seção 1, pág. 1.

²³⁵ URIBE, Gustavo; RODRIGUES, Artur. **MP de Bolsonaro sobre coronavírus é o primeiro contra ataque a governadores**. Folha de São Paulo, São Paulo, ano 100, nº 33.226. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/em-resposta-a-witzel-bolsonaro-edita-medidasobre-competencia-federal-em-estradas-e-aeroportos.shtml>> Acesso em 23 dez. 2020.

ataques dos governadores^{236,237} no tocante à ação insuficiente de Jair Bolsonaro em face à crise sanitária generalizada.

Seria uma medida com fins eminentemente políticos, por meio da qual o presidente retiraria dos governadores e prefeitos toda autonomia e protagonismo no combate ao alastramento da doença, forçando-os a perder, por consequência, força e relevância política.

Sem embargo das intenções do presidente, em resposta à edição da Medida Provisória nº 926, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341, com pedido de medida cautelar.

As normas jurídicas impugnadas na ação tinham por objetivo inovar no que toca às “providências de polícia sanitária e aos respectivos legitimados para adotá-las no enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus”²³⁸.

O partido político autor da ação tomou por base dois argumentos para sustentar seu pleito de inconstitucionalidade das normas guerreadas: a inconstitucionalidade formal da norma jurídica impugnada, haja vista que a Medida Provisória dispôs sobre matéria reservada à lei complementar (a redistribuição de poderes de polícia sanitária por meio de Medida Provisória interferiria nos contornos do regime de cooperação entre os entes federativos); e a inconstitucionalidade material, haja vista a ofensa à autonomia federativa, dada a subtração de competência administrativa comum dos Estados, Distrito Federal e municípios.

Em 24 de março de 2020, houve deferimento parcial da liminar pretendida pelo autor, no sentido de “tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”²³⁹ dos entes federados no combate à pandemia.

²³⁶ O BRASILIANISTA. **Coronavírus aumenta tensão entre governadores e Bolsonaro**. O Brazilianista. Disponível em: <<https://obrazilianista.com.br/2020/03/23/coronavirus-aumenta-tensao-entre-governadores-e-bolsonaro/>>. Acesso em: 3 Jan. 2021.

²³⁷ SHALDERS, André. **Coronavírus: governadores são principais rivais de Bolsonaro nas redes, diz levantamento** - BBC News Brasil. BBC News Brasil. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52192736>>. Acesso em: 3 Jan. 2021.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, DF, 23 mar 2020. Petição Inicial, p. 3. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>> Acesso em 28 dez. 2020.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, DF, 23 mar 2020. DOC. 12: decisão monocrática, p. 5. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>> Acesso em 28 dez. 2020.

No mesmo dia, foram interpostos, por parte da Advocacia-Geral da União, Embargos de Declaração, que argumentou no sentido de que

Embora afirme que a competência dos Estados e Municípios deva ser exercida nos termos do artigo 24 da Constituição, a decisão não é categórica quanto i) à possibilidade de os Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecerem quais são as atividades e serviços públicos essenciais e ii) à possibilidade de que as medidas descritas nos incisos I, II e VI do caput do artigo 3º da Lei nº 13.979/2020 independam de articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

Sem esse esclarecimento, a medida liminar ensejou a pulverização irrestrita da autoridade normativa a ser exercida no campo da saúde pública em momento de calamidade deflagrada, frustrando os pressupostos de coesão social, harmonia federativa e de operabilidade mínima dos serviços federais — premissas jurídicas que estão na base do poder de edição de “normas gerais”— e, com isso, permitiram a usurpação das competências legislativa e materiais da União.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) também se manifestou no processo, opinando pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, com base nos seguintes argumentos:

1. Não invade o campo reservado à lei complementar pelo art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal – edição de normas de cooperação federativa em prol do equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar nacional – a regulação de medidas emergenciais de enfrentamento a surto epidemiológico de alcance nacional. 2. Cabe a todos os entes federados atuar de forma coordenada e conjunta na execução de ações e serviços de vigilância epidemiológica e de controle do surto de Covid-19 (coronavírus), em decorrência da competência material comum traçada pelo art. 23, II, da Constituição Federal. 3. Insere-se no campo legislativo da União, de edição de normas gerais de proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII, § 1º), o tratamento normativo relativo ao resguardo de serviços e atividades de caráter essencial no contexto de implementação de medidas voltadas à mitigação das consequências da pandemia do novo coronavírus no território nacional. 4. Há *periculum in mora* inverso, uma vez que a suspensão da eficácia das normas questionadas da MP 926/2020 conferiria legitimidade a um conjunto de atos estaduais e municipais que, de forma descoordenada e sem observância dos parâmetros básicos da Lei 13.979/2020, promovem a interrupção de serviços públicos e atividades essenciais, com prejuízos para as populações diretamente afetadas. Parecer pelo indeferimento da medida cautelar.²⁴⁰

Em que pese a argumentação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, em 15 de abril de 2020, o Tribunal referendou, por maioria, a medida cautelar deferida pelo Ministro Relator, nos seguintes termos:

O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, DF, 23 mar 2020. DOC. 67: manifestação da PGR, p. 2. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>> Acesso em 28 dez. 2020.

Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux.²⁴¹

Em razão do referendo do Tribunal, houve a perda do objeto dos Embargos Declaratórios, conforme asseverado em decisão monocrática proferida em 16 de abril de 2020.

Não houve a interposição de nenhum recurso quando da publicação do acórdão que referendou a medida cautelar, restando a situação, ao menos no campo jurídico, pacificada - embora o atrito no campo político, entre os governantes, aparente estar longe de acabar.

Sem embargo do desfecho da contenda jurídica, para fins desta dissertação, esta ação nos serve de representação da consequência de uma política turbulenta e sem acordos políticos, que, a todo momento, lança mão do Judiciário como “Poder Moderador”, como já tratado na constância do trabalho.

3.1.1.3 Ativismo Judicial - MI 4733 e ADO 26

O último exemplo casuístico a ser estudado neste trabalho diz respeito à concretização do ativismo judicial no contexto de jurisdição brasileira: refere-se, em verdade, a dois casos complexos e de grande envergadura que, julgados em conjunto, levaram à criminalização da LGBTfobia²⁴² pelo Supremo Tribunal Federal - a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, e o Mandado de Injunção nº 4733.

Cumprido elucidar que os casos foram escolhidos por demonstrarem com clareza o que se argumentou, na constância desta pesquisa, ser o ativismo judicial (que, em linhas gerais, seria a conduta que implica na ampliação da atuação do Poder Judiciário, aqui representado pela figura do Supremo Tribunal Federal, para além dos limites a ele constitucionalmente estabelecida). Esta ampliação deu-se no momento em que a Corte assentou, por intermédio de uma decisão judicial, ser

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, DF, 23 mar 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>> Acesso em 28 dez. 2020.

²⁴² Embora o termo “homofobia” tenha se popularizado quando faz-se referência às ações submetidas ao crivo do STF, e acabe por designar todo o tipo de violência, manifestações de preconceito ou de discriminação contra a população LGBT, optou-se por adotar, nesta dissertação, a expressão LGBTfobia, por ser mais abrangente.

possível aplicar às condutas homofóbicas e transfóbicas as previsões da Lei 7.716/89, que pune os crimes de preconceito de raça e cor, até que o Congresso Nacional aprove legislação sobre o tema.

Também cumpre esclarecer, que, por serem ações consideravelmente mais antigas que as duas primeiras estudadas na constância desta seção, a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26²⁴³, datada de 2013, e do Mandado de Injunção nº 4733²⁴⁴, datado de 2012, restará sobremaneira simplificada, tendo em mente não ser a intenção deste trabalho, em nenhum momento, esgotar o estudo de caso. O foco será, portanto, os desdobramentos da decisão, a julgar por seu teor ativista.

Nesta senda, temos o delineamento do seguinte panorama: figurou, na capacidade de impetrante do Mandado de Injunção, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT), ao passo que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS).

No que toca aos pedidos,

as duas ações, subscritas pelo mesmo advogado, requereram que fosse declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia; que fosse fixado prazo razoável para que o Congresso Nacional aprovasse legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, e, caso transcorresse o prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal sem que o Congresso Nacional efetivasse a criminalização específica ou caso a Corte entendesse desnecessária a fixação desse prazo, que fossem efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime específico por decisão do próprio Supremo Tribunal Federal. No caso de tipificação das referidas condutas como crime pelo próprio Supremo Tribunal Federal, foi requerido que essa tipificação se desse através da inclusão da criminalização específica da homofobia na Lei nº 7.716/89, conhecida como Lei de Racismo, determinando a aplicação dessa lei para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar essas condutas ou, subsidiariamente, com a efetivação da criminalização da forma que o Supremo Tribunal Federal julgasse mais pertinente em termos constitucionais.²⁴⁵

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal: DF, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em 30 dez. 2020.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Relator: Min. Edson Fachin. Distrito Federal: DF, 10 mai. 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>> Acesso em 30 dez. 2020.

²⁴⁵ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bacha. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. **Revista Thesis Juris** – RTJ, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 58, jan./jun. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/16546>> Acesso 04 jan. 2020.

Já no que diz respeito à argumentação, ambas ações advogaram no sentido de que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 determina que qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais deve ser punida criminalmente. A justificativa utilizada pelos autores para dar corpo às suas pretensões seria, então, que, ao não legislar sobre a homofobia e a transfobia, o Congresso Nacional estaria sendo inconstitucionalmente omissivo.

Os principais fundamentos das ações podem ser elencados da seguinte forma:

a proteção deficiente caracterizada pela inexistência de criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela identidade sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, que inviabiliza, inclusive, o direito fundamental à segurança da população LGBT; e a existência de mandado constitucional de criminalização da homofobia e da transfobia, considerando que essas condutas constituem espécie do gênero racismo, além de se enquadrarem no conceito de discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais.²⁴⁶

A Procuradoria-Geral da República (PGR), ao seu turno, manifestou-se parcialmente favorável ao conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com base nos seguintes argumentos:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. 1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia *in malam partem*. 3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa. 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar

²⁴⁶ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bacha. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. **Revista Theses Juris** – RTJ, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 58, jan./jun. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/thesesjuris/article/view/16546>> Acesso 04 jan. 2020.

inertia deliberandi. 6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. 7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.²⁴⁷

A votação para decidir o deslinde da demanda iniciou-se em 2019, após longos anos de trâmite processual, e foi cercada de grande pressão popular. Em relação aos votos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, a mora por parte do Congresso Nacional, para incriminar os atos atentatórios a direitos fundamentais da comunidade LGBTQ+ em analogia ao crime de racismo:

no julgamento do Mandado de Injunção nº 4733 (MI nº 4733), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora inconstitucional do Poder Legislativo e aplicou, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional exerça sua função de legislar sobre o tema, a Lei nº 7.716/89, estendendo a tipificação dada ao crime de racismo à homotransfobia. Outrossim, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO nº 26), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora inconstitucional do Poder Legislativo em cumprir o mandado de criminalização decorrente dos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal para proteção penal da população LGBTQ, declarou a existência da omissão, cientificou o Congresso Nacional da citada mora e deu interpretação conforme a Constituição para enquadrar qualquer forma de manifestação da homofobia e da transfobia nos diversos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89, até que seja editada legislação sobre o assunto pelo Congresso Nacional, considerando que as práticas homotransfóbicas são espécies do gênero racismo em sua dimensão social.²⁴⁸

Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes, votaram pelo enquadramento das práticas de homofobia e transfobia ao tipo penal definido na lei do racismo (lei 7.716/89), até que o Congresso Nacional editasse lei específica sobre a matéria.

Por sua vez, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli entenderam que somente o Poder Legislativo teria competência para responder, por meio de um projeto de lei, a esta demanda. O Ministro Marco Aurélio sequer reconheceu a mora inconstitucional por parte do Poder Legislativo.

Em que pese a decisão ter sido proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 13 de junho de 2019, o Acórdão somente foi publicado em 06 de outubro

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal: DF, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em 30 dez. 2020.

²⁴⁸ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bacha. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. **Revista Thesis Juris** – RTJ, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 59, jan./jun. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/16546>> Acesso 04 jan. 2020.

de 2020. Até o dia 20 janeiro de 2021, havia Embargos de Declaração interpostos pela Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida pendentes de julgamento²⁴⁹, com “o objetivo de que os membros da Suprema Corte se pronunciem expressamente acerca dos fundamentos de direito afetados pelo Julgamento ocorrido, para efeito de esclarecimentos”²⁵⁰.

Estas breves considerações a respeito das ações sob análise são importantes porque, além de servirem de contextualização, trazem-nos ao cerne do objetivo aqui posto, qual seja explicitar, na prática, um exemplo de manifestação ativismo judicial na jurisdição brasileira.

Nesta senda, como patente distorção das prerrogativas constitucionalmente definidas para a atuação do Poder Judiciário, há que ser apontado o claro intento legislador com que o STF se revestiu quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733.

Houve, neste julgamento, um claro desrespeito ao princípio caro ao Direito Penal, com assento em texto constitucional, chamado estrito legalidade penal (do qual decorre o princípio da proibição de analogia *in malam partem*).

Nesse sentido, advoga Eric Baracho Dore Fernandes:

Parece que, nessa hipótese, não seria possível ao Judiciário, no controle de constitucionalidade por omissão, proferir decisões de natureza concretista ou analógica, por imposição do art. 5º, XXXIX, que prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Eventual decisão que reconheça a inconstitucionalidade por omissão somente seria capaz de declarar a mora do órgão legislador, sem consequências práticas mais relevantes, seja por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou até mesmo por meio de um Mandado de Injunção (cujo cabimento pode ser discutido, tendo em vista que diversos mandados de criminalização constituem direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição). Questão muito similar ocorre no direito tributário, eis que a despeito do não exercício da competência tributária por determinado ente (como no caso sempre lembrado do Imposto sobre Grandes Fortunas – IGF), a atuação judicial concretista é impedida pelo art. 150, I da Constituição.²⁵¹

²⁴⁹ Andamento processual disponível no site: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em 20 jan 2021.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal: DF, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em 30 dez. 2020.

²⁵¹ FERNANDES, Eric Baracho Dore. Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia. **OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. Brasília: IDP, Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. p. 71. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1007>> Acesso em 03 jan. 2020.

Acrescentam, ainda, Fábio Roque da Silva Araújo e Raquel El-Bachá Figueiredo, no sentido de que

Vale ressaltar que, no exercício do controle de constitucionalidade dos atos e omissões do Poder Legislativo, o Poder Judiciário deve se ater a determinados limites, como o princípio da legalidade e a proibição da analogia *in malam partem*, que vigoram no Direito Penal, sob pena de extrapolar da sua competência e, conseqüentemente, violar o princípio da separação dos poderes.

(...)

A autorização para que o Supremo Tribunal Federal incluísse uma elementar criminalizadora em uma lei visivelmente altera o jogo republicano, concedendo competência legislativa a um órgão não eleito ao desconsiderar a existência de regras quanto à separação de poderes e à soberania popular no tocante às demandas por mais punição.²⁵²

Desta feita, em que pese se reconheça que a criminalização da LGBTfobia representa um grande passo na luta em favor da visibilidade e proteção à população LGBT, conclui-se que não compete ao Supremo Tribunal Federal assumir a função de legislador constituinte, tendo em vista seu papel precípua de proteger a correta aplicação da Constituição Federal, sob pena desta Corte se apoderar, nem que seja de alguma fração, da competência legiferante, e aplicá-la a outras demandas, que, quem sabe no futuro, não sejam tão festejadas.

3.2 O sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015

Como já consignado em outras oportunidades ao longo desta dissertação, a promulgação de uma Constituição Federal prolixa e ambiciosa inaugurou, no ano de 1988, uma nova era no Direito brasileiro, que, além de propiciar o franco acesso de contendas políticas à lógica do Judiciário nacional (e possibilitar, assim, o crescimento da judicialização da política e do ativismo judicial em nossa sociedade), também desenvolveu uma nova dogmática constitucional, fundada em princípios e regras²⁵³. Ao seu turno, essa dogmática exigiu a criação de novos métodos hermenêuticos e de princípios argumentativos²⁵⁴.

²⁵² ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bacha. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. **Revista Thesis Juris** – RTJ, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 59, jan./jun. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/16546>> Acesso 04 jan. 2020.

²⁵³ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 117.

²⁵⁴ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC : Empório do Direito, 2017. p. 117.

Houve, também, como consequência desta nova dogmática, a elevação do *status* dos princípios jurídicos, que, em conjunto com a facilitação do acesso à justiça²⁵⁵ (que serviu para aumentar consideravelmente o número das demandas levada ao crivo do Judiciário), conferiram nova missão ao aplicador do direito brasileiro: a missão de “revelar o sentido da lei”²⁵⁶.

No entendimento de Peter Panutto,

esta nova realidade constitucional trouxe grande quantidade de normas de conteúdo aberto a todo ordenamento jurídico, de modo que passa a ficar incompatível, em nosso país, a ampla liberdade de interpretação da lei ao juiz, pois, na medida em que o texto legal permite diversas interpretações, não há como se falar em juiz servo da lei.

(...)

A concepção de “juiz boca-de-lei” passa a ficar totalmente antagônica à evolução da teoria da interpretação, pois o juiz do *civil law* passou a exercer papel tão criativo como o do juiz do *common law*, na medida em que confere sentido à lei por meio das técnicas de interpretação conforme a Constituição, da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, bem como quando supre a omissão do legislador para tutela dos direitos fundamentais.²⁵⁷

Deste modo, a adoção estrita da tradição da *civil law*, para qual a principal fonte do direito seria a lei, ou seja, a “norma jurídica geral e abstrata editada pelo legislador que estabelece originariamente as condutas a serem observadas pelos partícipes da sociedade”²⁵⁸, já não mais se mostrava suficiente para a realidade do país, por gerar patente “desarmonia no sistema”²⁵⁹, ainda mais em se tratando de um cenário de franco crescimento da politização das decisões judiciais.

Esta desarmonia pode ter sua causa reputada à grande autonomia conferida aos intérpretes do direito, sendo que estes, ao julgar com extrema discricionariedade, acabavam gerando tratamento desigual a casos iguais, em total desrespeito à unidade jurisdicional garantida constitucionalmente²⁶⁰.

Na dicção de Lara Bonemer Azevedo da Rocha e Claudia Maria Barbosa,

²⁵⁵ Vide seção 1.2 do presente trabalho.

²⁵⁶ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos do Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 79.

²⁵⁷ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 118.

²⁵⁸ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos do Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 73.

²⁵⁹ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 118.

²⁶⁰ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 119.

Em que pese a adoção do sistema *civil law* que em tese impõe uma autocontenção ao magistrado e o estrito respeito ao texto da lei, o protagonismo do Poder Judiciário ampliou-se pós-Constituição de 1988, com o enorme rol de direitos ali consagrados e a necessidade de implementá-los, e foi melhor instrumentalizado após a Emenda Constitucional n. 45, especialmente no que se refere à questões políticas (aborto, união civil, porte de armas, etc.) e implementação de políticas públicas, tradicionalmente discutidas nas esferas do legislativo e do executivo.²⁶¹

Nessa esteira, tendo em vista a problemática que se delineava no cenário jurídico doméstico, buscou-se no sistema da *common law* (sistema para o qual os precedentes²⁶² são a “espinha dorsal”²⁶³, ou seja, sua maior fonte do Direito) a solução para a discricionariedade crescente das decisões judiciais em solo brasileiro²⁶⁴: restava claro o intento de aproximação entre os dois sistemas jurídicos tradicionais, com o fito de incorporar a cultura dos precedentes no bojo no nosso ordenamento jurídico de tradição romana.

²⁶¹ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 120. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3046>> Acesso em 10 mai. 2020.

²⁶² “O precedente, importante fonte do Direito para o sistema do *common law*, é uma decisão proferida por um Tribunal que servirá de referência para decisões posteriores, servindo de ponto de partida para a resolução de casos concretos semelhantes, tanto pelo próprio Tribunal gerador do precedente, como para as instâncias inferiores.” PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 127.

²⁶³ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos do Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 59.

²⁶⁴ Cabe esclarecer que o movimento de aproximação entre os sistemas da *civil law* e *common law* não é uma tendência apenas nacional, e sim de diversos outros ordenamentos jurídicos ao redor do globo. “De um lado, impende considerar que, dentro do mundo de *civil law*, já há tempo se vão manifestando fortes influências derivadas dos modelos de *common law*, em particular do modelo norte-americano, por uma série de razões históricas, políticas e culturais. Exemplo muito significativo constitui o Japão: é sabido que o ordenamento processual japonês se inspirou no modelo germânico a partir do fim do século XIX, de sorte que desde então o país pertenceu a justo título à classe dos sistemas processuais de tipo europeu. No entanto, após o fim da Segunda Guerra Mundial, manifestou-se com grande intensidade a influência americana, de modo que o Código de Processo Civil japonês em vigor desde 1998 desenha um sistema ‘misto’, no qual elementos de origem norte-americana (por exemplo, a *cross examination*) se combinam com elementos residuais de origem germânica (sobretudo com relação ao esquema do procedimento) e com elementos autóctones (em particular, a conciliação). Outras influências norte-americanas podem facilmente descobrir-se em vários ordenamentos de *civil law*: basta pensar na recepção de formas de tutela jurisdicional dos interesses difusos, concebidas segundo o modelo da *class action* (recepção que se deu, ou se está dando, no Brasil e noutros países de *civil law*). Esses exemplos servem inclusive para chamar a atenção para o fato de que variações e interferências não ocorrem somente no nível dos modelos ‘globais’ de procedimento: antes são mais frequentes, e não menos importantes, os intercâmbios, as interferências e os ‘transplantes’ relativos a institutos processuais específicos” TARUFFO, Michele. Observações sobre os Modelos Processuais de *Civil Law* e de *Common Law*. In: **Revista de Processo**, vol. 110, p. 150-151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

A contribuição que se buscava com a incorporação da cultura dos precedentes em nosso sistema jurídico pode ser apontada como a apreensão da marca fundamental dos precedentes judiciais nas famílias da *common law*, qual seja, a deferência à regra do *stare decisis et non quieta movere*, regra esta que determina que “as decisões anteriores, das quais se extraem as regras de direito deste sistema, devem ser observadas em casos futuros”.²⁶⁵

Na interpretação de Gustavo Marinho de Carvalho, o objetivo da incorporação dos precedentes em nosso sistema jurídico (e, conseqüentemente, da regra do *stare decisis*), por intermédio das mudanças implementadas pelo Código de Processo Civil promulgado em 2015, seria justamente diminuir a discricionariedade nas decisões judiciais, e assim,

garantir a aplicação isonômica da lei, aumentar a previsibilidade das respostas estatais, legitimar estas respostas, e também diminuir a grande quantidade de recursos e ações judiciais existentes em nosso país.²⁶⁶

Os precedentes também contribuiriam para a própria atividade decisória como um todo, haja vista que toda a deliberação e argumentação necessárias para formar um bom precedente sanaria, na visão de Peter Panutto e Lana Olivi Chaim, “os questionamentos quanto à legitimidade e à aceitação das decisões das Cortes Superiores.”²⁶⁷

Neste diapasão, as modificações legislativas que podem ser apontadas como responsáveis por colocar em marcha a aproximação entre os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law* são as que incluíram no ordenamento: a súmula vinculante (art. 103-A, CF/88); a repercussão geral (art. 1.035 do Código de Processo Civil de 2015); os recursos repetitivos (art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015); os incidentes de resolução de demandas repetitivas (art. 976 do Código de Processo Civil de 2015);²⁶⁸ e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I, CPC).

²⁶⁵ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos do Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 187.

²⁶⁶ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos do Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 98.

²⁶⁷ PANUTTO, Peter; CHAIM, Lana Olivi. Razão, emoção e deliberação: as adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 759. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5261>> Acesso em 20 jan 2021.

²⁶⁸ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos do Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 33.

Sem embargo, cabe esclarecer que os precedentes, diferente do mero entendimento jurisprudencial, requerem a análise dos principais argumentos atinentes à questão de Direito, além de necessitar de inúmeras decisões para serem definitivamente delineados²⁶⁹. São compostos pela *ratio decidendi*, que, em linhas gerais, refere-se à “regra de direito extraída dos fundamentos determinantes de um julgado”²⁷⁰, e o *obiter dictum*, que seria a “argumentação marginal, ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia”²⁷¹.

Para que sejam gerados os precedentes,

há necessidade de adequação do procedimento de votação em colegiado para obtenção de decisão *per curiam*, a qual permite a apresentação institucional dos resultados da deliberação, em um texto único, através do esgotamento dos argumentos relevantes do caso, de modo a permitir posterior identificação da *ratio decidendi* no julgado.²⁷²

Ademais, os precedentes requerem um processo próprio de superação do entendimento por eles firmado (procedimento chamado, em inglês, de *overruling*), que “deve se dar mediante critérios pela Corte que o originou, pois quem gera o precedente também deve respeitá-lo, não sendo possível a revisão de tese a todo o momento, de forma injustificada”²⁷³. A superação do precedente pode ser levada a cabo “de ofício pela Corte que o originou ou a requerimento das partes interessadas no caso concreto, demonstrando-se a alteração nas hipóteses fáticas ou jurídicas que originaram o precedente objeto da superação.”²⁷⁴

Para além do *overruling*, a aplicação dos precedentes também pode ser afastada por meio da técnica do *distinguishing*, procedimento pelo qual o julgador é compelido a realizar a distinção entre o caso a ser apreciado e um eventual caso anterior gerador do precedente. Nos dizeres de Panutto,

²⁶⁹ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 160.

²⁷⁰ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos do Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 58.

²⁷¹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos do Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 58.

²⁷² PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 137.

²⁷³ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 135.

²⁷⁴ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 135.

diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com precedente de tribunal superior, cabendo-lhe, nesta situação, julgar o caso concreto demonstrando na fundamentação de sua decisão a distinção da *ratio decidendi* constante do precedente invocado por uma das partes.²⁷⁵

Inobstante as particularidades do sistema dos precedentes brasileiros, é possível concluir que se buscava, com as mudanças na estrutura do sistema jurídico nacional, o prestígio dos princípios constitucionais de igualdade e de segurança jurídica, além da conferência de previsibilidade, estabilidade, coerência e confiança às decisões judiciais pátrias, precisamente fatores que, não raras vezes, restam ausentes (ou então debilitados) nos casos em que se manifestam a judicialização da política e o ativismo judicial, tendo em vista a alta carga política que reveste estes fenômenos.

3.3 Haveria uma possível solução para as práticas do ativismo judicial e da judicialização da política no bojo do sistema de precedentes?

A pergunta que dá tom à última seção da dissertação, qual seja, se seria possível solucionar as práticas do ativismo judicial e da judicialização da política por intermédio do sistema de precedentes, não comporta uma única – ou simples – resposta.

Isto porque, primeiro, não há sequer consenso (seja a nível global, seja a nível doméstico) no que toca à conceituação dos termos “judicialização da política” e “ativismo judicial”, como visto na constância do trabalho. Em segundo lugar, os fenômenos admitem a existência, entre os acadêmicos, aplicadores do direito e público em geral, das mais variadas opiniões e, por conseguinte, dividem a comunidade jurídica no que diz respeito a inúmeros aspectos, dentre eles: se seriam práticas benéficas, maléficas, necessárias, desnecessárias, se apresentariam risco ao Princípio de Separação de Poderes, além de outras questões.

Contudo, não se trata do objetivo da presente dissertação valorar o ativismo judicial e a judicialização da política, categorizando-os como bons ou ruins.

O que se pretende avaliar, em verdade, é puramente se, dentro da ótica proposta pelo sistema de precedentes judiciais brasileiros, e levando em conta os

²⁷⁵ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 136.

motivos que guiaram o sistema jurídico brasileiro às práticas destes fenômenos, caberia uma solução para o ativismo judicial e da judicialização da política.

Tento sido tecidas estas considerações, importa consignar que o problema não pode ser respondido, simplesmente, por meio de uma resposta binária – ou seja, não se enquadra na lógica do sim e não – haja vista a natureza complexa e as multiplicidades de fatores que levam à prática do ativismo judicial e da judicialização da política, como visto nesta pesquisa.

Com isto em mente, não é possível encarar o sistema brasileiro de precedentes como a resposta definitiva (se é que esta resposta realmente exista) para a contensão da prática do ativismo judicial e da judicialização da política, embora este sistema contribua, de fato, para a mitigação dos efeitos negativos causados por estes fenômenos no âmbito jurídico nacional - tais quais, insegurança jurídica, incoerência, imprevisibilidade do sistema.

O principal motivo para que os sistemas de precedentes não sirvam, na concepção desta pesquisa, como forma única capaz de refrear as práticas da judicialização da política e do ativismo judicial em solo brasileiro é que, como melhor argumentado nos capítulos destinados à avaliação particular de cada um dos fenômenos, e como demonstrado na seção de estudo de casos deste capítulo, as práticas do ativismo judicial e da judicialização da política são tratadas como *autênticas ferramentas políticas* pelo Executivo e pelo Legislativo pátrio.

Em outras palavras, há um ganho político muito grande quando das práticas dos fenômenos - seja porque o Legislativo consegue, por meio da judicialização das demandas controversas, zerar o ônus político que a deliberação sobre assuntos polêmicos traz consigo; seja porque o Executivo encontra no Judiciário a incorporação de um autêntico “Poder Moderador”, personagem importante em um presidencialismo de coalizão esgarçado. E este ganho político não é passível de ser neutralizado puramente por intermédio de uma mudança no ordenamento jurídico – exige, em verdade, mudanças muito mais profundas.

O estudo do ativismo judicial em solo norte-americano levado a cabo no segundo capítulo deste trabalho²⁷⁶ também nos aponta para esta percepção de que os precedentes não têm o condão de, sozinhos, refrearem o ativismo judicial e a judicialização da política. Isto porque os Estados Unidos, filiado historicamente ao

²⁷⁶ Conferir páginas 46 e seguintes do presente trabalho.

sistema jurídico da *common law*, e, portanto, regido pela regra do *stare decisis*, não encontraram nos precedentes forma de barrar o desenvolvimento daquele fenômeno no contexto de seu país. Inclusive, é possível depreender que, nos EUA, o ativismo judicial também está largamente ligado à política, e, conseqüentemente, é utilizado em prol da consecução de agendas políticas partidárias.

Contudo, sem embargos do exposto, consignar que o sistema dos precedentes não seria capaz de, sozinho, refrear o ativismo judicial e judicialização da política, não significa dizer que os precedentes judiciais não contribuem, em nenhuma medida, para mitigar os efeitos causados por estes fenômenos no contexto brasileiro – mormente a insegurança jurídica:

segundo desdobramento do ativismo consiste na insegurança jurídica que este gera e os efeitos econômicos dessa incerteza. Certos de que o ativismo se justifica pela necessidade de concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, os magistrados, no afã de realizar a justiça social pela via da redistribuição de recursos, acabam em determinadas circunstâncias por afastar-se da normatividade da lei para dar preferência a uma compreensão específica de um determinado princípio constitucional e, nesse ato, provocam o que Diego Arguelles, Joaquim Falcão e Luís Fernando Schuartz denominam de “incerteza quanto ao conteúdo”, geradora da imprevisibilidade da decisão judicial.²⁷⁷

Os precedentes judiciais, de fato, promovem o aumento da segurança jurídica de todo o ordenamento, ao aumentar a previsibilidade dos julgamentos. Visam garantir, também, uma jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Nas lições de Peter Panutto,

O Novo Código de Processo Civil prevê, em seu art. 926, que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, com o intuito de gerar previsibilidade nos julgamentos, de acordo com o entendimento consolidado nos tribunais. A jurisprudência estável é aquela que não é alterada por entendimento individual do relator, respeitando-se os precedentes definidos por tribunal superior ou pelo próprio tribunal que está a julgar um caso concreto.

(...)

A coerência garante a aplicação dos mesmos preceitos e princípios que foram aplicados anteriormente, assegurando o respeito ao princípio da isonomia, visando garantir tratamento igualitário a casos similares pelo Poder Judiciário, impedindo, desta forma, a arbitrariedade e discricionariedade pelo juiz, pois não há nenhum ganho democrático em se possuir Constituição e legislação consagradoras de direitos se as questões jurídicas puderem “ser solucionadas em parâmetros discricionários que são

²⁷⁷ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 125. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3046>> Acesso em 10 mai. 2020.

necessariamente não jurídicos, isto porque são pautados na vontade e na subjetividade do julgador”.²⁷⁸

Na mesma linha argumentativa, Lara Bonemer Azevedo da Rocha e Claudia Maria Barbosa dispõem que

Seja como for, a instabilidade das decisões judiciais gerada pelo ativismo judicial tem o condão de aumentar a insegurança no sistema econômico, prejudicando suas relações e, conseqüentemente, afetando negativamente o desenvolvimento do país em longo prazo. Isso porque, no campo empresarial, a segurança jurídica demanda que a regras do jogo sejam claras e estáveis, já que a insegurança adiciona riscos — além daqueles inerentes a sua natureza — às relações jurídicas econômicas, pois “[...] as bases em que estas se calcam ficam mais instáveis, seus efeitos mais difíceis de prever, e seus custos e benefícios mais complicados de calcular [...]”.

Em contrapartida, um sistema de justiça que garanta segurança jurídica, no sentido de transmitir confiança aos jurisdicionados a respeito da existência de uma norma, da forma como ela é aplicada e ainda, a garantia de que este posicionamento não será repentinamente modificado, é condição necessária, embora não suficiente, para garantir o ambiente em que se pode desenvolver de forma satisfatória e segura as relações econômicas. Assim, quando se está diante de um cenário em que as decisões judiciais tendem a maior uniformidade, o efeito é que as informações a respeito dos atos a serem praticados pelos agentes se tornem mais claras e perceptíveis, facilitando o juízo de expectativas. A imprevisibilidade das decisões tem um valor econômico que impacta no chamado custo Brasil. Nesse sentido, se o ativismo favorece a imprevisibilidade, sua contenção poderia diminuí-lo.²⁷⁹

Nesta senda, os precedentes judiciais contribuem com a manutenção e funcionamento do Sistema Republicano, ao passo que conferem confiabilidade e estabilidade às decisões judiciais, fatores estes que restam, em grande monta, fragilizados pela prática do ativismo judicial e da judicialização da política.

²⁷⁸ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 144-145.

²⁷⁹ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 126. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3046>> Acesso em 10 mai. 2020.

CONCLUSÃO

O Direito está, íntima e inegavelmente, atrelado à política. Não é necessário possuir vastos conhecimentos em História para ser capaz de apontar que algumas das grandes mudanças havidas no curso da civilização ocidental foram acompanhadas por grandes mudanças no Direito, a exemplo da tutela dos direitos negativos em resposta à tirania de governos absolutistas; da tutela dos direitos sociais em resposta à expansão do Socialismo no ocidente; da tutela dos direitos humanos em resposta aos horrores vividos pelas guerras de âmbito mundial, dentre outros.

Nesta senda, mostrou-se de extrema valia para o trabalho o estudo do cenário sócio-político por trás das mudanças havidas no Direito Constitucional durante o século XX, tendo em mente que estas mudanças muito contribuíram para o desenvolvimento da prática da judicialização da política e do ativismo judicial nos moldes que hoje os conhecemos. Também se conclui que desvelar os fatores que concorreram para a progressão destes fenômenos favoreceu em grande monta para uma conceituação mais refinada destes.

Estruturalmente, o primeiro capítulo da dissertação debruçou-se sobre o estudo dos motivos que possibilitaram o crescimento da judicialização da política no cenário jurídico tanto global quanto doméstico, para que fosse possível, ao cabo, conceituá-lo. O mesmo se deu com o segundo capítulo, porém, com uma diferença central: este capítulo retratou o desenvolvimento do ativismo judicial.

Por meio da pesquisa realizada, foi possível não só conceituar os fenômenos, como concluir que, dentre as mudanças no Direito Constitucional, as que mais atuaram para a concretização da judicialização da política e do ativismo judicial, tanto a nível global quanto a nível nacional, foram: o constitucionalismo, que pugna pela centralidade do texto constitucional ante todo o ordenamento jurídico; o desenvolvimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade; e a promulgação de Constituições prolixas, com textura aberta, e que apreciam uma vasta gama de princípios.

Foi possível, também, comprovar a hipótese de que não tratam da mesma manifestação, haja vista que dizem respeito a comportamentos jurisdicionais divergentes. Como desenvolvido na constância do terceiro capítulo da dissertação, a maior diferença havida entre a judicialização da política e o ativismo judicial

encontra-se no modo com o Judiciário responde às demandas levadas à sua apreciação: enquanto que, no primeiro fenômeno, há uma tentativa de concretizar os fins dispostos em texto constitucional, no segundo, subsiste uma ampliação infundada da função jurisdicional.

Ao cabo, a pesquisa não foi capaz de responder à segunda hipótese aventada, sobre a possibilidade de o sistema de precedentes judiciais brasileiro refrear, ou não, o avanço da judicialização da política e do ativismo judicial. Isto porque o problema não se enquadra na lógica binária do “sim e não”.

Em contrapartida, o que se conclui é que o sistema de precedentes não seria capaz de cumprir com a missão de impedir, sozinho, a consolidação do ativismo judicial e da judicialização da política em solo brasileiro, uma vez que o trabalho depreendeu que os fenômenos, por serem utilizados como verdadeiras ferramentas políticas, conferem demasiados ganhos ao Legislativo e ao Executivo para ser possível promover uma mudança do cenário por meio de alteração no ordenamento jurídico – seriam necessárias mudanças estruturais muito mais substanciais, como abordado na constância da dissertação. Há também que considerar que a judicialização da política e o ativismo judicial são causados por uma pluralidade de fatores, o que confere grande complexidade ao estudo.

Finalmente, buscou-se, com esta pesquisa, ampliar, subsidiar e promover discussões sobre a judicialização da política e do ativismo judicial em solo nacional, de modo a contribuir com o conhecimento jurídico e acadêmico do país.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bacha. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. **Revista Thesis Juris** – RTJ, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 53-72, jan./jun. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/16546>> Acesso 04 jan. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O Judicial Review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 17, n. 3, p. 733-752, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8750>> Acesso em 20 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 240, p.1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>> Acesso em 15 dez. 2020.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p. 23-32, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em 22 mai. 2019.

_____. A razão sem voto: Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>> Acesso em 10 mai. 2020.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Eficiência, Responsabilidade, Transparência - Supremo Tribunal Federal 2019**. Brasília, dez. 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/presidenciaSTFPublicacoes/anexo/RelatorioSTF2019LIVROCOMPLETO18x25cmEdio2020BAIXARESOLUaO.pdf>> Acesso em 14 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Relator: Min. Edson Fachin. Distrito Federal: DF, 10 mai. 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>> Acesso em 30 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal: DF, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em 30 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, DF, 23 mar 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>> Acesso em 28 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Distrito Federal, DF, 01 jul 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em 23 dez 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Sobre a doença**. Saude.gov.br. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em: 3 Jan. 2021.

BUSH V. GORE. **Encyclopædia Britannica**. 27 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Bush-v-Gore>> Acesso em 06 nov. 2020.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamento para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, nº 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>> Acesso em 14 mai. 2020.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos do Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

CHOUDHRY, Sujit. The *Lochner* era and comparative constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 2, Issue 1, p. 1-55, Jan. 2004. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/2/1/1/931069>> Acesso em 08. nov. 2020.

FAGUNDES, Adriana de Sousa; VERBICADO, Loiane Prado. O presidencialismo de coalizão e a judicialização da política brasileira. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, Vol. 11, Nº 2, p. 202-218, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/download/106/151>> Acesso em 07 nov. 2020.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia**. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. p. 58-79. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1007>> Acesso em 03 jan. 2020.

FIGUEIREDO, Marcelo. As relações entre as cortes ou tribunais constitucionais e os demais poderes do Estado. Perspectivas brasileira e latino-americana. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 441-467.

FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. **New York University School of Law**. Vol 73, n. 2, mai. 1998

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. The Judicialization of Politics. **Oxford Handbooks Online**, [s.l.], p. 1-23, jul. 2011. Disponível em: <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-013>> Acesso em 11 mai 2020.

HISTORY.COM EDITORS. Brown v. Board of Education. **HISTORY**. Disponível em: <<https://www.history.com/topics/black-history/brown-v-board-of-education-of-topeka>>. Acesso em: 8 Nov. 2020.

HORWITZ, Morton J. The Warren Court And The Pursuit Of Justice. **Washington & Lee Law Review**, vol. 50, issue 1. p 5-13. Jan.,1993. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol50/iss1/4>> Acesso em 08 nov. 2020.

ISMAIL, Mona Lisa Duarte Abdo Aziz. O papel do Ministério Público no controle de políticas públicas. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 179-208, jan./dez. 2014. Disponível em <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-papel-do-ministerio-publico-no-controle-de-politicas-publicas>> Acesso em 14 mai. 2020.

JUDICIALIZAR, in **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa** [on-line], 2008-2020. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/judicializar>> Acesso em 24 jul. 2020.

JUDICIALIZAÇÃO, in **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa** [on-line], 2008-2020. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/judicializa%3%a7%3%a3o>> Acesso em 24 jul. 2020.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, Vol. 92, No. 5, pp. 1441-1477, Out. 2004.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, Jul. 2013. .

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso> Acesso em 09 Nov. 2020.

ISA - Instituto Socioambiental. **Linha do tempo: A omissão do governo na tragédia indígena.** Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/linha-do-tempo-a-omissao-do-governo-na-tragedia-indigena#:~:text=N%C3%A3o%20foi%20por%20falta%20de%20aviso.&text=Ao%20longo%20desses%20quatro%20meses,um%20cen%C3%A1rio%20de%20enorme%20subnotifica%C3%A7%C3%A3o.>>. Acesso em 22 jan 2021.

LOCHNER V. NEW YORK, 198 U.S. 45. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/198/45>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 239-284, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768>>. Acesso em: 27 Jul. 2020

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação.** 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MOTTA, Luiz Eduardo Pereira; RUEDIGER, Marco Aurélio; RICCIO, Vicente. O acesso à justiça como objeto de política pública: o caso da defensoria pública do Rio de Janeiro. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 01-13, jun. 2006. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512006000200011>. Acesso em 14 mai 2020.

NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. Disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/26900/judicializacao_politica_brasil.pdf?sequence=4> Acesso em 12 mai. 2020.

O BRASILIANISTA. **Coronavírus aumenta tensão entre governadores e Bolsonaro.** O Brazilianista. Disponível em: <<https://obrasilianista.com.br/2020/03/23/coronavirus-aumenta-tensao-entre-governadores-e-bolsonaro/>>. Acesso em: 3 Jan. 2021.

PANUTTO, Peter. Fiscalização de Constitucionalidade: modelos e evolução. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 79/2012, p. 233-253, Abr - Jun/2012.

_____. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)** - 1. ed. - Florianópolis, SC : Empório do Direito, 2017.

_____; CHAIM, Lana Olivi. Razão, emoção e deliberação: as adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 757-

776. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5261> Acesso em 20 jan 2021.

PEIXOTO, Ravi. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES NO CPC/2015: UM DEBATE NECESSÁRIO. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, v. 0, n. 11, p. 301–334, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/197>. Acesso em: 5 Jan. 2021.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The Origins of Judicial Review. **University of Chicago Law Review**. Vol. 70, Iss. 3, Article 3, p. 887-982. 2003. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol70/iss3/3> Acesso em 07 nov. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 115-133. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3046> Acesso em 10 mai. 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. 416 p.

SHALDERS, André. **Coronavírus: governadores são principais rivais de Bolsonaro nas redes, diz levantamento** - BBC News Brasil. BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52192736>. Acesso em: 3 Jan. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1967.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 7, vol.2, p. 122 - 143, Jan/Jun 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/229510826> Acesso em 27 jul. 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 73-114.

STRECK, Lenio Luiz. Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 6, vol. 1,

p. 207-222, mai./2013. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/856>> Acesso em 05 dez. 2020.

_____ ; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 51-61. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>> Acesso em 17 dez. 2020.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: _____; VALLINDER, Torbjörn. (Ed.) **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York Press, 2005.

_____ ; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In: _____; _____. (Ed.) **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 2005.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os Modelos Processuais de *Civil Law* e de *Common Law*. **Revista de Processo**, vol. 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, Jun 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 Jan. 2021.

URIBE, Gustavo; RODRIGUES, Artur. **MP de Bolsonaro sobre coronavírus é o primeiro contra ataque a governadores**. Folha de São Paulo, São Paulo, ano 100, nº 33.226. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/em-resposta-a-witzel-bolsonaro-edita-medidasobre-competencia-federal-em-estradas-e-aeroportos.shtml>> Acesso em 23 dez. 2020.

VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics -- A World-wide Phenomenon: Introduction. **International Political Science Review**, [s.l.], vol. 15, nº 2, p. 91-99.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo. 4[2], p. 441-464, jul. - dez. 2008. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia>> Acesso em 09 nov. 2020.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 115, Abr. 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>> Acesso em 12 mai. 2020.

WESTIN, Ricardo. **Atingidos pela pandemia, indígenas contam seus mortos e acusam governo de omissão**. Agência Senado. Senado Federal. Publicado em 7/8/2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/08/atingidos-pela-pandemia-indigenas-contam-seus-mortos-e-acusam-governo-de-omissao>>. Acesso em: 22 Jan. 2021.

WOOD, Gordon S. The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less. **Washington and Lee Law Review**. Vol. 56, Issue 3, Jan., 1999. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1542&context=wlu>>. Acesso em 07 nov. 2020.

ZABOTINI, Marcelo Specian; PANUTTO, Peter. Controle de Constitucionalidade nas Constituições Brasileiras. *In* **As Constituições do Brasil: análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio**. Birigui: Editora Boreal, 2012.