

O ATIVISMO JUDICIAL COMO HERMENÊUTICA DE ENFRENTAMENTO DA OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO

GUILHERME ALMEIDA SOUZA

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações do ativismo judicial no processo democrático; 2.1. Contextualização do ativismo do judiciário com o papel desempenhado pelo Poder Moderador; 2.2. O ativismo como processo de manifestação democrática; 2.3. A superação do Estado de Direito para o Democrático de Direito; 3. O ativismo do Judiciário como hermenêutica de enfrentamento da omissão do Poder Legislativo; 3.1. O ativismo do Judiciário; 3.2. O protagonismo do Judiciário; 3.3. Aportes neoconstitucionalismo e neoprocessualismo; 4. O ativismo como hermenêutica processual e constitucional – colaboração para a formação da decisão judicial; 4.1. Protagonismo do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais; 4.2. Aplicabilidade do ativismo como solução no caso concreto; 5. Considerações finais; 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O estudo do ativismo judicial como hermenêutica de enfrentamento da omissão ao Poder Legislativo visa a fazer um estudo acerca do papel do Judiciário desde a sua correlação com o Poder Moderador, exercido pelo império, com a nova hermenêutica constitucional no caso em concreto.

Palavras-chave: Ativismo Constitucional; Protagonismo; Hermenêutica Constitucional.

Abstract: The judicial activism study as hermeneutics coping of omission of the legislature seeks to make a study about the role of the judiciary since its correlation with moderator power, exercised by the empire, with the new constitutional hermeneutics in this particular case.

Keywords: Constitutional Activism; Protagonism; Constitutional Hermeneutics

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, o grande desafio dos estudiosos do Direito reside na tentativa de compor novos referenciais metodológicos que possibilitem a construção de uma hermenêutica crítica e interdisciplinar no estudo histórico das ideias e das instituições do Direito. Nessa perspectiva, observa-se, nos cursos de Direito, a eclosão de diversas pesquisas relacionadas, direta ou indiretamente, ao processo de ativismo judicial como protagonista nas relações que envolvem a sociedade, em virtude da omissão do Poder Legislativo no exercício de sua competência.

No que diz respeito à estrutura do presente artigo, no primeiro capítulo, foram, inicialmente, traçadas considerações sobre o ativismo judicial no processo democrático, examinando a contextualização dessa hermenêutica sob a ótica do pretérito Poder Moderador, exercido pelo Imperador durante a Monarquia, a partir, principalmente de comparações entre esses dois períodos, uma vez que se trata de um paralelo, que em

vários momentos cruza as relações culturais, políticas e sociais no âmbito jurídico. Durante a Monarquia, o Poder Moderador era utilizado pelo Imperador como instrumento de estabilização política, ou seja, atuação direta do soberano na deficiência ou na falta de legitimidade de algum dos poderes. Ainda neste primeiro capítulo, é notório que o ativismo trouxe a ideia de método transformador do contexto social, por isso não deixando de ser uma forma de manifestação democrática. E, por fim, foi examinada a superação do Estado de Direito para o Democrático de Direito, no qual a passagem do Estado Liberal para o Estado Social decorreu da necessidade de superação do individualismo exacerbado.

O segundo capítulo foi dedicado ao estudo da problemática em que o ativismo do judiciário é uma forma de hermenêutica de enfrentamento da omissão do poder legislativo. Para isso, foi abordado o protagonismo do ativismo judicial, bem como feita uma análise do neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo.

No terceiro e último capítulo, o estudo partiu do pressuposto do estudo do ativismo sob a perspectiva da hermenêutica processual e constitucional, em cujo método se vislumbra uma alternativa de solução diante das mazelas sociais, em busca de um pleno Estado Democrático de Direito.

Portanto, para o atingimento da proposta, procurou-se o uso do método dedutivo, utilizando-se de uma pesquisa bibliográfica que delimitou o tema e buscou responder à problemática com base em referências teóricas já publicadas pela legislação, doutrinas, jurisprudências, artigos científicos, revistas, periódicos, opiniões expressas por entidades de classe e especialistas sobre o assunto.

2. CONSIDERAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

O ativismo judicial é um fenômeno atual, e está preponderando no processo democrático brasileiro, o poder judiciário exerce um poder moderador, buscando o equilíbrio na tripartição dos poderes e em conformidade com o controle de constitucionalidade o judiciário, vem a reforçar a democracia e sustentar o Estado Democrático de Direito, observando a Constituição Federal e os princípios basilares.

Desse modo, Bobbio (1983, p.79) conceitua democracia da seguinte forma:

Acredita-se que o conceito de democracia seja um conceito elástico, que se pode puxar de um lado e do outro à vontade. Desde que mundo é mundo, democracia significa governo de todos ou de muitos ou da maioria, contra o governo de um só ou de poucos ou de uma minoria.

E com esta finalidade, tem-se sistematicamente decidido a respeito de situações de diversas ramificações, confirmando a judicialização da política em razão da omissão legislativa ou a incoerente utilização de instrumentos políticos que possam afetar direitos e princípios que protegem valores tão importantes para a sociedade.

O sujeito que consegue perceber que é detentor, destinatário e autor de direitos, compreende como é ser livre e igual dentro da sociedade a qual pertence.

2.1. Contextualização do ativismo do judiciário com o papel desempenhado pelo Poder Moderador

O ativismo judicial do Poder Judiciário ao Poder Moderador, que existiu no Brasil Império, possui uma legitimidade político-constitucional baseada na democracia constitucional. Essa situação em que um poder não consegue atender as necessidades constitucionais, dando prerrogativa de atuação de sua competência a outro, traz de certa forma um contexto já visto em nosso ordenamento pretérito. Esse poder moderador, exercido pelo imperador, atuava justamente na ineficácia de algum dos legitimados, além de buscar a solução de conflitos.

A ideia do Poder Moderador foi idealizada por Benjamin Constant em seu Curso de Política Constitucional, em 1815, o qual influenciou a Constituição do Império de 1824.

Nessa vertente, o pensamento do referido autor, ao propor os fundamentos teóricos de inserção deste quarto Poder, consistiu em intentar a função correcional, com a justificativa de impedir e dissolver as arbitrariedades e excessos no contexto do sistema político régio.

Dentre outras atribuições, o Poder Moderador se constituía no âmbito de toda a formação política, sendo atribuído privativamente ao Imperador, como Chefe da Nação e seu primeiro representante, a fim de que se, resguardasse, pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos, de forma que detinha uma extensa concentração de atribuições. Cabia-lhe, ainda, proceder à adequação e exame de conformidade dos atos normativos publicados da Assembleia

Geral em relação às disposições da Constituição Política do Império, a fim de preservar o regular cumprimento e obediência do texto constitucional.

Em conformidade, o papel destinado ao Poder Moderador, valendo-se das ideias de Benjamin Constant, é assim definido:

Para que haja uma liberdade regular, é necessária uma autoridade mediadora diretiva, moderadora, neutra a certos aspectos, absoluta em outras relações, enfim irresponsável, uma autoridade que previna ou termine toda luta perniciosa, que propicie ou restabeleça a harmonia necessária entre as grandes autoridades. Eis o que apenas o Rei pode fazer, propondo as leis, recusando ou concedendo sanção às resoluções das duas câmaras, nomeando os pares, e criando novos pares; convocando, adiando, ou dissolvendo as câmaras; usando de seu direito de agraciar e comutar as penas, nomeando e demitindo ministros; distribuindo, revogando as recompensas e os favores. (LANJUINAIS, *apud* LYNCH, 2005, p.611 - 654)

Assim, o Ativismo Judicial atua como verdadeiro Poder Moderador que, mesmo sem legitimidade para legislar, diante de uma suposta deficiente atuação do Poder Legislativo, entra em ação para retificar os atos deste e harmonizar as funções típicas dos outros poderes.

Nessa linha, Gonçalves (1955, p. 34) bem define essa moderação de poder, fazendo alusão ao período régio, e assim comenta:

O conde austríaco Alexandre Hubner, comentou com o Imperador, em visita que lhe fez em 1882; Vossa Majestade é e se chama Imperador constitucional, e se restringe conscienciosamente aos limites da Constituição. No entanto, Vossa Majestade reina e governa. – Não, não! Vossa Excelência se engana. Eu deixo andar a máquina. Ela está bem montada, e nela tenho confiança. Somente quando as rodas começam a ranger e ameaçam parar, ponho um pouco de graxa. (IGNACIO JÚNIOR, 2015, p.17)

Veja-se que a diferença mais marcante entre o ativismo e o poder moderador, consiste no fato deste buscar o resguardo dos interesses públicos, pois estávamos diante de uma Constituição liberal, e o ativismo, os interesses sociais, positivados em princípios. Nesse sentido, Barroso (2010, p. 388) conceitua que:

O que se procura é defender um constitucionalismo moderado, mas que não deixe de lado as garantias principiológicas, sustenta caber ao intérprete, na voz do Judiciário. A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem-se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista.

O Judiciário no Brasil é, pois, um Poder do Estado. O Estado brasileiro consubstancia-se numa República Federativa, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal. Constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Assim, no exercício das suas atribuições, o Judiciário há de sempre rogar pela defesa dos princípios fundamentais, com o papel essencial de equilíbrio e solução dos conflitos constitucionais.

2.2. O ativismo como processo de manifestação democrática

Os princípios da inércia, do contraditório e da ampla defesa, da imparcialidade e do dever de fundamentação do julgado, fazem com que o processo judicial se torne um meio adequado para que os conflitos de interesses sejam resolvidos de forma justa e democrática.

Se democracia é a colaboração do povo na tomada das decisões que lhe prejudiquem, então não é coerente dizer que o processo judicial não é democrático. A participação efetiva do povo seria muito mais eficiente do que a participação do mesmo na concretização de uma norma legal.

Nessa linha Bovero (2002, p. 17-88), entende que a democracia, está vinculada com a definição de igualdade e liberdade. Conceitua o autor:

[...] O que se pode ser condensado nos substantivos: igualdade e liberdade, que indicam os valores últimos nos quais se inspira a democracia. Por igualdade, como elemento característico da democracia moderna o cidadão, indivíduo membro da coletividade, sem distinção de classe ou de patrimônio, considerado simplesmente como sujeito capaz de vontade racional, e por isso mesmo dotado de dignidade política.

[...] Por liberdade, a identifica na conjugação da liberdade em sentido liberal condensadas por Bobbio nas “quatro grandes liberdades dos modernos: a liberdade pessoal, a liberdade de opinião e de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de associação”, e a liberdade democrática expressa-se na

participação dos cidadãos no poder político. Pois, sem as liberdades civis ou liberais, o exercício da liberdade democrática é uma ilusão, e aquela sem esta, ou seja, os princípios de liberdade liberal codificados nas constituições ficam privados de uma eficaz defesa. (ANACLETO & BARROS, 2011, p.1197)

Igualmente, o Estado de Direito, hoje, é considerado elemento do sistema democrático, cabendo, ao Judiciário a função de garantir os direitos do cidadão, até mesmo contra os demais poderes públicos.

Nunes (2009, p. 163–167) explica que os conflitos, oriundos entre o contexto liberal, social ou, mesmo, neoliberal do processo, não são mais responsáveis apenas, individualmente a solucionar aos anseios da sociedade, uma vez que tais paradigmas de aceção processual não atendem por si, a amplitude, e a necessidade democrática do contexto normativo atual.

Logo, completa-se à ideia do legislador uma constituição analítica, rígida e preponderantemente inclusiva quanto a direitos e ao uso de expressões com conceitos amplos que exigem uma significativa atuação hermenêutica. Portanto, o padrão de Estado Social adotado pela Constituição de 1988 e os demais aspectos elevaram a atuação do Poder Judiciário.

Nas situações em que a história constitucional é traçada por rupturas, o mecanismo de judicialização deve representar um compromisso com a validação da Constituição, por meio da extensão hermenêutica, e principalmente ao conteúdo universal dos princípios do Estado Democrático de Direito.

O processo de judicialização da política só esta se consolidando, pois o Estado brasileiro foi capaz de vencer o autoritarismo exacerbado e reconstruir o Estado de Direito, promulgando uma norma constitucional que, representa um consenso, ainda que formal, em torno de princípios jurídicos universais. Se a Carta Magna não pode ser vinculada como uma ordem particular de valores, é necessário, assim, inserir os seus princípios na história política de um País.

Nesse sentido, não é necessário em todas as situações invocar o império dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria norma constitucional instituiu diferentes sistemas processuais que procuram dar força aos seus princípios e esse papel é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, se aplicar.

O ativismo judicial vem reforçar a democracia e alavancar o Estado Democrático de Direito, em conformidade com a Constituição e os princípios que a

regem, sendo de enorme utilidade, ainda mais, se conseguem servir para sustentar a omissão ou incapacidade de algum Poder constitucional.

Veja-se a partir do momento que se tem uma interpretação constitucional que se sustenta em valores maiores e que servem de parâmetro à Constituição Federal, as diferenças entre os tutelados tendem a desaparecer, dissolvendo assim os poderes econômicos e as relações incompatíveis de poder que se estabeleceram nas democracias atuais.

A corte constitucional deve ser protetora de um processo legislativo democrático de formação de opinião resguardado pelas vontades políticas e pela inclusão de todos os cidadãos como legisladores dos princípios em que vão se basear.

O que se pretende é uma jurisdição constitucional cada vez mais aprimorada com o regime democrático, e para isso deve se entender a possibilidade da submissão das leis a um rigoroso procedimento judicial, sem que isto signifique sua invalidação, mas tão somente a profunda investigação judicial de sua validade para se saber se estas não são prejudiciais à democracia.

Afinal, não há nenhum problema na aplicação do ativismo judicial se se observar do ponto de vista democrático e sabendo que a legitimidade do judiciário, ao menos dos Tribunais Superiores, é indireta. O que ocorre é que se o legislativo é omissivo ou incompetente, ou, ainda, não representa a vontade da Constituição, nada mais coerente do que o judiciário atuar como moderador destes anseios, desde que baseando sua decisão em princípios claros que mesmo não positivados na constituição estão nela subentendidos.

2.3. A superação do Estado de Direito para o Democrático de Direito

A transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social, Democrático De Direito, decorreu da necessidade de superação do individualismo exaltado. A isonomia material entre os indivíduos haveria de ser garantida através da alteração do papel desempenhado pelo Estado, pois se antes a inobservância estatal era a regra, com o Estado Social a igualdade haveria de ser resguardada mediante uma dupla atuação estatal; o aumento da intervenção estatal nas relações contratuais e a imposição de obrigações ao Estado, de maneira que este passou a estar comprometido com a manutenção de prestações em favor de todo cidadão que delas necessitasse.

Menciona Silva (2007, p.113) que a transição do período liberal desvendou conflitos, antes ocultos, referente à questão da harmonia entre Estado de Direito e sociedade Democrática. O processo evolutivo desenredou sua incapacidade e gerou a definição de Estado Social de Direito, ainda que não sendo de teor popular.

Segundo Bonavides (2004, p.186) o Estado Social aumentou a representação do Estado, de maneira que as obrigações nocivas do Estado concedessem lugar a um desempenho favorável. Nesse aspecto, o Estado, constrangido pela compressão da população, pelas solicitações que a intolerância do quarto estado faz ao poder político, controla, no Estado constitucional, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, interfere no desenvolvimento econômico como partilhador, impõe salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social; em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que antes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual.

Em conformidade, é relevante mencionar a ADPF -132 e o voto do Ministro Joaquim Barbosa, em que foram abordadas com rigor as questões acima mencionadas, em específico o reconhecimento da união homoafetiva:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Supremo Tribunal Federal. (ADPF 132 RJ e ADI 4277 DF, Rel. AYRES BRITTO, julgado em 05.05.2011, publicado em DJ 14.10.2011. Informativo n.635 - STF).

Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, residimos de encontro com uma circunstância que exemplifica notoriamente a desarmonia entre o mundo dos acontecimentos e a realidade do direito. Diz respeito a uma conjectura em que o direito não conseguiu evoluir as significativas alterações sociais não apenas no âmbito brasileiro, mas em todo o mundo.

O Ministro mencionou que o texto constitucional pretende, excluir ou, atenuar a desigualdade baseada no preconceito. A Carta Magna ordena, de maneira clara, o intuito de garantir a justiça social e a igualdade de tratamento entre os membros do Estado. Dentre os requisitos fundamentais da República, estão o de promover o bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

De acordo com Barbosa, o texto constitucional não aborda, nem impede o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, mas a Constituição determina que a relação de direitos fundamentais dos cidadãos não se exaure apenas nos especificados por ela. Ou seja, outros tem a possibilidade de surgir diante do sistema de fundamentos que o texto constitucional, admitiu ou ainda de tratados internacionais confirmado pelo Estado.

Para o Ministro, o garantismo dos direitos dos indivíduos que sustentam relações homoafetivas percorre de uma derivação do princípio da dignidade humana, segundo o qual todos, sem exclusão, têm a equiparação de direitos. A não consolidação da união homoafetiva significa a colocação do Estado de que a relação afetiva das pessoas do mesmo sexo não tem relevância e não é digno de respeito social. Segundo ele é mais do que necessário ir de encontro ao resguardo dos direitos fundamentais, coibindo toda forma de preconceito.

Por fim, ele compreende que o garantismo dos direitos providos de uniões homoafetivas tem respaldo e fundamento em todos os mecanismos constitucionais que determinam a garantia dos preceitos fundamentais, isto é, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e no princípio da não discriminação, mandamentos esses de aplicação imediata e que se refletem sobre as uniões homoafetivas de forma eficaz e em conformidade com o texto constitucional.

Portanto, o Estado Liberal formalizou-se por uma falta de comprometimento e omissão no desempenho de suas funções. O nível de desenvolvimento político, jurídico e social somente se tornou realidade com a construção do Estado Democrático de Direito. Estado este que nasceu pelo conceito de justiça social, e procura resguardar os preceitos e garantias fundamentais contidos no texto constitucional e inerentes a cada indivíduo.

3. O ATIVISMO DO JUDICIÁRIO COMO HERMENÊUTICA DE ENFRENTAMENTO DA OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO

A posição ativa do Poder Judiciário em impregnar a eficácia dos princípios e direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, tem abarcado diversas discussões a respeito da transgressão das funções primordiais dos demais Poderes. Nesse sentido, ocorreu uma relevante intensificação dos debates em face das decisões da Corte Superior interessarem a um grupo maior de pessoas daqueles que se beneficiaram com o Ativismo Judicial.

O magistrado apenas adota participação ativa em virtude da atuação e omissão dos demais Poderes, visto, que, com este posicionamento, comprometem a efetivação dos princípios e direitos fundamentais elencados na Carta Magna, a qual determina que tais preceitos devem ter aplicação imediata, legitimando com sua postura o Estado Democrático Direito. As manifestações emblemáticas, jurídicas e da comunidade, a respeito da lesão das funções originárias dos demais Poderes, que afrontaria contra a democracia não possui fundamento, tendo vista que a decisão ativista procura somente reforçar a própria essência do Estado, prevalecendo inatingível qualquer violação dos fundamentos constitucionais.

A inércia de atitude política e o receio da insatisfação de algumas classes frente à determinada matéria comprometem a imparcialidade dos membros do Poder Executivo e Legislativo, em conduzir livremente seu papel de autêntico representante do povo, uma vez, que esses interesses podem divergir do consenso eleitoral e, assim, preferem não agir, ao causar uma insatisfação.

Nessa perspectiva, é notável que não ocorre uma transgressão nas políticas públicas visto que o ativismo exige somente o exercício pleno da Constituição. Portanto, quando uma decisão judicial determina que um dos entes federativos deve custear ações essenciais à sociedade, isto é derivado de norma contida no texto constitucional, ou seja, não é uma mera especulação, mas uma obrigação resguardada para garantir um Estado Social.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário na eficácia e aplicabilidade dos fundamentos constitucionais é inquestionável, e vem sendo exaurido em função da ineficácia das decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.

Segundo Streck (2007, p. 54-55):

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos

mecanismos jurídicos previstos na Constituição, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

A crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo tem alimentado a expansão judiciária no que tange ao ativismo; em nome da Constituição prolatam-se decisões que suprem omissões e, muitas vezes, inovam a ordem jurídica.

Nessa perspectiva aponta Camargo (2009, p. 95) que:

[...] o direito tem que dar a cada um o que é seu, pautando-se em novos paradigmas jurídicos, a fim de que se construa um ordenamento jurídico e um processo participativo, aberto e democrático, com respeito abrangente e irrestrito aos direitos fundamentais.

As necessidades sociais, notadamente aquelas referentes à concretização de direitos fundamentais, têm sido negligenciadas por legisladores e administradores. Direitos básicos como acesso à saúde e à educação carecem de uma resposta efetiva quando suscitados pela população. Assim, o Poder Judiciário se tornou um meio eficaz de acesso a estes direitos, em razão, principalmente, da impossibilidade dos magistrados de se eximirem de decidir sob a justificativa de omissão da lei. O ativismo, assim, passa a ser consequência imediata da atividade jurisdicional, e deve ser aplicado para realizar uma eficiente solução à sociedade.

O julgado de ADPF nº 45 do STF remete-se numa análise de forma concreta sobre o tema proposto, conforme ementa abaixo:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMOEXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO

DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (ADPF 45 MC, Rel. CELSO DE MELLO, julgado em 29.04.2004, publicado em DJ 4.5.2004. Informativo n. 345 - STF)

Cabe, ainda, ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à consagração dos direitos fundamentais sociais. Enfatiza-se o voto do Ministro Celso de Mello em ADPF nº 45, *in verbis*:

[...] Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal.

Para o Ministro Celso de Mello, a Corte não se deprecia a nenhuma pessoa não aceita a opressão dos governantes nem acolhe as ofensas que decorram de qualquer área dos três Poderes da República, exercendo as suas atribuições de maneira coerente com os precisos marcos que foi determinado pelo texto constitucional.

O Congresso Nacional brasileiro vive uma verdadeira crise de identidade, praticamente paralisado; limitando-se a emendar projetos oriundos do Executivo, discutir a respeito de deliberação de verbas e minimizar as denúncias de corrupção que surgem com frequência, pouco se nota a regulamentação de projetos de interesse popular, sendo que pouco deles estão nas Casas Legislativas, sem a menor possibilidade de aprovação.

Desse modo enfatiza-se que as desigualdades sociais devem ser combatidas e enfrentadas, não podem ser deixadas à mercê do acaso, por questões políticas quando é evidente a regra constitucional, consolidando sua efetivação em que procura eliminar as mazelas sociais e nessa vertente, que não é razoável o Poder Judiciário exercer o papel de “omitente”, mas deve enfrentar tais mazelas em que o ativismo judicial deve ser considerado uma solução positiva, esperada e imediata, mesmo que não satisfaça aos demais poderes que deveriam agir, omitindo-se em situações de cunho social.

3.1. O ativismo do Judiciário

O ativismo judicial faz parte da ascensão institucional do Poder Judiciário, decorrente do modelo constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988. Portanto, não é um fenômeno isolado ou um mero exercício deliberado de vontade

política. Acompanha as inúmeras mudanças do Direito Constitucional, as quais ocasionaram uma transformação no modo de pensar e praticar o direito.

Compreende Cardoso (2011, /p) que o ativismo judicial pode ser definido como o comportamento dos magistrados de decifrar as regras jurídicas sem se restringir às limitações categóricas e diretas, e considerando que o emprego das normas é mutável, no contexto de cada situação prática. Podendo gerar a ampliação de direitos não positivados de forma taxativa na norma ou na Carta Magna, razão pelo qual se assevera que essa posição judicial importa na geração de direitos, oriundos de hermenêutica extensiva de leis positivadas, ou com embasamento em princípios jurídicos fundamentais.

Para tanto, Streck (2007, p. 6) afirma que com o fim da segunda Guerra Mundial, notou-se uma nova configuração de Estado de Direito. O cuidado com os direitos fundamentais e com o sentido democrático propiciou um significativo progresso aos mandamentos basilares, que, até então, tinham o propósito a beneficiar de um estado impositivo.

O sentido de ativismo judicial está relacionado a uma comunicação mais abrangente e eficaz do Poder Judiciário na realização da legitimidade e finalidade constitucional, com significativa predominância no contexto de funcionalidade dos outros Poderes.

Segundo Tavares (2011, p.105) inserido no vínculo de eficácia, contido ao Estado, nasce à imagem ilustre do Judiciário, já que está sendo exaltada uma significativa realização de um conceito de ativismo judicial, uma vez que ocorre um processo de lacuna de poder, em virtude, diretamente, de um legislativo inócuo, dominado por um vergonhoso período de corrupção, bem como de um executivo presunçoso, que busca domar politicamente todas as atribuições de poder. Surge a imagem protagonista dos tribunais e de juízes que em pouco tempo tem buscado coibir os exageros utilizados pelas gestões, bem como prover com a ausência de decisões do poder legislativo que deveria atentar-se aos avanços inerentes ao desenvolvimento da sociedade.

Atualmente, o Poder Judiciário tem demonstrado, em diversas situações, uma posição ativista. É possível perceber que na maior parte das decisões consideradas ativistas o que se efetivou foi à garantia dos direitos fundamentais, previstos pela Constituição Federal.

Hesse (1991, p. 15), o texto normativo não representa apenas sentença de regra a ser seguida, mas também de um contexto de aplicabilidade coerente a cada situação na sua particularidade; ela significa mais do que a reprodução das condições jurídicas de sua vigência. A Constituição buscar demonstrar ordem e conformação à realidade política e social.

Completa Cortês (2011, p.78), que o ativismo judicial é uma conduta positiva, um modo proativo de se interpretar a Constituição; expande-se o seu sentido e o seu alcance. Normalmente, ele se instala em situações em que há um retraimento Legislativo, ou um certo desvirtuamento entre a sociedade civil e a classe política, impedindo a efetivação das demandas sociais.

Assim, o ativismo tem por finalidade a defesa da moral, do direito e da ética para a sociedade. O juiz tem a responsabilidade de ir ao encontro da busca da eficiência do texto normativo, sejam normas de eficácia plena, até as consubstanciadas em programas e diretrizes.

3.2. O protagonismo do Judiciário

O protagonismo dos Tribunais, atualmente, visa à contemplar uma compreensão abrangente e detalhada do controle da legalidade, que busca uma democratização do Direito como forma de defender um garantismo mais eficiente dos direitos fundamentais. Mesmo que ocorra uma interpretação de intervenção do judiciário, some-se que esse intervencionismo, ao contrário dos anteriores, assume como seu papel mais determinante a responsabilidade política. Não se assemelha, como às formas passadas de intervencionismo, aos usos do poder político e as alianças políticas que foram priorizadas. Atua ante aos abusos do poder e aos agentes políticos que os protagonizam.

Para Cambi (2009, p. 243):

A omissão dos poderes políticos na realização dos comandos constitucionais de implantação dos direitos fundamentais (cuja eficácia é fornecida pelo neoconstitucionalismo) culminou com o acionamento do Poder Judiciário para suprir a inércia dos demais. Essa atividade judiciária pioneira pode ser chamada de protagonismo judiciário.

A liberalidade do Judiciário está relativamente relacionada com a legitimidade e a capacidade. A independência dos Tribunais é um dos princípios básicos do constitucionalismo moderno. E em verdade, ao contrário do que sucede com a questão

da legitimidade, o questionamento da independência tende a ser levantado pelo próprio Poder Judiciário sempre que se vê confrontado com medidas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que considerem atentatórias à sua independência.

A questão da independência surge assim em dois contextos. No contexto da legitimidade, sempre que o questionamento desta leva o Legislativo ou o Executivo a tomar medidas que o Poder Judiciário entende serem mitigadoras da sua independência. Surge também no contexto da capacidade, sempre que o Poder Judiciário, carecendo de autonomia financeira e administrativa, se vê dependente dos outros poderes para invocar os recursos que considera adequado para o desempenho das suas atribuições. Para Vigo (2005, p. 36), “o ensinamento legal dominante em objeto de hermenêutica é um modelo decisivo, composto pelos colégios exegéticos e históricos”.

As questões da legitimidade, da capacidade e da independência assumem maior rigor em momentos em que os Tribunais adquirem maior protagonismo social e político. Esse fato tem um importante significado. O protagonismo é produto de uma conjunção de fatores que evoluem historicamente, pelo que se torna necessário periodizar a função e o poder judiciais a fim de contextualizar melhor a situação atual.

As intervenções judiciais que são responsáveis pela notoriedade judicial num dado momento histórico constituem uma fração ínfima do desempenho judiciário, pelo que um enfoque exclusivo nas grandes questões pode ocultar ou deixar banalizado o desempenho que na prática cotidiana dos tribunais ocupa a esmagadora maioria dos recursos e do trabalho judicial.

O desempenho dos tribunais, num determinado país ou momento histórico concreto, não depende tão só de fatores políticos, como as questões da legitimidade, da capacidade e da independência podem fazer crer. Depende de modo decisivo de outros fatores e nomeadamente dos três seguintes: do nível de desenvolvimento do país e, portanto, da posição que este ocupa no sistema mundial e na economia-mundo; da cultura jurídica dominante em termos dos grandes sistemas ou famílias de direito em que os comparatistas costumam dividir o mundo; e do processo histórico por via do qual essa cultura jurídica se instalou e se desenvolveu.

Portanto, a conformação do Estado brasileiro nos moldes democrático torna-se exigência, cujo cumprimento se impõe, de forma inarredável, que o Poder Judiciário se coloque seu exercício judicante ao alcance da cidadania. O Poder Judiciário, com uma das formas de organização do Estado e que se faz representar por indivíduos, os Juízes, deve promover a transformação que dele se espera, fazendo com que os julgadores não

se mantenham inócuos, incapazes de pensar o Direito voltado para a realidade em que se insere.

Cabe-lhes trabalhar com o pensamento voltado para a realidade, o que significa, como intérprete, priorizar a ala social da democracia que preza pela realização do direito.

3.3. Aportes neoconstitucionalismo e neoprocessualismo

Com a transição da segunda metade do século XX, o neoconstitucionalismo significou a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, o que, para Ferrajoli (2002), “demonstra a passagem do Estado débil para o Estado forte”.

Nesse contexto, não se vislumbra mais o papel do juiz a ser a boca da lei, cabendo-lhe dizer não apenas o direito legal, mas também o direito constitucional. Anteriormente a esse pensamento, as Constituições eram tratadas como simples documentos políticos, pois não abarcavam da característica de regra fundamental e essencial, sobrepondo-se sobre qualquer outra.

Segundo Barroso (2007, p. 20):

[...] três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Dessa forma é que as normas constitucionais deverão ser efetivas. Nesse diapasão, cada vez mais se vislumbra a importância da utilização das funções constitucionais. Desse modo, é inadmissível que não se efetive uma prerrogativa ou garantia constitucional com o simples argumento de omissão legislativa ou ainda de lacunas na lei, posto que, o neoconstitucionalismo, elevou a Constituição ao patamar de norma jurídica superior, atribuindo com maior alcance de atuação do Judiciário o que inegavelmente determinou novas maneiras de interpretação constitucional.

Nesse contexto, fica consagrado que o dever do magistrado não se limita mais em apenas dizer o Direito, apenas em seu conjunto de normas infraconstitucionais, mas, dizer o Direito a partir da base constitucional.

Não obstante, entender a relação existente entre a maneira pela qual a jurisdição deve ser adequadamente prestada nos conflitos e o respaldo constitucional conferido a essa peculiar forma de tutela jurisdicional, significa compreender não

apenas o papel desempenhado pela Constituição em um determinado sistema jurídico, como também o papel desempenhado pelo Judiciário e seu respectivo protagonismo.

E, justamente por se tratar da norma jurídica superior, voltada ao próprio Estado, essa organização se dá em torno de uma proposta orientada e comprometida, em que a sua consolidação passa a ser identificada, na solução dos casos concretos apresentados ao Poder Judiciário.

A inserção de tais valores no documento jurídico mais relevante, hierarquicamente superior e, mais do que isso, dotando-se tais valores e princípios de conteúdo normativo próprio, para além de uma mera declaração ou exortação de direitos, culminou com o reconhecimento do poder de coercibilidade e exigibilidade imediata da concretização daqueles valores e princípios. A Constituição como norma jurídica eficaz passa a ter operatividade direta, ou seja, deixa de ser repositório de meras normas programáticas.

Com a incorporação ao texto constitucional de valores e princípios, por meio de normas dotadas de conteúdo normativo efetivo, a Constituição deixa, então, de ser mera fonte de preceitos programáticos, de pouca ou duvidosa efetividade, para ser fonte de preceitos normativos diretos. Fazendo-se assim com que a concretização dos valores constitucionais também passasse a fazer parte da resolução efetiva desses conflitos, e não apenas a Lei infraconstitucional. Veja-se, que não se trata, portanto, simplesmente de uma mudança de paradigmas conceituais e culturais a respeito do que se deve compreender por determinada expressão ou conceito jurídico.

Entende Figueroa (2003, p. 165), que no neoconstitucionalismo existe uma vigorosa bagagem de relevante estima, valores morais, enfatizando um sentido não afirmativo do Direito, uma vez, que o método legal está inerente à acepção da moralidade. A perspectiva formal da constituição no regramento se refere, na adesão do conjunto jurídico a certas condições no sentido de direitos fundamentais.

No caso da jurisdição constitucional inerente ao neoconstitucionalismo, o que se tem é a própria compreensão do conteúdo axiológico do princípio em questão, aliado ao modo pelo qual determinado princípio é empregado na solução do caso concreto. Compreensão essa que, a toda evidência, se faz em bases fundamentalmente subjetivas do julgador, no momento em que se explicitam os argumentos que conduzem a uma determinada solução jurídica para o conflito posto.

Para Cambi (2006, p. 683), o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não são orientações limitadas ao campo utópico, requerendo dos estudiosos do direito novas acepções em que, seja possível perdurar, com respaldo no ordenamento jurídico, diferentes maneiras de regresso, fortalecendo um conceito eficiente de preservação do sentido democrático de resguardo aos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, o ativismo do judiciário tem a finalidade de ser determinante dos preceitos constitucionais, e a aplicabilidade do neoconstitucionalismo, no campo Processual, atribui capacidade de garantismo dos princípios processuais fundamentais, portanto, dando à luz o conceito do neoprocessualismo.

4. O ATIVISMO COMO HERMENÊUTICA PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL – COLABORAÇÃO PARA A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A soberania só atinge sua eficácia e realiza sua funcionalidade, quando o Poder Judiciário, utilizando-se da hermenêutica, transforma dizeres abstratos, constituídos na Constituição, em direitos concretos.

O Juiz exerce a tarefa de protagonista na função de garantir as disposições constitucionais. Afirmar esta ou aquela interpretação de determinado dispositivo constitucional, defender seu potencial de execução imediata ou apontar a necessidade de integração legislativa, constituem comportamentos e compromissos ideológicos que não podem ser feridos.

Nesse contexto aduz Clève, *apud* Amaral (2010, p. 4):

No Brasil contemporâneo, constitui missão do operador jurídico produzir a defesa da Constituição. A Constituição brasileira, tão vilipendiada, criticada e menosprezada, merece consideração. Sim, porque aí, nesse documento mal escrito e contraditório, o jurista encontrará um reservatório impressionante de topos argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica e da defesa dos interesses que cumpre, para o direito alternativo, defender.

O ativismo judicial é hermenêutica dos valores constitucionais que têm origem nos anseios do povo e a concretização destes anseios por decisões judiciais não contraria o império da lei ou os fundamentos da democracia. O que busca é reforçar a democracia e sustentar o Estado Democrático de Direito, observando a Constituição

posta e os princípios que a regem, sendo de grande utilidade, ainda mais, se conseguem servir para sustentar a inércia ou incapacidade momentânea de algum Poder.

Ora, a partir do momento que se tem uma interpretação constitucional que se baseia em valores maiores e que serve de lastro à Constituição da República, as diferenças entre os tutelados tendem a desaparecer, sumindo assim os poderes econômicos e as relações assimétricas de poder que residem nas democracias contemporâneas.

Aduz Guerra Filho (2005, p. 76), diante das regras e princípios existentes na Constituição, que têm uma natureza diferenciada, ser imperioso desenvolver uma Hermenêutica Constitucional também diferenciada da hermenêutica tradicional, a qual requer o emprego dos princípios da interpretação constitucional.

Com isso, pode-se entender que os métodos usados pela hermenêutica jurídica clássica não estão sendo suficientes, haja vista seu método fechado. Faz-se necessário buscar outros métodos de interpretação, principalmente, no pós-positivismo, em que os princípios não comportam um esquema fechado de interpretação.

Para tanto, recorre-se a nova hermenêutica que traz um novo método de interpretação e solução ao caso concreto.

4.1. Protagonismo do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais

O direito não é apenas aplicação da lei e da Constituição não se extrai um conteúdo já pré-estabelecido. Uma vez, que a Carta Magna é compromissória, o processo deve ser argumentativo, voltado a retirar do ordenamento jurídico a melhor e coerente solução constitucional para os problemas sociais.

Segundo Ferraz Junior (2007, p. 406), mesmo quando o sistema jurídico não possui respostas claras, compete ao Judiciário levar à sério à Constituição. Em países de modernidade tardia, como o Brasil, não é satisfatório que o Judiciário deixe de efetivar os direitos fundamentais, ficando à espera da indefinida atuação do legislador.

Para Boaventura (2010,/p), deve o Judiciário exercer, ainda que excepcionalmente, uma função socioterapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social.

Uma vez que esse entendimento não tem a finalidade de exacerbar o papel discricionário do judiciário ou deixar que o magistrado fique completamente livre para julgar conforme a sua consciência, é sabido que princípios jurídicos não podem ser utilizados, aleatoriamente, sem nenhum critério, por si só, para legitimar a decisão judicial.

Aduz Bonavides (2003, p. 539-540), que o conceito de juiz social é consectário de uma teoria material da Constituição e da legitimidade do Estado Social, fundadas em postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

O respeito da democracia, em sentido substancial, justifica o protagonismo judicial responsável. É importante salientar que sua utilização não implica o incentivo à liberalidade de decisões, tampouco ao retorno à Jurisprudência dos Valores. Ao contrário, pretende-se salvaguardar a posição da jurisdição na efetivação da Constituição, tendo, para tanto, que solucionar os conflitos contrários à realização dos direitos fundamentais.

A inserção judicial desses direitos, com especial ênfase à tutela jurisdicional do mínimo existencial, incluindo o controle de políticas públicas indispensáveis à sua concretização, há de respeitar o princípio da subsidiariedade.

O controle da atividade judicial deve ser exercido a partir do cumprimento rigoroso do dever constitucional de motivação das decisões. Neste âmbito, é importante sedimentar a noção da reserva da consistência, que exige que o Judiciário formule critérios seguros para a concretização de direitos fundamentais (em especial, quando demandem à inserção de políticas públicas), bem como a ampliação das técnicas capazes de promover a democracia participativa.

O protagonismo judiciário responsável está a serviço do Estado Democrático de Direito. Seu uso eventual deve estar amparado nas limitações indispensáveis, decorrentes da sua necessária harmonização com o princípio da separação dos poderes.

4.2. Aplicabilidade do ativismo como solução no caso concreto

O Ativismo Judicial é uma solução para minimizar as desigualdades sociais frente à inércia dos demais Poderes em efetivar os princípios e os direitos fundamentais inseridos no texto constitucional e, com isto, mantém a eficácia dos fundamentos essenciais do Estado Democrático e Social de Direito.

O magistrado, quando escolhe em decidir ativamente está exercendo uma prerrogativa presente no exercício de sua função que lhe permite agir com discricionariedade em busca de alcançar a finalidade da lei que no caso do Ativismo Judicial é dar eficácia aos princípios e direitos fundamentais.

A corte constitucional deve ser protetora de um processo legislativo democrático de formação de opinião, zelando pelas vontades políticas e pela inclusão de todos os cidadãos como legisladores dos princípios em que vão se basear.

As constituições das presentes democracias estão a exigir dos seus intérpretes uma hermenêutica mais construtivista dos princípios que as regem principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

Nos dizeres de Barroso (2011, s/p), as decisões do judiciário devem respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça, e que o ativismo judicial, tem sido parte da solução, e não do problema.

A decisão política que é tomada pela Corte Suprema só se efetivará se convencer os cidadãos em sua maioria, devendo ser ouvidos todos aqueles que dela discordam e só se manter enquanto os próprios cidadãos a apoiarem. Com o ativismo judicial a comunidade de intérpretes da constituição cresce e chega a todos os cidadãos.

Dessa forma, a nova Hermenêutica Constitucional cumprirá o seu papel na solução do caso concreto e efetivará a concretização dos direitos no Estado Democrático de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio deste estudo, foi apresentada a proposta de utilização do ativismo judicial como método ativo de combater desigualdades, como possibilidade de aplicação, descartando qualquer ameaça que poderia existir ao princípio da separação dos poderes, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Procurou-se demonstrá-lo, como uma nova alternativa, um novo protagonista quando os órgãos responsáveis, como o poder Legislativo, se omitem ou não realizam suas atribuições em situações relacionadas aos anseios da sociedade.

A verdade é que, hoje, o Poder Judiciário segundo seus próprios membros e de muitos doutrinadores, exerce um Poder Moderador, com vistas a equilibrar a tripartição

dos poderes. Por intermédio do controle de constitucionalidade abstrato, o Poder Judiciário tem, sistematicamente, decidido sobre questões de diversas naturezas.

Importante observar que, quando se relaciona o surgimento do ativismo judicial com a decadência do constitucionalismo liberal e da política neoliberal, volta-se a uma visão mais humanista e social, preservando princípios basilares de um Estado que são representados por sua Constituição e, principalmente, realçando axiologicamente os direitos fundamentais, mais especificamente, aqueles que dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, a deficiência legislativa ou a má utilização de instrumentos políticos que possam abalar tais direitos e princípios são objeto dos Tribunais que, com o ativismo judicial, protegem valores tão importantes para a sociedade.

Com o advento do pós-positivismo, não se pode pretender que o Poder Judiciário desconsidere as repercussões sociais e política de suas decisões.

Há que analisar a relação de identidade da decisão ativista como sendo um exercício discricionário da função do magistrado que procura efetivar o texto constitucional.

Por fim, buscou-se fazer um enfrentamento com o caso concreto, ou seja, as desigualdades sociais frente à inércia do Poder Legislativo, onde demonstrou que se trata de um mecanismo a ser seguido por apresentar uma solução esperada e exequível, colaborando para a construção de uma sociedade brasileira mais democrática e plural.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, GUSTAVO. **Direito, Escassez & Escolha**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

ANACLETO, S. D. M.; BARROS, J. R. L. de. A judicialização da política ultrapassando o modelo tradicional de separação de poderes. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a>>. Acesso em 11 out. 2014.

SANTOS, B. de S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.html>. Acesso em 08 out. 2010.

BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?** Debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1983.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o Governo dos Piores uma gramática da democracia**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais com a colaboração de Darlan Barroso e Marco Antônio Araújo Júnior. 5 ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça**, 4 maio 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 12 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário de Justiça**, 14 out. 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em 12 set. 2014.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19047/ativismo-judicial-ou-inativismo-parlamentar>>. Acesso em: 12 out. 2014.

CORTÊS, Victor Augusto Passos Villani. **Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo**. In: Revista Eletrônica de Direito

ProcessualREDP. VolumeVI. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a>> Acesso em: 10 ago. 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**. Barueri: Manole, 2007.

FIGUEROA, Alfonso García. **La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo**. In: *CARBONEL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.*

GONÇALVES, Roberto Mendes. **O barão Hubner na Corte de São Cristovão**. Rio de Janeiro: MEC, 1955.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IGNACIO JÚNIOR, J. A. G. O ativismo judicial como lampejo do pretérito Poder Moderador. **Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da EDUVALE**, n. 2, vol. 8, abr/ago 2015, s/p. Disponível em: < <http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2015/05/artigo7.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824). **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 03, 2005, p. 611 a 654. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n3/a06v48n3.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2014.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

SARMENTO, Daniel Souza. I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª Ed. Brasil: Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 17 set. 2015.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 7a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005.

_____. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e políticas públicas: direitos fundamentais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: Do Modelo Juspositivista-Legalista do Século XIX às Novas Perspectivas.** Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Recebido em: 13 jul. 2015.

Aprovado em: 19 set. 2015.