

Centro Universitário do Distrito Federal – UDF
Coordenação do Curso de Direito

Evelyn Francine Sousa de Paula

Fernanda Alarcão Fleury

O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DAS MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Brasília 2020

Evelyn Francine Sousa de Paula

Fernanda Alarcão Fleury

O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DAS MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Rúbia Zanotelli Alvarenga.

Brasília 2020

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

De Paula, Evelyn Francine Sousa e Fleury, Fernanda Alarcão

O Ativismo jucial em face das mutações inconstitucionais/ Evelyn Francine Sousa de Paula e Fernanda Alarcão Fleury. – Brasília, 2020.
63 páginas

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Rúbia Zanotelli Alvarenga.

1. O controle de constitucionalidade . 2. Ativismo judicial 3. O instituto da mutação

CDU

Evelyn Francine Sousa de Paula

Fernanda Alarcão Fleury

O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DAS MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Rúbia Zanotelli Alvarenga.

Brasília, _____ de _____ de 2020.

Banca Examinadora

Rúbia Zanotelli Alvarenga

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Professora do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Nome do Examinador

Titulação

Instituição a qual é

filiado

Nota: _____

Dedicamos este trabalho as nossas famílias, que sempre investiram e apoiaram a nossos sonhos. Em especial a nossa querida orientadora, Dra. Rúbia Zanotelli que foi essencial para a concretização deste feito.

AGRADECIMENTOS

Evelyn Francine Sousa de Paula

Agradeço primeiramente a Deus, por me acolher em seus braços e sempre escolher o melhor para mim, agradeço aos dons que recebi do Espírito Santo e principalmente por me sentir amada e segura em minha jornada.

Agradeço ao meu pai, meu porto seguro, Elizeu Roberto de Paula, por sempre me apoiar, e me fazer ser sonhadora e determinada, por acreditar em meu futuro e por ser a pessoa que ele é, pois não há maior inspiração em minha vida, sua história de superação me faz sempre querer ser melhor, para mim e para o próximo.

Agradeço a minha mãe, meu refúgio, Raquel Aparecida Sousa de Paula, por ser uma mulher tão forte e determinada e ao mesmo tempo doce e de tanta fé, obrigada por sempre me dar força, por me incentivar e por acreditar tanto em mim, você é a mulher mais maravilhosa que conheço, minha maior referência.

Agradeço a minha irmã, meu maior presente, Maria Clara Sousa de Paula, por ser uma menina tão doce e carinhosa, por sempre estar comigo em todos os momentos, me dando força e me fazendo ser melhor cada dia, você é a melhor amiga que eu poderia pedir a Deus, para estar comigo em toda minha vida.

Agradeço aos meus familiares, que sempre torceram para o meu sucesso, em especial meus avós, José, Virgolina, Alvino, Júlia (*in memoriam*) que além de torcida, sempre estiveram em oração pelo meu futuro.

Agradeço aos meus professores, por sempre me ajudarem nessa caminhada, aos meus amigos e em especial, a minha dupla acadêmica e futura sócia, Fernanda Alarcão Fleury por sempre estar presente em minha vida, por ser tão dedicada, e carinhosa, por me dar força quando precisei e pelo companheirismo, não poderia escolher pessoa melhor para me acompanhar durante esses 5 anos, que serão apenas os primeiros da nossa caminhada.

Agradeço a ilustríssima orientadora, Dra. Rúbia Zanotelli, que foi peça fundamental nesse processo, obrigada por nós acolher e nos ensinar com tanta paciência e dedicação.

“Mas graças a Deus, que nos dá a vitória por nosso Senhor Jesus Cristo.”

I Coríntios 15: 57

AGRADECIMENTOS

Fernada Alarcão Fleury

Agradeço a Deus, que me fez sonhar os sonhos dEle e que me sustentou nos momentos difíceis, me fazendo lembrar constantemente de como sou amada, para que eu pudesse compreender que os caminhos dEle são mais altos que os meus.

Agradeço ao meu pai, Fernando Sanches Fleury, que sempre apostou alto em minha carreira jurídica e que sendo um exemplo de profissional para mim, sempre me incentivou a correr atrás dos meus sonhos, mesmo que a conquista parecesse distante. Obrigada por todo suporte, conversas sérias e cuidado em me dar tudo de melhor, que você sempre teve comigo.

Agradeço a minha mãe, Elaine de Alarcão Fleury, que me ensinou a ser uma mulher íntegra e forte, me dando asas para voar e raízes para me lembrar de onde vim. Obrigada por ter me preparado para o mundo, ter me ensinado a dobrar meus joelhos e por ser minha referência de vida.

Agradeço a minha irmã, Kamilla de Alarcão Fleury, que sempre apoiou minhas decisões, por entender que a minha visão de mundo sempre foi diferente do padrão. Obrigada pelo ombro amigo, pelos puxões de orelha e por ser uma influência tão boa na minha vida. Você é minha advogada preferida!

Agradeço aos meus amigos e professores que estiveram comigo nessa caminhada acadêmica, torcendo pelo meu sucesso, em especial à Evelyn Francine Sousa de Paula, que sempre foi a minha dupla, minha amiga e minha doutrinadora durante a graduação. Obrigada por você ser sempre tão amorosa, compreensiva e engraçada, você é um presente de Deus na minha vida!

Agradeço a minha querida orientadora, Rubia Zanotelli, que com toda paciência e amor, pode nos direcionar nesse trabalho, se tornando uma pessoa essencial para a finalização do mesmo. Obrigada por ser essa excelente profissional!

Por fim, agradeço por todos que de alguma forma acrescentaram em minha formação profissional, meu sentimento é apenas de gratidão por todas as etapas conquistadas. A jornada é o Caminho!

Estou convencido de que aquele que começou boa obra em vocês, vai completá-la até o dia de Cristo Jesus. _ Filipenses 1:6

RESUMO

O presente trabalho visa abordar que o controle constitucional surgiu a partir do caso simbólico de Marbury X Madison, a partir dessa decisão, começou a buscar um maior equilíbrio entre as normas, o que tornou o controle constitucional essencial no mundo jurídico, sendo regulamentado e descrito na Constituição Federal de 1988. A partir deste feito, surgiram novas ferramentas, para que pudesse haver uma maior segurança jurídica em relação às estratégias abordadas, como exemplo ou ativismo, e logo após uma mutação constitucional, porém, o fenômeno ocorreu de acordo com uma Constituição, não disponível este, para ser contrário à mesma, deve ser montado em conjunto com a norma constitucional e com a realidade. Ou seja, não basta que haja uma mudança simples na realidade, uma mutação depende da condição no qual encontrar apoio e não modificar a estrutura da Constituição. Ocorre que, uma ausência de legislação reguladora sobre as proibições de atividade judicial para fixar os limites de atuação traz uma forte insegurança jurídica, gerando inclusive, mutações inconstitucionais, que muitas vezes não leva, em consideração pelos direitos e princípios fundamentais. Eis o que será objeto de análise na presente pesquisa.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Constituição; Mutação constitucional; Ativismo judicial.

ABSTRACT

The present work aims to approach that the constitutional control arose from the symbolic case of Marbury X Madison, from that decision, began to seek a greater balance between the rules, which made the constitutional control essential in the legal world, being regulated and described in the Federal Constitution of 1988. As a result, new tools emerged, so that there could be greater legal certainty in relation to the strategies addressed, such as example or activism, and soon after a constitutional change, however, the phenomenon occurred according to a Constitution, if this is not available, to be contrary to it, it must be assembled together with the constitutional norm and reality. In other words, it is not enough that there is a simple change in reality, a mutation depends on the condition in which to find support and not to modify the structure of the Constitution. It turns out that an absence of regulatory legislation on the prohibitions of judicial activity to set the limits of performance brings a strong legal uncertainty, even generating unconstitutional mutations, which often does not take into account for fundamental rights and principles. This is what will be analyzed in this research.

Keywords: Constitutionality control; Constitution; Constitutional mutation; Judicial activism.

ABREVIATURAS / SIGLAS

art. Artigo

arts. Artigo

Ed. Edição

inc. Inciso

incs. Incisos

n. Número

p. Página

Min. Ministro

Súm. Súmula

vol. Volume

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC Ação Direta de Constitucionalidade

ADO Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/88 Constituição Federal de 1988

CPC Código de Processo Civil

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	17
1.1 ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	17
1.2 ORIGEM NO BRASIL	24
1.3 CONCEITO E CONTROLES.....	27
1.3.1 Tipos de controle	28
2. ATIVISMO JUDICIAL.....	31
2.1 REPARTIÇÃO DOS PODERES: FUNÇÕES	31
2.2. CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL	39
2.2.1 Judicialização	41
3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEU SURGIMENTO.....	44
3.2. CONCEITO	46
3.3 PREJUÍZOS EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS	48
3.3.1 Limitação para garantir a segurança jurídica	53
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

O objeto desta pesquisa é demonstrar que o controle de constitucionalidade surgiu a partir do emblemático caso de Marbury X Madison, na qual a Suprema Corte foi invocada para solucionar um problema de inconstitucionalidade, porém, visto a complexidade política do caso e a nova função da referida corte, o problema jurídico se estendeu, de maneira a criar o precedente de que a lei ordinária poderia ser declarada inconstitucional, com base no controle judicial de constitucionalidade difuso ou incidental. Dessa forma, todas as decisões devem ser baseadas em equilibrar todas as normas, para que não haja desarmonia na lei.

Sendo assim, controle de constitucionalidade pode ser definido como uma atividade realizada para conferir se há compatibilidade das leis e atos normativos em face da Constituição. Sua finalidade é fazer com que o princípio da Supremacia da Constituição esteja assegurado, já que essas ações são feitas pelo Supremo, o que nos demonstra enorme seriedade, visto que se trata do maior órgão de poder do judiciário.

Ao decorrer dos anos, o controle de constitucionalidade passou a ser essencial no mundo jurídico, sendo regulado e descrito na Constituição Federal de 1988. Com isso, tivemos o nascimento de novas ferramentas, para que pudesse haver a maior segurança jurídica em relação às temáticas abordadas, como por exemplo o ativismo judicial, que é considerado como uma postura do poder judiciário de forma proativa, ou seja, é a interferência ao realizar a interpretação das leis em casos de relevante interesse social.

Importante ressaltar que se trata de um instituto diferente da judicialização, pois essa tem condão de resguardar uma questão política, que surge por iniciativa dos demais poderes.

Diante desse contexto, surge a mutação constitucional, que é a forma pela qual o poder constituinte difuso se revela. Esta é considerada como o fenômeno pelo qual os textos constitucionais são alterados sem revisões ou emendas, são usadas para evoluir de acordo com circunstâncias sociais, políticas e econômicas.

Porém, tal fenômeno deverá ocorrer de acordo com a Constituição, não podendo este, vir a ser contrário a mesma, pois deve andar em conjunto com a norma constitucional e com a realidade. Ou seja, não basta que haja uma simples

mudança na realidade, a mutação depende de condição na qual encontre apoio e não modifique a estrutura da Constituição.

Por assim ser, fica claro que o ativismo judicial vem ancorado com limites, que precisam ser estabelecidos para manter a ordem jurídica e evitar a mutação inconstitucional.

A pesquisa está dividida em três Capítulos, que se integram à Introdução e à Conclusão, além da seção Referências Bibliográficas.

No Capítulo 1, analisa-se o conceito e as origens do controle de constitucionalidade, e os tipos de controle de constitucionalidade. O Capítulo 2 verifica o conceito de ativismo judicial, destacando a repartição dos poderes e o conceito de judicialização.

Por fim, no Capítulo 3 pretende-se analisar as limitações em relação aos casos concretos, como plantas psicotrópicas para tratamento medicinal, aborto até três meses e prisão em segunda instância, colocando a segurança jurídica como prisma dos Poderes.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Com berço e principal palco nos Estados Unidos, o ativismo e o constitucionalismo se confundem. Acontece, que desde a primeira aparição, a expressão “ativismo judicial” tornou-se a principal estrela do debate sobre o papel da Suprema Corte na interpretação da Constituição e na relação com os demais poderes. Pode-se falar mesmo em onipresença do termo no cenário norte-americano.

Para a doutrina americana o termo “ativismo judicial” foi usado pela primeira vez por Arthur Schlesinger JR., em seu artigo *The Supreme Court: 1947*, texto que ele traçava o perfil de nove juizes da Suprema Corte Americana, além da utilização do termo, o texto trazia uma reflexão: quanto mais uma corte se apresenta como instituição vital ao país e à sociedade, mais ela e seus juizes deverão sujeitar-se ao julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator das decisões tomadas.

Em seu artigo, Schlesinger avaliou a Suprema Corte de 1947, que era formada em sua maioria por juizes nomeados por Roosevelt, o ex-presidente, e os classificou em quatro grupos: (i) juizes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – Justices Black e Douglas; (ii) juizes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – Justices Murphy e Rutledge; (iii) juizes campeões da autorrestrrição – Justices Frankfurter, Jackson e Burton; e (iv) juizes representantes do equilíbrio de forças (*balance of powers*) – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed.

Nesse aspecto, a Corte decidia dividida, tanto intelectual quanto pessoalmente, em dois grupos bem definidos: os ativistas, liderados por Hugo Black, e os autorrestritivos, liderados por Felix Frankfurter.

Para Schlesinger, os juizes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador.”

Ao contrário, os juízes “campeões da autorrestrrição judicial” têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com “deferência à vontade do legislador”.

Black sempre defendeu que a Constituição e a Bill of Rights norte-americanas criaram um governo limitado, para ele, cabia ao Judiciário responsabilidade e o dever de executar e tornar efetivas as liberdades constitucionais e as limitações sobre os Poderes Executivo e Legislativo.

Para Black, a Bill of Rights excluiu do Congresso o poder sobre os direitos e liberdades individuais, ao passo que confiou às cortes o dever de proteger esses direitos, sem interferência do legislativo e do executivo, ele defendia o textualismo, que nada mais seria que uma interpretação.

Todavia, segundo J. Harvie Wilkinson III, “na prática, o puro textualismo de Black foi, em última análise, uma decepção”. Ante a textura aberta de muitos dos enunciados normativos da Constituição norte-americana, máxime da Bill of Rights, como a due process clause e a equal protection clause, Black, mesmo defendendo uma postura de restrição metodológica, aproveitou oportunidades normativas para fazer prevalecer valores próprios sobre a Constituição. Black teria chegado ao ativismo judicial por meio do textualismo, fazendo desta uma teoria de restrição judicial apenas na aparência.

Já Frankfurter, grande defensor da autorrestrrição judicial na história da Suprema Corte, um juiz verdadeiramente antiativismo. Ele defendia que o juiz deveria separar as convicções particulares de justiça substantiva do dever funcional na Corte e, por isso, atuava com igual condescendência ao legislador, ele era descrente sobre supremacia judicial e acreditava que juízes “devem decidir ‘casos’ e ‘controvérsias’, e não criar um mundo novo, para ele.” Essa tarefa seria apenas do governo e do legislador.

Para Frankfurter, a função judicial estaria sujeita a constrações próprias de sociedades democráticas: interpretar leis além dos “significados das palavras utilizadas pelo legislador” corresponderia a “usurpar poder que nossa democracia depositou nos legisladores eleitos”. Por isso, “um juiz não deve reescrever a lei, nem alargar ou contraí-la”, para ele os juízes devem ter cautela, principalmente a judicial review, cabe registrar aqui uma das falas de Frankfurter na Corte: “O impressionante

poder desta Corte de invalidar tais leis, por ser limitado na prática apenas por nossa própria prudência em discernir os limites de nossa função constitucional, deve ser exercido com a máxima restrição. (...) o poder de invalidar a legislação não deve ser exercido como se, em teoria constitucional ou na arte de governo, ele se apresentasse como a única fortaleza contra as tolices ou excessos do momento.”

Conforme explanado, observa-se que o que dividiam os juizes da corte era o diferente entendimento que tinham sobre o papel constitucional da Suprema Corte. Essas divergências eram uma disputa de lugar da Suprema Corte Americana, através de posicionamentos intelectuais sobre a permissibilidade da mesma intervir no campo da política.

Simplificando o que foi dito, o grupo liderado por Black acreditava no papel ativista para a promoção do bem-estar social, preocupado com o emprego do poder judicial em favor do bem social, sendo a Corte instrumento para alcançar tais resultados desejados. Já o grupo Frankfurter prega uma política de autorrestricção judicial, expandindo a liberdade conforme os legisladores, mesmo que isso fosse contra suas crenças pessoais, preservando o judiciário e limitando o sistema norte americano.

Schlesinger não deixou dúvidas quanto ao que o ativismo judicial representa: uma “declaração de poder”, enquanto a autorrestricção consistiria em “resistir à supremacia judicial (...) em nome da deferência à vontade do legislador”.

Para Schlesinger decidir sobre o ativismo ou autorrestricção judicial é decidir a respeito do espaço decisório da Suprema Corte no sistema constitucional e político do país. Ele tomou partido, como regra geral, da autorrestricção judicial: “os maiores interesses da democracia nos Estados Unidos” “requerem que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder”, devendo deixar a “instituições diretamente responsáveis ao controle popular” o poder de decisão. Contudo, advertiu que o ativismo se justificaria caso “ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos”, ou seja, Schlesinger não negou o ativismo em absoluto, mas, não o aceitava como rotina institucional da democracia norte-americana. 1

¹ Síntese do livro CAMPOS, CARLOS ALEXANDRE DE A. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Capítulo I. [Minha Biblioteca]. Acesso em 01/03/2020.

Como o próprio Schlesinger reconheceu, o ativismo judicial existia antes mesmo da origem do termo, decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática da judicial review, a decisão mais relevante sobre o tema é a Marbury v. Madison, onde a Corte exerceu a judicial review.

Após John Adams ser derrotado nas eleições por Thomas Jefferson, o mesmo nomeou John Marshall, seu secretário de Estado, para o cargo de Chief Justice, quem também foi nomeado por Adams foi William Marbury, como Juiz de Paz na Colúmbia.

Já na presidência Thomas Jefferson nomeia James Madison, como Secretário de Estado, que passa a analisar a situação das nomeações dos novos magistrados, durante a análise, Madison observa que um número considerável de possíveis magistrados sem o recebimento da carta de nomeação, sendo então, passível de cancelamento, e por esse motivo cancelou todas as nomeações pendentes, sendo a de William Marbury uma delas.

Irresignado, Marbury ajuíza, uma ação, contra Madison, na Suprema Corte Americana, que tinha competência originária para apreciar tal feito, que ficou a cargo de John Marshall, que além de grande jurista era político.

Marshall², analisou sobre vários pontos, inclusive sobre a competência da Suprema Corte Americana analisar a ação, uma vez que possuía competência originária para analisar todas as causas concernentes a embaixadores, outros ministros públicos e os cônsules, bem como as ações em que for parte um Estado e nos demais casos a Corte teria a competência de revisar, em grau recursal.

Claramente, vê-se que houve um conflito de normas entre a Constituição Americana e a Seção 13 do Judiciary Act, esse conflito fez com que surgisse o questionamento do que prevaleceria, a Carta Magna ou a lei federal.

O Chief Justice decidiu incidentalmente pela inconstitucionalidade da Seção 13 do Judiciary Act, nos pontos que vai contra a Carta Magna Americana, tal decisão não adentrou no mérito, ou seja, não houve parecer favorável para nenhuma das partes.³

² Síntese do Livro CAMPOS, CARLOS ALEXANDRE DE A. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Grupo GEN, 07/2014. Páginas 50 a 54. [Minha Biblioteca]. Acesso em 03/03/2020.

³ Síntese do livro MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. Páginas 51 a 53 [Minha Biblioteca]. Acesso em 03/03/2020.

Embora Marbury tenha sido ativista, o resultado de negar a competência originária para controle sobre atos de altas autoridades do governo acabou por ser uma decisão autorrestritiva.

Depois de falar do berço do ativismo judicial, torna-se mister explicar outros lugares do mundo, começando pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1949, foi promulgada na Alemanha, com extenso sistema de direitos fundamentais expressivos dos valores da democracia, liberdade, justiça, igualdade e centralidade do homem e de sua dignidade na ordem social, por conta do horror ao regime nazista e para que houvesse um rompimento com o passado.

O Tribunal Constitucional, amplamente acessível, foi considerado titular de significativos poderes de decisão, do monopólio do controle judicial de constitucionalidade das leis e da missão de fazer valer o compromisso dos direitos fundamentais e a garantia da dignidade humana. Como difusamente reconhecido, o Bundesverfassungsgericht tem cumprido muito bem estas missões, desempenhando “papel fundamental na reconstrução da identidade alemã pós-II Guerra Mundial.”

Por exercer o controle de constitucionalidade, este Tribunal tem sido o principal meio de interpretação da nova ordem constitucional, além de participar direta e indiretamente da construção do sistema normativo infraconstitucional.

De acordo com Klaus Stern, o Tribunal tem, por meio de modernas e inventivas práticas de declaração de inconstitucionalidade, participado diretamente da criação do Direito no nível legislativo - além da pura declaração de nulidade ou inconstitucionalidade das leis, a interpretação conforme a Constituição (verfassungskonforme Auslegung), a superação de omissões legislativas e o “apelo ao legislador” (Appellentscheidung) há também técnicas inovadoras de decisões do Tribunal, a vinculação político-normativa das decisões da corte alemão tem ocorrido também de forma indireta sobre os Poderes Legislativo e Executivo.

Os membros do Parlamento Alemão ajustam os projetos de lei à jurisprudência constitucional do Tribunal para evitar possível declaração de inconstitucionalidade.

O Tribunal vem enfrentando dificuldades interpretativas que envolvem conflitos dramáticos e quase irresolúveis de valores, principalmente quanto a sociopolíticas da Alemanha Pós-II Guerra. Para alcançar o equilíbrio valorativo em casos tão difíceis, foi desenvolvido uma metodologia de concretização constitucional que se

tornou referência para diversas outras cortes no mundo, inclusive para o Supremo Tribunal Federal.

Ativistas ou não, as decisões do Tribunal Constitucional são sempre teóricas e de profunda preocupação com seus argumentos de justificação, caracterizados por ampla teorização dos princípios e dos direitos fundamentais, máxime a dignidade da pessoa humana.

Em 1958, o famoso caso Lüth, para alguns, a Marbury alemã, foi possível ver essa perspectiva, o que ocorreu foi um litígio particular entre Eric Lüth, alemão e judeu, e Veit Harlan, cineasta alemão que divulgou ideários nazistas e de mensagens de ódio aos judeus durante a II Guerra. A demanda era para saber se houve “liberdade de expressão” ou ação ilícita que sujeitava o “infrator” ao dever de indenizar o cineasta boicotado.

O Tribunal de Hamburgo julgou ter sido o boicote ato contrário aos “bons costumes” e que isso justificava o dever de indenização nos termos do § 826 do Código Civil Alemão. O Tribunal Constitucional, por sua vez, reverteu o julgado porque considerou a decisão do Tribunal de Hamburgo uma “limitação à liberdade de expressão” de Lüth. Em seu discurso de justificação, o Tribunal Constitucional afirmou que o sistema de direitos humanos da Lei Fundamental é “uma ordem objetiva de valores”, “centrada na dignidade da pessoa humana”, que requer prestações positivas do Estado para sua realização. Esta ordem de valores, para o Tribunal Constitucional, promove um efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica.

Para a Corte Constitucional, “o erro fatal do [Tribunal de Hamburgo] em Lüth foi a falha em engajar adequadamente no processo de ponderação.” O Tribunal Constitucional ponderou os interesses envolvidos e, depois de sopesá-los, concluiu ter mais importância, especificamente para o caso concreto, o direito fundamental de livre expressão de Lüth, mormente se levado em conta a “importância pública educacional de sua mensagem”.

A partir de Lüth, o processo de adjudicação constitucional passou a ter na ponderação um paradigma do discurso de justificação das decisões envolvendo conflitos dramáticos entre direitos fundamentais e isso não só na Alemanha, mas também em diversos outros países.

A ponderação, da forma que é aplicada pelo Tribunal Constitucional, compõe a estrutura do princípio da proporcionalidade, que é outra ferramenta decisória ao se falar dos direitos fundamentais como princípios constitucionais.

Estas proposições dogmáticas e metodológicas, a ideia da ordem objetiva de valores, promoveram enorme expansão da dimensão dos direitos fundamentais e a diminuição da margem de liberdade legislativa e o aumento da autoridade decisória do Tribunal Constitucional.

As decisões judiciais, nesses casos relevantes, muitas vezes, revelam escolhas que envolvem elementos não apenas jurídicos, mas também de conteúdo político e moral. Tudo isso significa que este conjunto de proposições metodológicas inevitavelmente favorece ao ativismo judicial.

Bernhard Schlink afirma haver um vínculo necessário entre o reconhecimento dos direitos fundamentais como princípios e a atuação de uma corte constitucional ativista como líder na luta por esses princípios. Para o autor, o Tribunal Constitucional alemão “aceitou completamente esse papel ativista” e a responsabilidade de “produzir e legitimar mudanças no sistema normativo e na ordem social”.

Por tudo isso, pode-se afirmar que o Tribunal Constitucional, na realidade, ocupou lacuna de legitimidade institucional. O ativismo judicial do Tribunal Constitucional Alemão traz valiosos ensinamentos, se destacando na dimensão interpretativa de suas decisões ativistas, sempre levando em conta os princípios constitucionais que expressam direitos fundamentais.

Através desse tribunal vemos que até Tribunais do mais elevado prestígio devem ser cautelosos em decidir sobre questões essenciais da comunidade política para a qual opera; e como elementos histórico-políticos e transformações jurídico-culturais podem ser fatores relevantes para explicar o avanço do ativismo judicial.

No mundo diversos países passaram por esse processo, podemos citar diversos países como Itália, Colômbia, Costa Rica, Canadá, África do Sul e Brasil.⁴

⁴ Síntese do livro CAMPOS, CARLOS ALEXANDRE DE A. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Páginas 100 a 113 [Minha Biblioteca]. Acesso em 05/03/2020.

1.2 ORIGEM NO BRASIL

A primeira vez que o Controle Judicial de Constitucionalidade foi citado no Brasil foi na Constituição de 1891, na qual, abordou o controle difuso de constitucionalidade com o seguinte texto:

os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.⁵

Tal consagração, trouxe o fortalecimento da competência do Supremo Tribunal Federal, causando um forte salto em relação ao controle de Constitucionalidade, pois na Constituição anterior de 1824, a Escola de Exegese estava em alta, ou seja, a finalidade era eliminar lacunas da lei, utilizando o sentido literal do texto, de forma a fortificar o entendimento do legislador. Sendo assim, a soberania do Parlamento e o Poder Moderador não davam espaço para posturas ativistas em face do Supremo Tribunal Federal.⁶

Em 16 de julho de 1934, nasceu a nova Constituição, fruto da tentativa do Presidente da época, Getúlio Vargas, que pretendia trazer estabilidade ao momento em que o Brasil passava. O texto da Constituição de 1934 fortaleceu novas ideias, pois mais uma vez as competências foram aumentadas, sendo considerada como importante em relação a revolução do controle de constitucionalidade brasileiro, caminhando ao controle direto.⁷

Com a chegada do “Estado Novo”, foi inaugurada a Constituição de 1937, sendo apelidada de “Polaca”, pois teve inspirações no código semifascista polonês. Fruto de um golpe, o governo da época impediu as eleições que estavam previstas para o ano seguinte, trazendo um forte retrocesso de modo a centralizar e limitar Poderes, dispensando por exemplo os serviços de uma Assembleia Constituinte. O

⁵ Constituição da república dos estados unidos do Brasil, Capítulo V, Artigo 37. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 13/04/2020.

6 SILVA, Adriano Laurentino de. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e suas espécies. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-do-controle-de-constitucionalidade-no-brasil-e-suas-especies/>. Acesso em: 13/04/2020.

7 SILVA, Adriano Laurentino de. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e suas espécies. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-do-controle-de-constitucionalidade-no-brasil-e-suas-especies/>. Acesso em: 13/04/2020.

retrocesso estava claro em todos os aspectos, vez que a referida Constituição admitiu pena de morte, retirou do trabalhador o direito de greve e acabou com o liberalismo. A mesma ainda autorizou Getúlio Vargas a nomear o Presidente da Corte.⁸

A Constituição de 1946 trouxe algumas mudanças, sendo esta, a primeira a citar claramente o Controle de Constitucionalidade Abstrato no sistema brasileiro. Tal feito, ocorreu por meio do alargamento da competência através da Emenda Constitucional 16/1965, que em seu artigo 101, I, K, abordava a matéria da seguinte forma:

k) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República.⁹

Não houveram grandes mudanças com a Constituição de 1967, apenas discussões sobre a competência exclusiva do Procurador Geral da República para arguir questões de inconstitucionalidade, acabando por restringir o STF.¹⁰

Somente na Constituição Federal de 1988 o impasse foi resolvido, quando o texto do art. 103 ampliou as competências para a proposição das ações de Constitucionalidade, veja-se:

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;
(Revogado)
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
(Revogado)
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
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.¹¹

8 SILVA, Adriano Laurentino de. **A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e suas espécies**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-do-controle-de-constitucionalidade-no-brasil-e-suas-especies/>. Acesso em: 13/04/2020.

9 Constituição da república dos estados unidos do Brasil, Emenda Constitucional nº 16, de 1965, Artigo 2, alínea K. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 13/04/2020.

10 SILVA, Adriano Laurentino de. **A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e suas espécies**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-do-controle-de-constitucionalidade-no-brasil-e-suas-especies/>. Acesso em: 13/04/2020.

¹¹ CF/88, artigo 103.

Essa ampliação veio por intermédio da Emenda Constitucional nº 3/1993, porque no texto originário não havia menção a ampliação das competências para algumas ações, como ADPF – Ação de descumprimento de preceito fundamental.

Com a Constituição Federal de 1988 temos acesso as ações de declaração de constitucionalidade, que verificam a constitucionalidade e que sanam eventual omissão. Basicamente, são quatro ações, sendo elas: 1) ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade; 2) ADC – Ação direta de constitucionalidade; 3) ADPF - Ação de descumprimento de preceito fundamental; e 4) ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Dessa forma, é possível perceber que o controle de constitucionalidade foi crescendo aos poucos, mesmo em meio a retrocessos. Atualmente, no Brasil, o controle de constitucionalidade é permeado em todos os poderes, vez que o objetivo traçado é manter a Constituição em sua supremacia, ou seja, concretamente, o Poder Legislativo e Executivo tem como objetivo o controle preventivo, e o Controle Judiciário tem como objetivo o controle repressivo.

Ressaltando o papel do Supremo Tribunal Federal no Controle de Constitucionalidade, este é composto por 11 ministros, na qual todos precisam ser brasileiros natos, possuir mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988:

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

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.¹²

Nesse aspecto, o papel do Supremo Tribunal Federal engloba o julgamento de ADI, quando se refere a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, de ADPF quando não atacável por ADI, ADO, quando houver omissão ao

¹² CF/88, artigo 101.

que se refere a norma necessária e, ADC, quando for necessário declarar lei ou ato normativo constitucional.

Para julgar as ações mencionadas acima, é necessário haver um quórum de maioria absoluta de seus membros, respeitando a “cláusula de reserva de plenário”, já para iniciar a sessão, é necessário a presença mínima de 6 ministros, conforme o regimento interno preconiza.

1.3 CONCEITO E CONTROLES

O conceito de controle de constitucionalidade está enraizado na necessidade de defesa da ordem constitucional do Estado Soberano.

Tal controle representa um mecanismo presente no ordenamento jurídico, utilizado para garantir que leis e decretos estejam em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Ou seja, o controle de constitucionalidade não pode ser visto de maneira isolada, é necessário olhar amplamente, pois este engloba toda a Constituição e as Leis Infraconstitucionais.

Como observa Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, “o controle de constitucionalidade, preservando a supremacia, formal e material, da Constituição, elimina do sistema as normas com ela incompatíveis, mantendo a unidade (formal) de sua estrutura escalonada”.¹³

Sendo assim, é possível perceber que, qualquer que seja o ato, ele não pode ser contra a Constituição Federal de 1988, até mesmo por uma questão de hierarquia, de forma que haja harmonia e segurança jurídica, vez que são requisitos indispensáveis a ordem e unidade. É considerado como uma forma de controlar rigidamente, para que a Constituição Federal de 1988 mantenha sua Supremacia e rigidez, controlando eventual lesão de direitos fundamentais, ou de qualquer outra lei ou ato normativo ameaçado.

Essa proteção fica evidente quando o ato incompatível é considerado inválido e por isso, nulo, para que a compatibilidade seja mantida intacta.

Portanto, o Controle de Constitucionalidade é a atividade que os órgãos, em sua competência, exercem, com o intuito de verificar compatibilidade entre o objeto de controle, que seria o ato, e a Constituição, que estabelece os limites.

¹³ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Op. Cit., p. 26.

Logo, para que ocorra o referido controle, é necessário haver uma inconstitucionalidade, um parâmetro, um objeto de controle, a rigidez em conservar a supremacia e o controle, seja ele, concreto ou abstrato.¹⁴

1.3.1 TIPOS DE CONTROLE

O primeiro controle é o político, nascido na França, em razão de desconfianças em relação a poder dos juízes e dos tribunais, uma vez que era adotado um modelo rígido de separação de poderes¹⁵.

Segundo Paulo Bonavides, o controle político não está vinculado a nenhum dos poderes e sim ao órgão político, que no Brasil, são as Comissões de Constituição e Justiça da Câmara e do Senado, abrangendo também o veto do Chefe do Poder Executivo, fundamentado na inconstitucionalidade.¹⁶

A finalidade desse poder é a fiscalização por intermédio desses órgãos supramencionados, e apesar de trazer certa insegurança jurídica, o Brasil faz uso moderado desse Controle.

Já o controle jurídico é originário de uma combinação do modelo Austríaco com o modelo americano, na qual possui o fundamento da Supremacia do Parlamento, baseando-se em elementos essenciais como: poder do legislador de modificar livremente qualquer lei, ausência de distinção jurídica entre leis constitucionais e ordinárias e inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considera-lo nulo ou inconstitucional¹⁷. Sendo assim, este controle no Brasil possui o objetivo de verificar a compatibilidade de alguma lei com o ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio do poder Judiciário, combinando elementos de suas duas origens.¹⁸

¹⁴ FREITAS, Fernando Soares. **O controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão e a suposta ofensa ao princípio da separação dos poderes**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-controle-concentrado-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-a-suposta-ofensa-ao-principio-da-separacao-dos-poderes/>. Acesso em: 13/04/2020.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto; ALEXANDRINO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p, 299.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto; ALEXANDRINO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12.

Apesar de englobar o judiciário como um todo, ou seja, apesar do Brasil adotar controle misto, o foco desse controle é o Supremo Tribunal Federal, o que significa que, o foco é o controle jurídico concentrado de constitucionalidade que julga ADI, ADO, ADC, ADPF.

O controle difuso, como o próprio nome sugere, é aquele que “se espalha largamente por todas as direções”, ou seja, este pode ser exercido por qualquer magistrado ou tribunal, no limite de suas competências, uma vez que forem arguidos em seus julgamentos.

Surgiu no Brasil desde a primeira Constituição republicana, e subsiste até hoje sem maiores alterações, é aplicado desde o juiz estadual, até o Presidente do Supremo.¹⁹

É importante ressaltar que a Constituição é a lei Suprema, sendo usada como referência para os julgamentos, podendo deixar a livre interpretação dos juízes, ou seja, eles podem dizer o Direito, dando sentido as leis.

Nesse caso, a ação movida para discutir o direito não é específica e deve ser vista como uma questão incidental, que ocorre *inter partes*, valendo só para as partes daquela ação específica a ser julgada.

O controle concentrado acontece por intermédio do Supremo Tribunal Federal, ou seja, por um único órgão e possui competência específica, na qual, o artigo 103 da Constituição Federal elenca, sendo eles: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.²⁰

Este controle é usado especificamente para discutir um direito que não se enquadra em um caso específico e sim de um modo geral, para se descobrir qual é o melhor modo de aplicação de determinada lei, sendo assim, possui efeito erga omnes e vinculado, repercutindo para todas as pessoas e vinculando as decisões para garantir o efeito da mesma.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto; ALEXANDRINO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 98.

Em relação ao controle repressivo, consiste em um controle realizado após a entrada da lei em vigor, por isso é conhecido como ato superveniente. Possui a finalidade de afastar os efeitos que a lei vem produzindo para evitar danos maiores.²¹

O controle repressivo é exercido em sua maioria pelo Poder Judiciário, por meio de ações propostas objetivando esclarecer a constitucionalidade de uma lei, porém, também pode ser exercido pelo poder Executivo, Legislativo e pelo Tribunal de Contas.

Também é chamado de controle *a posteriori*, pois, possui objetivo de fazer o órgão acionado verificar se há vício na lei quando usado como parâmetro a Constituição Federal de 1988.²²

Também conhecido como controle “a priori”, o controle preventivo tem o condão de evitar que norma inconstitucional integre no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, como o próprio nome sugere, é uma prevenção do poder Legislativo, que pode ser realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Também pode ocorrer pelo chamado veto jurídico, que é quando o Chefe do Poder Executivo fundamenta seu veto presidencial na inconstitucionalidade do projeto.²³

O controle preventivo possui, assim, a finalidade de evitar que tal lei gere efeitos prejudiciais a todos, já que visivelmente é contrária a Constituição Federal de 1988. Portanto, o controle de constitucionalidade está ligado a tentativa de balançar poderes, para que a Supremacia da Constituição seja conservada e mantenha o equilíbrio.

²¹ DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Análise do exercício do controle de constitucionalidade pelos poderes do Estado.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/analise-do-exercicio-do-controle-de-constitucionalidade-pelos-poderes-do-estado/>. Acesso em: 13/04/2020.

²² JÚNIOR. José Eliaci Nogueira Diógenes. **Análise do exercício do controle de constitucionalidade pelos poderes do Estado.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/analise-do-exercicio-do-controle-de-constitucionalidade-pelos-poderes-do-estado/>. Acesso em: 13/04/2020.

²³ BARROSO, Luís Roberto; ALEXANDRINO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

2. ATIVISMO JUDICIAL

2.1 REPARTIÇÃO DOS PODERES: FUNÇÕES

No tocante às funções dos Poderes da República, é competência do Legislativo as tarefas precípua de legislar e de fiscalizar. O Poder Legislativo, porém, de modo não típico, também exerce funções de administrar (ao prover cargos da sua estrutura ou atuar o poder de polícia, p. ex.) e de julgar (o Senado processa e julga, por crimes de responsabilidade, o Presidente da República e o Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das três Forças Armadas, nos crimes de mesma natureza conexos com os praticados pelo Chefe do Executivo; também processa e julga, por crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros dos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União).²⁴

O Legislativo por meio do Congresso Nacional, no sistema bicameral, é composto pela Câmara dos Deputados, que representa o povo, eleita pelo sistema proporcional dos Estados e do Distrito Federal e o Senado Federal, que é composto por três representantes de cada Estado e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário.²⁵

A legislatura compreende o período de 4 anos²⁶, o que coincide com o mandato dos deputados federais. Durante a legislatura ocorrem as sessões legislativas, que podem ser ordinárias, quando correspondem ao período normal de trabalho previsto na Constituição, ou extraordinárias, quando ocorrem no período de recesso do Congresso. A sessão legislativa ordinária, por sua vez, é partida em dois períodos legislativos. O primeiro se estende de 2 de fevereiro a 17 de julho e o segundo, de 1º de agosto a 22 de dezembro.²⁷

A sessão legislativa não se interrompe sem que se haja aprovado o projeto. Quando não está no período da legislatura, ocorrem os recessos, por convocação

²⁴ CF/88, art. 52, I e II.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*, página 981 [Minha Biblioteca] acesso em 31/03/2020.

²⁶CF/88, art. 44, parágrafo único.

²⁷MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*, página 982[Minha Biblioteca]. Acesso em 31/03/2020.

extraordinária é possível a reunião, nesse caso, em situações de emergência constitucional (decretação de estado de defesa, intervenção federal ou pedido de autorização para decretação de estado de sítio), ou, ainda, para o compromisso e posse do Presidente e do Vice-Presidente da República²⁸.

A sessão legislativa extraordinária difere da ordinária não apenas pelas peculiaridades que marcam a sua instauração, como, igualmente, pelos assuntos que nela se tratam. O ato de convocação extraordinária deve declinar a matéria que motiva a convocação somente sobre ela e sobre medidas provisórias em vigor na data da convocação – elas entram automaticamente na pauta – é que poderá haver deliberação.²⁹

As decisões no Congresso Nacional são tomadas por maioria simples de votos, a não ser que a Constituição disponha diferentemente em hipóteses específicas, para funcionamento, exige-se a presença da maioria absoluta dos membros. Portanto, há um *quórum* para a instalação da sessão e outro para a aprovação de uma proposta de deliberação.

Nos casos em que há mais de dois sentidos possíveis de voto, ou havendo votos nulos ou em branco, pode-se configurar a maioria de votos sem atingir a marca numérica correspondente à maior grandeza numérica superior à metade dos votos dos presentes³⁰.

No poder legislativo a função de fiscalização ocorre de forma típica, por meio do regime republicano que, por meio do povo busca saber como está sendo gerido o País, essa fiscalização se faz também pelos seus representantes eleitos, integrantes do parlamento.

Insta destacar que cabe ao Congresso o controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.³¹ Para que isso ocorra, o Congresso conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União, que integra o Poder Legislativo.

²⁸ CF/88, art. 57, § 6º, I.

²⁹ CF/88, art. 57, §§ 7º e 8º.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*, página 983[Minha Biblioteca]. Acesso em 31/03/2020.

³¹ CF/88, art. 70.

O TCU é composto por nove Ministros, com o mesmo status e regime jurídico dos Ministros do STJ, há também o funcionamento de um Ministério Público especial, que é ligado administrativamente à Corte, não integrando o Ministério Público da União.

O Tribunal de Contas da União, julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.³² Aqui não se fala de um julgamento que produza coisa julgada no Poder Judiciário, podendo caber à revisão judicial, mas os seus acórdãos, quando imputem débito ou multa, constituem título executivo extrajudicial.³³

Quanto às contas do Presidente da República, o Tribunal de Contas da União emite parecer, cabendo o julgamento ao Congresso Nacional³⁴. No desempenho da sua função fiscalizadora, o Congresso Nacional pode desejar acompanhar de perto o que acontece no governo do País.

Além de conhecer a realidade do País, cabe ao parlamento conferir conformação jurídica. O Congresso Nacional, por isso, também investiga fatos, examina como as leis que editou estão sendo aplicadas e busca ter ciência do que acontece na área da sua competência. Faz tudo isso com vistas a desempenhar, com maior precisão, as suas funções deliberativas.

A função legislativa se trata da edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações. Trata-se de função típica do Poder Legislativo. O art. 59 da Constituição Federal de 1988 lista os instrumentos normativos compreendidos na regulação que o constituinte desenvolve nos dispositivos seguintes. Esses instrumentos são utilizados para regular matérias da competência exclusiva do Congresso Nacional ou de suas Casas e não se submetem a sanção ou veto do Presidente da República.

O processo legislativo tem início quando alguém ou algum ente toma a iniciativa de apresentar uma proposta de criação de novo direito. O projeto de lei deve ter início na Câmara dos Deputados, se não resulta de iniciativa de senador ou

³² CF/88, art. 71, II.

³³ CF/88, art. 71, § 3º.

³⁴ CF/88, arts. 49, IX, e 71, I.

de comissão do Senado. Essa iniciativa pode ser comum, reservada, privativa de órgãos do Judiciário, do Ministério Público, da Câmara dos Deputados, do Senado e do Tribunal de Contas da União ou do Presidente da República.

Após a apresentação, o projeto é debatido nas comissões e nos plenários das Casas Legislativas. Podem ser formuladas emendas, que em alguns casos podem sofrer restrições.

Se a matéria é da iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, não há a possibilidade do Legislativo, mesmo que pela isonomia, estenda a outros grupos de servidores vantagem que foi concebida para apenas determinada carreira.

Findo o período de debates, segue-se a votação, que deverá seguir o quórum estabelecido especificamente para a proposição em deliberação, que caso não seja designado um quórum especial, será por maioria simples.

É preciso destacar que não existe a hipótese de aprovação, sem que haja votação e nem por decurso de prazo, mas se requerido pelo Presidente de República, o prazo pode ser acelerado, 45 dias em cada Casa, e 10 dias para emenda³⁵, mas apenas nos casos de sua iniciativa, não se aplicando a projeto de código.

O Presidente da República participa do processo legislativo tanto quando toma a iniciativa, como também ao ser chamado para, terminada a votação, sancionar ou vetar o projeto. A sanção, que consiste na anuência do Presidente da República ao projeto, pode ser expressa ou tácita, ao ser sancionada uma lei com vício de iniciativa, o diploma será inválido.

Se o Presidente da República discorda do projeto, cabe vetá-lo. O veto, que é irretratável, deve ser expresso e fundamentado na inconstitucionalidade do projeto ou na contrariedade ao interesse público, podendo ser parcial ou total. O prazo para vetar é de 15 dias úteis.

Ocorre que, nem todos os instrumentos de atos normativos primários se submetem a sanção e veto. Não há veto ou sanção na emenda à Constituição, em decretos legislativos, em resoluções, leis delegadas ou em lei resultante da conversão, sem alterações, de medida provisória.

Após todo esse processo, ocorre a promulgação, ato este que se atesta a existência da lei. O Presidente da República promulga a lei, mas, no caso da sanção

³⁵ CF/88, art. 64 e parágrafos.

tácita ou da rejeição de veto, se não o fizer em quarenta e oito horas, cabe ao Presidente do Senado a incumbência. A publicação torna de conhecimento geral a existência do novo ato normativo, sendo relevante para fixar o momento da vigência da lei.³⁶

Nesse prisma, a relevância do papel exercido pelo Poder Executivo é indiscutível, e suas atribuições não de ser exercidas em harmonia com os demais Poderes. Compete ao Legislativo, dentre outras relevantes, o exercício da atividade legiferante. Ao Judiciário incumbe as atividades jurisdicionais, dentre as quais as relacionadas ao controle de legitimidade dos atos de administração, isso nada mais é, que o sistema de freios e contrapesos.

O Presidente da República será eleito para um mandato de quatro anos, se obtiver a maioria absoluta dos votos, não computados os brancos e nulos. Não se verificando essa maioria, será convocada nova eleição, em segundo turno, entre os dois candidatos mais votados, considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos, excluídos os brancos e nulos.³⁷ Há condições de elegibilidade para tal cargo, são elas: ser brasileiro nato, idade mínima de 35 anos, pleno gozo de direitos políticos e possuir filiação partidária.

Cabe ressaltar que com a Emenda Constitucional n. 16/97 surgiu a possibilidade de reeleição de cargos do Poder Executivo³⁸, também não há qualquer restrição quanto à possibilidade de nova eleição para períodos descontínuos.

No tocante à eleição de cônjuge ou parente do titular do cargo, segundo o Tribunal Superior Eleitoral³⁹ e o Supremo Tribunal Federal, por conta da decisão proferida no RE 344.882, da relatoria de Sepúlveda Pertence, verifica-se o seguinte:

Elegibilidade: cônjuge e parentes do chefe do Poder Executivo: elegibilidade para candidatar-se à sucessão dele, quando o titular, causador da inelegibilidade, pudesse, ele mesmo, candidatar-se à reeleição, mas se tenha afastado do cargo até seis meses antes do pleito. 1. A evolução do Direito Eleitoral brasileiro, no campo das inelegibilidades, girou durante décadas em torno do princípio basilar da vedação de reeleição para o período imediato dos titulares do Poder Executivo: regra introduzida, como única previsão constitucional de inelegibilidade, na primeira Carta Política da

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. Capítulo 9. [Minha Biblioteca]. Acesso em 02/04/2020.

³⁷ CF/88, art. 77, §§ 2º e 3º.

³⁸ CF/88, art. 14, § 5º.

³⁹ REsp 19.442/ES, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 7-12-2001; REsp 19.422/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19-4-2002; CTA 785, Res. 21.131/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13-8-2002.

República (Const. 1891, art. 47, § 4o), a proibição se manteve incólume ao advento dos textos posteriores, incluídos os que regeram as fases de mais acendrado autoritarismo (assim, na Carta de 1937, os arts. 75 a 84, embora equívocos, não chegaram à admissão explícita da reeleição; e a de 1969 (art. 151, § 1o, a) manteve-lhe o veto absoluto). 2. As inspirações da irreelegibilidade dos titulares serviram de explicação legitimadora da inelegibilidade de seus familiares próximos, de modo a obviar que, por meio da eleição deles, se pudesse conduzir ao continuísmo familiar. 3. Com essa tradição uniforme do constitucionalismo republicano, rompeu, entretanto, a EC 16/97, que, com a norma permissiva do § 5o do art. 14 CF, explicitou a viabilidade de uma reeleição imediata para os Chefes do Executivo. 4. Subsistiu, no entanto, a letra do § 7o, atinente a inelegibilidade dos cônjuges e parentes, consanguíneos ou afins, dos titulares tornados reelegíveis, que, interpretado no absolutismo da sua literalidade, conduz a disparidade ilógica de tratamento e gera perplexidades invencíveis. 5. Mas, é lugar comum que o ordenamento jurídico e a Constituição, sobretudo, não são aglomerados caóticos de normas; presumem-se um conjunto harmônico de regras e de princípios: por isso, é impossível negar o impacto da Emenda Constitucional n. 16 sobre o § 7o do art. 14 da Constituição, sob pena de consagrar-se o paradoxo de impor-se ao cônjuge ou parente do causante da inelegibilidade o que a este não se negou: permanecer todo o tempo do mandato, se candidato à reeleição, ou afastar-se seis meses, para concorrer a qualquer outro mandato eletivo. 6. Nesse sentido, a evolução da jurisprudência do TSE, que o STF endossa, abandonando o seu entendimento anterior⁴⁰.

A eleição do Presidente da República resulta, também, na eleição do candidato a Vice-Presidente com ele registrado ⁴¹, estes que nas ausências e impedimentos do Presidente da República, substituirá o Presidente.⁴² Além das funções relacionadas com a substituição do Presidente da República, o Vice-Presidente exercerá as atribuições que lhe forem conferidas em lei complementar e outras missões que lhe forem confiadas pelo Presidente da República ⁴³.

O Vice-Presidente da República integra o Conselho da República⁴⁴ e o Conselho de Defesa⁴⁵. Em casos de substituição do Presidente da República, o Vice deverá licenciar-se passando os encargos a quem for designado para substituí-lo. ⁴⁶

O Presidente possui diversas atribuições, dentre elas, direção da Administração Federal, atuação do processo legislativo, responsabilidade com a segurança interna, preservação da ordem institucional e da harmonia das relações

⁴⁰ RE 344.882, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 6-8-2004.

⁴¹ CF/88, art. 77, § 1º.

⁴² CF/88, art. 79, *caput*.

⁴³ CF/88, art. 79, parágrafo único.

⁴⁴ CF/88, art. 89.

⁴⁵ CF/88, art. 91.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. páginas 1035 a 1037. [Minha Biblioteca]. Acesso em 03/04/2020.

federativas e também nomeação de juízes do supremo tribunal Federal e dos tribunais superiores.

A Constituição Federal de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se a autonomia funcional dos magistrados

O Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de atividade que, de forma mais ou menos intensa, é exercida, também, pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração.⁴⁷

A atividade jurisdicional é caracterizada pela prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados.

Na prática, essa atuação independente e eficaz tem sido dificultada por limitações da estrutura administrativa do Judiciário, a grande quantidade de demandas e o aumento do tempo médio de tramitação dos processos indicam deficiências que comprometem a efetividade da prestação jurisdicional. Por conta disso, surgiram métodos alternativos de resolução de conflitos, como por exemplo, mediação, conciliação e arbitragem, com isso, a judicialização deve ser cada vez mais tratada como uma *última ratio* da solução de litígios.

A estrutura do Poder Judiciário encontra-se definida no art. 92 da Constituição Federal de 1988. O seu órgão de cúpula é o Supremo Tribunal Federal, que exerce as funções de Corte Constitucional e de órgão máximo do Poder Judiciário nacional. Logo abaixo, estão os Tribunais Superiores: Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Superior Tribunal Militar (STM) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Ao Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição de 1988, compete a função jurisdicional quanto à aplicação do direito objetivo federal. Os demais Tribunais Superiores funcionam como instâncias recursais superiores dos Tribunais

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. páginas 1062. [Minha Biblioteca]. Acesso em 05/04/2020.

e Juízes Eleitorais, Militares e do Trabalho. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

Imperioso observar que a Constituição Federal de 1988 dotou os tribunais de um poder de autogoverno consistente na eleição de seus órgãos diretivos, elaboração de seus regimentos internos, organização de suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, no provimento dos cargos de magistrados de carreira da respectiva jurisdição, bem como no provimento dos cargos necessários à administração da Justiça ⁴⁸.

A organização do Judiciário deve ser disciplinada no Estatuto da Magistratura, estabelecido em lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, observados os princípios previstos na Constituição⁴⁹ .

O Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça também tem competência para propor ao Poder Legislativo respectivo a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, a criação e extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação dos subsídios de seus membros e dos juízes, a criação ou extinção dos tribunais inferiores, a alteração da organização e da divisão judiciárias. ⁵⁰

Quando à autonomia financeira, a mesma ocorre quando os tribunais têm o poder de elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. É fundamental a participação do Poder Judiciário na fixação, na lei de diretrizes orçamentárias, dos limites de sua proposta orçamentária.

A lei de diretrizes orçamentárias definirá os limites financeiros e o prazo de apresentação das propostas orçamentárias pelos tribunais. Se os tribunais não encaminharem suas propostas dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados, na forma do § 1º deste art. 99.

⁴⁸ CF/88, art. 96, I

⁴⁹ CF/88, art. 93.

⁵⁰ CF/88, art. 96, II.

Se as propostas orçamentárias forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados, na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias do Judiciário – e também do Legislativo, do Ministério Público e da Defensoria Pública – serão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos⁵¹. Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.⁵²

Após todo o explanado, vemos que atualmente o Judiciário tem cinco funções, são elas: aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos, controlar os demais poderes, realizar seu autogoverno, concretizar os direitos fundamentais e garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito⁵³

2.2. CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Com a evolução do controle de constitucionalidade, esse passou a ser essencial no mundo jurídico, sendo regulado pela Constituição Federal de 1988. Sendo assim, surgiu a necessidade de criação de ferramentas, para que pudesse ser garantida a segurança jurídica, dando limitações para o Poder Judiciário agir. Logo, o ativismo judicial ganhou força, com o condão de interferir na interpretação das leis em casos de relevante interesse social, pois o exercício da função jurisdicional vai além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico⁵⁴.

O ativismo Judicial é considerado como uma atitude proativa relativa ao Poder Judiciário, que, ultrapassando suas funções típicas, interfere nas funções dos outros

⁵¹ CF/88, art. 168.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. páginas 1062 a 1081[Minha Biblioteca]. acesso em 09/04/2020.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 15-118.

⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetro dogmáticos. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 27.

Poderes, para que possa interpretar a Constituição, podendo expandir ou restringir seu sentido⁵⁵.

Cabe ressaltar que o termo foi criado por Arthur M. Schlesinger Júnior, no ano de 1947, quando, em um artigo o jornalista visava descrever a atuação dos magistrados e classificar os membros da Suprema Corte norte-americana. Hoje em dia, os conceitos divergem, pois, o ativismo atual visa a aplicação dos princípios constitucionais e de sua ponderação, baseada na força normativa que a Constituição possui⁵⁶.

O atual termo passou a ter visibilidade na Constituição Federal de 1988, vez que essa trouxe maior liberdade para os magistrados julgarem, bem como o controle de constitucionalidade sendo feito pelo Supremo Tribunal Federal de maneira mista.

O Ministro Luís Roberto Barroso defende o fenômeno do ativismo como sendo uma face positiva:

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário [...] e aí é que está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Ativismo e contenção judicial desenvolvem uma trajetória pendular nos diferentes países democráticos. Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável.⁵⁷

Nesse âmbito, apesar de ser um fenômeno que exige cuidado, pelas limitações que precisa sofrer, o ativismo é visto como necessário, pois tem a finalidade de garantir os direitos fundamentais a todos⁵⁸.

⁵⁵ MORAES, Giovani Silva de. **O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a598e7d200bf0255>. Acesso em 31/03/2020.

⁵⁶ TEIXEIRA, Anderson. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, vol.8 no.1 São Paulo jan./jun. 2012

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 07/04/2020.

⁵⁸ VOLKEN, Rafael Augusto de Azevedo. **Ativismo judicial: limites frente ao Estado Democrático de Direito com base no princípio da separação dos poderes.** Disponível em:

Como fundamentação de que o ativismo é necessário, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello esclarece:

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.⁵⁹

Dessa forma, o que se percebe é que o entendimento é firmado. Nesse aspecto, mesmo que fora de suas atribuições, o STF pode, para garantir direitos fundamentais, ter postura ativista, na qual, decidirá na ausência do Legislativo e do Executivo.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal tem vivido um momento ativista, pois tem julgado e legislado sobre temas relevantes da vida cotidiana, o que faz com que opiniões se dividam, pois quando o Supremo concentra todos os poderes em si, há uma centralização de competências, na qual afeta todo o sistema jurisdicional.

É importante ressaltar que o equilíbrio que fornece exatamente a mesma força a todos os poderes é algo institucionalmente impossível, pois a justiça da distribuição dos poderes consiste nas demandas da sociedade, que é como o sistema de freios e contrapesos. Dessa forma, uma maior participação do Judiciário ocorre, quando existe uma demanda, não sendo necessariamente um desequilíbrio, já que sua participação mais ampla e intensa é apenas para fins constitucionais, de modo a abranger o maior alcance das normas.

2.2.1 JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização é um fenômeno bastante confundido com o ativismo judicial, porém, esse possui conceito diverso⁶⁰.

O Ministro Luís Roberto Barroso afirma que:

<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1542/1/2016RafaelAugustodeAzevedoVolken.pdf>
Acesso em: 07/04/2020.

⁵⁹ VOUMARD, Agathe Pompermayer. **Judicialização da política, ativismo judicial e o novo papel do poder judiciário**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54172/judicializacao-da-politica-ativismo-judicial-e-o-novo-papel-do-poder-judiciario/2>. Acesso em: 07/04/2020.

⁶⁰ CHAGAS, Inara. **Judicialização ou ativismo judicial**. Disponível em <https://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/>. Acesso em: 07/04/2020

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.⁶¹

Destarte, a judicialização é termo oposto, pois tem finalidade de reduzir a interferência dos outros poderes e garantir que se atenham a suas funções típicas que estão previstas na Constituição Federal de 1988.

2.3. PROATIVIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Perante a Constituição Federal de 1988, o papel de Supremo Tribunal Federal consiste em julgar ações em que haja um relevante interesse social e também, julgar recursos com teor constitucional, como Recurso Especial e Recurso Extraordinário, sendo a mais alta instância do poder judiciário. Essas são funções típicas, quando o supremo legisla e interpreta, acaba por atingir as funções atípicas.

Carlos Ayres Britto, um dos ex-presidente do STF, tem o posicionamento de que, o que o Supremo Tribunal faz, “não é ativismo e sim uma proatividade interpretativa”, ou seja, não há atuação sem provocação, mantendo a ordem e interpretando as normas necessárias⁶².

Isso coloca o STF em evidencia nacional, trazendo também uma avalanche de processos, deixando-o sobrecarregado, pois o dever não é mais apenas julgar e

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 07/04/2020.

⁶² Notícia por Estadão Conteúdo. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/ayres-britto-nao-ha-ativismo-no-supremo-ha-proatividade-interpretativa/>. Acesso em: 07/04/2020

aplicar leis e sim, buscar interpretação que mais condiz com cada caso em específico, sendo criados novos direitos. Com esse cenário, atribui-se a qualquer juiz a tarefa e a prerrogativa de analisar a legalidade de atos produzidos pelos outros poderes⁶³.

Nesse sentido, a proatividade do STF é relacionada diretamente com o objetivo de garantir que ninguém fique sem tutela jurisdicional, proporcionando acesso amplo a garantia de direitos da sociedade⁶⁴.

2.3.1. LIMITAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Apesar de haver vantagem no ativismo social, em relação a resolução de demandas na qual houve inércia do poder legislativo, é necessário ter cautela e observar as limitações que o Supremo deve se ater, justamente para não desequilibrar poderes⁶⁵.

Lenio Luiz Streck, um dos maiores críticos do ativismo, ressalta:

Portanto, não dá para dourar a pílula. A doutrina brasileira precisa, urgentemente, voltar a doutrinar. Ela não pode mais ficar caudatária das decisões. Doutrina “doutrina” e não “doutrinada”. Precisa exercer o seu papel de constrangimento epistemológico. E deve se dar o respeito. Não pode ficar silente. Quando, por exemplo, centenas e centenas de decisões — de cariz ativista — dizem que estão aplicando “a tal da ponderação”, quando, de fato, não estão nem perto do que dizia seu idealizador (Alexy), e a doutrina pouco ou nada diz a respeito, é porque corremos o risco de fracassar (aliás, há prova maior de ativismo do que o uso da vulgata da tal da ponderação, pedra filosofal da interpretação?). Como falei na Conferência de abertura do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação), em Curitiba, dia 29 de maio último, fôssemos médicos e estaríamos ignorando coisas mínimas da ciência médica e nossos pacientes estariam morrendo. Assim o é com a doutrina. Na aplicação cotidiana do direito usam-se conceitos que deveriam ser contestados pela doutrina. Mas ela se queda silente-conivente. Verbi gratia, o que diz a doutrina sobre o projeto do novo CPC que, sob o pretexto de commonlizar o processo, institucionaliza, de vez, o julgamento sem base concreta, passando o Judiciário a julgar teses ao invés de casos (o que, inclusive, fere toda a tradição do *common law*)?⁶⁶

⁶³ VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição De 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte E Ativismo Judicial “À Brasileira”. **Revista Direito Gv**, São Paulo 4 | P. 407-440 | JUL-DEZ 2008. p. 410.

⁶⁴ Idem. Ibidem. p. 411

⁶⁵ MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo judicial**: tudo o que você precisa saber. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em 07/04/2020.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em 07/04/2020.

Seguindo o mesmo entendimento, uma das correntes defende que em certos casos, o STF usurpa sua competência e acaba por absorver completamente as atribuições do poder legislativo, gerando instabilidade jurídica, pois há um enfraquecimento na democracia. Dessa forma, acredita-se que o grande risco de não haver limitação consista em fazer do guardião da Constituição, o próprio dono, pois o intuito é resguardar em benefício da sociedade e não agir como bem se quer⁶⁷.

Ou seja, a limitação precisa acontecer, para garantir que o princípio democrático básico seja mantido, para que afaste a ideia de autoritarismo e da monopolização e alcance um bem maior e comum para toda a sociedade.

3. O INSTITUTO DA MUTAÇÃO

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEU SURGIMENTO

Em regra, as Constituições têm vocação de permanência, pela relevância dos assuntos nela tratados. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Mas isso não significa que as Constituições são eternas e imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios, os mortos não podem governar os vivos.

Em razão disso, todas as Cartas Políticas preveem mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades. Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais.

Essa alteração pode ocorrer de via formal ou informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária, por conta da rigidez constitucional, que varia de acordo com cada país.

⁶⁷ VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul/dez 2008.

Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.

Insta destacar que, na Europa, a doutrina tradicional, originária da teoria constitucional francesa, só admitia modificações na Constituição por via do procedimento próprio de reforma do seu texto. Foi na constitucional alemã, que houve o desenvolvimento e comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal.

O impacto da passagem do tempo e das transformações históricas, políticas e sociais levou ao reconhecimento da mutação constitucional.

No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes e tribunais em países nos quais vigora o sistema do *common law*.

Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa.

Não obstante isso, a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional, como a jurisprudência formada a partir do *New Deal* que, rompeu frontalmente o entendimento constitucional vigente ao longo da denominada era *Lochner*, passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então se havia entendido que tais leis violavam a liberdade de contrato assegurada pela Constituição.

Um segundo exemplo: a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*, julgado em 1954, que impôs a integração racial nas escolas públicas. Até então, prevalecia o entendimento constitucional, firmado em *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896, que legitimava a doutrina do “iguais, mas separados” no

tratamento entre brancos e negros. Nessas duas hipóteses, a Constituição material mudou substancialmente, sem que houvesse alteração de seu texto.

Em denso artigo publicado em 2007, Bruce Ackerman retornou ao tema das mutações constitucionais nos Estados Unidos. Nele voltou a reconhecer que, sobretudo ao longo do século XX, as principais modificações constitucionais americanas não se deram por via de emenda formal, tal como disciplinada pelo art. 5º da Constituição.

Segundo Bruce Ackerman, já não é o sistema formal de emendas que marca as grandes mudanças constitucionais dos últimos setenta e cinco anos, mas as decisões judiciais e a edição de leis.⁶⁸

O Brasil, fundado no sistema romano-germânico, tem a emenda constitucional como forma mais utilizada pelos legisladores para realizar as modificações necessárias para a adaptação formal de uma norma. Entretanto, verifica-se um crescente do uso da mutação constitucional, ou seja, a mudança do sentido da Constituição, sem que seja alterado o texto formalmente.

3.2. CONCEITO

Como já tratado supra, nenhuma Carta Magna é imutável, ou, no mínimo, não deveria ser. A sociedade evolui e se modifica a todo tempo e as regras que a regem precisam estar adaptadas.

O Direito vive conforme a realidade, e com isso, as leis devem seguir a realidade de um povo. Desta feita, "uma Constituição jamais se exaure no momento de sua criação, porquanto sofre o influxo de fatores sociológicos, políticos, econômicos, culturais."⁶⁹

É através de tal entendimento que Uadi Lammêgo Bulos indica que as Constituições são "organismos vivos", tem caráter dinâmico, ou seja, se transformam, se transmudam, para estarem de acordo com as novas realidades. De acordo com o autor, "se o Direito não pode se dissociar dos fenômenos sociais,

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, Cap. V.

⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

tampouco se limita a reproduzi-los acriticamente, devendo promover uma valoração do fato social (...).”⁷⁰

Desse modo, mesmo que as Constituições prevejam mecanismos de alteração de suas normas, formalmente, elas sozinhas não resolvem a complexibilidade do sistema, por conta disso, as mudanças informais são mais rápidas e acompanham bem as demandas sociais, quando bem utilizadas.

O fenômeno pelo qual a Lei Fundamental é transformada apenas em seu sentido, sem qualquer modificação da letra da lei é conhecido como mutação constitucional. Constitui na necessidade de adaptação da mudança na percepção do direito e na realidade de fato, inerentes ao texto constitucional. A norma passa a ter um significado diferente daquele anterior, como explica Barroso:

A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo⁷¹.

Apesar de informal, a mutação constitucional deve estar dentro dos limites impostos pela própria Constituição. Desse modo, a mutação constitucional deve ocorrer para que a norma alcançasse as mudanças da realidade de fato, porém sem deixar de lado a característica principal da Constituição, que é a de reger a sociedade estando acima de todas as outras normas do ordenamento jurídico.

Os primeiros autores que trataram do fenômeno da mutação constitucional entendiam que, por ser uma mudança da realidade em comparação com um texto de norma defasada, não deveria incorrer de limites jurídicos.

Entretanto, posteriormente, diversos autores passaram a perceber a importância do tema. Ora, se a mudança da interpretação do texto constitucional é necessária frente às mudanças advindas da realidade, a mesma não pode estar desvinculada do direito pátrio.

⁷⁰ BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional**: a Constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148.

3.3 PREJUÍZOS EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS

A atual Constituição traz em seu preâmbulo a garantia em relação a valores supremos, como direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.⁷²

O Constituinte teve como foco os valores, na qual, evidenciou os direitos e garantias fundamentais, por meio de princípios constitucionais.

Os princípios constitucionais, são usados como norma jurídica, que usados como valores fundamentais, dão efetividade ao cumprimento da mesma. Segundo Luís Roberto Barroso, princípios “são o conjunto de normas de espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seis fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui”.⁷³

Destarte, a palavra princípio, que vem do grego “*principium*”⁷⁴, pode ser levada ao pé da letra, pois significa “início, fundamento ou essência”. Nos dias de hoje, pode ser considerado como o Norte para atingir um bem específico, pois é o que garante efetividade do direito e a limitação do mesmo.

Com isso, existem princípios que se destacam, como dignidade da pessoa humana. Esse princípio ganhou força ao final da II Grande Guerra, tendo sido mencionado no preâmbulo da Carta da ONU de 1945, também tendo sido mencionado no artigo 1º e 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está previsto no artigo 1º, inciso III⁷⁵. Ingo Wolfgang Sarlet define o princípio da dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua

⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 493.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

⁷⁴ Disponível em: <https://origemdapalavra.com.br/palavras/principio/>. Acesso em: 16/04/2020

⁷⁵ SIRGEL, Frederico Andrade. **A dignidade da pessoa humana como fator de identificação do bem comum**: objetivo da função social do Estado. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-ESMESC_30.03.pdf. Acesso em: 16/04/2020.

participação ativa e coresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁷⁶

Esse princípio possui sentido subjetivo, pois, conforme a sociedade evolui, seu conceito passa a ser mutável e abranger mais definições. Cabe ressaltar que não se trata de um direito ilimitado, pois, no momento que afeta a dignidade de outrem, esse tem fim. Da mesma forma, trata-se de direito indisponível, não podendo ser relativizado, e irrenunciável, na qual, o ser humano não pode abrir mão.

Sendo um dos princípios mais importantes, é indispensável que seja observado quando existe uma questão frente ao Poder Judiciário, pois é esse princípio que baseia todos os demais. O ser humano já nasce com ele, lhe sendo garantido desde sua concepção e se estendendo além de sua vida, pois mesmo depois, o *de cuius* permanece como detentor de proteção da sua personalidade.

Outro princípio importante, é o princípio fundamental do direito à vida, que é considerado como um bem jurídico do ser humano por excelência. Garantido pela Constituição em seu artigo 5º, e também no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, no artigo 6º, inciso I, é um direito que também nasce com o ser humano, sendo inerente à pessoa humana.

Preceitua o art. 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Nessa linha, reza o artigo 6º do Pacto internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966:

ARTIGO 6º

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

⁷⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70.

3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.

4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos.

5. A pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.

6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente Pacto.

O direito de estar vivo, pressupõe que a vida não será interrompida, a não ser por meios naturais. Dessa forma, deve o Estado, prestar recursos o suficiente para que essa continuidade seja dada da melhor maneira possível, sendo requisito fundamental para o exercício de todos os direitos constitucionalmente garantidos.

É necessário ressaltar que nenhum direito é absoluto, sendo esse um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quando em um posicionamento o Ministro do STF Celso de Mello destacou: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”. (STF - MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/5/2000).

Alguns casos são tratados isoladamente, para garantir que algumas questões pessoais sejam colocadas à frente do ordenamento jurídico pátrio, impedindo que pessoas sejam forçadas a fazerem coisas que não desejam, apenas porque o Estado estabelece. Assim sendo, entendeu o Ministro do STF Luís Roberto Barroso:

O Estado não pode pretender viver as nossas vidas para nos poupar de escolhas equivocadas, até porque o que parece equivocado para um não será equivocado para outro. Portanto, o papel do Estado é permitir que cada um viva a sua própria convicção, o seu ideal de vida boa”. (RE 898.450/SP, STF, Pleno, j. 17/8/16, excerto do voto)

Nesse ponto, Robert Alexy entende que eventuais colisões entre princípios podem acontecer, devido a situações específicas, então, aponta a ponderação como o pilar para resolver o conflito, sendo assim, ele entende que os princípios não

expressam mandamentos definitivos, de modo que suas razões sejam determinadas pela situação aplicável⁷⁷.

O Supremo Tribunal Federal vem enfrentando grandes colisões em seus julgamentos e, por isso, seguem a vertente do Robert Alexy quando, em caso de antinomia entre duas regras, tem que decidir entre introduzir uma nova exceção à regra, deixando-o de ter validade em outros casos, ou, declarar invalidade para algum dos casos em conflito⁷⁸. Em ambos os casos, precisa haver ponderação de princípios, para saber onde se enquadram melhor, por isso, os casos devem ser analisados isoladamente, dando a oportunidade de cada pessoa ser tratada de maneira isolada, sem colocá-las em um padrão que nem sempre atende às reais necessidades de cada um.⁷⁹

Com essas ponderações, os princípios como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana andam lado a lado, para que, não sejam violados e tragam um prejuízo para a sociedade.

Um exemplo da ponderação atual, foi a questão do Ativismo Judicial em face do acesso ao *Canabidiol*, para que, mesmo que a substância decorra de planta prevista expressamente no rol de plantas psicotrópicas, possa ser usado para tratamento. Isso começou a ser debatido quando a falta do medicamento afetava diretamente o direito fundamental à vida e obstava o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Carta Magna, atingindo diretamente a dignidade da pessoa humana, pois sem escolha, as pessoas se submetiam a tratamento que comprovadamente não atendiam suas necessidades tão bem quanto o medicamento composto por *Canabidio*⁸⁰. Com esse caso, foi permitida a importação dessa substância.

Como não houve mudança da lei, esse é um caso típico de Mutação Inconstitucional, pois, apesar de tutelar direitos inerentes ao ser humano, a lei não

⁷⁷ AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf. Acesso em: 23/04/2020.

⁷⁸ FERREIRA, Natália Braga. **Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy**. Disponível em: <file:///C:/Users/Nanda/Downloads/1290-Texto%20do%20artigo-6695-1-10-20101122.pdf>. Acesso em: 16/04/2020.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1.162.

⁸⁰ SILVA, Giovanna Matos; MARQUES, Vinicius Pinheiro. **Ativismo Judicial: instrumento assecuratório do direito fundamental à saúde através do acesso ao canabidiol**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65535/ativismo-judicial-instrumento-assecuratorio-do-direito-fundamental-a-saude-atraves-do-acesso-ao-canabidiol/2>. Acesso em 16/04/2020.

teve mudança, pois a planta não foi retirada do rol, então, a interpretação dos ministros do Supremo sobrepôs à lei.

É importante observar, que mesmo que haja eficácia medicinal comprovada, essa não foi suficiente para ser permitida no Brasil, ou seja, por mais que a justificativa para a nova interpretação seja o bem da vida, essa se torna incompatível quando poucas pessoas têm acesso, o plantio continua sendo proibido e o Estado decide quem deve ou não usar. Sendo assim, verifica-se um ativismo que era necessário, mas acontecendo de maneira incorreta ao ir contra o que uma lei constitucional traz, prejuízos, pois os princípios fundamentais continuam sendo violados.

O prejuízo é tão grande, que ao mitigar esses princípios, inúmeras famílias precisam recorrer ao Poder Judiciário, para ter acesso a um medicamento que a própria legislação criminaliza, violando diretamente o direito à saúde e assim, retirando a oportunidade de o paciente obter tratamento digno e correto. Por isso, tal mutação, se torna conveniente apenas para algumas pessoas, deixando outras à mercê do sistema falho.

Outro caso de ativismo judicial foi quando em novembro de 2016, foi decidido questão importante sobre o aborto, na qual, deixaria de ser crime até o terceiro mês de gestação⁸¹. Ocorre que, o que estava sendo discutido era sobre a concessão de habeas corpus para acusados pelo crime de aborto, porém, a decisão do Supremo ultrapassou o limite quando determinou além ao que estaria sendo pedido.

Destarte, o Código Penal expressamente prevê que a conduta é crime, ou seja, além de ir ultrapassar o que era questionado, o Supremo não alterou a lei, fazendo com que ocorresse novamente mutação inconstitucional. Importante ressaltar que o aborto de anencefálico foi discutido na ADPF 54, também, deixando de ser crime, mitigando qual conduta é considerada como crime.

Ao proferir o voto, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso explicou que sua decisão foi voltada para as mulheres que possuem direitos fundamentais, ou seja, a lei do Código Penal estaria em conflito com o art. 5º da Constituição Federal de

⁸¹ Notícia. Disponibilizado em: <https://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isso-significa.html>. Acesso em: 16/04/2020.

1988. Mais uma vez, os princípios fundamentais foram colocados em destaques, na qual não poderiam deixar se analisar.

Em relação a isso, assinala Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.⁸²

Em razão disso, embora o ativismo judicial em caso de mutação inconstitucional seja fortemente criticado, por vezes, se faz necessário para não violar um princípio fundamental e com isso, repercutir em todo o sistema jurídico. Se faz imprescindível um balanceamento de bens para a interpretação das leis no instituto da mutação, obtendo solução justa para o conflito em questão. É mais aceitável que o Poder Judiciário exerça prerrogativas próprias do Poder Legislativo e Executivo objetivando alcançar um bem comum, do que penalizar a população, retirando o mínimo existencial⁸³.

3.3.1 LIMITAÇÃO PARA GARANTIR A SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica está diretamente relacionada ao Estado Democrático de Direito, na qual, torna-se indispensável por ser um princípio fundamental que dá funcionalidade ao ordenamento jurídico.⁸⁴

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747.

⁸³ SILVA, Giovanna Matos; MARQUES, Vinicius Pinheiro. **Ativismo judicial: instrumento assecuratório do direito fundamental à saúde através do acesso ao canabidiol**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65535/ativismo-judicial-instrumento-assecuratorio-do-direito-fundamental-a-saude-atraves-do-acesso-ao-canabidiol/2>. Acesso em 16/04/2020.

⁸⁴ CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. **O princípio da segurança jurídica**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4318/o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 18/04/2020.

Seu surgimento foi na Declaração dos Direitos Humanos do Homem e do Cidadão na França, no ano de 1789. Logo após, a Constituição Francesa de 1793 deu sentido ao termo, explicando-o em seu preâmbulo. Em relação aos outros países, não há um costume de que se faça referência expressa, apesar de haverem referências sobre a segurança individual e garantia de irretroatividade de leis ou atos⁸⁵.

No Brasil, não sendo diferente dos outros países, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, é considerado como um princípio essencial, em razão de sua necessidade para dar efetividade ao direito, assegurando o aperfeiçoamento do sistema legal do país⁸⁶.

Na lição de Canotilho:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas, alicerçadas em normas públicas vigentes e válidas, se ligam os efeitos previstos e prescritos por essas normas⁸⁷

Sendo assim, o conceito de segurança jurídica se enquadra na disponibilização de conhecimento prévio e reflexivo de eventuais consequências diretas dos atos praticados⁸⁸, vinculando-se a outros princípios, como boa-fé e legalidade, para que possa gerar estabilidade das relações jurídicas.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, é importante ressaltar que para garantir a segurança jurídica, o mesmo vem criando súmulas de jurisprudência, com a finalidade de uniformizar e estabilizar as decisões. Ao criar as súmulas, o Supremo cria uma orientação para garantir que decisões futuras do mesmo tribunal e de outros órgãos que integram o poder judiciário, possam ser seguidas conforme o

⁸⁵ CAMPOS, Eduardo Caron. **Segurança Jurídica: surgimento, trajetória e função**. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/seguranca-juridica-surgimento-trajetoria-e-funcao/34106/>. Acesso em: 20/04/2020.

⁸⁶ CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. **O princípio da segurança jurídica**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4318/o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 18/04/2020.

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

padrão de decisão já determinado anteriormente, gerando maior confiabilidade e imparcialidade dos casos apresentados⁸⁹.

Porém, em alguns casos, a Suprema Corte entra em contradição em suas decisões, gerando a instabilidade jurídica. Esse foi o caso do julgamento da prisão em segunda instância, quando ao debater sobre o referido tema os Ministros chegaram à uma decisão claramente inconstitucional, gerando contrariedade na Constituição Federal de 1988, na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal. O texto do Código de Processo Penal deixa claro que “ninguém poderá ser preso senão (...) em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado...⁹⁰”.

Sendo expressa a vontade do legislador, o caso trata-se de uma mutação inconstitucional, gerando insegurança jurídica que afeta toda a sociedade, já que a nova interpretação da lei, viola inteiramente o texto. Essa decisão, por mais que fosse baseada em clamor social, não poderia prosperar, pois é evidentemente equivocada⁹¹.

É importante ressaltar que as decisões devem seguir a lei e não posicionamentos políticos ou da sociedade, pois, o bem da vida está em jogo e todos são detentores do princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo haver seletividade e parcialidade na aplicação das leis. Sendo assim, apesar de haver posicionamento contrário que frisa o fato dessa decisão alcançar todos os presos e criar a possibilidade de colapso no sistema, é necessário focar que esse direito já existia e nunca houve grandes consequências, já que é levado em consideração o grau de culpabilidade evidente que cada preso apresenta na sociedade⁹².

Essa insegurança jurídica repercute nas garantias constitucionais, pois esses questionamentos visavam um cidadão em específico, no caso o ex-presidente Luiz

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **O STF e o princípio da segurança**. Disponível em: jurídica.<https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 20/04/2020.

⁹⁰ Código de Processo Penal, art. 283.

⁹¹ GALVÃO, José Luiz. **Um mal sem precedentes**: a insegurança jurídica provocada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/depeso/277723/um-mal-sem-precedentes-a-inseguranca-juridica-provocada-pelo-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 20/04/2020.

⁹² GALVÃO, José Luiz. **Um mal sem precedentes**: a insegurança jurídica provocada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/depeso/277723/um-mal-sem-precedentes-a-inseguranca-juridica-provocada-pelo-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 20/04/2020.

Inácio Lula da Silva, ferindo o princípio da impessoalidade, já que, em caso de anônimo levantando, tal questão não haveria interferência do clamor público ou de posicionamentos políticos defendidos publicamente na mídia. Esse caso teve forte repercussão, pois o grande questionamento a ser feito, era se, o guardião da Constituição à estava protegendo ou legislando sem freios.

Diante dessa situação, mesmo que direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito sejam colocados em questão, é necessário olhar para todos os lados, de forma a mantê-los e se adequar corretamente ao momento da aplicação⁹³.

Para o equilíbrio acontecer, limitações devem ser feitas, como por exemplo o respeito pelo direito adquirido, para que sejam mantidos, no tempo e no espaço, os efeitos jurídicos, evitando a retroatividade sem causa da lei. Esse princípio se adequa ao princípio da segurança jurídica, porque visa resguardar o passado e proteger o futuro, com amparo da lei. Nesse âmbito, é importante ressaltar que não se trata de direito absoluto, pois, existem correntes que acreditam que não há direito adquirido contra a Constituição e sim, que a Constituição é quem fornece o direito adquirido, podendo retificá-lo⁹⁴.

Da mesma forma, para garantir a plena aplicação dos princípios e a segurança jurídica do ordenamento pátrio, o Supremo deve ser cauteloso em suas decisões. Para isso, é utilizado a Teoria de Separação dos Poderes, que também possui a nomenclatura de Sistema de Freios e contrapesos ou “*Checks and Balances System*”, que foi consagrada pelo pensador francês *Chales-Louis de Secondat, Baron de La Brène et de Montesquieu*, em sua obra “O Espírito dos Leis”, com o objetivo de afastar governos absolutistas e evitar uma eventual tirania, estabelecendo assim a autonomia e limitações de cada poder. Com isso, é possível perceber que os poderes possuem funções distintas, mas estes são harmônicos e independentes, evitando que limites sejam ultrapassados e que haja compatibilidade das ações, mantendo o Estado Democrático de Direito devidamente salvo.⁹⁵

⁹³ SIQUEIRA, Alessandro Marques. **Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito> Acesso em: 20/04/2020

⁹⁴ LIMA, Marcos Galdino de. **O direito adquirido e a flexibilização imposta pelo STF**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-adquirido-e-a-flexibilizacao-imposta-pelo-stf/> Acesso em: 20/04/2020.

⁹⁵ SARACHO, Antonio Benites; BARBOSA, Oriana Piske. Considerações sobre a Teoria dos Freios e contrapesos (Check and Balances System). Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e->

Sendo imprescindível esse sistema, Montesquieu deixa claro:

Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo. Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente⁹⁶.

Portanto, a limitação do Poder Judiciário se faz necessária para que a segurança jurídica seja conservada, para que possa haver previsibilidade dos atos estatais, não havendo arbitrariedade e assim, haja o respeito das normas preestabelecidas.⁹⁷

[entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske](#) Acesso em: 20/04/2020

⁹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 176.

⁹⁷ SOARES, Guilherme Augusto de Vargas; DIAS. Giovanna. **Freios, contrapesos e os limites da atividade jurisdicional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/diario-classe-freios-contrapesos-limites-atividade-jurisdicional#sdfootnote5sym> Acesso em: 20/04/2020

CONCLUSÃO

A ausência de legislação reguladora acerca das limitações do ativismo judicial para fixar os limites de atuação traz uma forte insegurança jurídica. Mesmo sendo um instituto que pretende sanar omissões da lei, afim de atender as demandas da sociedade, a forma desenfreada que tem ocorrido, prejudica o ordenamento jurídico.

O que se leva em consideração, é a construção histórica do Ativismo por meio do controle de constitucionalidade, na qual sua base sólida consiste em um modelo testado e aprovado em outros países. Sendo assim, já que possui tamanha solidez, é necessário criar um caminho para a regularização legal.

Sendo a Constituição o parâmetro para tal instituto, o que se discute nesse trabalho é a Supremacia Constitucional e a forma que é feita a mutação das leis, para que seja evitada a inconstitucionalidade, levando em consideração os princípios fundamentais, como o bem da vida e a dignidade humana.

Ao analisar todo o contexto entende-se que os casos concretos apresentados visam garantir tais direitos fundamentais, porém, a decisão em si é apenas no topo da pirâmide, descumprindo leis que se encontram na base. Ou seja, apesar do ativismo ser visto com bons olhos pelos doutrinadores, existe uma lacuna a ser sanada, para que apontamentos contra o Ativismo não prosperem e o poder judiciário consiga abranger omissão dos poderes executivo e legislativo afim de garantir o mínimo existencial.

Uma das questões acerca dos casos concretos é que o ativismo se torna pessoal e as decisões ferem o princípio da pessoalidade, interferindo diretamente no preambulo da Constituição, já que os direitos deveriam ser garantidos para todos de forma isonômica e sem caráter discriminatório. Dessa forma, é necessário que haja um controle para que antes de decidir sobre um caso concreto, o Supremo Tribunal Federal tenha ao que se ater, sanando problemas sem criar outros.

É importante lembrar que esse desequilíbrio entre os poderes não fere o ordenamento jurídico brasileiro, já que o poder é uno, ou seja, todos caminham para a mesma democracia, usando como fundamento os freios e contrapesos em relação as funções típicas e atípicas dos poderes.

O Supremo Tribunal Federal tem vivido esse liame entre a autocontenção, na qual tenta reduzir a sua interferência nos outros poderes, e o ativismo, quando de

forma proativa, interpreta a Constituição, expandindo seu alcance nas demandas judiciais. Isso faz com que haja cautela, pois, as decisões precisam ser fundamentadas e por fim, garantindo segurança jurídica, demonstrando o que a sociedade pode esperar.

Uma das questões mais discutidas é o parâmetro usado para as decisões do ativismo, pois este deveria se restringir as leis constitucionais, mas devido ao clamor da sociedade, o Supremo tem se deixado levar. Porém, o que deve ser observado é que o ativismo, apesar de ser uma figura relativamente nova, trata-se da representatividade em face de casos em que houve insuficiência do Estado ao tentar garantir interesses da sociedade.

Por fim, após todas as devidas ponderações, conclui-se que o ativismo é um mal necessário, desde que dentro das limitações impostas, não podendo o Judiciário passar a se omitir, pois a sociedade em modo geral não teria a quem recorrer. Sendo assim, os princípios do artigo 3º da Constituição Federal de 1988 merecem ser colocados como prisma de todas as decisões, já que o ativismo judicial é uma realidade coerente no cenário brasileiro, levando o STF, que é o guardião da Constituição a um patamar mais elevado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf. Acesso em: 23/04/2020.

BARROSO, Luís Roberto; ALEXANDRINO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 07/04/2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30/04/2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional:** a constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Eduardo Caron. **Segurança Jurídica:** surgimento, trajetória e função. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/seguranca-juridica-surgimento-trajetoria-e-funcao/34106/>. Acesso em: 20/04/2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de A. **Dimensões do ativismo judicial do STF.** [Minha Biblioteca]. Acesso em 01/03/2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CHAGAS, Inara. **Judicialização ou ativismo judicial**. Disponível em <https://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/>. Acesso em: 07/04/2020

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. **O princípio da segurança jurídica**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4318/o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 18/04/2020.

Constituição da república dos estados unidos do Brasil, Capítulo V, Artigo 37. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 13/04/2020.

Constituição da república dos estados unidos do Brasil, Emenda Constitucional nº 16, de 1965, Artigo 2, alínea K. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 13/04/2020.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Análise do exercício do controle de constitucionalidade pelos poderes do Estado**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/analise-do-eercicio-do-controle-de-constitucionalidade-pelos-poderes-do-estado/>. Acesso em: 13/04/2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **O STF e o princípio da segurança**. Disponível em: [jurídica.https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica](https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica). Acesso em: 20/04/2020.

FERREIRA, Natália Braga. **Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy**. Disponível em: <file:///C:/Users/Nanda/Downloads/1290-Texto%20do%20artigo-6695-1-10-20101122.pdf>. Acesso em: 16/04/2020

FREITAS, Fernando Soares. **O controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão e a suposta ofensa ao princípio da separação dos poderes**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-controle-concentrado-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-a-suposta-ofensa-ao-principio-da-separacao-dos-poderes/>. Acesso em: 13/04/2020.

GALVÃO, José Luiz. **Um mal sem precedentes: a insegurança jurídica provocada pelo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/277723/um-mal-sem-precedentes-a-inseguranca-juridica-provocada-pelo-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 20/04/2020.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FERREIRA, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. Acesso em 03/03/2020.

JÚNIOR. José Eliaci Nogueira Diógenes. **Análise do exercício do controle de constitucionalidade pelos poderes do Estado**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/analise-do-exercicio-do-controle-de-constitucionalidade-pelos-poderes-do-estado/>. Acesso em: 13/04/2020.

LIMA, Marcos Galdino de. **O direito adquirido e a flexibilização imposta pelo STF**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-adquirido-e-a-flexibilizacao-imposta-pelo-stf/> Acesso em: 20/04/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo judicial: tudo o que você precisa saber**. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em 07/04/2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. páginas 1062 a 1081[Minha Biblioteca]. acesso em 09/04/2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Giovani Silva de. **O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a598e7d200bf0255>. Acesso em 31/03/2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

SARACHO, Antonio Benites; BARBOSA, Oriana Piske. **Considerações sobre a Teoria dos Freios e contrapeso (Check and Balances System)**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske> Acesso em: 20/04/2020

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SIQUEIRA, Alessandro Marques. **Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito> Acesso em: 20/04/2020

SILVA, Adriano Laurentino de. **A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e suas espécies.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-do-controle-de-constitucionalidade-no-brasil-e-suas-especies/>. Acesso em: 13/04/2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Giovanna Matos; MARQUES, Vinicius Pinheiro. **Ativismo Judicial:** instrumento assecuratório do direito fundamental à saúde através do acesso ao canabidiol. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65535/ativismo-judicial-instrumento-assecuratorio-do-direito-fundamental-a-saude-atraves-do-acesso-ao-canabidiol/2>. Acesso em 16/04/2020.

SIRGEL, Frederico Andrade. **A dignidade da pessoa humana como fator de identificação do bem comum:** objetivo da função social do Estado. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-ESMESC_30.03.pdf. Acesso em: 16/04/2020.

SOARES, Guilherme Augusto de Vargas; DIAS, Giovanna. **Freios, contrapesos e os limites da atividade jurisdicional.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/diario-classe-freios-contrapesos-limites-atividade-jurisdicional#sdfootnote5sym> Acesso em: 20/04/2020

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em 07/04/2020.

TEIXEIRA, Anderson. **Ativismo judicial:** nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, vol.8 no.1 São Paulo jan./jun. 2012

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição De 1988, Vinte Anos Depois:** Suprema Corte E Ativismo Judicial “À Brasileira”. Revista Direito Gv, São Paulo 4 | P. 407-440 | JUL-DEZ 2008. p. 410.

VOLKEN, Rafael Augusto de Azevedo. **Ativismo judicial:** limites frente ao Estado Democrático de Direito com base no princípio da separação dos poderes. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1542/1/2016RafaelAugustodeAzevedoVolken.pdf> Acesso em: 07/04/2020.

VOUMARD, Agathe Pompermayer. **Judicialização da política, ativismo judicial e o novo papel do poder judiciário.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54172/judicializacao-da-politica-ativismo-judicial-e-o-novo-papel-do-pode>. Acesso em: 07/04/2020.