

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA – FDUL
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LIMITES ÉTICOS E LEGAIS DO ATIVISMO JUDICIAL

CAROLINE DINIZ

MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
LISBOA
2024



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

CAROLINE DINIZ

LIMITES ÉTICOS E LEGAIS DO ATIVISMO JUDICIAL.

DISSERTAÇÃO APRESENTADA DE
MESTRADO NO ÂMBITO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL REALIZADO NA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA – FDUL.
ORIENTADOR: **PROF. DR. JAIME VALLE**

LISBOA

2024



CAROLINE DINIZ

LIMITES ÉTICOS E LEGAIS DO ATIVISMO JUDICIAL.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO NO ÂMBITO DO CURSODE
DIREITO CONSTITUCIONAL REALIZADO NA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA – FDUL,
ORIENTADA PELO PROFESSOR DOUTOR JAIME VALLE.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutor _____

Instituição _____

Julgamento _____ **Assinatura** _____

Prof. Doutor _____

Instituição _____

Julgamento _____ **Assinatura** _____

Prof. Doutor _____

Instituição _____

Julgamento _____ **Assinatura** _____



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

DEDICATORIA

Dedico essa obra aos meus avós queridos, José Alfredo Diniz e Augusta Eduardo da Conceição Diniz, que partiram durante a minha jornada de escrita desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, quero agradecer à minha mãe, Ivani Ribeiro da Paixão, que sempre me apoio e me incentivou a continuar estudando e alcançar os meus objetivos, agradeço também o apoio do meu irmão que sempre esteve me ajudando durante essa etapa da minha vida, me auxiliando quando necessário, os dois são a minha base e minha inspiração para continuar buscando os meus objetivos, sem eles esse trabalho não seria possível, assim como outras pessoas da minha família, minha avó Serafina Cardoso, minhas tia Dalva Ribeiro e Helena Diniz e meu tio Herbert Grossmann, que sempre tiveram presentes em minha vida me apoiando nos meus sonhos.

Dentre diversas pessoas que foram fundamentais para que essa dissertação fosse possível, eu agradeço aos amigos e acadêmicos que fiz durante a minha vida, em especial aos meus amigos Gustavo Santana, Henrique Infante, Maria Eduarda Gordiano e Luiane Ferrari, que me inspiraram a continuar a fazer pesquisa, apesar da distância, sempre estiveram me apoiando, sendo amigos que conheci pela pesquisa e que levo para minha vida.

E por último, mas não menos importante agradeço aos professores da FDUL, pelas lições dadas em suas aulas e palestras, que contribuíram para elaboração da presente dissertação, em especial ao meu orientado Professor Jaime Valle, que me inspirou para elaboração desse tema, e agradeço ao Professor Carlos Blanco de Moraes, pelas aulas ministradas que foram enriquecedoras para o aprofundamento dessa dissertação.

RESUMO

O presente trabalho buscou uma investigação os limites éticos e legais das decisões ativistas. Buscando assim entender como o ativismo judicial funciona, estudando a sua origem na Corte do EUA, e os fatores que foram primordiais para que essas decisões fossem proferidas. Com isso essa pesquisa inicialmente trata de como as cortes americanas funcionam com o ativismo judicial, e como ela influenciou outras cortes pelo mundo. Após esse entendimento essa pesquisa aprofundou em outras cortes pelo mundo, sendo elas, a Suprema Corte Alemã, Corte Constitucional Italiana, a Corte Constitucional Colombiana, e o Supremo Tribunal Federal, o estudo sobre essas cortes tiveram o objetivo de entender fatores relevantes e necessários, para que essas cortes tornassem ativistas, com isso o fator político, social, institucional-cultural entre outro, são de extrema importância para entender o caso concreto, para que assim possa entender quais são os benefícios e malefícios dessas decisões. Essa pesquisa discorreu sobre questões que influencia essas decisões, mostrando assim que essas decisões são importantes, pois se trata de temas sensíveis e complicados de solucionar, ficando por vezes a responsabilidade de tal ato para o poder judiciário. Com isso o objetivo dessa pesquisa é tentar entender esses fatores determinante para que uma decisão tenha escopo moral ético.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial / Direito Constitucional / Legitimidade

ABSTRACT

The present work sought to investigate the ethical and legal limits of activist decisions. Seeking to understand how judicial activism works, studying its origins in the US Court, and the factors that were essential for these decisions to be handed down. Therefore, this research initially deals with how American courts work with judicial activism, and how it influenced other courts around the world. After this understanding, this research delved deeper into other courts around the world, namely the German Supreme Court, the Italian Constitutional Court, the Colombian Constitutional Court, and the Federal Supreme Court. The study of these courts aimed at understanding relevant and necessary factors, for these courts to become activists. With this the political, social, institutional-cultural factors, among others, are extremely important to understand the specific case, so that you can understand the benefits and harms of these decisions. This research discussed issues that influence these decisions, thus showing that these decisions are important, as they are sensitive and complicated issues to resolve, sometimes leaving the responsibility for such an act with the judiciary. Therefore, the objective of this research is to try to understand these determining factors so that a decision has a moral and ethical scope.

Keywords: Judicial Activism / Constitutional Law / Legitimacy



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

NOTAS DE LEITURA

Esta dissertação segue as Normas Brasileiras (NBR) de padronização baixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) para a elaboração de trabalhos acadêmicos. Em razão disso, a numeração deste trabalho acadêmico inicia-se a partir da contracapa e os elementos textuais, inaugurados pela introdução, iniciam-se na página 04.

SUMÁRIO

1- Introdução	3
2- Ativismo judicial: uma perspectiva geral	8
2.1-ATIVISMO JUDICIAL NOS EUA	10
2.1.1-Marbury v. Madison	17
2.1.2-Dred Scott v. Sandford	20
2.1.3-Lochner v. New York	24
2.2-As diferentes ideologias da Suprema Corte ao longo da história	27
3. O ativismo judicial no cenário Europeu	54
3.1-O ativismo judicial no tribunal Constitucional Alemão	54
3.2-As sentenças aditivas da Corte Constitucional Italiana.....	65
4- Ativismo judicial no cenário latino-americano.....	74
4.1-Ativismo Judicial na Colômbia	75
4.2-O ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil	85
4.2.1-O controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal no período anterior a constituição de 1988.....	93
4.2.2-O ativismo Judicial pós-Constituição de 1988	102
4.2.3-Casos de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal	112
5- Definição sobre os limites ético e legal do ativismo judicial	129
5.1- Dimensões do ativismo judicial	137
6- Conclusão	145
7- Referências Bibliográficas	150

1- Introdução

A presente dissertação tem como objetivo analisar a atuação das Cortes Constitucionais ao ativismo judicial e os seus limites éticos e morais em relação a essas decisões proferidas. Primeiramente para se compreender o tema precisa de uma análise dos fatores responsáveis pelo surgimento do ativismo judicial, para que depois possamos entender os atritos que as democracias modernas passam por causa da utilização do ativismo.

Para assim passar para outro ponto que é a conceituação do que é o ativismo judicial pode se colocar que certos vícios democráticos podem fomentar uma atuação mais ativa do judiciário, e assim podendo extrapolado limites éticos e legais do ativismo, discutindo as medidas dos tribunais, para garantir a justiça sem violar a separação de poderes. E como pode afetar a democracia, examinando com isso casos específicos em que as decisões judiciais tiveram críticas por interferir no processo democrático. E comparar casos de ativismo judicial em diferentes países e regiões pelo mundo e analisar como os tribunais interpretam e aplicam o ordenamento jurídico, e como essas decisões podem estar desafiando ou expandindo os seus poderes e para com isso concluir este trabalho apresentar possíveis soluções ou saídas para uma tentativa de solucionar a questão.

Para o presente trabalho a pergunta identificada inicialmente tem um objetivo mais amplo para nível de melhor compreensão do tema abordado, para depois partir para questões mais específicas para melhor delimitação e aprofundamento do assunto a ser estudado, sendo assim, o trabalho busca responder perguntas importantes. Sendo a primeira questão a ser abordada é a identificação do ativismo judicial e suas diversas camadas, sendo necessária uma conceitualização básica do tema para que possa se aprofundar na temática para que se discutir a fundo sobre o ativismo judicial e seus limites éticos e legais.

Com apresentação da parte de conceitualização dos termos básicos que são importantes para a pesquisa, podemos passar para a próxima pergunta, de como esse ativismo se apresenta na atualidade e suas formas? Sendo assim a importância de se ter a identificação de como ela se apresenta nos dias de hoje e os fatores determinantes que levam os tribunais a prática de ativismo e as diversas formas em que a mesma pode ser apresentada, exemplificando com casos brasileiros, e de diversos países, principalmente dos casos norte-americanos que traz uma abordagem essencial para compreender o surgimento do ativismo.

Depois desse entendimento do ativismo judicial e seus limites éticos e legais, outro importante ponto a se aborda é de quais são as reações do Sistema sobre os atos de Ativismo? Sendo de suma importância verificar quais são as respostas que o sistema apresenta quando tais atos são cometidos, assim como é importante colocar quais são os problemas que este ato traz para o equilíbrio e harmonia entre os poderes, e como isso é importante para se verificar a relação entre os poderes.

O ativismo judicial e seus limites legais e éticos, é uma temática que tem uma grande relevância no estudo do Direito, podemos partir da analisar desde de sua conceitualização entre o Princípio da Separação do Poderes mas especificamente para o presente tema a partir do Iluminismo e Estado Liberal, sendo importante analisar também a liberdade, harmonia e os atributos que a Separação do Poderes enfrenta na atualidade, destacando o cenário brasileiro como também o modelo tripartite de poder que adotou o país e como se dividiu as competências e funções dos atos entre os poderes.

Para analisarmos a Separação dos Poderes temos de ter em mente que existe diversas formas e teorias sobre a separação, mas para termos práticos para o presente tema vamos analisar apenas a conceitualização a partir do Iluminismo e Estado Liberal que tem mais relevância para o estudo como a como as teorias de Montesquieu e Locke que fizeram uma divisão entre os Poderes que melhor poder ser comparada com os modelos atuais de separação do poderes.

É importante destacar que a Separação dos poderes que o Brasil adotou foi um modelo de Tripartição dos Poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, o que difere a título de exemplo do Sistema Português que adotou outro modelo que a é quadripartição dos Poderes como exemplifica Gomes Canotilho¹ e Marcelo Rebelo de Souza² sendo dividida as funções em Política, legislativa, administrativa e a jurisdicional³.

¹ Canotilho, “Direito Constitucional”, Editora: Almedina. Coimbra”. 1992, p.719.

² Rebelo de Souza, “O Valor Jurídico do acto inconstitucional”. Lisboa, p. 119 e seguintes.

³ Blanco de Moraes, “Curso de Direito Constitucional”. Editora: Almedina, Lisboa, 2022, p.22.

Partindo para a conceitualização histórica podemos citar dois autores que trata do tema que é Locke e Montesquieu, o primeiro John Locke⁴ foi um importante referencial para a monarquia Constitucional inglesa sendo defensor da propriedade privada ele trouxe a ideia de um governo misto, que serviu de modelo após a “Glorious Revolution” sendo o poder dividido entre o Rei que ficava com o poder monárquico e a câmara dos lordes que ficava responsável pelo poder aristocrático e as câmaras dos comuns que teria concentração do poder democrático que ficaria restrito a classe de proprietários , o pensador inglês elaborou a ideia de uma quadripartição dos poderes que seria dividida em legislativa, executiva, federativa e as atividade de prerrogativa, sendo então a legislativa atribuída para o Parlamento e as demais funções para o Monarca⁵.

Já o segundo pensador importante para a temática da separação dos poderes é Montesquieu que se inspirou no modelo britânico, trazendo mudanças para este referido modelo novo ele defendia uma forma de governo que fosse mista também mas diferente de Locke em vez do Monarca governa seria a Aristocracia e definiu uma separação tripartite dos poderes entre Legislativo, executivo e Judiciário, essa ideia foi colocado em seu livro “De L’Esprit des Lois” onde o mesmo defendia que “só o poder limita o poder”⁶, trazendo a ideia de interdependência entre os poderes com a ideia de pesos e contrapesos, pois apesar de haver uma certa separação dos poderes se tem uma relação entre estas funções.

Após Locke e Montesquieu houve outros pensadores importantes como Constant que foi importante teorizador continental da monarquia constitucional e um grande crítico de Rousseau entre outros, mas para o presente trabalho a princípio trataremos apenas referencial de ideias destes dois que são Montesquieu e Locke⁷.

⁴ Locke em seu livro *The Second Treatise of Government* trouxe uma distinção entre as funções estatais trazendo a ideia de divisão de poderes.

⁵ Blanco de Moraes, “Curso de Direito Constitucional”. Editora: Almedina, Lisboa, 2022 p.42.

⁶ Montesquieu. “*L’Esprit de Lois*”. Editora: Garnier Freres, 1919, p.105 seg. em seu livro fala para que não haja abuso de poder pelo Estado é necessária uma disposição para que este mesmo poder seja freado, podendo isso ser feito por meio de uma constituição para que ninguém precise fazer algo que não esteja na Lei ou que a mesma permita.

Blanco de Moraes, “Curso de Direito Constitucional”.2022, p.20. O pensador Benjamin Constant analisou o fenómeno conhecido como “terror” durante o período da Revolução Francesa e colocou que o excesso de democracia poderia se torna um problema maior transformando o mesmo em Tirania, o teórico também foi

Como podemos colocar exemplos práticos de golpes de Estados e de tentativas de golpes que deturbaram o equilíbrio dos poderes como o Golpe de estado de Mianmar em 2021⁸ que enfrenta atualmente uma guerra civil em consequência do ato, a tentativa de golpe no Peru⁹ em 2022, onde após o presidente tentou dissolver o congresso em uma tentativa de manter o cargo após, onde o mesmo foi acusado de corrupção e foi preso pela tentativa de golpe, e a mais recentemente que ocorreu no Brasil com a invasão do congresso no dia 8 de janeiro de 2023¹⁰ por apoiadores do ex-presidente Bolsonaro sobre as alegações que a eleição teria sido fraudada.

Sendo assim quando se há enfraquecimento na confiabilidade dos poderes pode causar uma crise democrática trazendo desconfianças da população perante ao Estado, podendo gerar casos como abordados acima, como golpes de Estado em casos mais severos, que podem ter efeitos colaterais e bastante severos a População de modo geral.

Com isso a pesquisa que será apresentada pode trazer uma tentativa de identificar o ativismo judicial e seus limites éticos e legais, desta forma a pesquisa busca tentar proporcionar um debate sobre a temática para solucionar os problemas propostos ou que haja uma ampliação teórica do tema a ser estudado, sendo que o trabalho está sendo objeto de estudo considerado inicial, mas que já há uma base que necessita ser aprofundada.

Sendo a intenção deste presente trabalho contextualizar o assunto debatido e tentar responder as perguntas imposta e tentar gerar um debate que pode resultar e possíveis soluções da temática que é de extrema importância para o equilíbrio das democracias contemporâneas principalmente no contexto do ordenamento jurídico brasileiro que apresenta

responsável pela divisão quadritômica dos Poderes colocando o poder moderador do Rei acima dos outros três poderes, sendo assim o monarca poderia exercer um poder de controle sobre os demais.

⁸ Soe Win; Koko Aung; Nassos Stylianou. BBC News Brasil. “Mianmar: 1 ano após golpe, país enfrenta guerra civil”, essa reportagem traz os problemas que o país enfrenta após a retirada do poder por parte dos militares como consequência a guerra civil que o país enfrenta.

⁹ BBC News Brasil. “3 pontos para entender caos político que causou queda e prisão de Castillo no Peru”. No ano de 2022 o Peru enfrentou uma tentativa de golpe por parte do Presidente que tentou dissolver o congresso na tentativa de se manter no poder e evitar investigação em relação a sua administração.

¹⁰ Agência Senado. “Detidos no Senado são denunciados por crimes de golpe de estado”. No dia 8 de janeiro prédios do governo em específico dos 3 poderes foi invadido na tentativa de implantar um golpe, nesta invasão os prédios foram deteriorados artigos históricos foram danificados e outros foram roubados como a cópia do exemplar da constituição. Atualmente esse ato antidemocrático passa por uma comissão parlamentar de inquérito que tenta identificar os responsáveis e financiadores do golpe.



uma constituição relativamente nova que veio de um processo de redemocratização de 1988, após um período conturbado do país. Durante o trabalho abordaremos diversas cortes que tem uma atuação ativista, e mostra como ela se tornaram assim, explorando os fatores necessário para o fato ocorrer, e para assim entender os limites éticos e morais que as decisões ativistas devem ou deveriam ter.

2- Ativismo judicial: uma perspectiva geral

Uma ideia trazidas por Dworkin¹¹ sobre a interpretação que pode ser utilizada para que possamos compreendermos o que é o ativismo judicial, tendo assim o entendimento que este assunto se trata de uma área considerada cinzenta do direito de ampla discordância entre as teorias, a interpretação jurídica pode ser posta de alguma formas, a principal fonte de entendimento vem das normas, no caso uma lei ou código, que devem ser cumprida, ocorre que esse texto normativo está sujeito a entendimentos diversos, em termos mais simplórios, em determinados momentos pode-se interpretar o texto de maneira literal, sem contrariar o que está disposto, e em outros momentos pode ser interpretar a lei de forma diferente, podendo em alguns casos ressignificar o texto normativo dando a ele um novo significado.

Então a interpretação de uma norma jurídica pode ser feita de várias formas, e para que tenha o resultado se precisa de uma das figuras importantes nesta base de entendimento que são os juízes, responsáveis por julgar e por interpretar o ordenamento jurídico, ocorre que em certos casos se há uma falta de regulamentação, lacunas, obscuridade obre o tema em pauta, com isso a corte entra em debate de como solucionar o problema em tese. Estes casos por vez podem se tratar de temas considerados sensíveis, e por causa disso não se há regulamentação por falta de concordância entre integrantes dos legislativos responsáveis pela elaboração das normas.

Por causa desses atos omissivos relativos a implementação de normas, as Cortes constitucionais podem propor formas de solucionar a problemática, o que pode acarretar atritos entre os poderes, como se pode observar em diversas cortes constitucionais pelo mundo se a discussão se essa atuação do judiciário de forma ativista não seria prejudicial para o equilíbrio entre os poderes podendo ser considerada em alguns casos como uma forma de

¹¹DWORKIN. O império do Direito. São Paulo. 1ª edição. 1999 57

usurpação, em contrapartida em outros lugares como na Alemanha o ativismo é visto como uma forma positiva de controle entre os poderes.

No Brasil o ativismo judicial divide opinião, sendo considerado por muitos doutrinadores como uma corte extremamente ativista, o Supremo Tribunal de Federal do Brasil tem um histórico de decidir temas considerados polêmicos e sensíveis, como por exemplo o caso da *vaquejada*¹², *União Homoafetiva*¹³, *o aborto em caso de fetos anencéfalos*¹⁴ e o caso mais recentes da corte a *descriminalização das drogas*¹⁵.

Para que possamos compreender o ativismo judicial nos tempos atuais temos que entender a sua origem, e os casos que iniciaram essa discussão, e com isso o debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos é de suma importância para começarmos a entender como se originou o debate, e como essa construção foi importante para analisarmos os casos atuais sobre o ativismo, não somente dos Estados Unidos como em diversos outros países. Desta forma o contexto histórico norte-americano é um dos principais enfoques para que essa pesquisa possa ter desenvolvida.

O Estados Unidos é conhecido como o berço para o ativismo judicial, e que esse assunto fosse conhecido e que posteriormente fosse nomeado como “ativismo judicial” pela Suprema Corte ao que se refere a compreensão da constituição e das relações entre os poderes, e essa ampla discussão sobre o tema é bastante antiga e que por vezes se entrelaça com a história do próprio constitucionalismo norte-americano¹⁶.

O tema pode se tornar complexo dependendo da esfera de análise, podendo ser analisado sobre diversas óticas como, política, social, ideológica, entre outras, passando por temas de cunho sensível e por vezes bastante polarizados, e que por diversos fatores pode se tornar imprevisível para uma conclusão da pesquisa, tendo que se analisar uma certa gama de elementos, como a realidade social e política do local de estudo¹⁷.

¹² Vaquejada (ADI 4983)

¹³ União homoafetiva (ADI e ADPF 132)

¹⁴ Interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF)

¹⁵ Descriminalização das drogas (RE 635659)

¹⁶ Laurence Tribe, *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 45

¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. p.27

Com isso esse capítulo tem intenção de mostrar os debates responsáveis por iniciarem o que compreendemos hoje em dia como ativismo judicial, e assim podermos identificar outros casos que apresentem características iguais ou semelhantes. Analisando por exemplos casos como *Marbury v. Madison*¹⁸, que foi analisado em 1803 pela Corte, trazendo a discussão central de qual é o papel do juízes e das cortes¹⁹, este caso em específico trouxe uma nova perspectiva ao que se refere ao direito constitucional e sua interpretação, em específico no aspecto político-eleitoral, trazendo uma divisão e causando uma certa polarização, dividindo assim os doutrinadores que trazem a ideia que o ativismo judicial deve ser combatido, e criticando a atuação ativista da corte, e um outro núcleo que apoia essa atuação mais incisiva. Sendo assim o debate estadunidense relativo ao ativismo torna-se um debate denso e complexo, que se mostra por vezes baseados em contextos ideológicos, social, cultural, político.

2.1- ATIVISMO JUDICIAL NOS EUA

O ativismo judicial nos Estados Unidos tem sua origem entrelaçadas na história política e judiciária do próprio país, que foi evoluindo ao longo dos séculos XIX e XX. Estes fatos, são possíveis de serem determinados pelas práticas dos tribunais, em específico da Suprema Corte, fazendo que as decisões dos tribunais tenham um papel direto na influência nas políticas públicas, com isso, esses atos cometidos pelo judiciário podem por vezes, ultrapassarem as intenções expressas pelo legislador no texto da lei.

Com esse contexto descrito no parágrafo acima de como se houve a construção do sistema democrático americano e do papel fundamental que a Corte desempenhos na interpretação da Constituição. Deste moto a Constituição dos Estados Unidos, que foi escrita em 1787 e posteriormente ratificada no ano de 1789, estabeleceu as diretrizes do que seria o governo federal, descrevendo assim como seria a sua organização, com a separação de

¹⁸ . *Marbury v.v. Madison*, 5 IJ S. (I Cranch) 137 (1803).

¹⁹ Laurence Tribe, *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 45

poderes entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Trazendo um dos grandes desafios que o país se propôs, que foi criar um sistema de governo que garantisse um equilíbrio entre os poderes, e ao concomitantemente o em que assegurava os direitos e liberdades individuais.

Com isso se foi definido qual era o papel do Judiciário, e sobretudo de qual era a função da Suprema Corte, ao mesmo tempo nesta época, não estava totalmente definida a fundação da República²⁰. Contudo, ao passar do tempo, a Corte foi se atribuindo de um papel cada vez mais importante na interpretação da Constituição, e com isso, na definição de limites para os poderes dos da tripartite dos poderes²¹. Dessa forma o conceito de revisão judicial, em outras palavras, o poder do Judiciário tem o poder de declarar inconstitucionais leis ou atos do governo, sendo estes atos fundamentais para o desenvolvimento do ativismo judicial.

Desde a segunda metade do século XX, se teve um grande debate trazendo críticas ao ativismo judicial nos Estados Unidos, especialmente pela ala dos conservadores. A crítica central deste grupo era que a Suprema Corte estava usurpando da função legislativa, fazendo assim as leis em vez de interpretá-las, esse ato pode trazer um desequilíbrio entre os poderes, e que isso representava uma ameaça à democracia, já que os juízes não são eleitos democraticamente, conseqüentemente, não tem nenhuma legitimidade para tomar decisões de cunho político²².

A resposta ao comportamento ativista da Corte começou a ganhar força nos anos de 1980, especialmente durante o governo de Ronald Reagan, que nomeou juízes que tinham um olhar mais restrito em relação ao papel da Corte. Esse movimento considerado conservador tinha como objetivo reverter algumas das decisões consideradas mais progressistas que foram trazidas na década de 1960 e 1970. No entanto, mesmo com essas mudanças, o papel da Corte na questão de definição de direitos fundamentais continuou a ser central na política americana.

²¹ YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. *Northwestern University Law Review* Vol. 105 (1), 2011, p. 7

²² TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. New York: Anchor Books, 2007; PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. *Journal of Law & Politics* Vol. 26 (1), 2011, pp. 128/143

Mas para analisarmos o ativismo judicial, temos de entender que se trata de um fenômeno complexo, que deve ser tratado em várias camadas, e com isso, é necessária entender a história dos Estados Unidos, para melhor abordarmos o tema. Desde o caso *Marbury v. Madison*, que estabeleceu a revisão judicial, passando até os controversos casos da segunda metade do século XX, o Judiciário norte-americano exerce um papel importante para definir os direitos civis, políticas públicas e a relação entre os poderes. Todavia, ele sempre apresentou uma contante estresse com a com a política e as percepções sociais ao que se refere a sua legitimidade, refletindo diretamente na dinâmica das lutas políticas, sociais e ideológicas que moldam a história do país.

O ativismo judicial, como forma de expressão da capacidade do Judiciário de influenciar a sociedade, continua sendo um tema de debate acirrado e controverso. Para uma parcela de doutrinadores, o ativismo é considerado uma forma de proteção contra abusos do poder legislativo e executivo; para outra parcela de pensadores o ativismo pode ser considerado uma representação de uma distorção do sistema democrático, onde juízes que não passa por um sistema democrático, no caso não eleitos substituem a vontade do povo.

Na doutrina estadunidense o termo “ativismo judicial” foi utilizado no começo pelo historiador Arthur Schlesinger Jr.²³, em seu artigo científico “The Supreme Court, que foi publicado em 1947, nesse material Schlesinger apresentou o ensinamento de que quanto mais importante e vital for o papel da Corte em um país e para sua sociedade, mais ela e seus integrantes devem ter um comportamento crítico em relação aos seus julgamentos, devendo ter cuidado com as motivações e os fatores de relações internas e externas, que podem vir a interferir a sua decisão. Schlesinger coloca em seu texto a importância da Corte e de suas decisões tem em moldar a nação.

Esse Artigo estudou a Suprema Corte, que estava formada quase em sua totalidade por integrantes nomeados pelo ex-presidente Roosevelt, e o autor fazendo uma análise e classificou os juízes da Corte em quatro grupos distintos, o primeiro seriam os juízes ativistas que tem um enfoque na defesa de direito das minorias e das classes consideradas mais pobres

²³ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. Fortune Vol. 35 (1), 1947, p.

(*Justice Black e Douglas*), o segundo grupo seriam juízes ativistas com enfoque nos direitos de liberdade (*Justice Murphy e Rutledge*), o terceiro grupo juízes campeões da autorrestrrição (*Justice Frankfurte, Jackson e Burton*), e o quarto e ultimo grupo seria a representação dos juízes que buscam o equilíbrio de forças (*Chief Justice Fred Vison e o Justice Reed*).

A Corte em suas decisões, tinha dois grupos bem definidos em: o grupo dos ativistas, que eram liderado por Hugo Black, e o outro grupo considerado autorrestritivos, liderado por Felix Frankfurter,²⁴ ficando apenas dois juízes, que julgava os casos distintamente, em alguns casos julgavam de acordo com um os ativistas e em outros julgava de acordo com os autorrestritivos, esses juízes eram, Fred Vison e Stanley Reed, que foram responsáveis por um certo equilíbrio entre as duas formas predominantes de pensamentos da Corte, tendo o fim dessa harmonia com a morte de Muphy e Rutledge.

Schlesinger traz o termo “ativismo judicial” como um contraponto a “autorrestrrição judicial”, para ele os juízes considerados ativistas substituem o desejo do legislador pela sua própria vontade, pois tem um ideal que sua atuação promova a liberdade civil e direito das minorias, protegendo aqueles considerado indefesos “mesmo que se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. O que ia na contramão do pensamento dos juízes considerados conservadores²⁵.

Esse conflito em pensamento entre os juízes, resultou no conflito considerado primordial para a função do judiciário em uma democracia”. Sendo essa divergência mais forte entre os *Justices Douglas e Frankfurter*. Colocando Hugo Black e Felix Frankfurter como os principais símbolos intelectuais, dos dois polos de pensamento, do ativismo e da autorrestrrição judicial, sendo os dois o reflexo da oposição que se apresentava na corte no momento²⁶.

²⁴ McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. Toronto: University of Toronto Press, 1956, pp. 170/185; HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998, p. 114; BURNS, James MacGrecor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. New York: Penguin Press, 2009, p. 167

²⁵ SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, pp. 75/77.

²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. p.22

Black defendia o pensamento de que a Constituição e a Bill of Rights estadunidense, foi feita de forma que delimita o governo, fazendo assim que o papel do judiciário seja “a responsabilidade primária e o dever de executar e tornar efetivas as liberdades constitucionais e as limitações sobre os Poderes Executivo e Legislativo.” Com isso o pensamento de Black sobre a Bill of Rights era que a mesma exclui o congresso qualquer poder em relação aos direitos e liberdade individual, ao mesmo tempo que confiou aos tribunais o dever considerado sagrado de proteger esses direitos, tendo a ideia de que as cortes devem se comportar de forma que sejam impenetráveis ao que se refere as afirmações de Poder pelo legislativo e pelo executivo”²⁷.

Frankfurter, em contraponto, apresentava um pensamento que partia em defesa da autorrestrição judicial, considerado um verdadeiro juiz antiativismo, sendo mais conservador, pertencendo a uma linha de pensamento de juízes, que tem uma filosofia adjudicatória, tendo como importante referência teórica de James Bradley Thayer²⁸, autodefendia que a revisão judicial deveria ser exercida somente quando se deparassem com alguma situação considerada inconstitucional , que no caso seria quando o juiz cometesse um erro considerado claro e manifesto. Assim como outros nomes colaboram com esses pensamentos da autorrestrição como, Oliver Wendell Homes, Learned Hand e Louis Brandeis²⁹. Com isso Frankfurter trazia que os juízes deveriam separar suas ideologias do dever do funcionamento da corte. O mesmo apresentava comportamento liberal fora da Corte, mas que adotou um comportamento de autorrestrição judicial em sua forma de julgar. Considerado cético em relação a supremacia judicial e entendia que os juízes em casos considerados controversos não devem criar um mundo nova, e que essa função não cabe aos juízes, ficando esse dever restrito ao governo e

²⁷ BLACK, Hugo. The Bill of Rights. *New York University Law Review* Vol. 35 (4), 1960, pp. 879/880. É importante ressaltar que Black, aos seus 80 anos, mudou o seu pensamento que antes era favorável ao ativismo, mudando o seu pensamento para a autorrestrição na interpretação da Constituição em seus últimos anos na Corte. Seu voto em *Griswold* (381 U.S. 479 [1965])

²⁸ The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, *Harvard Law Review* Vol. 7 (3), 1893, pp. 129/156

²⁹ MENDELSON, Wallace. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review* Vol. 31 (1), 1978, pp. 71/87; LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. *Duke Law Journal* Vol. 44 (3), 1994, p. 451

ao legislador³⁰, com isso as decisões devem se basear nas palavras que foram utilizadas pelo próprio legislador, não podendo assim o juiz usurpar da função do legislativo, já que o mesmo não é detentor desse poder, sendo essa função pertencente democraticamente aos legisladores eleitos, em uma de seus textos expôs;

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 [dessa Corte] 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:

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 [dessa Corte] 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 momento³¹.

Então na interpretação de Schlesinger, entendeu que a discussão se trata muito mais político-institucional do que somente jurídico-metodologia, com isso decidir qual forma a corte deve abordar seus julgados, ficando entre o ativismo ou autorrestrição judicial, é compreender o espaço decisório em que a corte Suprema ocupa no sistema constitucional e político no país. Com isso Schlesinger concluiu que para ele a melhor forma de se comportar a corte seria pela autorrestrição judicial, pois em seu entender o judiciário tem que retrair ao invés de se expandir seu poder, devendo deixar a “instituições diretamente responsáveis ao controle popular” no caso o poder de decisão, entretanto o mesmo coloca que o ativismo pode ser utilizado pontualmente em questões que se tenha ameaça a liberdade que garantam a

³⁰ MENDELSON, Wallace. The Orthodox, or Anti-Activist, View – Mr. Justice Frankfurter. In: FORTE, David F. (Ed.) The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, p. 26

³¹ Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 128 (1958).

própria participação do indivíduo, com isso o mesmo não foi contrário totalmente ao ativismo, porém não acreditava no uso rotineiro do mecanismo dentro da corte norte-americana³².

Todavia o ativismo judicial não surgiu somente depois que foi nomeado, existe vários julgados que são conhecidas por ter características ativistas, sendo assim as práticas da judicial review de suma importância pôr o que conhecemos hoje da sociedade norte-americana e da Suprema Corte. Com isso podemos citar casos emblemáticos como *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*, sendo estes casos considerados clássicos pela doutrina quando se trata de ativismo judicial pré-histórico da Suprema Corte³³.

O Primeiro caso citado representa certa consolidação da Suprema Corte ao que se refere ao exercício da judicial review, trazendo repercussão ao que se refere ao papel político-institucional norte-americano. Já o caso *Dred Scott v. Sandford*, trouxe uma grande controvérsia para época ao tratar sobre a situação da escravidão nos Estados Unidos, o que trouxe posições divergente entre o norte antiescravagista e o Sul escravagista, sendo este caso um dos responsáveis pela aceleração de conflitos responsáveis pela eclosão da Guerra Civil que Os Estados Unidos passaria posteriormente, e o último caso foi considerado um marco onde a corte que em nome do liberalismo econômico, travou medidas de políticas governamentais que tinham como objetivo a melhoria de condição de vida das pessoas mais necessitadas.

Um importante lembrete é de que o caso *Marbury* traz vários questionamentos até os dias atuais dos mais variados possíveis, sendo bem recebido pelo contexto histórico, já o caso *Dred Scott* e o caso *Lochner*, são decisões que foram alvos de bastante crítica ao longo do tempo, sendo considerados erros judiciais, sendo utilizados como argumento contra ao instituto da judicial review³⁴³⁵. Pode se colocar que ambas as decisões não são ativistas, em outras palavras são decisões erradas que tiveram péssimos resultados e que trouxe consequências ruins para sociedade de modo geral.

³² SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, pp. 208 e 212

³³ Shapiro e Trosolini, *American Constitutional Law*. 4ª ed. New York: Macmillan Publishing, 1975, p. 60

³⁴ TUSHNET, Mark (Ed.). *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

³⁵ GREENE, Jamal. *The anticanon*. *Harvard Law Review* Vol. 125 (2), 2011, pp. 385/404.

Assim como outro caso que teve péssima repercussão nos Estados Unidos foi o caso *Korematsu v. United States* de 1944, nesse caso a Suprema Corte o voto de Hugo Black, que era o líder, declinou favoravelmente ao Governo federal sobre as suas ordens de detenção em campos de concentração, que foram sequencia após os ataques a Pearl Harbor, que ocorreram no final da Segunda Guerra Mundial, com isso pessoas nipo-americanas foram considerados suspeitos de serem espiões, ou até mesmo de ter contribuído com os ataques a costa oeste, sendo Fred Korematsu um desses cidadãos que foi detido em 1942, e julgado em 1944, nesse caso a maioria da suprema corte ignorou os rumos que a Segunda Guerra Mundial que já estava em seu curso final , sendo favorável aos Aliados, sendo a decisão da Corte pela restrição dos direitos civis de Korematsu, com a justificativa de que os estados unidos estavam no momento em guerra com o império Japonês³⁶. Em *Korematsu*³⁷ aprendemos que o ativismo judicial e o erro judicial não podem ser considerados sinônimos.

2.1.1- Marbury v. Madison

A Suprema Corte Americana, que ate a nomeação de John Marshall a cargo de Chief justice no ano de 1801, o mesmo não tinha um papel de relevância politica do país, sendo esse responsável pelo fortalecimento da Corte, trazendo o papel institucional, e com isso a credibilidade da instituição, trazendo importância Mais importância para atuação da Corte no cenário politico³⁸, trazendo também habilidades ao que se refere a minimização de conflitos considerados institucionais, com isso John Marshall foi responsável por proteger a corte de ataques políticos, sendo assim o legado de Marshall é respeitado ate os dias atuais.

Com esse breve contexto de quem foi John Marshall, entramos em um dos casos mais repercutidos estadunidense, que é o caso *Marbury v. Madison* de 1803, onde o voto do juiz

³⁶ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

³⁷ Mark Levin, *Men in Black. How the Supreme Court is destroying America*. Washington: Regnery, 2005, p. 17

³⁸ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., pp. 15/17; O'BRIEN, David M. Storm Center. *The Supreme Court in American Politics*. 8ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008, p. 112.

trouxe a confirmação do poder da Corte em julgar a inconstitucionalidade com isso podendo parar de cumprir uma lei federal que é incompatível com a constituição, trazendo assim a afirmação de que a Suprema Corte tem o poder de Judicial review³⁹.

Esse caso trouxe a writ of mandamus proposta por William Marbury contra o Secretario de estado James Madison, com objetivo de obrigar que o Secretario homologar os poderes de juiz de paz do Distrito de Columbia a Marbury, sendo que este foi nomeado ao cargo a presidente federalista, John Adams, nos seus últimos dias de mandato. Com isso em 1801, quando presidente Republicano Thomaz Jefferson, que tinha ganhado as eleições encima de Adams, negou que Marbury tomasse posse do cargo que foi nomeado anteriormente, com a negativa, o mesmo se utilizou da Seção 13 do Judiciary Act de 1789, que dispões a competência originaria de julgar mandamus contra autoridades publicas, como por exemplo o secretario do Estado do Governo federal.

Quando o caso chegou a corte que era liderada por Marshall, teve o entendimento de que o direito de Marbury ao cargo tratava de uma hipótese de dua jurisdição originaria, que esta estabelecida pela Seção 13 do Judiciary act, entretanto o mesmo pedido foi negado sob a argumentação de que a constituição, em seu artigo III, não lhe sedia essa jurisdição originaria, somente lhe sedia a jurisdição relativa aos recursos sobre esse tipo de demanda. Com isso o Congresso não tinha capacidade, por intermedio da Seção 13 do judiciary Act, de aumentar sua jurisdição para alem do escopo determinado pelo texto constitucional.

O voto de Marshall trouxe para o entendimento da Corte de que a questão constitucional e o dever do Congresso de acatar os limites já estabelecidos pelo próprio texto da Constituição⁴⁰, com isso a corte Marshall entendeu que a seção 13 do Judiciary Act de 1789, era inconstitucional fazendo assim que o dispositivo não fosse utilizado, trazendo com isso um importante fato histórico do poder de judicial review da Suprema Corte.

O entendimento no caso Marbury é de que a lei Maior não pode ser alterada por meios ordinários e por pensamentos contrários, então uma ação do legislativo que não esta de acordo

³⁹ Supreme Court Activism and Restraint. Lexington: D.C. Heath and Company, 1982, p. 58.

⁴⁰ HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (Ed.). Supreme Court Activism and Restraint. Lexington: D.C. Heath and Company, 1982, p. 58.

com a constituição não pode ser considerada uma lei, sendo assim um ato considerado nulo, fazendo que a Corte tenha de declarar a nulidade desse ato.

O caso Marbury pode ser considerado ativista em duas dimensões, sendo a primeira em relação de que a Corte que não considerou o entendimento do Congresso, negando uma competência sem que esse ato tivesse respaldo na constituição ou em outro dispositivo legal, outro ponto a ser analisado é de que a Corte se apropriou de um poder grandioso sem que a Constituição previsse sobre o caso.⁴¹

Ocorre em casos que são ativistas se surge a questão consideradas complexas, e que poem em questionamento os limites éticos e legais dessas decisões, pois por vezes a norma maior do regimento de um país não consegue prevê todas hipóteses que possa ser debatida pelo judiciário, e quando essa norma não consegue responder esses questionamentos. Se há a dúvida de como solucionar o fato. Tomando de exemplo esse caso específico apesar de ser uma decisão ativista, pela forma que a Corte afirmou seu poder por meio da judicial review, sendo que o resultado da ação foi de abster de sua competência originaria de controlar os atos de autoridades de alta patente do governo, sendo assim, se negou de intervir em ação ilícita do governo em relação a violação do direito adquirido de Marbury. Então sobre esse prisma esse caso a decisão também pode ser considerado autorrestritiva, já que se omitiu a competência de decidir da Suprema Corte, então podemos falar de um julgado paradoxal.

Devemos considerar nesse julgado a disputa política que ocorria na época, que de certa forma influencio diretamente no entendimento acatado pela Corte, pois Marshall tinha receios em relação as decisões que o Presidente Thomas Jefferson pudesse tomar dependendo de como o caso fosse julgado, podendo haver um descumprimento da decisão ou em uma hipótese mais radical um pedido de impeachment, se porventura a corte desse razão total a Marbury⁴².

⁴¹ HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1958, p. 4.

⁴² GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit., p. 91.

Em contraponto Marshall tinha o entendimento de que “não haveria melhor oportunidade para formular a judicial review”,⁴³ com isso o mesmo preferiu proporcionar uma troca , sendo assim abriu mão do poder de julgar de forma originaria mandamus que tenha como parte altas autoridades políticas para não se opor o Presidente Jefferson, mas em contrapartida, afirmou o seu poder em relação a judicial review, com isso a estratégia utilizada protegeu a institucionalidade da Suprema Corte, e com isso de forma discreta trouxe uma consolidação de um poder de superioridade futura. sendo assim uma decisão considerada moderada pelo contexto em que que foi feita⁴⁴.

2.1.2- Dred Scott v. Sandford

O caso Marbury trouxe uma importância grande em relação a judicial review na declaração de inconstitucionalidade de lei federal, contudo a mesma só ocorreu novamente na Suprema corte américa meio século depois, com o caso Dred Scott v. Sandford, sendo uma decisão considerada até os dias de hoje reprovável, já que a mesma trouxe a confirmação de que a escravidão tinha respaldo constitucional⁴⁵.

Dred Scott era escravo do Major do Exército de John Emerson, conforme Emerson era relocado para diferentes lugares, Scott o acompanhava, ocorre que alguns desses postos que eles residiram, no caso Territórios e Estados, a escravidão era proibida, sendo assim no ano de 1834, em Rock Island, no Estado de Illinois. Onde segundo a constituição do lugar proibia a prática da escravidão, assim como no ano de 1836, no Fort Snelling, que estava localizado no território que a pouco tem havia sido criado conhecido como Wisconsin, onde por lei federal estava proibida a escravidão naquele local, essa lei era conhecida como “compromisso do Missouri”.

⁴³ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited. Op. cit., p. 22.

⁴⁴ LEWIS, Frederick P. The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age. Lanham: Rowman & Littlefield Publ., 1999, p. 9

⁴⁵ 60 U.S. 393 (1856).

Após a morte do Major Emerson no ano de 1843, a viúva do mesmo negou-se a entregar a Dred Scott sua alforria, com isso o mesmo entrou com a demanda, na corte do estado do Missouri, com a premissa de que o mesmo já era detentor do direito posto que já tinha residido em dois estados onde a escravidão não era recepcionada mais, no caso o estado de Illinois e do Território Federal de Wisconsin, e outro argumento apresentado por Scott era de que “uma vez livre, sempre livre” (Once free, Always free).

Scott em princípio conseguiu a decisão favorável, que posteriormente foi revertida na Suprema Corte do Missouri, sendo que esse caso posteriormente chegou a nível federal, sendo a questão discutida pela Suprema Corte. No ano de 1847, a corte tomou a decisão de que Scott não tinha a legitimidade de pleitear o o processo que discutia a sua liberdade, que ocorria nas cortes federais do país, ocorrendo assim como proferido pelo Chief Justice Roger Taney “o mais desastroso voto já emitido pela Suprema Corte”⁴⁶, entendo que pelo conteúdo do voto, Scott não era considerado um membro da comunidade política, pois a cor da sua pele o excluía, já que os seus ancestrais que foram retirados de suas terras e levados para aquele país, foram vendidos, sendo considerado uma classe inferior, sendo assim “uma classe de seres humanos subordinada e inferior, que tinha sido subjugada pela raça dominante, e mesmo que emancipados, ainda permaneceriam sujeitos a sua autoridade”⁴⁷.

Contudo, na que pode ser considerada a mais antiquada forma da clausula do devido processo legal (due process of law clause), onde o limite substantivo em relação aos atos do governo que tem como objetivo restringir as liberdades fundamentais ou o direito a propriedade⁴⁸, ao entender do Chief Justice Taney a V Ementa, tem como garantia aos cidadãos americanos por meio do texto constitucional o direito a propriedade de escravos, sendo assim, esse direito não poderia ser diminuído ou anulado pelo Congresso, ou seja era um direito que não poderia ser invalidado ao entendimento de Taney.

Então por essa interpretação da norma, Scott não poderia pleitear o direito a sua liberdade, apesar do mesmo ter permanecido no Território de Wisconsin, local onde em tese

⁴⁶ McCLOSKEY, Robert M. The American Supreme Court. Op. cit., p. 62.

⁴⁷ 60 U.S. 393, 403-405 (1856)

⁴⁸ TRIBE, Laurence. The Invisible Constitution. Op. cit., pp. 111/112; SUNSTEIN, Cass. Radicals in Robes. New York: Basic Books, 2005, pp. 85

recriminava a escravidão, pois apesar da lei federal que reprimia a escravidão, posteriormente foi considerada inconstitucional⁴⁹.

Nesse caso em específico o ativismo judicial não está na questão da afirmação de que “negros” não poderiam ser considerados cidadãos, mas sim na questão posta de uma raça para eles considerada “inferior” e que não merecia os mesmos direitos das outras pessoas que tinha uma “raça superior”. Essa questão da escravidão foi o grande dilema da época, que com esse caso de Dred Scott, trouxe uma oportunidade de ser resolvida, ocorre que a Corte ao tentar solucionar a demanda sobre o tema delicado, e o conflito político que o assunto trazia, e em vez de trazer o congresso para que o mesmo tentasse controlar os conflitos que se espalhava pelos territórios federais, acabou por tornar constitucional a escravidão, após excluir o congresso da decisão sobre o tema.

Então se analisarmos nesse caso em que a corte foi ativista, ela acabou agindo de modo inconsequente, usando assim uma tática oposta a que a mesma teve no caso Marbury, que era uma estratégia considerada cautelosa, sendo assim esse mecanismo antes aplicado, não foi utilizado no caso Dred Scott, a Corte Taney errou de forma grave, de forma que o julgado causou problemas políticos, que agravaram uma divisão política-ideológica no país, sendo um dos fatores responsáveis pela eclosão da Guerra civil no Estados Unidos⁵⁰.

Os casos Marbury e Dred Scott, mostra duas facetas distintas do ativismo judicial. Podemos verificar no voto proferido por Taney que o mesmo colocou o dever da interpretação da constituição, onde estava expondo o status do negro na época em que o documento foi ratificado (1787-1788), sendo assim o negro não poderia ser considerado cidadão, já que as pessoas que redigiram a constituição não o consideravam (founding fathers), sendo assim considerados uma classe de pessoas subordinadas e inferiores de seres humanos.

Apesar de considerar esse pensamento um tanto como injusto, Taney não colocou que a Suprema corte teria o poder de constituinte reformador, ele considerou que não era

⁴⁹ 60 U.S. 393, 451-452 (1856)

⁵⁰ DEVINS, Neal; FISHER, Louis. *The Democratic Constitution*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 149/151; BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Op. cit., pp. 259/262.

atribuição da Corte julgar sobre justiça ou injustiça, e que o dever da mesma é de que caso haja injustiça no texto da constituição, deve se encontrar o remédio para a mesma por meio da própria constituição, ou seja o processo de emenda constitucional, enquanto o ato não for utilizado a norma constitucional continua tendo validade, mesmo que ela pareça injusta , so podendo ser alterada pelos meios previstos na Constituição⁵¹.

Nesse caso se pode observar um comportamento contraditório da Corte, que teve uma ideia ambiciosa de resolver um dos assuntos mais espinhosos do século XIX, e acabou tomando uma medida que silenciou o congresso, e ao mesmo tempo fez uma defesa que delimitou o seu papel na interpretação constitucional, que já tinha sido adquirido no caso Marbury.

Para entendermos melhor a problemática desse caso precisamos entender que no ano de 1857, o Presidente Buchanan não tinha tomado posição sobre a questão da escravatura no país, e que o seu próprio partido estava dividido entre a ala antiescravagista do norte e a escravagista do Sul, então qualquer lado que o presidente tomasse partido teria custos políticos. Apreensivo com que posição tomar Buchanan, o mesmo declarou dois dias antes do julgamento, que o dilema posto no caso não teria tanta importância pratica e que o caso seria definido rapidamente e aceito por todos os cidadãos independente do resultado da corte. Esse método utilizado pelo Presidente, de tentar se esquivar do conflito iminente, tentando minimizar as consequências tentando “despolitizar” a pauta, fazendo assim que a responsabilidade fosse transferida para a Corte, para que a mesma solucionasse a demanda, sendo assim uma forma que podemos considerar da judicialização da política, sendo assim essa forma de agir agressivamente dos integrantes da Corte , foi resultado do ambiente estabelecido na época, tendo o incentivo da autoridade mais importante do país. Contudo o sentido original da norma, da qual a constituição considerava “cidadão”, foi utilizada pela Corte para justificar o seu entendimento de forma estratégica, e ao mesmo tempo que legitima, também renúncia de Buchanan em solucionar o tema, entretanto a forma em que foi tentada a solução da demanda provou-se com o tempo equivocada, sendo assim a passividade de Buchanan e o ativismo da corte acabaram por ser prejudicial a Democracia do país.

⁵¹ FISHER, Louis. Constitutional Dialogues. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 203.

O caso Dred Scott traz importantes aprendizados sobre a forma desse aplicar o ativismo judicial, e ao que refere a esse trabalho de dissertação, mostra que deve ter cuidado quando as autoridades ficam omissas a sua responsabilidade ou transferem a sua competência ao poder judiciário, e que essa medida pode causar efeitos que podem ser catastróficos, tendo que essas medidas tenham que ser cautelosas e pensadas, em quais os efeitos que podem ser causados, podendo uma medida agressiva da Corte, como foi apresentada no caso Dred Scott se prejudicial à democracia, então os limites éticos e legais em casos dessa magnitude tem que ser tomados de modo pensado.

2.1.3- Lochner v. New York

No caso *Lochner v. New York*, tratava-se sobre a lei do Estado de Nova Iorque (Bakeshop Act), que tinha como finalidade criminalizar a exigência ou a permissão a jornada de trabalho dos padeiros, que ultrapassasse sessenta horas semanais ou que fosse superior à média de dez horas diárias, com objetivo de proteger a saúde e o bem-estar do trabalhador e da população de forma geral, podendo em caso de descumprimento ser utilizado o poder de polícia do estado, sendo assim houve uma interferência legislativa sobre a liberdade individual em relação aos contratantes.

A questão trazida nesse caso é se o legislador estadual poderia intervir em questões relacionadas a contratos de trabalho, a decisão que foi proferida pela corte teve o entendimento que não poderiam⁵². Com isso a lei foi considerada inconstitucional, pois a mesma restringia o direito entre contratante e contratado, sendo que a lei não teria fundamento suficiente para tal ato, pois a mesma violaria segundo a maioria da Corte a XIV emenda da

⁵² 198 U.S. 45 (1905).

Constituição federal que protege a liberdade do indivíduo⁵³. O entendimento que tiveram da lei de acordo com a justificativa a retórica libertária do Justice Rufus Peckham, que a mesma seria uma forma de interferência desfavorável, e inadequada do estado de Nova Iorque, pois o direito de contratação entre os indivíduos seria de acordo com as partes envolvidas e não do Estado. Com isso a lei não estaria de acordo com o princípio constitucional do devido processo legal substantivo.

Esse período da decisão do caso *Lochner* foi marcado pelo conservadorismo das jurisprudências da Suprema Corte, sendo conhecido como *Wra Locner*, marcada pelo pensamento ideológico do *laissez faire* e por um entendimento amplificado da Emenda XIV e da cláusula do devido processo legal substancial⁵⁴. Com esse entendimento estendido que se tornou mais rigoroso em relação a legitimidade, a Corte acabou por entender e declarar diversas leis estaduais e federais como inconstitucionais, a maioria dessas leis com conteúdo regulatório e social, sendo as mesmas de assuntos como regulamentação de limites de horas trabalhadas tanto semanais como diárias, salários-mínimos, associação de trabalhadores entre outros assuntos⁵⁵.

Esse caso assim como de *Dred Scott*, foi considerada uma decisão desastrosa ao que se refere aos julgados da Suprema corte, as principais críticas foram apontadas nos votos discordantes dos juizes John Marshall Harlan e Oliver Holmes. Foi posto no voto de Harlan que a Corte ao decidir sobre o tema estaria entrando em uma questão de política legislativa, sendo assim o assunto teria local ideal para se debater o assunto, e que a vontade do legislativo seria um espelho da vontade da população de Nova Iorque, já que o congresso é estabelecido pelo povo, com isso a restrição a liberdade de contratar, só poderia ser considerada inconstitucional se apresentasse desnecessária ou desrazoável.

No voto de Harlan, a Corte estaria decidindo sobre o assunto sem colocar em pauta a capacidade do legislador de decidir, tirando o poder institucional principalmente ao que se refere a assuntos de bem-estar social e políticas públicas, sendo que para isso o legislador tem

⁵³ *idem*

⁵⁴ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., pp. 313/315.

⁵⁵ STRAUSS, David A. *Why was Lochner Wrong?* *The University of Chicago Law Review* Vol. 70 (1), 2003, pp. 373/374.

que estudar profundamente as melhores medidas a serem tomadas a esses assuntos assim como e cálculos para implementação dessas medidas. Então o juiz Harlan entendeu que a melhor postura a ser adotada nesse caso seria de autor restrição.

Oliver Holmes foi um crítico ferrenho as decisões da Corte, tendo um pensamento de autorrestrição judicial, em seu pensamento a expansão de entendimento que a corte atribuiu a XIV Emenda e da sua cláusula do devido processo legal, acabou por ser deturbado em vez de trazer a liberdade⁵⁶. Para Harlan e Homes, o ativismo judicial no caso *Lochner* apresenta de duas formas, a primeira foi quando a Suprema corte alegou um direito absoluto de contratar sem que houvesse norma expressa na constituição sobre o assunto, tendo apenas uma dedução de uma norma constitucional um tanto quanto vaga, trazendo uma amplificação no que se entendia como devido processo legal, apresentado uma subdesvalorização de outros tópicos interligados ao julgado, que seria a desvalorização de classes sociais pela falta de proteção social de Estado, posta que a decisão afetou diretamente as decisões do estado relativas a essa temática⁵⁷.

O segundo ponto apresentado de ativismo judicial no caso *Lochner* é de que a Corte interferiu em um caso que pertencia ao legislativo, pois tratava-se política pública, por isso estes assuntos deveriam ser tratado pelo poder legislador, a quem teria a competência, contudo neste caso a Corte agiu de forma que não reconheceu os legisladores de Nova Iorque, o que o Autor Robert Alexy nominava *de margem de ação epistêmica do tipo empírico, em outras palavras*, aquilo que seria de entendimento do legislador⁵⁸.

Neste caso o ativismo judicial, trouxe algumas problemáticas, como a questão de capacidade institucional, pois de certa forma a corte usurpou parte dos poderes do legislativo, trazendo assim problemas ao equilíbrio entre os poderes e trazendo problemas para a democracia do país.

⁵⁶ HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The Path of Law*. Harvard Law Review Vol. 10 (8), 1897, pp. 457/478

⁵⁷ STRAUSS, David A. *Why was Lochner Wrong?* The University of Chicago Law Review Vol. 70 (1), 2003, pp. 373/386.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional Vol. 66, 2002, pp. 50/53.

Podemos entender que casos como *Locher*, *Marbury* e *Dred Scott*, não ocorreram por um mero vácuo político, mas sim por uma disputa entre ideologias, da parte conservadora e da parte progressista, em relação a assuntos que trazem muitas controvérsias como assuntos econômicos e sociais que são de interesse geral da população, então podemos concluir brevemente de que o ativismo judicial nos estados unidos tem ligação com as disputas políticas do próprio país.

2.2- As diferentes ideologias da Suprema Corte ao longo da história

Para que possamos entender de fato como ocorre o ativismo nos estados unidos é necessária entender a construção histórica em que o país no quesito político ideológico, para que assim compreender as decisões da Suprema Corte, pois essas decisões tiveram influência de concepções morais, políticas dos juízes responsáveis pelo veredito, com isso o posicionamento político dos membros da corte influenciou diretamente nos julgamentos.

Com isso os partidos políticos procuram se utilizar de mecanismo para tentar introduzir suas pautas por meio da nomeação de juiz que é feita pelo presidente, e a confirmação que feita pelos senadores. Pois a Corte estabelece um papel importante da interpretação das normas, podendo essa interpretação interferir diretamente no sistema político-democrático, podendo essa ação causar uma série de consequência.

Por isso conservadores e liberais se contrapõem em diversas esferas ao que se refere a intervenção do Estado, por exemplo, em assuntos econômicos, direitos da população LGBT, políticas raciais, pena de morte, aborto, financiamento de campanhas eleitorais, entre outros mais⁵⁹. Estes tópicos causam divergências, que podem fazer que ambas as partes se utilizem

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 324/344.

do mecanismo do ativismo judicial, para que assim favoreça o seu lado político-ideológico, e condenar esse mesmo método quando utilizados em seu desfavor⁶⁰.

Um exemplo que podemos analisar é o caso da ascensão e queda da Corte Lochner, que foi marcada pelo conservadorismo e ativismo judicial, e pela falta da capacidade de reação do sistema político da época, sendo uma corte marcada por diversas críticas relacionadas aos seus julgados. No ano de 1870 a Suprema Corte, tomou a decisão no caso Hepburn v. Griswold, que tratava de uma lei federal (legal Tender Act, 1862), que permitia a emissão de papel-moeda, como forma de maior circulação de moeda no país, sendo assim capaz de pagar as dívidas contraídas, mesmo que essas tivessem sido contraídas antes da lei⁶¹.

Com isso o governo federal acabou emitido cerca de um milhão e meio de dólares, com o objetivo de custear os gastos da Guerra civil em que o país passava, contudo, a Suprema Corte teve o entendimento pela inconstitucionalidade da utilização do papel moeda em dividas retroativas a lei, pois o entendimento da corte, essas dividas retroativas somente poderia se paga com moeda de prata e outro, que eram atribuídos valor intrínseco. Essa decisão da Corte deixou o governo federal e o setor ferroviário descontente, pois se tinha a urgência de que Hepburn fosse resolvida.

Após essa decisão, cerca de um mês depois o Presidente Grant, teve a chance de nomear dois novos juízes para a Corte, sendo indicados dois advogados de companhias ferroviárias, e pedindo também assim a reavaliação dos tópicos discutidos no caso Hepburn, sendo o voto desses dois novos juízes foram decisivos para superar Hepburn⁶². O entendimento da Corte na época era comum de ser favorável as grandes corporações, firmando uma tendencia por questões econômicas de nomear advogados de ferrovias ou de outro setor de grande relevância econômica para compor a Corte, sendo conhecida como a “Era Dourada” (Gilded Age), que tinha como características um grande crescimento econômico, principalmente nos setores de estrada de ferro, mar cada também por uma grande

⁶⁰ EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism. Colorado Law Review 73 (4), 2002, p. 1403.

⁶¹ 75 U.S. 603 (1870).

⁶² Knox v. Lee, 79 U.S. 457 (1871).

devoção Republicana pós-guerra civil, sendo normalizado a influência dessas corporações dentro das instituições, como o governo federal e da Suprema Corte⁶³.

Ocorre que essa intervenção dessas grandes corporações na Corte tornou-se complicada ao que se refere a intervenção do Estado sobre a liberdade das empresas, com isso após o caso Hepburn, a Suprema Corte admitiu a intervenção estatal na economia em casos como Slaughter-house (1872) e Munn v. Illinois (1877)⁶⁴, contudo os votos que ganharam destaques foram os do Justice Stephen Field, que trazia ideias de liberdade de contrato e trazendo uma ideologia conservadora, apesar desse voto ter sido vencido, posteriormente esse argumento ganhou força no caso Lochner. Assim como no ano de 1890, o caso Milwaukee and St. Paul Railway. Co. v. Minnesota, de Chicago, trouxe a solidificação da laissez faire pela Suprema Corte, anulando a lei do Estado de Minnesota por entender ilógica, sob entendimento do devido processo legal substantivo, já que a lei tinha como objetivo regulamentar as tarifas de transporte público ferroviário.

Esses casos nesta época na Suprema Corte foram responsáveis por ela passar a imagem de intervencionista, esse perfil ficou ativo na última década do século XIX e no início do século XX, sendo considerada ativista, sendo contrária intervenção estatal, conservadora na defesa do direito natural de propriedade na liberdade de contrato. sendo assim essa Corte ao que se refere a sua interpretação constitucional considerava mais importante a proteção da propriedade e da liberdade econômica das grandes corporações, marcando o ativismo judicial dessa época como a interferência da Corte diretamente nas políticas públicas estabelecidas pelo governo.

A mudança desse pensamento da Corte só aconteceu quando o Presidente Franklin Delano Roosevelt, que se utilizou do mesmo mecanismo que levou a corte se tornar conservadora e favorável as grandes empresas, para que pudesse assim colocar juízes que favorece a sua pauta. No decorrer da “grande Depressão, e com a crise econômica que se instaurou nos estados unidos na década de 30, o presidente lançou um programa com o

⁶³ BURNS, James MacGrecor. Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court. p. 97.

⁶⁴ 83 U.S. 36 (1872); 94 U.S. 113 (1877).

objetivo de intervenção econômica e social, que é conhecida por New deal, que tinha como objetivo recuperar a economia do país e proteger as classes sociais principalmente os mais pobres que foram prejudicados com a crise.

Com isso em 1935 a Suprema Corte, mesmo que apresentasse princípios mais conservadores, negou a eficácia de três medidas consideradas importantes⁶⁵, para os conservadores que era a maioria, o próprio congresso teria atribuído de forma inconstitucional poderes ao presidente de intervir na economia. Nem mesmo pelo momento extraordinário que passava o país, foram suficientes para que houvesse justificativa para interferência.

Essa não foi a única decisão que foi vista com maus olhos da corte, tendo outras decisões responsáveis por anular outras duas medidas, trazendo assim para Suprema Corte uma imagem de impopularidade, causando também desequilíbrio entre os poderes, trazendo conflitos institucionais, entre executivo e legislativo. Como forma de tentar contornar o problema instaurado pelo judiciário, Roosevelt usou de algumas medidas para mudar a estrutura da corte que foi conhecida como Court-Packing Plan, onde o presidente propôs para o Congresso uma lei onde estabelecesse a nomeação de um juiz adicional para cada juiz que superasse a idade de 70 anos, já que no momento em que o assunto era debatido, a Corte já era considerada a mais velha da história, com isso Roosevelt poderia nomear até seis juízes de uma vez, podendo colocar pessoas com ideais compatíveis com o seu.

Contudo o planejamento não ocorreu como estabelecido, pois a ideia de lotar a Corte não teve apoio político e nem popular, ocorre que Roosevelt com essa medida de alterar a corte, conseguiu alcançar o seu objetivo cerca de um mês depois, quando houve uma serie de decisões com *West Coast hotel Co, v. Parrish*, onde a Suprema Corte entendeu que que caso continuasse com a mesma posição, estariam entrando em uma iminente crise constitucional, isso ocorreu após a orientação do juiz Owen Roberts, que apresentava um posicionamento moderado, com isso houve um abandono dos ideais da doutrina *laissez faire*, e entrando em vigor a doutrina *New Deal*, trazendo grandes mudanças e transformações constitucionais⁶⁶,

⁶⁵ *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U. S. 495 (1935); *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford* 295 U.S. 555 (1935); *Humphrey's Executor v. United States* 295 U.S. 602 (1935).

⁶⁶ ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 47

que trouxe algumas mudanças nos anos seguintes, que foram aposentadorias e mortes de integrantes da Old Court, com isso Roosevelt Nomeou, entre o ano de 1937 a 1943, cerca de oito novos juizes, que defendia a New Deal e que estavam ligados de alguma forma ao Partido Democrata, também indicou Harlan Fisk Stone como o novo Chief justice em 1941, sendo este republicano liberal que já estava na corte desde 1925, e que sempre votou favorável a New Deal⁶⁷.

Com o fim da disputa entre doutrinas, a corte recém estabelecida, os juizes que foram nomeados por Roosevelt, considerados progressistas, traziam como pautas não só temas regulatórios do governo do escopo econômico e social, como também ideias de direitos e liberdades básica do homem⁶⁸, e dirigia as suas preocupações para XVI emenda. Com isso a Suprema Corte apresenta um novo papel político institucional, trazendo uma proteção dos direitos civis principalmente daqueles mais desfavorecidos em vez da proteção absoluta aos direitos de propriedade e a liberdade de contrato⁶⁹.

Acontece que a doutrina New Deal passou por um conflito, onde se dividia, em um grupo onde a autorrestrição ganhava, seno essa parte liderada por Frankfurter, e o outro grupo com pensamento mais ativista judicial, onde Hugo Black liderava. Para James MacGregor Burns, que analisou que a doutrina New Deal teve essa divisão de visões de qual seria o papel da Suprema Corte:

Cada homem tinha tomado diferentes lições do ativismo reacionário da old court. Para Frankfurter, isso significava que os juizes não devem ser assertivos em tomar decisões políticas, mas abordar as questões com autorrestrição e equilíbrio e dar aos poderes políticos o benefício da dúvida constitucional. (...) Para Black e seu bloco – mais notavelmente Douglas, com Murphy e Rutledge como aliados regulares – o problema com a old court foi que ela era reacionária, e não que ela era ativista. Para causas liberais (...) a Suprema Corte deveria atuar assertivamente, assinalando limites claros e manifestos de permissão ou restrição à ação do governo”.⁷⁰

⁶⁷ TUSHNET, Mark. Why the Constitution Matters. New Haven: Yale University Press, 2010, p. 93

⁶⁸ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. American Constitutional Law. Op. cit., p. 351

⁶⁹ McWHINNEY, Edward. Judicial Review in the English-Speaking World. p. 173; BLOOM JR., Lackland H. Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution. p. 283

⁷⁰ BURNS, James MacGregor. Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court. p. 168. No mesmo sentido: HORWITZ, Morton J. The Warren Court and the Pursuit of Justice. p. 114.

Com isso o grupo que era favorável a restrição judicial, entendia que o papel da corte deveria ser limitado, independente da matéria que fosse tratada, mesmo para as leis mais conservadoras ou progressivas, tendo assim o mesmo tratamento. Agora para o Grupo mais ativista, entendia que a censurar a doutrina Lochner assim como o comportamento da Old Court trouxe inovações, servindo como um combate ao conservadorismo dos juízes da Corte, mas sem que fosse contra a postura institucional de oposição ao governo. Apesar das disputas internas entre ativismo judicial e autorrestrição judicial, a corte Roosevelt, teve uma postura certa em relação as leis que violaram direitos fundamentais.

Contudo, essa mesma Corte, conforme o desenrolar dos anos, mais precisamente na década de 40, viveu um período de certo conservadorismo, pois nessa época o mundo passava por um ideal de anticomunismo que, essa ideia teve o seu auge durante a metade do século 50, sendo assim juízes que tinham ideais liberais e ativistas, foram vítimas de uma represaria, tendo a mortes dos Justice Murphy e Rutledge em 1949, por causa desses fatos se foi desfeito o bloco que era considerado mais solido da história em pró da liberdade civis⁷¹, no lugar deles foram nomeados os juízes conservadores Tom Clark e Sherman Mintom, que se juntaram a Frankfurter , Jackson e Burton, no bloco que foi conhecido por ser pró-autocontenção judicial que durou por um bom período.

Tendo um posicionamento de autorrestrição judicial, que era justificado por Frankfurter como meio da Suprema Corte manter a sua legitimidade em uma democracia constitucional. É importante ressaltar que esse período da história as medidas governamentais eram tomadas com bastante cautela, por medo de uma perseguição e acusação de comunismo, sendo assim as instituições, tanto nos ambientes sociais e políticos, eram marcados por receio, por causa da Guerra Fria e da ascensão dos ideais comunista, por causa desse temor o Governo acabou por permitir diversas violações de liberdades fundamentais, sobretudo da Primeira Emenda.

Com isso podemos observar que dos diversos posicionamentos que a Corte apresentou em sua historia, a New Deal merece o reconhecimento de ser uma doutrina que trouxe bons

⁷¹ HORWITZ, Morton J. The Warren Court and the Pursuit of Justice. Op. cit., p. 56

pontos, como o controle mais rigoroso das leis que de certa forma violasse direitos e liberdade civis, ou que de certa forma violasse direitos a grupos minoritário e que fosse desfavorecido, sendo assim uma jurisprudência mais liberal, e que de certa forma ajudaria a se desenvolver um período conhecido com maior ativismo da Corte, que foi a Warren Court Era, que tinha como ideias a base da New Deal, para sua formação ideológica, e a doutrina de Stone para o seu alicerce teórico do ativismo judicial liberal da Corte Warren.⁷²

Já a Corte Warren foi conhecida por causa das suas jurisprudências em relação aos direitos e liberdades civis, que foram postos no século XX, ela acabou tratando desses temas mais que a Corte de Roosevelt, ela constitucionalizou os ideais da New Deal, mas negou que a constituição fosse uma coisa fixa, trazendo assim uma ideia de living document, que seria um documento vivo, sendo assim a interpretação do texto constitucional deveria ser sensível as mudanças sociais em que o país fosse passando.

Com isso a Corte Warren foi responsável pela expansão da interpretação de dispositivos constitucionais, tentando assim promover uma igualdade formal, em questões de nacionalidade, racial e de liberdades civis, trazendo assim equidade ao processo democrático, com essa forma de interpretar os direitos fundamentais na Constituição trouxe a divergência do Estado, sendo assim a Corte Warren foi o único do país sistema político que debateu sobre o ativismo judicial de forma moderna⁷³.

Apesar da Corte até a década 50 ser considerada um bloco mais liberal e ativista, no final da década e no começo dos anos 60, ainda se fazia presente a ala mais conservadora e autorrestritiva que era liderada por Frankfurter, ocorre que com aposentadoria desse juiz, e a entrada de seu substituto Arthur Goldberg no ano de 1962, a Corte se desenvencilhou do juiz que era o maior defensor da restrição judicial, com isso a maioria da Corte acabou se tornando mais liberal em relação as transformações do direito constitucional, sendo esse novo juiz participava dos mesmos ideais dos juizes Warren, Black, Douglas Brennan, tornando o mesmo o quinto voto nas decisões consideradas ativistas e liberais da Era Warren que marcou

⁷² CAMPOS; Carlos Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal. 2012 p.54

⁷³ BURNS, James MacGregor. Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court. Op. cit., p. 180.

a Corte⁷⁴. Contudo essa situação perdurou até 1965 quando houve substituição de Goldberg por Abe Fortes, que posteriormente foi fortalecida com a chegada de Thurgood Marshall, um advogado ativista em assuntos raciais.

Todavia, não se pode descartar a importância do cenário político norte-americano, como um dos fatores para que ocorresse o ativismo judicial, sendo assim a corte Warren deu a entender que o pensamento dos juizes como seres capazes de produzir transformações no meio social, lembrando que os juizes ativistas agiram por causa de um vácuo político ou social, pois nesse período tanto o governo e o congresso era composto por Democratas liberais, de modo que a ideologia da Corte estaria de acordo com o pensamento político predominante⁷⁵, que eram ideais mais progressistas, voltados para as causas sociais como forma de promoção de igualdade e de valores individuais, como forma de proteção da sociedade norte-americana dos atos cometidos pelos regimes nazifascistas, tentando assim evitar a propagação da ideia de “supremacia racial”, protegendo assim os direitos humanos⁷⁶, sendo assim ambiente adequado tanto politicamente como social para essas decisões.

Um importante lembrete fundamental para melhor compreendermos essa dissertação sobre o ativismo judicial é de que a política interfere diretamente, tanto em seu avanço quanto para o seu retrocesso, como pudemos observar a Corte Warren, que teve um fator político favorável a suas decisões, contudo quando o ambiente político não se apresenta favorável, pode ocorrer uma certa passividade judicial, sendo isso torna-se um facilitador para incentivar o ativismo judicial. Contudo diversos fatores e situações podem fazer que isso ocorra como, o pensamento de juizes de forma individual, a forma em que as instituições estão alinhadas, elementos teórico-filosófico, todos esses fatores apresentados podem interferir as formas que as decisões são tomadas⁷⁷.

⁷⁴ FISS, Owen. A Life Lived Twice. The Yale Law Journal Vol. 100 (5), 1991, p. 1.117; BURNS, James MacGrecor. Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court. Op. cit., p. 192.

⁷⁵ FISS, Owen. A Life Lived Twice. The Yale Law Journal Vol. 100 (5), 1991, p. 1.118.

⁷⁶ Robert Dahl, Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. Journal of Public Law Vol. 6 (2), 1957, p. 293,

⁷⁷ BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. American Bar Foundation Research Journal Vol. 8 (1), 1983, p. 244.

Podemos observar esses elementos em grandes decisões da Corte Warren, como foi o caso *Brow v. board of education*⁷⁸, que foi um caso que tratava sobre a segregação racial nas instituições de ensino público, em 1954. Em 1896, a corte no caso *Plessy*, já havia entendido pela constitucionalidade da lei da Luisiana, que pedia que as ferrovias tivessem acomodações que fossem iguais para os brancos e para os negros, mas que essas acomodações deveriam ser separadas, o entendimento da época, que era de maioria conservadora, foi que essa segregação entre pessoas brancas e negras, não violava a equal protection da XIV emenda da Constituição, com isso a doutrina tratou isso como *separate but equal*, sendo esse entendimento superado no caso *Brown*, depois de meio século de uma separação racial cruel.

Na decisão do caso *Brown* houve unanimidade pela inconstitucionalidade da segregação racial imposta nas escolas públicas, sendo uma clara violação da equal protection clause, apesar do consenso dos juizes no caso, o fim da segregação na prática foi cercado por diversas dificuldades extrajudiciais, como por exemplo as reações adversas pelos estados sulistas, contudo os juizes unidos pela unanimidade promoveram uma força de legitimidade, amparada pelo texto constitucional, sendo que a não aplicação da decisão poderia causar uma grande consequência, com isso a Corte entendia que se a decisão não fosse unânime, daria munições para o lado opositor, mas essa estratégia não impediu, que a Corte precisasse também do poder político do Governo Federal para que a decisão do caso *Brown* fosse posta em prática.

É importante lembrar que os Estados do Sul dos Estados Unidos na década de 50, apresentava uma série de medidas legais que colocava a segregação racial em prática nas escolas públicas, trazendo como consequência uma grande discriminação racial contra a população negra, como também um ensino público inferior para essas pessoas nesses estados, sendo assim existia as escolas para os brancos e as escolas para negros. Outro fator importante ressaltar é de que nessa época a Corte vinha evitando discutir o tema sobre o sistema de segregação racial que era presente nesse estado, ocorre que com o período do fim da II Guerra Mundial, vinha com a necessidade de defesa aos direitos humanos, trazendo assim importância de rever a questão, sendo o caso *Brown* proposto em 1952.

⁷⁸ 347 U.S. 483 (1954).

Durante o período em que a corte estava dividida em dois polos, entre um dos lados os ativistas e do outro lado os da autorrestrrição judicial, se tinha uma divisão de pensamentos. O lado ativista, sendo representado por Hugo Black, entendia que a decisão Plessy deveria ser superada, indo contra o posicionamento dos sulistas, e sendo favorável ao fim da segregação racial e política, usando como argumento que XIV emenda trazia uma clausula de igualdade para a proteção das leis para assim decidir. Contudo o segundo grupo mais restritivo, que era liderado por Frankfurter, apesar de parte ser contrários a segregação, entendia que os próprios estados deveriam decidir se haveria ou não manutenção nesse sistema de segregação, sendo eles responsáveis pelas leis, sendo assim a Suprema corte não deveria interferir. No fim o julgamento do caso foi adiado até que houvesse um momento melhor para decisão de forma que a mesma fosse unanime, sendo o caso apreciado posteriormente⁷⁹.

No ano de 1953, com a presidência da Corte de Warren, o assunto foi trazido novamente a Corte, dessa vez a decisão foi unanime entre os juizes, ao que se referia ao fim da segregação racial, então em 1954 a Corte escreveu o voto que foi histórico, onde ficou claro que, a segregação racial produzia efeitos nocivos a sociedade com a desigualdade, sendo esse ideal contrario da XIV Emenda, que dispunha o direito a igualdade, sendo assim a segregação seria não somente errado moralmente como inconstitucional, sendo esse veredito uma forma de corrigir o erro da decisão Plessy, pois a segregação trouxe malefícios social e psicológico para a população negra dos estados unidos.

Com isso a Corte warren trouxe a ideia de Living Constitution, que foi trazida por acontecimentos políticos e sociais e com a clausula constitucional equal protection of laws, que ganhou uma nova interpretação, declarando assim qualquer tipo de política de segregação social como inconstitucional. Entretanto a parte sul dos estados unidos, não recebeu bem a decisão da Corte, fomentando uma forte reação contraria a implementação da jurisprudência, esses estados acusaram a Suprema Corte de prática “ativismo judicial ilegítimo”, acusando os juizes de abuso de poder⁸⁰, e de usurpação do poder legislativo, sendo esse momento mais

⁷⁹ POWE JR, Lucas A. The Warren Court and American Politics. Op. cit. pp. 21/25

⁸⁰ Um fato interessante sobre esse momento histórico dos estados Unidos, é que essa resistência dos estados sulistas foi conhecida como “Manifesto dos Estados do Sul”, sendo esse ato assinado por todos os congressistas

desafiador da Corte desde a Guerra Civil, pois esses estados contrariaram a legitimidade da corte, quando se negaram a cumprir com a decisão⁸¹.

Com essa divergência com estados sulista a corte tomou uma nova decisão, atribuindo as cortes distritais o dever de instaurar *Brown*, e com isso acabar com a segregação racial que estava instaurada nas escolas publicas⁸², todavia como já abordado nesse trabalho, se houve uma desobediência em massa contra a decisão, tentando assim evitar que a medida tivesse sucesso, os juízes distritais tremiam até contra as suas próprias vidas. O ápice dessa resistência ocorreu na cidade Little Rock, em 1957, no Arkansas um dos estados segregacionista, onde o governador Orval Faubus colocou a a guarda nacional do estado para impedir que estudantes negros entrassem em uma escola secundaria, que antes era privativa de brancos, esse caso precisou de intervenção direta do governo federal. Por conseguinte o Presidente Dwight Eisenhower, enviou o exército para a cidade, de forma, que fosse cumprida a entrada dos estudantes negros a escola.⁸³

Observa-se que a implementação instaurada no Caso *Brown* enfrentou diversas dificuldades em sua implementação, colocando em dúvida a capacidade da legitimidade e da capacidade da Suprema Corte. Gerald Rosenberg colocou como lição desse caso é de “apenas quando Congresso e o Poder Executivo atuaram em conjunto com as cortes as mudanças ocorreram”, de modo que, “em termos de efeitos judiciais”, o caso *Brown* trouxe uma mudança importante de paradigma “cortes são impotentes para produzir significativa reforma social”.⁸⁴ Sendo assim o caso *Brown* inaugurou a era *Warren*, que definiu o entendimento jurisprudencial de uma época, principalmente da década seguinte a decisão, tendo como principal plataforma de defesa a proteção das liberdades fundamentais e do direito de igualdade, sendo considerada uma corte marcada pelo ativismo liberal, como da expansão de entendimento de direitos individuais, sendo essas decisões trouxeram uma reestruturação do

e senadores de onze estados que eram favoráveis a segregação social, argumentando que o caso *Brown* seria inconstitucional.

⁸¹ POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. pp. 57/74.

⁸² *Brown II* – 349 US 294 (1955).

⁸³ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. Op. cit., pp. 60/63.

⁸⁴ ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* Op. cit., pp. 70/71.

federalismo norte-americano, impondo aos estados o cumprimento das dez primeiras emendas da constituição.

Contudo em 1969 o juiz Earl Warren se aposentou, com isso muitos dos ideais que ele impôs na Corte em relação a sua doutrina liberal e igualitária foi continuada, um exemplo de um caso que aconteceu isso foi *Roe v. wade* de 1973, onde a suprema Corte, que era presidida por Warren Burger, entendeu como favorável ao direito ao aborto, tendo como fundamentação o direito de privacidade, que foi elaborada por Warren⁸⁵. Para alguns doutrinadores como Robert Bork essa decisão era desastre total⁸⁶. Sobre a observação de Frederick Lewis o ativismo judicial utilizado pela corte Warren, poderia ser considerada um sucesso, já que as “realizações doutrinárias principais do período têm largamente sobrevivido e se tornado aceitas como uma parte integral da América moderna”⁸⁷, trazendo uma jurisprudência favorável a igualdade formal e de direitos e liberdades civis, sendo essas decisões alvo de muitas críticas da ala mais conservadora da comunidade.

Pois no entendimento dos conservadores, a parte liberal da corte distorceu o entendimento original da constituição em favor dos seus ideais políticos e morais, pautando as suas decisões com seus ideais, sendo assim a interpretação da constituição dessa ala da corte seguiria um viés moral dos indivíduos que estava interpretando, e não o seu sentido original. Rememorando que a parte conservadora a corte Warren, foi considerada liberal, imperialista, política e muito ativista, sendo alvo de crítica principalmente do Partido republicano, e dos presidentes Richard Nixon e Ronald Reagan⁸⁸.

O Presidente Richard Nixon que tomou posse em 1969, elaborou um projeto considerado conservador, que tinha como objetivo frear a revolução que as decisões da corte estava trazendo, colocando em sua companhia eleitoral, críticas condenando o ativismo judicial utilizado pela Corte Warren, prometendo também nomear juízes que fossem adeptos a

⁸⁵ BORK, Robert. *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Op. cit., pp. 78/79.

⁸⁶ BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. 1ª ed. New York: Touchstone, 1990, pp. 95-100.

⁸⁷ LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Op. cit., p. 25.

⁸⁸ BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. Op. cit., p. 348.

uma linha “Strict construction”, da constituição, que seria a interpretação da norma de forma mais restrita, que ao seu entender o juiz deveriam interpretar o direito e não fazer as normas.⁸⁹

A intenção de Nixon era de derrotar as decisões que tinham como temática procedimentos e processos criminais, pois o país passava por um período considerado violento, que foi muito associado as decisões Mapp e Miranda, sendo essa medida uma proteção da política Law e order. Durante o mandato de Nixon, houve a saída de alguns juízes da Suprema Corte como o próprio Warren, Fortas e Black, que tinham uma visão favorável ao ativismo judicial, instaurando uma nova era, que foi nomeada de Corte Burger, que trouxe mudança de pensamento dentro da instituição.

Os representantes que foram colocados no lugar foram, Warren Burger em 1969, sendo esse nomeado Chief Justice, depois foi nomeado a corte Harry Blackmun em 1970 e Lewis Power Jr. em 1972. Sendo o primeiro apresentou ideias conservadoras em todo seu tempo na corte, mas foi considerado menos persuasivo do que seu antecessor. Já o juiz Blackmun, tinham um viés mais liberal, enquanto Power Jr. apresentava um pensamento mais moderado. Mas o grande acerto de Nixon foi a nomeação de William Rehnquist em 1972, sendo esse um ultraconservador, que assumiu a vaga deixada por John Marshall Harlan.

Com essa crescente do bloco conservador, em 1975, a ala da corte considerado liberal teve uma grande derrota, ao que se relacionava ao ativismo judicial, com a renúncia de Nixon, o novo Presidente Ford, estava pressionado pelo senado que tinha como maioria os Democratas, e com isso acabou nomeado John Paul Stevens, que era um juiz moderado que com o tempo se mostrou liberal e que atuou na Corte até o ano de 2010.

No ano de 1981 houve a última nomeação da corte Burger, da juíza Sandra Day O'Connor, substituindo Potter Stewart, sendo assim com a sua posse na Corte a promessa do primeiro mandato de Nixon de colocar a primeira mulher na corte foi cumprido, com isso a

⁸⁹ O'BRIEN, David M. Storm Center. The Supreme Court in American Politics. Op. cit., p. 57.

corte acabou tendo juízes com olhares mais liberais e moderados, fazendo assim que o plano de Nixon para uma corte mais conservadora fosse fracassado.⁹⁰

Com isso o objetivo que Nixon tentou alcançar durante o seu mandato, de trazer o fim do ativismo judicial na Suprema Corte, não teve sucesso, já que a maioria dos juízes que foram nomeados na era da Corte Burger, não apresentou uma conduta de restrição judicial, esses mesmos juízes apresentaram na verdade um certo grau de ativismo em seus ideais.

Mas é importante ressaltar que o ativismo judicial apresentado pela Corte Burger é diferente do ativismo apresentado pela corte Warren. A corte Warren apresentava um ativismo apresentava uma clara filosofia política de seus ideais, diferente da corte burger que não buscou uma pauta específica para defender, essa falta de direcionamento ideológico foi uma clara estratégia de se manter mais moderada, pois o ambiente sociopolítico da época estava em transformação, sendo uma forma de se manter neutra e de não tomar partido de nenhum dos lados ideológicos.⁹¹ Com isso esse período se apresentou como um período de transição, como apresentou Vincent Blasi, o ativismo sem raízes (rootless activism), sendo assim um período entre a corte Warren para as cortes Rehnquist e Robert⁹².

Da mesma forma que Nixon, Ronald Reagan em seu mandato de 1981 a 1989, condenou em seu discurso de campanha o ativismo judicial presente nas cortes, e prometeu que em seu governo somente nomearia juízes que adotassem uma filosofia de restrição judicial, as decisões tanto do período da Corte Warren como da Corte Burger, que apresentaram ideias mais liberais, foram alvos do discurso de Reagan⁹³. Uma das principais pautas que foi duramente atacada durante esse período foi a questão do aborto, assim como outras agendas foram trazidas, como a volta da oração nas escolas e o fortalecimento dos

⁹⁰ BLASI, Vincent (Ed.) *The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't*. New Haven: The Yale University Press, 1983.

⁹¹ GOLDSTEIN, Joel K. *Leading the Court: Studies in Influence as Chief Justice*. *Stetson Law Review* Vol. 40 (3), pp. 736/737.

⁹² BLASI, Vincent. *The Rootless Activism of the Burger Court*. In: _____. (Ed.) *The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't*. Op. cit., p. 198.

⁹³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* Vol. 42, 2007, p. 381.

estados. Sendo esse governo totalmente conservador que promoveu uma luta contra o ativismo judicial liberal da era Warren, trazendo a metodologia contrarrevolucionária.

Um dos responsáveis pelas críticas da Corte Warren, no período Reagan, foi do advogado-geral Edwin Meese II, que em seu segundo mandato, introduziu no Partido Republicano, o pensamento de que as jurisprudências deveriam apresentara ideia original(founding fathers, tendo um pensamento da Corte Warren, que acreditava que a Constituição é um organismo vivo r que a interpretação pode se modificar com o tempo, sendo assim o discurso de Meese era de que o juízes devem ser conduzidos pela constituição em seu sentido original, e que a Corte estaria agindo de forma ilegítima e política, quando modifica o sentido original do texto⁹⁴. Sendo este um ferrenho defensor da interpretação da Constituição de forma originária, com uma postura de autorrestrrição judicial. Meese tinha como principal objetivo transformar a agenda da Suprema Corte tornado ela mais conservadora, e trazendo a interpretação original da constituição.

É importante ressaltar que no primeiro mandato de Reagan, o mesmo cumpriu a sua promessa de campanha que era de nomear a primeira mulher para a Suprema Corte, assim Sandra Day O'Connor, foi a primeira mulher na corte, e que provou durante o período que ficou na Corte (1981-1989), que não era uma juíza conservadora e nem de extrema direita, apesar de boa parte das vezes ter votado de acordo com os conservadores. Ocorre que no segundo mandato de Reagan (1985-1989), acabou seguindo os pensamentos de Meese, e as suas nomeações passaram a ser mais conservadoras, transformando com tempo a jurisprudência da Suprema corte, sendo essa transformação responsável pela criação da Corte Rehnquist de 1986, que se teve início com a saída de Warren Burguer da Corte⁹⁵.

Quando juiz conservador Willian Rehnquist, tornou-se Chief Justice o mesmo nomeou para o seu lugar como Associate Justice, Antonin Scalia, conhecido como católico ultraconservador, que com o passar do tempo transformou em líder intelectual do pensamento

⁹⁴ MEESE III, Edwin. Toward a Jurisprudence of Original Intent. Harvard Journal of Law & Public Policy Vol. 11 (1), 1988, p. 10.

⁹⁵ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited. Op. cit., p. 217.

de interpretação originária da Suprema Corte, sendo Scalia pessoa bem-vista por Meese.⁹⁶ Já com a nomeação de Robert Bork, que também era um dos preferidos de Meese, para ocupar a vaga deixar Power Jr., não se tornou efetiva, já que o Senado formado por maioria Democrata, não confirmou a nomeação de Bork,⁹⁷ que apresentava um comportamento ultraconservador e defensor assíduo do originalismo.⁹⁸

Com a negativa de nomeação de Bork, Reagan indicou outro juiz conservador Anthony Kennedy (1988), que apesar de não ser radical, foi bem aceito no Senado, apesar de algumas vezes mudar de lado ideológico, na maioria das vezes votou de acordo com o lado mais conservador, já Scalia até a sua morte em 2016 votou sempre de acordo com a ala conservadora.

Posteriormente na presidência do primeiro Bush entre os anos de 1989 a 1993, sendo um governo republicano, elegeu pela décima vez consecutiva um integrante da Suprema Corte, com isso depois de cerca de vinte anos, com a aposentadoria de Brennan e Marshall, que eram os últimos integrantes da ala liberal que adivinham da Corte Warren. Bush em seu governo mostrou ser menos obcecado por transformar a Suprema Corte, diferente de seus antecessores Nixon e Reagan, Bush acabou nomeando dois juízes, que foram David Souter e Clarence Thomas, o primeiro se mostrou um liberal moderado, já Thomas apresentava ideais conservadores que se aproximava do pensamento de Scalia⁹⁹.

Com essas nomeações a Suprema Corte passou a apresentar uma predominância conservadora, sendo os integrantes dela, Rehnquist, White, O'Connor, Scalia, Kennedy e Thomas, tendo esse grupo a princípio o objetivo de superar o ativismo judicial. A Corte Rehnquist¹⁰⁰, foi marcada por três versões da corte¹⁰¹, a primeira que ocorreu entre os anos de 1986 a 1992, foi definida pela transformação relativa a composição da Corte, que voltou suas

⁹⁶ SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review* Vol. 57 (3), 1989, pp. 849/865.

⁹⁷ O'BRIEN, David M. Storm Center. *The Supreme Court in American Politics*. Op. cit., pp. 74/77

⁹⁸ BORK, Robert. *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. *Indiana Law Journal*. Vol. 47 (1), pp. 1/35. Idem, *The Tempting of America. The political seduction of the law*. Op. cit., p. 167

⁹⁹ CAMPOS; Carlos Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal* p.69

¹⁰⁰ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Op. cit., pp. 324/343

¹⁰¹ O'BRIEN, David M. Storm Center. *The Supreme Court in American Politics*. Op. cit., pp. 74/77

decisões as pautas sociais, com isso os juízes considerados de centro tiveram a preocupação de proteger a integridade institucional da Suprema corte, tomando assim decisões consideradas mais moderadas sobre temas sociais, ela não superou Roe, mas teve em seu entendimento admissão de restringir o direito ao aborto¹⁰², tendo como característica nas decisões a cautela, não excluindo práticas de ações afirmativas, contudo rendeu-se as medidas de juízes com viés mais rigorosos sobre constitucionalidade¹⁰³, entretanto manteve o posicionamento de inconstitucionalidade sobre a questão de imposição de oração oficial nas escolas públicas.¹⁰⁴

Após o caso Casey, a corte Rehnquist passou pela sua segunda versão, que era mais conservadora que a primeira, que perdurou entre 1993 a 2002, apresentando uma jurisprudência conhecida como “Novo federalismo”, que trouxe a retomada de programas iniciados por Reagan, que trazia como pauta a interpretação de forma original da constituição (originalismo), com isso houve um aumento do poder dos estado sem relação ao Congresso Nacional e do Judiciário. Esse período julgou diversos casos de leis federais que foram entendidas como inconstitucional, a maioria dessas leis eram de originarias de um congresso em sua maioria integrado por Democratas.

Essas decisões tiveram impulso após o caso Lopez¹⁰⁵, onde a Suprema Corte modificou o entendimento de federalismo que advinham do New Deal, impondo assim diversos limites aos Poderes do Congresso em relação aos estados, sobre o pretexto da Commerce Clause, e trouxe também a imunidade soberana para os estados em relação as leis federais que de alguma forma sujeitasse os estados a processos judiciais.¹⁰⁶

Agora o caso que marcou esse período foi Bush v. Gore, sendo considerada uma das decisões mais controversas da história da Corte, onde houve uma divisão de votos, que foi marcada pela divisão ideológica da corte e principalmente sobre os partidos, tendo como objeto de discussão a equal protection clause prevista na XIV Emenda, sendo esse caso

¹⁰² Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁰³ City of Richmond v. J.A. Croson, 488 U.S. 469 (1989).

¹⁰⁴ Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992).

¹⁰⁵ United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995); United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000).

¹⁰⁶ Semiole Tribe of Fla. V. Florida, 517 U.S. 44 (1996); Alden v. Maine, 527 U.S. 706 (1999).

responsável por decidir os rumos eleitorais para o cargo de presidente nos anos 2000, tendo a votação de 5 a 4, colocando assim George W. Bush como presidente dos estados Unidos, essa decisão mostrou que a corte modificou favoravelmente para o partido republicano e dos mais conservadores, apesar do país ter passado por oito anos seguidos de governo democrata, liderado por Bill Clinton, trazendo novamente a predominância conservadora, tentando de certa forma impedir os avanços de ideais liberais¹⁰⁷.

Friedman trouxe um olhar interessante sobre o período em relação que tanto os liberais como os conservadores teriam retomado para a sua função de desafiar e defender a Corte¹⁰⁸, entretanto a corte acabou entrando na última fase da Corte Rehnquist, que foi definida pela moderação da jurisprudência considerada conservadora, tendo a oposição dos mais liberais e igualitários, em relação a combater o ideal de poder supremo que o Governo Bush apresentava. Isso ficou em evidência com as decisões que impôs limites as medidas antibélicas do Governo em sua Guerra ao terror,¹⁰⁹ assim como a decisão que trouxe direitos a privacidade a população homossexual em Lawrence¹¹⁰, com isso ultrapassou o entendimento repulsivo da corte Burger em Bowers, e ainda trouxe a confirmação de deferimento em medidas de cunho de afirmação racial.¹¹¹

A corte rehnquist, na análise de Barry Friedman, recebeu crítica tanto do lado liberal como conservador, pois a mesma corte não cumpriu em total com as pautas conservadoras que prometeu, e não superou a sua principal demanda, que era ultrapassar o entendimento do caso Roe, e ainda trouxe em suas decisões direitos a comunidade LGBT que desagradou os conservadores, sendo assim muitas decisões foram assim decidida pela divisão ideológica da corte, essa divisão se apresentou apertada de 5 a 4, sendo o juízes O'Connor ou Kennedy, como decisivos, pois os mesmos transitavam nos dois blocos de pensamento, mostrando assim que o bloco conservador não se apresentou tão firme em suas decisões na Corte.¹¹²

¹⁰⁷ Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000)

¹⁰⁸ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 337.

¹⁰⁹ Rasul v. Bush, 542 US 466 (2004); Hamdi v. Rumsfeld 542 US 507 (2004).

¹¹⁰ Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

¹¹¹ Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

¹¹² RINGHAND, Lori A. *Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court*. *Constitutional Commentary* Vol. 24 (1), 2007, p. 55.

Apesar dessa situação, as jurisprudências apresentadas por essa Corte, trouxe a constituição uma interpretação mais conservadora, sendo esse entendimento perseguido pelo partido Republicano, que equiparou as decisões da Corte Rehnquist com a Corte Burger. A crítica que foi imposta foi posta pela esquerda liberal, que considerou as decisões não eram equilibradas.

Podemos analisar que os autores liberais, não trouxeram um pensamento homogêneo, sobre esse período da corte. Por exemplo uma parte desses autores como, Ronald Dworkin, Laurence Tribe e Owen Fiss, conderaram o entendimento jurisprudencial da Corte, que foi direcionado para uma interpretação mais conservadora, mas que ainda manteve a compreensão do papel de relevância da corte de apreciar a constituição ao que se refere ao seu papel no sistema-político.¹¹³

Já outro grupo de autores, que era composto por Mark Tushnet, Larry Kramer e Cass Sunstein, fizeram críticas em diferentes camadas, criticaram não somente as decisões com viés conservador, como também o ativismo judicial utilizando como filosofia de adjudicação, esses autores apresentaram ideias para limitar ou até exterminar lacunas de interpretação da constituição da Suprema corte, mas esse entendimento é posto em dúvida, quando posto questão de caso os papéis fosse invertido, ou seja, se fossem contrários as vontades liberais.¹¹⁴ Podendo colocar assim que os provisionamentos desses autores tenham sido dessa forma para tentar de certa forma circunstancial impor ser ponto de vista moral, político, de forma que a oposição ao ativismo judicial ocorreu por não trazer benefícios ao seu benefício, ocorre que esse entendimento acaba por ser contraditório com o pensamento ideológico dos liberais, pois acabavam de se colocar favoráveis a autorrestrição judicial.¹¹⁵

¹¹³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; Idem. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006; TRIBE, Laurence. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 21 et seq; Idem. *The Invisible Constitution*. Op. cit.; FISS, Owen. *Between Supremacy and Exclusivity*. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 452/467; Idem. *The History of an Idea*. *Fordham Law Review* Vol. 78 (3), 2009, pp. 1.273/1.280.

¹¹⁴ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 343

¹¹⁵ FRIEDMAN, Barry. *The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*. Part V. *Yale Law Journal* Vol. 112 (2), 2002, p. 155.

Um importante fato importante a ser colocado é o de Mark tushnet, que trouxe ataques considerado bem radicais a Suprema corte, onde o mesmo propôs uma emenda constitucional que retirasse o poder de judicial review da corte, como forma de que o direito constitucional passasse para “people Themselves”,¹¹⁶ saindo o assim da mão de advogados e juízes.¹¹⁷

Larry Kramer concordou com o pensamento de que o titular de apresentar a decisão final sobre a interpretação da constituição, não deveria ser a corte, e sim o povo, trazendo a ideia de “constitucionalismo popular”, mas diferente de Tushnet, ele não trouxe o pedido de fim da judicial review, somente trouxe a ideia de fim da exclusividade judicial da corte e de sua supremacia¹¹⁸. O mesmo acusou a corte de renegar noções de constitucionalismo popular, sendo a Corte a única responsável pela interpretação do texto constitucional.

Kramer colocou que a jurisprudência do período pós New Deal, e até mesmo da Corte Warren, ajustou o constitucionalismo popular com a supremacia judicial, já que as mesmas protegeram direitos individuais e das minorias, e não deixou que os poderes perdessem em seu papel e espaço. Sendo o ativismo apresentado na Corte Warren “preservado o espaço reservado ao constitucionalismo popular ao tempo do New Deal”, diferente da corte rehnquist, que trouxe um ativismo que indeferiu a interpretação mais abrangente da constituição considerado mais progressista, e isso pode ser observado no caso Bush v. Gore, que pode ser um dos exemplos jurisprudencial mais impiedoso sobre soberania judicial¹¹⁹

No entendimento de Sunstein, é de que os presidentes Republicanos ao nomearem os juízes, colocaram na corte “radicais de toga”, apresentando ideais fundamentalista, não apresentando nenhum interesse em restrição judicial, mas que ao mesmo tempo apresentava interesses em anular as ações do congresso e dos governos dos Estados, para que assim a ideologia republicana se sobressaísse as demais. Em seu entender a corte Rehrquist, efetuou um ativismo sem precedente na história do país, quando a mesma declarou uma serie de

¹¹⁶ TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away From the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 175-182; a emenda: “The provisions of this Constitution shall not be cognizable by any court.” Cf., principalmente, TUSHNET, Mark. A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law.

¹¹⁷ FRIEDMAN, Barry. The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part V. Yale Law Journal Vol. 112 (2), 2002, p. 155.

¹¹⁸ KRAMER, Larry D. The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review.

¹¹⁹ KRAMER, Larry. We The Court. Harvard Law Review Vol. 115 (1), 2001, pp. 128/130.

inconstitucionalidade de leis federais no período de 1985 e 2005, essa agressividade dos integrantes da corte trouxeram para a constituição, programas partidários que tinha como objetivo de defender políticos que nomearam juízes da Corte, sendo esse entendimento no mínimo controversa.¹²⁰

Podemos compreender que a interpretação constitucional o originalismo, não pode ser classificada como restrição judicial. Podemos observar conforme a história do constitucionalismo norte-americano a ideologia liberal foi perdendo espaço para os posicionamentos mais moderados e conservadores, como foi o caso da corte Rehnquist, contudo sempre houve instrumentação processual do ativismo judicial, ao entender de Ewin Chemerinsky, imputava uma “hipocrisia da retórica conservadora sobre restrição judicial”: “conservadores são igualmente dispostos a ser ativistas (...) quando isso servir a sua agenda ideológica”¹²¹.

Já a resposta do lado Republicado, por intermédio das cortes Burger e Rehnquist, ao ativismo judicial presente na corte Warren, trouxe a confirmação da função de influência na política assim como em decisões de cunho ativista, mostrando assim que de certa forma os Republicanos reforçaram as doutrinas Warren na Suprema Corte, já que não era possível emendar a constituição, contudo o meio utilizado de superar isso, foi do ativismo judicial.

Então podemos observar que independente de posicionamento conservador ou liberal, a instauração de uma nova instauração de ideologia da corte, sempre traz diversos pontos a serem debatidos, mas um ponto em comum nessas formas de ideologias é de que o ativismo judicial está sempre presente, como a era Warren, o que podemos observar nesse período é que não houve uma restrição judicial, e sim que houve uma disputa de ativismo v. ativismo.¹²²

É por último não poderia deixar de citar uma das formulações mais recente da corte, que ocorreu após a morte do Juiz Rehnquist no ano de 2005, e com a aposentadoria de

¹²⁰ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. Op. cit., 2005, pp. 12/17.

¹²¹ CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010, p. 250.

¹²² CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010, p. 250.

O'Connor no ano seguinte de 2006, com essas vagas abertas George w. Bush, iniciou uma nova Corte, tentando reproduzir os mesmos ideais dos seus antecessores Republicanos, onde apresentavam ideias de que o juízes não legislam, e nem usam o seu cargo para alcançar políticas sociais, devendo agir de modo estrito para interpretar a constituição de forma originária, de acordo como descrevia Antoni Scalia.¹²³

Com isso Bush nomeou para Suprema Corte para Chief Justice John Robert, e para a vaga de O'Connor nomeou Samuel Alito, tentando assim instaurar uma suprema Corte com ideais amparados na extrema-direita. Com isso, ele se diferenciou do antigo presidente Bill Clinton, que nomeou liberais com posicionamento mais moderado, posto que os escolhidos por ele, apresentavam posicionamento mais extremista, aprestando comportamento a favor da restrição judicial, à vista disso os mesmos defenderam perante ao senado que o papel do juiz deveria ser aplicar as regras impostas, e não elaborar elas, sendo assim a corte não deve legislar¹²⁴, com esses discurso ambos conseguiram convencer o Senado sobre a nomeação.¹²⁵

Dworkin colocou que com a nomeação de Roberts e Alito juntados com Scalia e Thomas, conceberam uma base de ultradireita, que trazia ideias de fidelidade partidária, imposta culturalmente, podendo por vezes ser de forma religiosa, tentando de certa forma modificar o direito constitucional:

Destruir as importantes normas constitucionais que uma longa série de juízes anteriores construiu e modelou nas décadas que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, e substituí-las por princípios mal elaborados que dificultam ou mesmo eliminam o direito ao aborto, proíbem qualquer uso de políticas de consciência racial para atenuar injustiças raciais, bloqueiam qualquer tentativa de reduzir o poder econômico no processo político norte-americano, e permitem ao Poder Executivo poderes quase ditatoriais na chamada “guerra” contra o terror.¹²⁶

¹²³ TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. Op. cit., pp. 302/303.

¹²⁴ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Op. cit., p. 78.

¹²⁵ PETTYS, Todd E. *Judicial Discretion in Constitutional Cases*. *Journal of Law & Politics* Vol. 26 (2), pp. 133/134.

¹²⁶ DWORIN, Ronald. *The Supreme Court Phalanx. The Court's New Right-Wing Bloc*. New York: New York Review Books, 2008, pp. 45/47.

Na Corte Rehnquist, quando surgia temas de caráter controvertido, os votos considerados decisivos eram de Kennedy e O'Connor, com aposentadoria da juíza, esse papel ficou restrito a Kennedy, que acabou por se posicionar mais favoravelmente ao lado dos conservadores, sendo assim essa formação da suprema Corte foi considerada a mais conservadora desde a Old Court da década de trinta, pois a mesma limitou as garantias relativas aos sujeitos que cometeram algum delito, assim como restringiu o direito a liberdade de expressão em alguns setores, e ainda trouxe uma nova interpretação da segunda emenda, que foi o caso *District of Columbia v. Heller* de 2008,¹²⁷ assim como a permissão de práticas de aborto¹²⁸, a restrição de armas de fogo e a redução da cobertura de programas de afirmação racial entre outros casos¹²⁹. Podemos observar pelo escopo de decisão da corte que a previsão de Dworkin não se concretizou, já que a mesma não apoiou Bush em sua busca de pôr fim a “guerra contra o terror”.¹³⁰

Mas o caso que trouxe mais questionamento dessa formação da corte foi, *Citizens United v. Federal Election Commission*¹³¹, no voto deferido por Kennedy, o posicionamento da corte superou o entendimento limitado de liberdade de expressão, que passou de entendimento de ampliação do rol de assegurados, para assim englobar empresas e sindicatos, sendo essas pessoas jurídicas titulares de direito, assim como as pessoas naturais, podendo utilizar assim o direito a primeira emenda, com isso poderiam ter direito a gastarem o seu recursos sem limitação para financiar campanhas eleitorais, fazendo assim que o Congresso não possa cecear esse direito, nem mesmo solicitando a questão da equidade no processo democrático das eleições.¹³²

Esse caso recebeu duras críticas, pois a mesma foi ativista de forma ilegítima, pois a mesma não consultou o Congresso sobre o parecer, sendo a temática tratava de tema voltado diretamente político, com isso a Corte Roberts, além de mudar a interpretação da norma

¹²⁷ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

¹²⁸ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

¹²⁹ *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District n° 1*, 551 U.S. 701 (2007).

¹³⁰ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

¹³¹ 558 U.S. (2010). Essa decisão foi reafirmada em 567 U.S. (2012), decidida em 25/06/2012.

¹³² MONKS, Robert A.G.; MURRAY, Peter L. *Conservative Activist Judges Endanger America*. In: BERLATSKY, Noah (Ed.) *Judicial Activism*. Detroit: Greenhaven Press, 2012, p. 27.

criando uma ampliação da Primeira Emenda, ignorou o Texto da constituição, e favoreceu que grandes corporações pudessem intervir de forma direta e legalmente no processo democrático eleitoral, por meio de financiamentos.

Essa atitude tomada pela Suprema Corte, trouxe uma exclusão do Congresso no que se refere a regulamentação e fiscalização das eleições, com isso o congresso não poderia tentar criar meios de prevenir casos de corrupção, que poderiam ser causados, sendo assim os resultados das eleições poderiam ser diretamente mudados pela implementação dessas regras de financiamento de campanhas eleitorais.

Roberts foi um dos juízes que votou favorável a decisão¹³³, com argumentação de que o propósito de que a Primeira Emenda não proibia a liberdade de expressão para empresas e sindicatos, com isso o Congresso não poderia proibir a manifestação dessas entidades de se manifestarem, e, pois, ainda que, a grande dificuldade desse caso para suprema seria de superar o entendimento do caso Austin¹³⁴, argumentando que a decisão seria legítima. Roberts apresentou também argumentos para contestar a parte vencida da corte, apresentando que o caso não seria uma restrição judicial, e que era necessário entender a diferença entre restrição e abdicação judicial, e colocou que a Suprema Corte deve refletir sobre a sua importância em questões importantes, fazendo assim que essas decisões tenham que ser certas, então manter a “fidelidade ao precedente estiver fazendo mais mal do que bem ao ideal de rule of law”. Com o pensamento exposto em seu voto Roberts mostrou que ao seu ver a restrição judicial pode ser algo relativo, mostrando assim que não haveria uma neutralidade, e que o juiz poderia alterar entendimentos.

Sendo assim a decisão do caso Citizens United, se provou ativista, pois a mesma alterou o entendimento da Primeira Emenda, com a expansão da sua compreensão, que foi responsável diretamente para que tivesse mudança do processo eleitoral, então com isso o discurso apresentado inicialmente de Roberts, Alito, Scalia, Thomas e Kennedy, não se

¹³³ Disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf> .

¹³⁴ Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 692 (1990). No mesmo sentido: McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93 (2003).

mostraram neutros, e nem de acordo com o pensamento de originalidade da interpretação da Constituição.

Essa mesma formação da Corte também foi acusada de favorecer em alguns casos grandes corporações e suas regulamentações, sendo também que os casos como por exemplo Citizens United e Heller e McDonald, que mostrou que essas decisões foram tomadas por causa da falta de interesse do legislador em regulamentar esses temas, sendo assim uma omissão legislativa que não privilegiava os poderosos economicamente, com houve uma divergência entre os poderes.

Com esse argumento apresentado a Corte que para muitos era a corte mais conservadora desde Old Court, também apresentava tendências favoráveis as empresas, sendo acusados de pautar suas jurisprudências em prol de grandes corporações, se diferenciando da Corte Rehnquist, que priorizava demandas relativas aos poderes dos estados, ou da Corte Warren que favorecia questões relacionadas ao direitos individuais, sendo assim essa formulação da corte trouxe benefício aos mais privilegiados da sociedade.

Essa conjunção resultou em uma disputa entre a Corte Roberts e o Presidente Barack Obama, do partido democrata, que apresentou interesse em implementar políticas públicas voltadas a inclusão social, ocorre que como já disposto nessa dissertação a corte era predominada por uma maioria conservadora , que foram nomeados por juízes Republicanos, com isso o presidente enfrentou um grande desafio que se aproximou ao caso do presidente Roosevelt com a Old court, trazendo um grande problema entre as instituições, pois as leis formuladas em prol das ideias do governo sofriam uma grande ameaça de serem consideradas inconstitucional pela Suprema Corte, um exemplo sobre esse desafio foi a implementação do Obamacare, que parecia uma reformulação no sistema de saúde dos estados Unidos.

O Programa tinha como objetivo aumentara cobertura do seguro saúde e com isso diminuir o custo coma saúde pública, tendo um orçamento previsto em lei que foi considerado polemico, estava disposto na referida lei que haveria o dever (shall) cidadão que fosse norte-americano, adquirisse um plano de saúde que tivesse em seu escopo coberturas medicas essenciais, podendo ser esse plano individual e para dependentes, caso a operadora do plano não cumprisse com o acordo teria uma multa relacionada a falta de cumprimento.

A decisão sobre esse caso foi definida para junho de 2012, sendo assim corte entendeu que o custo político que essa deliberação teria seria gigantesco, e dependendo da decisão poderia interferir diretamente no resultados das eleições que ocorreram naquele mesmo ano, que teve como resultado a reeleição de Obama, que em declaração emitida em abril antes do veredito, expos que estava “confiante que a Suprema Corte não tomar[ia] o que seria um passo extraordinário e sem precedentes de derrubar uma lei aprovada por uma forte maioria de um Congresso democraticamente eleito”,¹³⁵ o seu discurso foi recebido pela ala conservadora com um tom de ameaça a Suprema Corte, o que foi posto pela ABC uma disputa Obama e a Suprema Corte.¹³⁶

O resultado do julgamento foi uma surpreendente, tendo como voto vencedor a declaração de constitucionalidade o mandato individual, sendo legítimo o exército do congresso em instituir arrecadação de imposto,¹³⁷ contudo argumentação que o núcleo conservador apresentou foi que deveria ser negado mandato individual, posto que Governo Federal não teria poder de obrigar o cidadão a adquirir seguro-saúde.

Atualmente a Suprema Corte dos estados Unidos continua apresentado uma maioria de juízes conservadores, sendo marcada essa corte por decisões importante com a discussão do fim do aborto pelo direito constitucional em 2022¹³⁸, assim como o julgamento da tentativa de golpe de estado em 6 de janeiro¹³⁹, as políticas de admissão universitária, que seriam as cotas raciais nas Universidades de Havard e Carolina do Norte¹⁴⁰, e também o perdão de dívidas estudantis proposta pelo então presidente Joe Biden em 2023¹⁴¹, esses casos apresentaram uma transferência de poderes para a Corte, podendo ser nomeada como a judicialização da política.¹⁴²

¹³⁵ Disponível em : <http://www.reuters.com/article/2012/04/02/us-obama-healthcare-idUSBRE8310WP20120402>.

¹³⁶ Disponível em : “Obama vs. Supreme Court, Politics Knows No Bounds”.
<http://abcnews.go.com/Politics/OTUS/obama-supreme-court-politics-bounds/story?id=16072375&page=2>.

¹³⁷ (lay and collec Taxes; art. I, §8º, cl. 1).

¹³⁸ Caso fim do aborto

¹³⁹ Caso 6 de janeiro

¹⁴⁰ Cota universitarias

¹⁴¹ Decisão de inconstitucionalidade de perdão de dividas

¹⁴² Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c4ng7907p80o-> aceso em outubro de 2024

Então podemos entender com os fatos expostos nessa dissertação é de que o ativismo sempre esteve presente na corte, de diversas formas, podendo a sua utilização ser conservadora ou liberal, não tendo uma distinção do seu uso, o que é importante ressaltar é que o uso do mecanismo pelo judiciário pode trazer benéficos a sociedade, mas que também dependendo da forma que é utilizado pode causar retrocesso, e instaurar instabilidade política, como foi o caso *dred Scott*, que trouxe uma decisão que ajudou a eclodir a guerra Civil no país, então ao analisar os casos históricos da corte, e sua ideologia que se modificou com o tempo, é importante tentarmos entender que é necessário estabelecer um limite no ativismo judicial, para que o mesmo não ultrapasse um limite que possa ser nocivo e que não possa ser revertido. O próximo capítulo continuará mostrando casos de ativismo judicial, sendo o objeto de estudo as decisões das Cortes Europeias, que trouxeram uma outra realidade e olhar para o ativismo

3. O ativismo judicial no cenário Europeu

O primeiro capítulo desse trabalho teve como objetivo mostrar como surgiu o ativismo judicial, e como ele se apresentou durante o tempo na Suprema Corte, sendo o país responsável pela criação do termo, ocorre que o dispositivo não foi somente utilizado nos estados Unidos, como também, em diversos países pelo Mundo, sendo utilizado como forma de modificar políticas, instituições, em diversas camadas.

Em cada lugar do mundo não somente nos estados unidos e Europa, o ativismo apresentou diferentes formas, com isso as cortes sempre apresentam um papel importante na sociedade, podendo alterar a realidade política. Nesse capítulo estudaremos duas cortes específicas, sendo elas da Alemanha e da Itália, que trouxe em seu escopo diversas decisões ativistas, que de certa forma o entendimento desses Tribunais serviu de inspiração de outras cortes pelo mundo, como por exemplo o supremo tribunal federal do Brasil.

3.1- O ativismo judicial no tribunal Constitucional Alemão

Ao que se refere ao direito constitucional contemporâneo e ativismo judicial, o Tribunal Constitucional Alemão disputa com a Suprema Corte americana um papel de protagonismo no assunto, principalmente ao que se refere ao seu sistema de interpretar sua constituição e direitos fundamentais. Apresentando os valores, e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assim como a proporcionalidade das decisões, garantindo o mínimo essencial para a garantia dos direitos fundamentais.

Para que seja possível compreender a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, é necessário compreender o contexto histórico dos fatos que Alemanha presenciou, após o fim do regime nazista, como tentativa de por um fim a violência cometida contra os direitos humanos, a Alemanha promulgou em 1949 uma nova Constituição, que contia em seu texto um diverso rol de direitos fundamentais, trazendo valores liberdade, justiça, Igualdade, democracia, direitos esses relacionados a dignidade, essa nova constituição determinou a

criação de um tribunal Constitucional, que apresentou uma jurisdição mais ampla, tendo um grande poder decisivo em suas mãos, tendo direito ao controle de constitucionalidade das leis, sendo o responsável por manter o compromisso com os direitos fundamentais no caminho correto da proteção dos direitos humanos.

Com isso o Bundesverfassungsgericht cumpre com o papel a que foi colocado de reconstruir os ideais alemão após o fim da II guerra Mundial¹⁴³, exercendo assim um papel de fiscalizar a constitucionalidade das leis, tendo assim firmado o papel de intérprete responsável diretamente com a construção identitária do sistema normativo infraconstitucional. Com isso Klaus Sten¹⁴⁴ pois que o Tribunal tem criado certas práticas de declaração de inconstitucionalidade de leis, contribuindo assim na criação do Direito a nível legislativo, com isso o parlamento da Alemanha tem se adaptado em seus projetos de lei para ficar conforme a jurisprudências que são emitidas pelo Tribunal Constitucional , a fim de que evite declarações de inconstitucionalidades em um futuro, mas isso não quer dizer que esse conflitos não exista, principalmente quando a Corte julga questões consideradas controversias, como por exemplo, a relação entre estado e igreja, questões relativas ao pós- Guerra, financiamento de partidos políticos, eleitoral, aborto, eutanásia e entre outros temas a mais.¹⁴⁵

Com isso associação do tribunal constitucional com políticas-normativas acaba por ser normalizado, como exposto acima o Poder Legislativo e executivo ficam de forma indireta ligados e dependentes das decisões da Corte, com isso o entendimento de que a elaboração da futuras leis pelos parlamentares, tem que estar de acordo com o entendimento do tribunal, para que assim evite inconstitucionalidade dos projetos de lei, com isso se criou um entendimento entre os políticos de tentar compreender o pensamento ideológico dos juristas que compõem o tribunal.

¹⁴³ GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del Espacio Europeo de los Derechos. Navarra: Civitas, 2010, p. 212.

¹⁴⁴ Klaus Stern. Jurisdicción Constitucional y Legislador. Tradução de Alberto Oehling De Los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, p. 56-67.

¹⁴⁵ CAMPOS; Carlos Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal. 2012, p. 86

Com isso a presença da Corte pode ser observada nos demais poderes, como disposto por Stone Sweet,¹⁴⁶ que expos que os políticos muitas vezes preferem negociar com o tribunal a se opor ao entendimento dele, fazendo assim um acordo entre as instituições, tentando assim manter um equilíbrio entre os poderes, trazendo assim para o tribunal Constitucional um lugar de destaque e prestígio na manutenção da democracia.¹⁴⁷ Esse papel da Corte trouxe um capital político-institucional, que não se torna fácil o poder decisório, tendo dificuldade em interpretar alguns dispositivos constitucionais considerados importantes, esse dilema podem causar “tensões entre democracia e constitucionalismo, entre liberdade e ordem, entre a autoridade do direito e sua integridade, entre direitos individuais do Rechtsstaat e o princípio da solidariedade fundado no conceito de Sozialstaat”¹⁴⁸, essas discordâncias podem causar conflitos de difícil solução, que são pertencente a constituição, principalmente levando em consideração os fatores sociopolítico em que Alemanha estava inserida, como assuntos de liberdade de expressão e de imprensa, a relação da igreja com o estado, regulamentação das emissoras de televisão, questões relativas a energia atômica, processo eleitoral, a constitucionalização da criação de novos partidos e o financiamento de partidos e campanhas políticas, não somente esses assuntos como Também temas que englobava a Comunidade Europeia como um todo, sendo estes, o aborto, terrorismo, eutanásia e outros mais.

Mas que pudesse chegar uma decisão e construir uma jurisprudência o tribunal criou uma metodologia de concretização constitucional que posteriormente tornou-se referência ao redor do mundo sendo utilizado por diversos Tribunais, como Supremo tribunal Federal. pode se dizer que essa forma de atuação foi alvo de críticas por causa da sua expansão de poderes, e pelo uso do ativismo judicial, contudo a metodologia utilizada em suas decisões é consideradas de alto padrão, mostrando a preocupação que a Corte demonstra com os argumentos utilizados em suas justificativas, trazendo a teorização de direitos e princípios fundamentais, principalmente aqueles interligados a dignidade humana. Sendo assim o tribunal preocupa profundamente em detalhar as questões teóricas de suas jurisprudências.

¹⁴⁶ SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges*. Op. cit., p. 78: citando Donald Kommers.

¹⁴⁷ GRABER, Mark A. *Constructing Judicial Review*. *Annual Review of Political Science* Vol. 8, 2005, p. 428.

¹⁴⁸ KOMMERS, Donald P. *Germany: Balancing Rights and Duties*. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 177.

A exemplo disso foi o desenvolvimento do entendimento do princípio da dignidade humana, sendo essa decisão um marco no entendimento jurisprudencial do tribunal Constitucional em questões relacionadas aos direitos fundamentais, tendo algumas decisões que se destacaram que marcam esse entendimento são relativas ao Aborto. Na *Abortion I case*,¹⁴⁹ de 1975 p Tribunal Constitucional entendeu pela inconstitucionalidade da lei federal, pois a mesma violava o princípio da dignidade humana o direito a vida do feto, essa lei era da antiga Alemanha Ocidental que tinha descriminalizado o aborto praticado nos três primeiro mês de gestação, desde que feita por médico licenciado e seguindo as diretrizes liberadas.

Já no *Abortion II*, em 1993, em um contexto social político diferente do caso antecessor, com uma Alemanha Reunificada, o Tribunal Constitucional, manteve o entendimento de inconstitucionalidade em relação a descriminalização do aborto no início da gestação, contudo a diferença que houve entre os dois casos foi de que, no caso mais recente, apesar da prática de aborto seja crime, o mesmo não deferia ser punido. É interessante colocar que a lei foi fruto de um entendimento consensual, que foi trazido após a reunificação da Alemanha, por isso essa decisão passou pelo consenso do Parlamento previamente.¹⁵⁰

Então a metodologia desenvolvida pela corte foi a concepção de um sistema de direitos fundamentais da Constituição, trazendo valores e hierarquização desses princípios, fazendo que todas as ações emitidas pelo Estado, dede a criação e interpretação do ordenamento jurídico, tivesse sujeitada a essa metodologia.¹⁵¹

A decisão que foi marcada por esse entendimento metodológico foi o caso *Lüth* de 1958, que pode ser comparada a ao caso *Marbury*¹⁵² em alguns aspectos, sendo esses caso tratava de um processo movido entre Eric Lüth, judeu e alemão, e Viet Harlan, um cineasta alemão conhecido por divulgar conteúdos com pensamento nazistas, material esse responsável por espalhar o ódio contra a população judia durante o período da II guerra Mundial, Harlan alegou que na época da divulgação foi considerado material licito pois estavam respaldado no

¹⁴⁹ *Abortion I case* (39 BVerfGE 1 [1975])

¹⁵⁰ *Abortion II case* (88 BVerfGE 203 [1993])

¹⁵¹ BENDA, Ernesto et al. *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 92

¹⁵² ROBERTSON, David. *The Judges as Political Theorist*. *Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 48.

direito de liberdade de expressão, e pediu indenização pelo boicote fomentado por Lüth que sofria em relação aos seus filmes lançados no pós-Guerra mesmo que não tivessem conteúdo nazista¹⁵³.

O tribunal de Hamburgo entendeu que o boicote não teria sido um ato de “bons Costumes, e que o pedido de indenização seria justo, tendo respaldo nos tempos do §826 do Código Civil Alemão, entretendo essa decisão foi superada pelo Tribunal Constitucional que entendeu que Lüth estaria sofrendo uma limitação do seu direito a liberdade de expressão, o argumento utilizado pela Corte é de que os princípios fundamentais deveriam proteger a dignidade da pessoa humana, com isso o Estado tem a obrigação de defender esses direitos. Outro ponto importante de se abordar é que o Direito privado, estaria vinculado a esses direitos fundamentais, ainda que existam decisões em relacionadas aos particulares e a autonomia de vontade.

Com isso o tribunal de Hamburgo teria errado em não ponderar, valores de ordem objetiva, no caso a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quando esse mesmo tribunal aplicou o §826 do Código Civil, analisando somente a questão econômica do caso, sem analisar outros fatores como o próprio direito fundamentais. Quando o caso chegou ao tribunal Constitucional o mesmo revisou o interesse das partes envolvidas, e entendeu a importância que esse caso em específico trazia para a jurisprudência da corte, pois esse caso poderia ser uma ferramenta útil para solucionar problemas entre os princípios constitucionais, e afirmar o seu compromisso com a ruptura aos ideais propagados por Hitler.¹⁵⁴

O Caso Lüth, fez que o Tribunal Constitucional aplicasse a tese da proporcionalidade para solucionar o conflito entre os princípios, sendo essa tese subdividida em três subprincípios, o primeiro o da adequação, que seria as medidas consideradas restritivas fossem adaptadas para que produzirem proteção ao bem jurídico que trouxe a restrição; já o segundo subprincípio é da necessidade em solicitar uma medida de restringir direito mais moderado para alcançar o objetivo; e o terceiro subprincípio será o da proporcionalidade em sentido

¹⁵³ Lüth, 7 Bverf GE 198 (1958). Edward J. Eberle, Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States, Westport: Praeger, 2002, p. 26

¹⁵⁴ KOMMERS, Donald P. Germany: Balancing Rights and Duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) Interpreting Constitutions. A Comparative Study. Op. cit., p. 185

estrito, que seria uma análise entre o direito o bem a ser restringido como também o bem e o direito que por meio da sua restrição possa favorecer alguma das partes.¹⁵⁵

Essa decisão não envolveu somente elementos jurídicos, mas como também elementos políticos e morais, que trouxe legitimidade para uma mudança no sistema normativo e de ordem social, mas essa mudança traz benefícios como também ônus, que são os efeitos que essas decisões podem acarretar podendo causar reações não tão positiva, como foi o caso do crucifixo, onde foi se discutida a questão de liberdade religiosa.¹⁵⁶

O caso do crucifixo ficou marcado por ser um caso bastante emblemático, em um período em que ac Corte apresentou uma grande relevância em suas decisões, a preocupação que Tribunal Constitucional apresentou nessa decisão, foi que a mesma foi acatada, com isso a sua autoridade foi questionada, e trazendo assim a pauta do limite em que as decisões poderiam chegar.¹⁵⁷

Nesse caso a corte estava debatendo sobre o princípio da liberdade religiosa, colocando como inconstitucional a fixação de crucifixos em locais de ensino fundamental do estado da Baviera, obrigando os estabelecimentos a retirarem das paredes das salas de aulas as Cruzes, ocorre que nesse caso específico o cristianismo esta entrelaçada na própria cultura do lugar, com isso a decisão pela inconstitucionalidade dos crucifixos, não razia problemática somente em relação a liberdade religiosa, mas também os valores culturais e histórico que estavam precedente na tradição católica na Baviera.

Esse caso teve o recurso constitucional Verfassungsbeschwerde, do ano de 1995, que foi proposta por alguns pai de alunos em relação a regulamentação, o entendimento da Erster Senat, que seria a primeira Turma que entendeu pela inconstitucionalidade da fixação dos crucifixos, considerando a medida de exigir o objeto nas escolas uma violação da liberdade

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional Vol. 66, 2002, pp. 37/49.

¹⁵⁶ Classroom Crucifix, 93 Bverfge 1 (1995). Neste caso específico foi discutida a inconstitucionalidade sobre a regulamentação por parte do ensino fundamental da Baviera de impor a exposição de crucifixos nos espaços das salas de aula em estabelecimento publico

¹⁵⁷ Classroom Crucifix, 93 BVerfGE 1 (1995).

religiosa, que está expressa na constituição em seu artigo 4,¹⁵⁸ o entendimento maioritário, foi que exigir a fixação de crucifixos nas salas de aula, sendo assim o Estado falhou quando formulou lei sobre pauta religiosa, cocando a obrigatoriedade de alunos de ter a presença de símbolo da religião católica, sem que tivesse a opção de evitar essa influencia, com isso o estado não se manteve neutro em relação aos assuntos religiosos quando obrigou os alunos da Baviera a conviver com o crucifixos, tirando liberdade de escolher a suas crenças. com a decisão do tribunal Constitucional o mesmo negou o carater de expressão cultural da região como argumento em defesa da manutenção do símbolo religioso, pois ao seu entender o estado não poderia impor o dogma cristão a população, pois isso poderia oprimir a minoria não cristã.

Contudo três juízes entenderam que a decisão não poderia ser tomada sem colocar o fator cultural especial que o estado da Baviera apresentava com o valores do cristianismo, sendo esses princípios presentes nas normas éticas, culturais da região, sendo diretamente ligada a identidade da Baviera, sendo assim importante não somente para a população cristã como para os não cristão, pois se tratava de herança cultural, com isso os votos que foram vencidos, exposto que o Tribunal falhou ao não ponderar esse fator de tradição histórico-cultural-cristã em sua decisão¹⁵⁹.

As reações a essa decisão colocaram em dúvida o prestígio da Corte, pois para que houvesse manutenção de cumprimento de suas decisões é importante que a população e categoria política apoie e confie na jurisprudência do Tribunal,¹⁶⁰ com isso os juízes tomaram decisões como foram de restringir as reações contrárias ao caso. O primeiro a tentar expor isso foi Dieter Grimm, que votou pela inconstitucionalidade da lei da Baviera, ele expos em um artigo que a decisão deveria ser obedecida e que merecia respeito, mesmo que a maioria da população da região não concordasse com resultado, sendo esse ato uma obrigação do

¹⁵⁸ Constituição Alemã. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em novembro 2024

¹⁵⁹ KOMMERS, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Op. cit., pp. 472/484

¹⁶⁰ Georg Vanberg, The Politics of Constitutional Review in Germany. New York: Cambridge University Press, 2005

estado constitucional de direito como forma de manutenção do propósito do constitucionalismo contemporâneo, para a defesa de grupos minoritários.¹⁶¹

Essa decisão relativa ao caso dos crucifixos foi acusada de ativismo judicial, pois a lei criada no estado da Baviera pelo legislador, seria uma aplicação natural de valores enraizados no estado, mesmo que a corte tenha tentado justificar a sua decisão, baseada no direito fundamental, a questão da legitimidade institucional do tribunal foi questionada, fazendo assim que a metodologia adotada pelo Tribunal fosse alvo de críticas ao que se refere a interpretação dos direitos fundamentais¹⁶²

Para o filósofo alemão Jürgen Habermas, o caso do crucifixo, concordou com a parte principal da decisão, mas analisou que a decisão poderia ser criticada na relação aplicação das normas constitucionais e na sua ponderação, pois de certa forma os juízes ignoraram a normativa dos direitos expostos na lei que teriam respaldo na constituição, sem evitar em divisionismo e uma usurpação de poderes.

A ponderação no entendimento de Habermas, foi a problemática em relação a interpretação seria um tanto quanto irracional em relação aos casos arbitrais, com isso não teria parâmetros objetivos suficientes para que se houvesse a ponderação, e com isso os direitos fundamentais poderia ser refém de juízes”.¹⁶³ Esnts-Wolfgang Böckennförde, que foi juiz do tribunal Constitucional, fez uma crítica a pensamento idealizado de direitos fundamentais como princípios objetivo, colocando que essa forma de permitir uma invasão da constituição, invadindo a competência do legislador , o mesmo traz a ideia de uma superconstitucionalização das normas, que seria desfavorável ao legislador, para Böckennförde a corte estaria transferido funções para ela, e com isso invadido outros poderes, sendo isso uma clara violação do princípio da separação dos poderes, conseqüentemente o tribunal estaria exercendo a função de criar normas do ordenamento jurídico, que resulta em mutação da Constituição, pois os poderes legislativo e executivo estaria sendo liderado pelo tribunal

¹⁶¹ KOMMERS, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Op. cit., pp. 483/484.

¹⁶² Jürgen Habermas, Intolerance and discrimination, International Journal of Constitutional Law Vol. 1 (1), 2003, p. 8

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005, pp. 332/336

constitucional, o autor coloca em seus argumentos que Tribunal constitucional deveria afastar da concepção dos direitos fundamentais como princípios objetivos ou até mesmo deveria ser excluído dessas decisões de cunho de direitos fundamentais, pertencendo essa função de adequação ao Legislativo exclusivamente.¹⁶⁴

O tribunal Constitucional Alemão recebeu diversas críticas relativas a sua metodologia mais voltada para o ativismo judicial, principalmente em relação ao julgados da Primeira Turma, porém houve um certo afastamento em relação a objetividade dos direitos fundamentais, e com isso da própria proporcionalidade.

A decisão do caso Osho¹⁶⁵ e Glicol¹⁶⁶, que trouxeram as temáticas liberdade religiosa e liberdade profissional em 2002, trouxe uma iniciativa para que houvesse uma mudança. O caso Osho tratou-se de um recurso constitucional, que tinha como parte as associações de meditação de movimento Osho, que foi criado pelo indiano Chandra Mohan Jain, que trazia como fundamento a busca pela felicidade através da meditação, sendo contrários as tradições religiosas, a mesma peticionou contra as declarações emitidas pelo Governo federal que alegou que o movimento seria uma psicorreligião, que teria como modos operante a manipulação de seus membros, podendo ser considerada uma seita, a decisão do Tribunal em relação ao tema foi de que o Estado não estaria violando o dever de neutralidade religiosa, somente poderia ser consideradas difamatórias, com isso o tribunal cesurou apenas alguns termos utilizados pelo governo deferiu, como destrutivo”, “manipulador de seus membros” ou um “grupo pseudoreligioso”.

Já o caso envolvendo liberdade profissional o caso Glicol, tratou-se também de recurso constitucional, que foi impetrado por vinicultores contra uma lista provisória publicada, pelo governo federal, nessa lista contia uma lista de vinhos que conteria a substância química Glicol, que poderia causar danos a saúde, no entendimento dos vinicultores esse ato violava o seu direito a propriedade e sua liberdade profissional, contudo

¹⁶⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Op. cit., pp. 209/262

¹⁶⁵ 6 Osho case, BVerfGE 105, 279 (2002)

¹⁶⁶ BVerfGE 102, 252 (2002)

no entendimento do tribunal a liberdade profissional não pode se sobrepor ao dever do estado de informar condutas proibidas e que cause risco.

Com isso o tribunal Constitucional não abandonou as suas ideologias por completo sobre ponderação, como exposto por Virgílio Afonso da Silva, a mesma se tornou apresentar um comportamento mais cauteloso em julgar questões relacionadas a proteção de liberdade religiosa e profissional, ficando com a função residual dessas questões.¹⁶⁷

Já por outra perspectiva o tribunal foi acusado de passivíssimo judicial, após recusar a julgar e considerar emendas constitucionais inconstitucionais, mesmo que apresentasse violação de princípios substantivos que estão protegidos pelas cláusulas pétreas art. 79, da Constituição¹⁶⁸, sendo esses princípios relacionados a dignidade humana, separação dos poderes e os valores do estado de direito.

Apesar disso o tribunal alegou que em tese seria possível a corte declara uma emenda inconstitucional, segundo a doutrina que a emenda constitucional, apesar dos seu status, pode ser considerada inconstitucional se estiver em desacordo com aos valores considerados essenciais ou com o espírito da lei fundamental em seu todo.¹⁶⁹ Mas apesar desse entendimento teórico sobre a validade das emendas, o tribunal Constitucional negou-se a por em prática, sendo esse ato observado no caso *Klass*,¹⁷⁰ sendo essa atitude da Corte bastante problemática.

O caso *Klaas* envolveu uma acusação de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 17 de 1968, que modificou o artigo 10 da constituição, onde estava disposto a inviolabilidade de comunicação, essa emenda trouxe uma redução na proteção fundamental de autorizar agentes do estado para efetivar escutas telefônica e de violar correspondências dos cidadãos, sem que esses tivessem o conhecimento do ato, com argumento de que esse ato

¹⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163.

¹⁶⁸ Constituição alemã

¹⁶⁹ KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Op. cit., p. 48.

¹⁷⁰ 30 BVerfGE 1 (1970).

seria uma forma de proteger a ordem democrática do país assim como a segurança, essa emenda trouxe também o afastamento de possibilidade de controle judicial dessas medidas.

O veredito do tribunal foi de que a referida emenda não feria os princípios fundamentais, sendo para a maioria dos juízes da corte esse artigo deveria ser tratado como uma exceção a regra geral e que deveria ser interpretado de modo restritivo¹⁷¹. Contudo é importante lembrar que o ativismo judicial na Alemanha, tem interferência de fatores histórico que o país passou, e que o avanço do poder e do prestígio que o tribunal construiu em relação a sua jurisprudência, ocorreu durante um período onde a ambiente social e doutrinários trazia muita desconfiança principalmente após a passividade do judiciário na Era Weimar após o período de crueldade do nacional-socialismo.

Sob esse contexto da Alemanha que Dieter Grimm colocou que o ativismo judicial do tribunal não ocorre de propósitos audaciosos de seus integrantes, mas sim ocorre por causa do passado trágico que o país passou, com o nazismo, sendo esses acontecimentos uma lição que foi apreendida, para que os erros da Constituição democrática de Weimar não se repetisse, com isso a lei fundamental de 1947, trouxe a importância que no pós guerra deveria se fazer valer os princípios fundamentais, sendo o ativismo judicial, foi um meio que o tribunal se utilizou por questões históricas, política e social de evitar problemas do passado:

“Para a Corte Constitucional alemã, por exemplo, a experiência com a ditadura Nazista e a falha da primeira constituição democrática, e a firme intenção de fazer a constituição pós-guerra importar para a vida política e social, foram fatores muito mais decisivos em seu ativismo do que o esforço em estabelecer um império judicial e restringir o espaço dos atores políticos”¹⁷²

Essa forma como a Lei Fundamental foi posta em prática na Alemanha trouxe mudança na própria cultura jurídica alemã, indo em direção contrária ao positivismo, e indo

¹⁷¹ SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 215.

¹⁷² GRIMM, Dieter. Judicial Activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Ed.). Judges in Contemporary Democracy. New York: New York University Press, 2004, p. 24

de encontro ao desenvolvimento de meios criativos para solucionar e adequar demandas do sistema de direitos fundamentais, e com isso houve uma mudança também metodológica impactou o novo constitucionalismo sendo ela menos formalista em relação a efetivação de normas constitucionais.

Com todo esses fatos expostos pode se afirma que o tribunal Constitucional, ocupou um lugar de lacuna de legitimidade institucional, tomando para si a função de centralizar as discussão de cunho politico e social, sendo assim a autoridade responsável por manter os valores sociais da Alemanha, apos um período de complicação no pai, com isso o seu ativismo é uma proteção larga dos direitos fundamentais, posto assim o tribunal constitucional é um participante legitimo do processo decisório da sociedade.¹⁷³

3.2- As sentenças aditivas da Corte Constitucional Italiana

Assim como ocorreu na Alemanha a Itália, teve um período histórico marcado pelo fascismo, então no pós-II Guerra Mundial, o país tinha a necessidade de romper com os ideais totalitarista, e com isso foi estabelecida uma nova democracia com uma nova forma de governo, e com isso a Carta di diritti, trouxe de forma mais completa, questões de direitos invioláveis do homem, presente em seu segundo artigo, assim como outros direitos, como de igualdade, o dever social do Estado de promover condições sociais económicas para o desenvolvimento, devendo ter assim a participação de todos os trabalhadores , organização politica, social e económica do pais nessas decisões.¹⁷⁴

¹⁷³ KOMMERS, Donald P. Germany: Balancing Rights and Duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) Interpreting Constitutions. A Comparative Study. Op. cit., p. 212: a Corte tem “esta[do] no epicentro da democracia constitucional da Alemanha”.

¹⁷⁴ PRESNO LINERA, Miguel Ángel; CAMPIONE, Roger. Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad. Madrid: CEPC, 2010.

Outro mecanismo disposto da Carta era do controle de constitucionalidade das leis, onde previa a criação da corte Constitucional em seu artigo 134.¹⁷⁵ Contudo os ideais da Carta di direitti, não foi posta em pratica em seus primeiros anos, isso deu por dois fatores principais, o primeiro é de que os constituintes italianos, apesar de ter elaborado uma novo texto constitucional, a efetiva concretização teria que ser feito mediante a elaboração de normas do parlamento, ocorre que o mesmo não tomou nenhuma atitude, de modo que a carta constitucional teve que coexistir com a antiga legislação do período do sistema fascista.¹⁷⁶

O segundo fator que dificultou a vida da nova Constituição, foi pelo fato de ainda não existir uma Corte Constitucional, os legisladores da época não entravam em acordo sobre os tópicos necessários para elaborar a lei ordinária para que a corte pudesse começar a funcionar, com isso a mesma foi instaurada depois de 1956, e com isso as funções de controle judicial e de constitucionalidade ficou de responsabilidade da Corte di Cassazione.¹⁷⁷

Com isso a legislação período fascista manteve em funcionamento sendo essa um bloqueio da execução dos direitos fundamentais que a Itália tentava implementar, e isso piorava com o decorrer da demora do Parlamento ficava inerte em relação a sua função de legislar e reformar leis de um período autoritário, que não tinha mais compatibilidade com o novo pensamento constitucional do país.

Diante da inercia parlamentar, houve uma necessidade da atuação incisiva do judiciário, para que se alcançasse o objetivo, tirando assim os obstáculos presentes para que pudesse assim pôr em prática a instauração da corte Constitucional, cabendo essa função ao juiz comum e a Corte de cassação em último caso, contudo a atuação de diversos magistrados e are da Corte de cassação não trouxe vantagens, e se tornou infrutífera.¹⁷⁸

¹⁷⁵ CRISAFULLI, Vezio. Manuale dei diritti del cittadino. Roma: Edizioni di Cultura Sociale, 1950, pp. 28/31; sob a perspectiva teórica, cf. VITALE, Ermanno (Ed.) Luigi Ferrajoli. Diritti fondamentali. Um dibattito teorico. 1ª ed. Bari: Laterza, 2001

¹⁷⁶ FIORAVANTI, Maurizio. Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 101.

¹⁷⁷ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. Giustizia Costituzionale. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2007, p. 35.

¹⁷⁸ 7 RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. Lineamenti di Giustizia Costituzionale. Torino: Giappichelli, 2004, p. 31.

A Corte de cassação atuou como responsável pela uniformização da interpretação da lei ordinária italiana, sendo essa instituição, composta, por juízes de formação cultural e política baseadas no antigo regime político, tendo assim uma tendência conservadora e um tanto como nostálgica, assim não estariam dispostos a e preparados para desempenhar ao poder de controle de constitucionalidade das leis, pois essa função era algo inédito para o ordenamento jurídico.¹⁷⁹

Os juízes conservadores apresentavam uma conduta contrária a nova forma de justiça constitucional e da instauração da Corte constitucional, dificultando que houvesse essa mudança de sistema para o estafó democrático de direito. A corte de cassação elaborou a diferenciação de eficácia jurídica através de tipos de normas constitucionais sendo normas pragmáticas e normas preceptivas, com essa classificação de normas constitucionais, a Corte entendeu que aplicação de forma imediata dessa metodologia, ajudaria na ultrapassagem de entendimento judicial das normas ordinárias que não fosse compatível.

Contudo com essa medida e eficácia da Constituição só poderia ser alcançada com a legislação futura, com isso a corte permitiu a continuação de aplicação de normas fascistas que não eram compatíveis com o ordenamento jurídico democrático, a exemplo disso os magistrados concordaram com eficácia de normas penais, que estabeleciam restrição ao direito de petição a órgãos públicos, continuou reconhecendo como ilícito a incitação à emigração, a restrição de liberdade religiosa, política e culto e ainda aceitou q que a função de magistrado fosse privativa para homens. Com essas decisões a Corte, fazia se entender que a nova Constituição com seus direitos fundamentais, não tinha aplicabilidade na prática, fazendo que o direito existisse somente no papel.¹⁸⁰

A Corte até entendia que em alguma das suas decisões, que a norma do período fascista era incompatível com as normas constitucionais, sendo esse entendimento ambíguo, mas os juízes apresentaram a argumentação que deferia continuar a aplicara a referidas normas, pois as mesmas ainda estariam validas, e a sua aplicação somente seria superada

¹⁷⁹ 8 CELOTTO, Alfonso. El Derecho Juzga a la Política. La Corte Constitucional de Italia. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 35.

¹⁸⁰ BATTAGLIA, Achille. I giudici e la politica. Op. cit., p. 130

quando o Parlamento revogasse. A incompatibilidade entre normas constitucionais e normas ordinária anteriores ao novo texto da Constituição, trouxe como questão ao vício de inconstitucionalidade ou nulidade, para que isso fosse solucionado a nova Constituição em sua elaboração deveria ter tacitamente revogado o ordenamento anterior que não se adequasse as ideias apresentadas, contudo não teria a função de declarar essas normas precedentes inconstitucionais.

Se essas medidas tivessem sido tomadas a função da futura Corte Constitucional seria exclusivamente o controle de constitucionalidade. Esse posicionamento somente teve alteração quando a corte constitucional, em 1956,¹⁸¹ começou a funcionar, trazendo uma composição diferente da Corte de Cassação, inicialmente os magistrados estavam predispostos a fazer a Constituição ter efetividade, sendo esses juízes responsáveis por julgar questões de controvérsia de inconstitucionalidade das leis, independente de que período que a mesma foi promulgada.¹⁸²

Esse período trouxe uma nova postura na jurisprudência, que antes era conservadora e que foi superada pela formação da corte Constitucional que era vista como progressista, o que era necessário para adequar a legislação ordinária que ainda vigorava, tendo a função de colocar-lhas de acordo com os preceitos constitucionais e as dos direitos fundamentais, os magistrados mostraram desde o começo que as suas decisões, não se basearia na doutrina adotada da Corte de Cassação, que tinha evitado por um período de tempo a aplicação correta da Constituição.

A primeira sentença da Corte, de 1956¹⁸³, trouxe questões que foram fundamentais para definir o seu papel como instituição na ordem política italiana, afirmando que a mesma detinha a competência exclusiva ao controle de constitucionalidade das leis, superando assim o entendimento que a Corte de Cassação passou a sociedade de passivíssimo judicial,

¹⁸¹ BARILE, Paolo. Corso di Diritto Costituzionale. Op. cit., p. 55; BATTAGLIA, Achille. I giudici e la politica. Op. cit., p. 136.

¹⁸² PRESNO LINERA, Miguel Ángel; CAMPIONE, Roger. Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad. Op. cit., p. 62

¹⁸³ Corte Costituzionale, Sentenza n° 1, de 05/06/1956

decidindo assim pela eficácia imediata das normas constitucionais programáticas.¹⁸⁴ Sendo que para a Corte ficou entendido como necessária a “conhecida distinção entre normas preceptivas e normas programáticas”, para que pudesse revogar as normas, mas não somente isso como para a legitimidade constitucional dos juízes, pois a legitimidade de uma lei pode gerar, em alguns casos, a incompatibilidade com as normas pragmáticas.

Além de trazer a compreensão da eficácia jurídica de normas programática, a Corte trouxe nessa primeira decisão, a possibilidade de ter o controle direto e concentrado da constitucionalidade do ordenamento jurídico do período anterior da constituição, diferenciando de outras Cortes Constitucionais, trazendo assim o reconhecimento “que o contraste entre constituição nova e leis velhas origina sempre um vício de inconstitucionalidade (superveniente)”.

A corte expos em seu entendimento que o conflito normativo é uma questão de ilegitimidade constitucional, pois o novo sistema constitucional não traz diferença, como forma de fiscalização da constituição entre leis novas e antigas, enquanto sob o olhar lógico, a relação das leis ordinárias com as constitucionais, seguiria uma hierarquia de fontes, independente que essas leis ordinárias sejam anteriores a promulgação da Constituição. A Corte decidiu tratar com prioridade uma interpretação rígida das leis ordinárias de acordo com a Constituição.¹⁸⁵

Com a omissão do Parlamento, a corte sobre uma nova perspectiva assumiu um papel importante na reforma política, usurpando de certa forma das funções de legislador, para que fosse assim possível a redemocratização da Itália.¹⁸⁶ Contudo, esse posicionamento da Corte, trouxe uma série de sentenças consideradas um tanto não ortodoxas, apresentando características ativistas, sendo esse mecanismo uma forma que a os magistrados acharam de se encaixar o país no ideal de democracia, contudo em certos casos o juízes ultrapassaram essas medidas, manipulando as interpretações das leis, impondo novos significados

¹⁸⁴ Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão: Giuffrè, 1952, pp. 52/55

¹⁸⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Op. cit., p. 141. Achille Battaglia, *I giudici e la politica*, Op. cit., p. 138,

¹⁸⁶ GROPPI, Tania. *A Justiça Constitucional em Itália*. Sub Judge: *Justiça e Sociedade*. Vols. 20/21, 2001, p. 74. Augusto Martín de La Vega, *La Sentencia Constitucional em Italia*, Madrid: CEPC, 2003, p. 232

normativos ou até mesmo substituindo as já existente, sendo essas decisões nomeadas de sentenças manipulativas, sendo assim essa modificação do entendimento da lei, modifica ela em sua interpretação e não dá seu texto normativo.

As sentenças manipulativas foram classificadas pela doutrina em três tipos, sendo a primeira em relação a sentenças interpretativa de acolhimento parcial ou reduzido, no caso em sentido estrito; o segundo tipo será as sentenças aditivas e a última as sentenças substitutivas.¹⁸⁷ O primeiro tipo de sentença manipulativa parte da diferenciação do texto normativo da norma, sendo assim o juiz declara nulidade da norma total ou parcial sem que seja alterado o texto legal da lei, fazendo que o alcance desse entendimento seja reduzido, para assim ajustar com a constituição.

Sendo assim essa declaração de nulidade, resulta em uma sentença manipulativa, pois alterou sua interpretação sem modificar o texto da norma, como exposto por Zagrebelsky, “a eliminação de uma cláusula negativa ou restritiva pode comportar a criação de normas originariamente não desejadas pelo legislador”.¹⁸⁸ Já com a última espécie a sentenças substitutivas o juiz não fica limitado a julgar a inconstitucionalidade das leis, mas de criara um novo conteúdo normativo ao que o próprio declarou nulo, com isso a Corte acaba adotando um comportamento distinto, em relação aos princípios constitucionais.¹⁸⁹

Contudo dessas três espécie de sentença a segunda que são as sentenças aditivas, a que se mostra mais interessante para o conteúdo dessa dissertação, pois a Corte acabou por utilizá-las em diversos momentos como forma de reconhecer a inconstitucionalidade das leis, e suprir lagunas no ordenamento jurídico, apresentando uma nova interpretação a ela, Augustu Cerri colocou que “a decisão aditiva pressupõe uma ‘lacuna axiológica’¹⁹⁰, sendo assim para que tenha uma declaração de inconstitucionalidade da omissão do legislativo, tem que se provar que houve motivo necessário para superar tal ação por causa do estado omissivo. Traduzindo

¹⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Op. cit., p. 296

¹⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Op. cit., p. 298.

¹⁸⁹ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2007, p. 124

¹⁹⁰ CERRI, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*. Op. cit., p. 242.

assim, a sentença aditiva só é utilizada quando o legislativo se cala, sendo esse mecanismo uma forma de ativismo judicial.

Um caso claro dessa manifestação é a sentença nº 190 de 1970, que trazia como pauta a legitimidade constitucional do art. 304, §1º, do Código de Processo Penal, de 1930, que trazia a participação de forma ativa do Ministério público na instrução dos interrogatórios dos sujeitos que fosse acusados, ocorre que esse mesmo dispositivo não previa a presença do defensor do acusado no período do interrogatório, A Corte nesse caso entendeu que esa diferença de tratamento entre ministério público e a defesa do acusado, não teria justificativa constitucionais para ser mantidas, pois esse artigo apresentava uma grave violação do direito de defesa disposto na constituição em seu artigo 24, §2º, para que fosse sanadas esse desequilíbrio, a corte entendeu que seria mais adequado colocar a inclusão do defensor no interrogatório do que exclui a presença do ministério público, com isso a decisão acrescentou informações a noma já existente.

Esse caso complexo mostra que essa atuação da Corte Constitucional, em relação as omissões legislativas, pode trazer dúvidas pela questão de isonomia dos poderes, pois a adição de elementos novos a lei, sem que o legislativo autorize, pode causar desequilíbrio entre a relações dos poderes, e suscita quais são os limites éticos e legais em que o judiciário pode chegar.

A sentença nº 215 de 1986, em seu texto trouxe “a natureza derogatória de uma norma não impede a Corte de emitir uma sentença que implique a sua extensão, quando isso sirva para restabelecer o princípio da igualdade, ou seja, respeitar uma regra fundamental de nosso sistema constitucional”¹⁹¹, sendo esse argumento marcante para a utilização desse tipo de sentença e do ativismo judicial.

As decisões ativistas, por meio de sentenças aditivas, caracterizam pelo poder político decisório da Corte, podendo essa atuação do judiciário receber diversas críticas, pois o magistrado acabar modificando a lei sem ser por meio legislativo, sendo assim uma função

¹⁹¹ Corte Costituzionale, sentenza nº 215, de 09/07/1986

paralegislativa, substituindo o parlamento, sendo assim a Corte Constitucional assumiu um papel de legislador positivo.¹⁹²

Esse tipo de decisão recebeu diversas críticas, sobre a acusação de que ao promover essas um grande aumento em despesas públicas, um exemplo desse aumento de despesa é o caso em que a Corte acabou incluído servidores públicos civis na esfera de norma que acrescentou vencimentos apenas de militares, essas decisões onerosas se diferem de sentenças aditivas de garantia, com isso apesar de estender direitos a pessoas que originalmente que não estava englobada, a mesma não causou aumento nas despesas, um exemplo disso é o caso em que o se estendeu a prerrogativa do ministério Público em interrogatório criminal, para que o advogado do acusado.¹⁹³

Vezió Crisafulli, elaborou um argumento favorável as decisões emitidas pela Corte, onde expos uma analogia entre a atividade da Corte e a atividade legislativa, colocando que as decisões aditivas, não seria uma mera criação livre da Corte sendo assim “a norma (...), mas se limita a individualizar aquela já presente no ordenamento, ou deduzida das normas constitucionais aplicáveis, mediante a qual se preencherá o ‘vazio’”.¹⁹⁴ Com isso o entendimento que se teve é de que o magistrado não ocuparia ao lacuna legislativa, mas que seria algo imposto como caminho conforme o preceito constitucional transgredido e o sistema normativo em geral, seria como algo obrigatório.

A corte vem entendendo e incorporando as críticas em relação as suas decisões, buscando o que segundo Zagrebelsky¹⁹⁵ põem, uma forma de se conciliar, a liberdade normativa do legislador com a interpretação normativa do poder judiciário, sendo assim os juízes têm tentado buscar uma conciliação:

(...) uma decisão aditiva é permitida (...) somente quando a solução de adequação não deva ser fruto de uma valoração discricionária (...) quando, ao contrário, se

¹⁹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Op. cit., p. 299/301.

¹⁹³ Sent. 190/70

¹⁹⁴ CRISAFULLI, Vezió. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. 4ª ed. Padova: CEDAM, 1976, p. 369.

¹⁹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Op. cit., p. 304.

perfilem uma pluralidade de soluções, derivadas de várias possíveis valorações, então a intervenção da Corte não é admissível, cabendo a escolha relacionada unicamente ao legislador.¹⁹⁶

Contudo, essa restrição que teria como objetivo de frear a Corte e suas diversas ideologias de solucionar as demandas, trouxe um ponto a ser questionado que seria a recusa de casos de arguição de inconstitucionalidade de leis, que são claramente desconforme a constituição, com essa preocupação presente, abriu espaço para outra modalidade de sentença aditiva, que seria a aditiva de princípio, sendo diferente da que já foi exposta nesse trabalho, que seria a Corte reconhecer a inconstitucionalidade de lei que por apresentar omissão em determinado ponto que viola algum princípio constitucional, mas para que isso ocorra, é necessário que tenha se tentado diversas formas de solucionar o problema, sendo assim a corte não cria norma, mas sinaliza para o legislador o problema encontrado e determina um prazo para que o mesmo possa criar normativas para solucionar.¹⁹⁷

Esse tipo de decisão tornou-se mais utilizadas no final da década de 80, isso não quer dizer que as sentenças aditivas originais pararam de ser utilizadas, mas se entendeu que o mecanismo seria mais bem utilizado em casos pontuais, com isso a corte apresentou o que pode ser nomeado de ativismo judicial moderado, onde a mesma consulta e respeita o poder legislativo, mas que não perdeu o papel de defender os princípios constitucionais.¹⁹⁸

As sentenças aditivas na Itália têm um papel fundamental de controle das omissões do poder legislativo, como forma de manutenção da ordem constitucional, rompendo assim com o ideal kelseniano de legislador negativo, onde não se permitia a efetivação por inteiro dos direitos fundamentais, e nem de reagir as possibilidades de inercia legislativa. É de suma importância entender que a Itália é um bom exemplo de como os magistrados constitucionais no período pós-fascismo, atuaram de forma de legislador positivo, quando o poder responsável por elaborar as normas não efetuava. Esses casos de inercia do legislativo em

¹⁹⁶ Corte Costituzionale, sentenza n° 109, de 22/04/1986.

¹⁹⁷ Corte Costituzionale, sentenza n° 109, de 22/04/1986.

¹⁹⁸ MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. La Sentencia Constitucional em Italia. Op. cit., pp. 297/306

situação de violação de direitos fundamentais podem ser uma justificativa bem plausível para a utilização do ativismo judicial, que no caso da Itália foi por meio de sentenças aditivas.

O caso da Corte Constitucional italiana, e bem interessante para analisar sobre os paradigmas que a mesma enfrentou para elaborar as suas soluções, por meio de algumas modalidades de sentenças aditivas, assim como a análise da ramificação entre os tipos de legislador. Mostrando assim que a omissão do parlamento em relação a leis autoritária, trouxe prejuízos e demora para instauração da nova constituição, que impediu a atuação do estado democrático de direito, e por causa desse fator a Corte Constitucional de forma progressista, atuou de forma de tentar solucionar essas deficiências, para que os direitos fundamentais e a constituição fossem validada.

4- Ativismo judicial no cenário latino-americano

Esse capítulo trataremos do ativismo judicial no cenário latino americano, para compreendermos como esses países aplicam esse mecanismo e necessário entender que no fim dos anos 80 e começo dos anos 90, onde de forma geral, os países da América latina estavam passando por um momento de grande modificação, sendo elas reformas constitucionais, como forma de fortalecer a sua democracia, direitos fundamentais e sociais, essas mudanças foram trazidas principalmente apos a maioria dos países dessa região enfrentarem sistemas autoritários, essa transformação depois do fim desses sistemas de governo ditatorial foi importante para restabelecer o sistema democrático de direito.

Por esse contexto histórico dos governos latino-americanos, que houve uma mudança e avanços nas questões relacionadas a judicialização da política e do ativismo judicial ligados a proteção de direitos fundamentais e sociais, sob esse olhar das cortes dos países da América latina, principalmente da Corte constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal do Brasil que esse capítulo tem objetivo de analisar.

4.1- Ativismo Judicial na Colômbia

Em 1991 foi promulgada a nova Constituição da Colômbia, que teve em seu escopo uma grande lista de direitos fundamentais¹⁹⁹, que especialmente trouxe diversos direitos sociais²⁰⁰, também instalou uma Corte Constitucional com extenso acesso a jurisdição, bem como significativas competências e controle relativos as ações do governo, tendo como missão principal de proteger a integridade e a supremacia da Constituição²⁰¹. A corte colombiana desde que começou a atuar, tem uma fama de ser Hiper ativista, sendo bastante utilizada pela população colombiana, para que suas pretensões de direitos relacionadas principalmente ao bem-estar social, com isso o estabelecimento da Colômbia como um Estado social de direito.²⁰²

Como esta exposta na própria constituição, a Corte desempenha um controle misto de constitucionalidade de suas leis, sendo o controle abstrato das leis através das acciones publicas, que podem ser ações proposta de forma direta para a corte por qualquer cidadão²⁰³, e o controle concreto que aplicado em pretensão de rever decisões judiciais que foram tomadas nas acciones de tutela, sendo esse tipo de ação proposta por cidadão para que possa defender os seus direitos constitucionais.

Na constituição anterior a de 1991, já estava prevista as acciones publicas, já as acciones de tutela foi uma novidade trazida pelo novo ordenamento. Co isso a jurisprudência

¹⁹⁹ Os artigos 11 a 41 da constituição colombiana elucida sobre os direitos fundamentais

²⁰⁰ Os artigos 42 a 77 expõem os direitos sociais em que a constituição colombiana se comprometeu a fazer

²⁰¹ O artigo 241 da Constituição da Colômbia traz que “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo.” - [Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia](#)

²⁰² GLOPPEN, Siri; et al. Courts and Power in Latin America and Africa. Op. cit., p. 53

²⁰³ arts. 241, §§1º “Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.” e 242, §1º “Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.”

da Colômbia é conhecida por ser bastante ativista, em especial em dois setores, sendo este o controle nos atos políticos e das ações do Poder executivo e a divulgação dos direitos fundamentais, sociais e económicos.²⁰⁴

A Corte Constitucional colombiana deferiu decisões importantes, que diminuíramos poderes do Líder do Executivo, mostrando assim a sua competência em declarar estado de exceção no País, apresentando assim que não tem passividade judicial, sendo um poder ativo, sendo essa característica de atuação da Corte Suprema de Justiça. Um entendimento interessante da Corte é que a mesma reconheceu que o Presidente tem capacidade de decidir sobre a declaração de estado de exceção.²⁰⁵ Ocorre que no julgado de 1992, o poder judiciário definiu que a mesma teria controle jurídico constitucional sobre essa arbitrariedade, o mesmo entendeu pela sua integralidade e não pela parcial. Em outros termos que além da fiscalização de constitucionalidade em questões procedimentais para que possa exercer é necessário o controle material das questões políticas da medida emergencial solicitada, para que com isso possa-se considerar que há motivação suficiente que seja grave para que possa suscitar estado de emergência.²⁰⁶

Porem, esse entendimento doutrinário de controle judicial material ao que se refrere ao estado de exceção, trouxe problemas ao que se refere ao contexto de violência acometidas no país, principalmente as promovidas pela atuação das FARCS (Forças Armadas Revolucionarias), que trouxe uma ameaça a democracia colombiana e as suas instituições, usando medidas como, sequestrar e assassinar políticos e alguns casos juízes. Mesmo que, em decisões consideradas importantes a Corte entendeu, que não teria justificativa, sendo assim, não era constitucional certas declarações de estado de exceção²⁰⁷. A mesma acabou

²⁰⁴ YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos Vol. 6, 2007, p. 54.

²⁰⁵ YEPES, Rodrigo Uprimny. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.) Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies. Londres: Frank Cass, 2004, p. 54.

²⁰⁶ Sentencia nº C-004, de 07/05/1992.

²⁰⁷ Sentencia nº C-300, de 01/07/1994; Sentencia nº C-466, de 18/10/1995; Sentencia nº C-027, de 02/02/1995 (julgamento parcial); Sentencia nº C-122, de 12/03/1997; Sentencia nº C-122, de 01/03/1999 (julgamento parcial); Sentencia nº C-802, de 02/08/2002 (julgamento parcial); Sentencia nº C-327, de 29/04/2003.

recebendo diversas críticas sobre sua atuação de diversas áreas como, Governo, Elite económica, parte da academia jurídica, e diversos políticos e partidos.

Essas críticas recebidas pela atuação da Corte, a acusada de ser ditatorial, e que essa forma de agir da corte dificultava que o Governo pudesse governar e manter a ordem pública sendo assim uma ditadura judicial da Corte, pois a mesma não permitia autonomia dos demais poderes. Por causa dessa atuação a Corte acabou, por um período, ficando presa de forma unânime nesse entendimento doutrinário em relação ao controle material, entretanto os magistrados refletiram sobre os limites das ações da corte quando relacionados ao crime organizado e a sua violência.

As medidas políticas que foram tomadas para tentar reverter essa situação foram emendas constitucionais que foram propostas para extinguir a possibilidade desse tipo de controle do poder judiciário. Ocorre que essa medida não teve efetividade e a Corte Constitucional continua tendo uma postura ativista. Essa postura em relação ao estado de exceção da Corte tem mostrado que houve uma grande redução do “tempo vivido pelos colombianos em estados de exceção, [que] caiu de 80%, na década de 1980, para menos de 20% a partir da introdução desse controle judiciário, na década de 1990”.²⁰⁸ Analisando esses dados podemos ver que essa postura da Corte trouxe um evidente benefício para a democracia da Colômbia.

Outro elemento importante de ser colocado sobre o ativismo judicial da corte constitucional da Colômbia, é sobre efetivação dos direitos fundamentais, sociais e econômicos. A postura que a Corte trouxe foi de uma participação fundamental para que houvesse um avanço na proteção de direitos, sejam eles defendendo diretamente esses direitos, por intermédio do ordenamento jurídico e as decisões das instâncias menores. Certamente, o ativismo judicial aplicado pela Corte da Colômbia pode ser classificado como progressista, pelos elementos que foram apresentados, e por trazer elementos importantes para que se tenha o desenvolvimento social da Colômbia. O autor Manuel José Cepeda-Espinosa expôs que:

²⁰⁸ YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos Vol. 6, 2007, p. 56.

(...) a Corte tem se posicionado como um fórum crescentemente legítimo que responde a alguns dos mais complexos problemas que afetam a sociedade e as instituições colombianas. Suas doutrinas sobre direitos fundamentais têm visivelmente permeado a prática e o discurso social em níveis imprevisíveis. Ademais, em tempos recentes, atores sociais e políticos tem gradualmente transferido à corte a solução de suas mais difíceis questões.²⁰⁹

Então pode se observar que a Corte se recusa a ter uma abordagem conservadora e formalista em sua interpretação da Constituição, ficando cada vez mais habitual ao judiciário colombiano uma interpretação mais criativa para que consiga preservar os dispositivos constitucionais perante a realidade da sociedade tanto na esfera social como económica, para que assim, garanta liberdades individuais, e reduzir a desigualdade social e proteger os mais vulneráveis e minorias, assim como os marginalizados pela sociedade, Por essa forma de conduzir a interpretação da Constituição qua a Corte Constitucional colombiana acabou por ser classificada como uma das Cortes mais ativistas do mundo em relação a proteção de direitos fundamentais e sociais.

Mediante a vereditos controversos, a Corte tem garantido a proteção de certos direitos como a proteção da identidade social, cultural e económica dos povos nativos,²¹⁰ a descriminalização do uso de drogas, eutanásia (homicídio por piedad), direitos plenos aos homossexuais, isso inclui a proibição de descriminalização e admissão do direito de poder constituir uma família e aos efeitos jurídicos dispostos com esse direito, assim como também as decisões relativas a licitude do trabalho sexual e aos direitos que as prostitutas tem como básicos, incluindo direitos trabalhistas delas e da proibição do Legislativo de criminalizar a pratica de aborto, todas essas decisões citadas, em especial a que envolve questões sobre o aborto, a Corte acabou por direcionar as atividades do legislador.²¹¹

²⁰⁹ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington Univ. Global Studies Law Review* Vol. 3, 2004, p. 535.

²¹⁰ Sentencia nº T-380, de 13/09/1993; Sentencia nº SU-510, de 18/09/1998; Sentencia nº SU-039, de 03/02/1997.

²¹¹ Sentencia nº C-239, de 20/05/1997. Sentencia nº T-097, de 07/03/1997; Sentencia nº C-507, de 14/07/1999; Sentencia nº C-481, de 09/09/1999; Sentencia nº C-577, de 2011; Sentencia nº T-283, de 2011; Sentencia nº T-629, de 13/08/2010; Sentencia nº C-355, de 10/05/2006.

Na área dos direitos sociais, as questões relacionadas ao ativismo judicial da Corte, podemos chegar ao entendimento de que a mesma exerce um forte papel de judicialização da política ao que refere a proteção dos direitos sociais, sendo essa conclusão feita da corte por três tipos diferentes de decisões. A primeira forma é em relação a proteção pessoal em casos individuais; a segunda forma seria relacionada a proteção de grupos similarmente situadas e o terceiro e último grupo será as decisões de revisão abstrata de políticas económicas.²¹²

Com a Corte interferindo diretamente em decisões de cunho político-económico do Governo, a mesma traz o argumento de que a metodologia aplicada pela corte como forma de trazer justiça aos direitos sociais principalmente por sua doutrina de conexidade, que seria, o direito social tem o dever de ser protegidos quando houver a sua violação de direitos fundamentais, como por exemplo o direito a vida, e a outros direitos estabelecidos por meio de decisões que vão de encontro com esse dever que são conhecidos como direitos “fundamentais por si sós”, são eles o direito a nutrição e de educação para as crianças e os direitos sociais “fundamentais no nível de proteção do mínimo existencial”²¹³

Com isso o entendimento que se tem a corte Constitucional colombiana é de efetivação de direitos sociais e económico, sendo os principais temas abordados são, direito à saúde, seguridade social, proteção aos idosos, a igualdade de empregados sindicalizados e não sindicalizados, questões tributárias relacionadas a incidência de tributo sobre bens de primeira necessidade, fixação de salários dos servidores públicos, e a situação de calamidade e até inconstitucional dos presídios, a extensão do direito a aposentadoria e a pensão relativos a isonomia.²¹⁴

Em certos casos, o Governo foi obrigado a ter gastos considerados exorbitante, sendo alguma dessas decisões relacionadas a efetivação de direitos sociais, que reflete diretamente

²¹² YEPES, Rodrigo Uprimny. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor? Op. cit., p. 131.

²¹³ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. Washington Univ. Global Studies Law Review Vol. 3, 2004, p. 618

²¹⁴ Sentencia nº T-140, de 04/03/1999; Sentencia nº T-072, de 17/02/1997; Sentencia nº T-036, de 08/02/1995; Sentencia nº C-409, de 15/09/1994; Sentencia nº T-230, de 13/05/1994; Sentencia nº T-568, de 10/03/1999; Sentencia nº T-436, de 13/04/2000.

sobre a economia privada, e sendo também uma forma de interferir diretamente do mercado e na elaboração do ordenamento jurídico de matéria económica, O caso que fica mais clara essa interferência da Corte nessas políticas, trouxe desdobramentos caóticos que cominou em uma crise dos devedores hipotecários entre os anos de 1998 e 1999, nessa decisão a corte acabou por proteger a classe media, e exigiu que o Legislativo elaborasse uma nova legislação sobre sistema financeiro e sobre a aquisição de imóveis, devendo conter a equidade na atualização monetária das prestações²¹⁵, ocorre que essa decisão da corte não agradou os empresários, alguns alas do governo e diversos analistas que teceram duras criticas a atuação da Corte Constitucional.²¹⁶

Essa atuação do judiciaria, que traz um certo protagonismo para a instituição pode ser explicada pela própria Carta de direitos da Constituição, que trouxe uma nova roupagem jurídica tanto para a parte académica como para a interpretação dos magistrados, mostrando um novo jeito de analisar a Constituição. E outros fatores também foram essenciais para essa visão que se criou da Corte constitucional, como o desencanto pela política, a amissão dos próprios políticos transferindo a função de decisão para a Corte, e o ultimo fator, talvez o mais importante, é que, a legislação colombiana permite o fácil e barato acesso a justiça constitucional por intermedio da accione publica, podendo ser suscitada por qualquer cidadão que queira questionar a inconstitucionalidade de alguma lei, sem que precise para esse ato um advogado ou algum formalismo.

Contudo, as accione de tutela foram instituídas pela constituição de 1991, para que os cidadãos pudessem defender o seus direitos constitucionais, a doutrina expõem que essa ação de tutela tem se mostrado uma forma de aproximadas a Constituição dos seus cidadãos, sendo

²¹⁵ YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos Vol. 6, 2007, pp. 59/60. Cf. também LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. Harvard International Law Journal Vol. 51 (2), 2010, pp. 319/322.

²¹⁶ RODRÍGUEZ, César A.; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio; YEPES, Rodrigo Uprimny. Justice and Society in Colombia: A Sociolegal Analysis of Colombian Courts. In: FRIEDMAN, Lawrence M.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (Ed.). Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe. Standford: Standford University Press, 2003, pp. 157/158.

isso possibilitado pela elasticidade de mecanismos para que possa proteger os direitos, havendo uma constitucionalização do direito e para a sociedade colombiana de forma geral.²¹⁷

Com esse fácil acesso a judicializar as demandas pelo cidadão, a Corte Constitucional, vem se mantendo ativa na promessa de desenvolver os direitos sociais que foram impostos na Constituição de 1991, transmitindo essas metas de forma antes nunca vista na história colombiana e trazendo um ativismo judicial que superar até mesmo os padrões estadunidense. Sendo desse modo, a corte Constitucional da Colômbia, trouxe tanto a judicialização da política como ativismo judicial, sendo esses dois mecanismo marcante nas instituições.²¹⁸

Um registo importante da Corte Constitucional merece ser elucidado, de de que a Colômbia compõe um grupo reduzido de Cortes Constitucionais, que diferente do que observamos do tribunal constitucional alemão, traz efetividade a realização do controle de validade material para reforma da constituição.²¹⁹ Como exposto na Constituição colombiana no título XII, em relação ao exercício do poder de reforma constitucional, para que seja efetivo deve se observar as regras procedimentais e as regras de competência, que estão estabelecidas nos artigos 374 a 380, e ficando previstas no artigo 379, que em caso de mudanças do texto da Constituição, apenas pode ter a declaração de inconstitucionalidade, caso se verifique que os limites formais não tenham sido observados. Com isso, a Constituição não traz os limites materiais ou cláusulas pétreas em relação ao legislador reformador, mas traz a oportunidade de declaração de inconstitucionalidade de emenda Constitucional por vício formal.

Essas disposições constitucionais não podem ser ignoradas, ao que se refere aos limites formais da reforma do texto da Constituição, com isso a Corte Constitucional estabeleceu, uma jurisprudência para a percepção de limites materiais ao legislador reformador. Entende-se então que, que para a Corte, limitar a competência traz o resultado de

²¹⁷ RODRÍGUEZ, César A.; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio; YEPES, Rodrigo Uprimny. Justice and Society in Colombia: A Sociological Analysis of Colombian Courts. In: FRIEDMAN, Lawrence M.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (Ed.). Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe. Stanford: Stanford University Press, 2003, pp. 157/158.

²¹⁸ LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. Harvard International Law Journal Vol. 51 (2), 2010, p. 321

²¹⁹ CAMPOS; Carlos Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal. 2012 p.111

impossibilita o poder de reforma, assim evitando a substituição da constituição, contudo o poder de decisão da Corte em determinar demandas pode ser equivalente a substituição da própria constituição, sendo assim os magistrados de certa forma tem o poder de alterar cláusulas essenciais da constituição, que podem trazer como resultado a transformação do ordenamento jurídico.²²⁰

Apesar da Corte constitucional declare que a sua atuação argumentativa esta atrelada a um juízo de inconstitucionalidade por esta desrespeitando a regra de competência, com isso se há a formulação de limites de controle de constitucionalidade por vicio material, impondo limites materiais para que se possa ter o poder de reformar. Para chegar em um consenso do que é essencial para a Constituição em seu princípios e valores, encaminhando a investigação da matéria, sem ajuda expressa da constituição, com isso teve ampliação do controle sobre o poder de reforma constitucional, dando para a Corte um grandiosíssimo poder em relação a normativa política. Com essa linha de pensamento que foi utilizada para solucionar a problemática sobre a reeleição presidencial da Colômbia em duas ocasiões, com resultados diferentes, mas que fosse coerente entre si-

A sentença nº C-104²²¹, de outubro de 2005, foi a primeira em que a Corte Constitucional aplicou a regra de substituição para que assim fosse possível julgar a constitucionalidade da emenda constitucional que dispôs que poderia haver uma reeleição presidencial, sendo essa em uma única chance, sendo a primeira vez na historia que o país daria a disposição a cláusula de reeleição imediata, o entendimento da corte nesse caso era de que, a constituição de 1991 proibiu, em seu texto original, que para aquele que já esteja exercendo o cargo da presidência pudesse concorrer novamente ao mesmo, assim sendo, não poderia ocorrer mesmo que por uma emenda constitucional que colocasse o regime de reeleição. Ocorre que resultado obtido teve uma diferença pequena de 5-4, onde dispôs que a

²²⁰A elucidação mais antiga pela Corte Constitucional sobre a ideia de “regra de substituição” pode ser observada na Sentença nº C-551, de 09/07/2003. Entretanto, esse tipo de jurisprudência de aplicação do controle de reforma constitucional possuindo um padrão de pensamento de “identidade da Constituição” tem como inspiração o entendimento antigo jurisprudencial indiano (cf. a decisão *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* [1973] 4 SCR 225) (Capítulo III, item 3.2.3, supra), onde houve a declaração a inconstitucionalidade material de emenda constitucional por entender que não era permitido ao Parlamento, mesmo quando estivesse no exercício do poder de reforma constitucional.

²²¹ Sentença nº C-1040, de 19/10/2005.

alteração da constituição sobre a reeleição não tem equivalência com a mudança da carta vigorante, e com isso não a divergência a vontade original estabelecida pelo poder constituinte originário em sua elaboração, entretanto, ao invés de ir na contramão, a mesma concordou com a prática como legítima, como forma de atualizar os contornos institucionais como para a realidade sociopolítica.

Para o entendimento da maioria, essa decisão sobre a reeleição deveria pertencer a esfera política, não pertencendo esse poder decisório ao juiz constitucional, essa decisão favorável permitiu que Alvaro Uribe pudesse ser reeleito, tendo na época apoio de cerca de 70% da população.

Já sentença nº C-141 de fevereiro de 2010²²², veio em outro momento, sendo assim a Corte enfrentou a questão sobre a constitucionalidade de uma norma, que foi trazida através de um referendo popular para uma possível reforma da constituição para que tivesse autorização de uma segunda reeleição presidencial imediata, essa Ley 1.354 de 2009, se fosse aprovada traria mudanças ao texto da constituição, diferenciando assim da decisão de 2005, que não alterou o texto, se fosse posta em prática a medida, Alvaro Uribe, que apresentava ainda uma aprovação de 70% , poderia seguir para o terceiro mandato consecutivo.

Nesse caso a Corte Constitucional julgou a lei inconstitucional, tendo um resultado de 7-2, sendo assim a maioria dos magistrados entendeu que a referida emenda constitucional tinha o objetivo de modificar a constituição, sendo uma substituição, levando isso em conta a lei do referendo teve sua declaração de inconstitucionalidade, entretanto as razões apontam para um controle de constitucionalidade em relação a reforma constitucional perseguida, essa pode ser considerada também uma das decisões com grande peso para Corte Constitucional colombiana em sua história.

O entendimento dos juízes, foi de que a reeleição presidencial violava diretamente o princípio de separação dos poderes, sendo esse esse princípio fundamental e um dos alicerces da Constituição da Colômbia de 1991, sendo assim se houvesse aprovação da referida lei seria uma transgressão a lei maior do país. Outro argumento apresentado pelos magistrados foi que

²²² Sentencia nº C-141, de 26/02/2010.

um mandato presidencial de 12 anos, poderia causar sérios problemas para equilíbrio entre os poderes. Com isso a concentração de poderes na mão do executivo traria risco ao sistema de freios e contrapesos (check in balance), pois essa medida traria enfraquecimento da independência dessas instituições, na teoria essa medida poderia acarretar em sistema “um tanto quanto ditatorial e tirano”.

A corte Constitucional, acusou a menda constitucional proposta por Alvaro Uribe, te ter objetivos específicos desvirtuado, pois se houvesse aprovação do referido texto, Uribe, que já estava a oito anos no poder, se manteria por mais tempo, a atitude do presidente foi considerada sem caráter pelos magistrados, pois a mesma violava os princípios fundamentais, no caso o da igualdade. Por isso a maioria da corte entendeu que a “segunda reeleição presidencial substitui eixos estruturais da Constituição Política e, portanto, a Lei 1354 de 2009, que busca fazer possível uma reforma constitucional que a institua (a segunda reeleição), vulnera a Carta e deve ser declarada inconstitucional”. A primeira decisão sobre a reeleição imediata já tinha trazido que a identidade da Constituição não deferia ser alterada, ocorre que sobre olhar do novo julgamento, as duas reeleições seguidas, figura a violação do princípio da separação dos poderes, da democracia e do princípio de igualdade, sendo uma clara ruptura com ordem estabelecida pela carta constitucional. A corte expos que as decisões emitidas têm fundamentação no vício de competência para a reforma constitucional

Apesar da história da corte colombiana, na sua atual Constituição ser nova, a mesma traz diversos aprendizados ao que se refere ao ativismo judicial, e como é importante compreender a função e os limites das instituições, para que assim haja equilíbrio entre os poderes, sendo esse entendimento importante para a construção do que hoje conhecemos como democracias contemporâneas, tendo a expansão de poder político e da relevância social que as cortes constitucionais apresentam. Sendo assim o ativismo das Cortes Constitucionais, vem trazendo uma interpretação criativa e expansiva do ordenamento constitucional, podendo essa atuação ser decisiva para que haja manutenção da democracia e que possa haver promoção dos direitos fundamentais, principalmente aqueles ligados ao social, como forma de defender os mais desfavorecidos, como forma de evitar assim uma desigualdade social, sendo importante observar também os limites legais impostos pelo próprio texto constitucional.

4.2- O ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil

Trazendo a partir deste estudo sobre a Separação dos Poderes a problemática de usurpação de poder mais específico para este trabalho o do poder Legislativo por parte do Executivo, que pode trazer uma série de atritos entre as relações entre estes poderes. Quando o Executivo invade a competência do Legislativo por vezes estes atos a serem analisados podem ser feitos como está disposta na Constituição²²³, mas a problemática está na forma deturbada e exagerada que é posto em prática tais atos, como posso exemplificar com a Medida Provisória que pretendo abordar melhor durante o projeto.

Sendo assim a grande problemática da atualidade no Brasil seja como os poderes de maneira desenfreada utilizar-se de suas competências atípicas, invadindo ou excedendo as suas funções²²⁴, causando atritos entre os entes e desequilíbrio nas relações dos mesmos, tendo assim como podemos nomear a usurpação das funções, apresentado assim os vícios democráticos.

No presente momento podemos falar que vícios democráticos podem trazer uma grande atuação do ativismo judicial para as cortes, podendo ser caracterizado estes vícios como um tipo de usurpação como os atos atípicos do poder executivo como as medidas provisórias e os decretos presidenciais até as mutações constitucionais que dependendo da forma que é aplicada pode ser considerada forma de usurpação de poder, assim como podemos citar vácuo legislativo que apesar de não ser uma usurpação de poder caracteriza como a inatividade do, sendo assim essa falta do agir por parte do legislador acaba instigando que os demais poderes invada a sua competência.

O primeiro tópico a ser abordado mais profundamente é o vácuo legislativo que traz um o grande problema da inercia do poder legislador que é de criar leis abrindo espaço para os demais poderes terem de criatividade na interpretação da norma para se encontrar soluções para conflitos que não estão clarificadas pelo mesmo já que quando o legislador não soluciona a demanda de cumpriu com seu papel primário de regulamentar matérias a que ele está

²²³ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988: as funções dos poderes estão dispostas em todo texto constitucional, mas é importante salientar que no artigo 2º coloca que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

²²⁴ Blanco de Moraes. “Curso de Direito Constitucional” Editora: Almedina, Lisboa, 2022 p. 124.

previsto a criar, sendo esta temática amplamente ganhando força nas constituições contemporâneas²²⁵, ele não é considerado um vício mais um fator que leva a ocorrer os vícios que serão abordados no trabalho.

No Brasil quem tem capacidade e legitimidade legiferante, sendo assim tem capacidade de legislar em alguns casos tendo uma prerrogativa atípica da função, essa legitimidade suscita questionamento em relação a separação dos poderes, um dos artifícios mais utilizados pelo poder executivo para competência de legislar é a medida provisória.

A medida provisória²²⁶ foi trazida pela constituição de 88, e foi um instituto amplamente discutido durante a constituinte, e foi feita para um modelo parlamentarista de Governo sendo assim quando em 93 por meio do plebiscito o Brasil votou por ser uma Republica federalista o instituto não era compatível com o ordenamento vigente fazendo assim que tivesse um excesso de propositura de Medidas provisórias, até que em 2001 por meio da emenda constitucional 32 teve o legislador tentado frear este problema por meio de regulamentação das matérias próprias do instituto²²⁷.

Como se pode observar os dados do congresso nacional²²⁸ essa medida começou a surgiu um certo efeito tendo a diminuição das proposituras de MPs governo após governo, ocorre que depois do Impeachment do presidente Dilma houve um aumento considerável, e no último governo do Presidente Bolsonaro houve um recorde da propositura das Medidas Provisórias desde a redemocratização do País. Sendo assim ocorre que com uso desenfreado das Medidas Provisórias o Executivo acaba pautando a atividade Legislativa do Congresso já que segundo o art. 62, § 7º **em caso da não votação das MPs as atividades das duas casas ficam encerradas.**

²²⁵ Ibid., p.393. *Como explicou Gomes Canotilho, o “significado jurídico da omissão do legislador tem como pressuposto fundamental a prevalência material e formal da Constituição relativamente à lei ordinária.”*⁴¹ *Se o legislador se omitir em regular matéria cuja disciplina for imposta, inequivocamente, pela constituição, tal omissão estará negando a qualidade superior da norma constitucional e, por isso, padecerá do vício de inconstitucionalidade.*

²²⁶ Barroso. “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo”. 2015, p.157. A medida provisoria trata-se de um ato Normativo do poder Executivo tendo força de Lei e que enquanto não for analisada pelo Congresso tem validade tendo força de Lei podendo apos a analise do Poder legislativo ser incorporada ou não ao ordenamento jurídico., com isso o ato está sujeito ao Controle de Constitucionalidade.

²²⁷ Massuda. “Medida provisória; fenômenos na reedição”. p. 72-73.

²²⁸ De acordo com uma pesquisa feita em 2020 pelo congresso houve um recorde de MPs feitas pelo Executivo desde eu período que começou a se computar dados para esta pesquisa que foi a partir de 2001, esta pesquisa pode ser encontrada no site do Senado.

Outro meio que o Executivo utiliza para inovar juridicamente é por meio de decretos já que o mesmo pode regulamentar leis que disponham sobre a organização administrativa pública, na prática, isso significa que os decretos são os atos por meio dos quais o Presidente da República toma decisões administrativas. Em sua maioria os decretos presidenciais dispõem de questões técnicas, como criação de Consulados, composição de Conselhos e Comissões e alterações em outros decretos já existentes.

Por tratarem de questões administrativas, a grande maioria dos decretos presidenciais não chega à conhecimento popular. Isso pode dar a impressão de que esses atos são raros, mas não é bem isso que se observa ao entrarmos no site do planalto. um decreto presidencial que extrapole essa função ou desrespeite essa hierarquia não é permitido.

Alguns decretos que foram amplamente discutidos nos últimos tempos por trazerem medidas um tanto quanto contraditórias que foi a questão das medidas tomadas para o controle da Covid-19, em relação ao isolamento social e a obrigatoriedade da vacinação, assim como o decreto que ampliou o porte de armas, trazendo uma certa flexibilização para o ato, muitas delas foram objetos de ações de controle de constitucionalidade como as ADPFs 672 e 709 que tratava dos atos do Executivo no controle da pandemia.

Podemos citar outro meio em que o executivo pode legislar que é por meio das agências reguladoras²²⁹ que possuem a natureza jurídica de autarquia em regime especial. A “especialidade” desse regime é observada em características específicas a esses entes: o poder normativo, maior autonomia funcional, financeira, orçamentária e decisória, bem como imunidade às ingerências político-partidárias e maior abertura ao diálogo. Neste caso os atos normativos das agências reguladoras não podem englobar assuntos ou materialidade que não esteja na lei que a regulamentou, tendo que a mesma seguir os parâmetros previstos na lei.

²²⁹ Lennertz. “A legitimidade democrática das agências reguladoras: uma questão mal colocada”. “As agências reguladoras independentes foi colocada no Estado por volta da década de 90, sendo implantado laboratórios, especialmente nas autarquias que fossem especializados em atividades exclusivas do Estado tendo as mesmas autônomas em seu processo de transformação e com flexibilidade administrativa, tendo estas agências forte influência de sua criação no modelo Norte-americano, sendo uma forma de desburocratizar a atuação do Estado em setores importantes da economia, exemplos disso são Aneel(Agencia Nacional de Energia Elétrica), a Anatel (Agencia Nacional de Telecomunicações), e a Anvisa (Agencia Nacional de vigilância Sanitária).” 2009 p.1-2.

Sendo as então posta por diversas correntes o debate sobre a legitimidade e a separação dos poderes na atuação destas entidades, podendo ser identificadas três linhas de raciocínio sobre o tema sendo duas delas vão contra a legitimidade democrática na atuação das agências, sendo que a primeira justifica seu posicionamento de que o Poder normativo para especificar o conteúdo que esta previsto no decreto do Presidente não possui previsão legal, sendo desta forma inconstitucional a atuação nos atos discricionários, pois os mesmo dificulta o controle de legalidade em relação aos atos. já a segunda posição é mais incisiva na forma de atuação das agências reguladoras colocando que esta ação normativa por parte delas seria uma ação abdicatória do poder legislativo sendo assim indo em contramão ao que os textos constitucionais dispõem sobre o dever do Legislador sendo assim o ato de normativo das agências inconstitucional.

Já a terceira linha que defende a atuação das agências reguladoras como forma de melhor regulamentação técnica de certas atividades de forma mais técnica e eficiente, sendo a atuação da mesma uma forma politicamente autónoma com a finalidade de identificar parâmetros normativos capazes de controlar a discricionariedade administrativa. sendo assim acolhida por esta linha de pensamento a relativização do princípio da legalidade ampliação do poder normativo das agências reguladoras ²³⁰

Agora passando para o próximo tópico relativo as reações do sistema em relação aos atos de usurpação do poder legislativo por parte do Executivo podemos ver nos tempos atuais principalmente no Brasil podemos ver uma crescente judicialização nas questões éticas e políticas, que causam um grande impacto social, em diferentes vertentes como denominado por Ran Hirschl a juristocracia, sendo o poder jurídico o principal solucionador de conflitos, mas não quer dizer que a decisão tomada por este ente não gere insatisfação em parcela da sociedade e nos outros Poderes do estado, sendo esta medida uma forma de tentar solucionar os vícios e as demandas que são suscitadas²³¹.

²³⁰ MARCELO LENNERTZ. “A legitimidade democrática das agências reguladoras: uma questão mal colocada”. p.5-6

²³¹ RAN HIRSCHL. “Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.” 2004, p. 286 pages, *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 581–586

Passando para o primeiro vício que consiste na mutação constitucional que é decorrência de uma prática estatal que não violem formalmente o texto da Constituição. Cuida-se de uma espécie de lacuna constitucional, em que não há qualquer dispositivo concreto ou prescrição específica a ser contrariada. Há, porém, uma contradição entre a situação real e a situação jurídica, tal qual desenhada na Constituição. Diante da inexistência de norma específica para a prática político-estatal, cuja inconstitucionalidade viesse a ser deflagrada inequivocamente em face do suposto preceito constitucional, chega-se à conclusão de sua incompatibilidade com o sistema constitucional, considerado em sua unidade orgânica.

A segunda forma de expressão da mutação constitucional relaciona-se à impossibilidade de cumprir-se fielmente o comando da Constituição. Aqui, a prerrogativa ou competência de poder, atribuída pelos dispositivos constitucionais, a certos sujeitos, órgãos ou poder não é exercida a contento, de sorte que a realidade jurídica já não mais condiz com o exercício efetivo das relações de poder.

O terceiro modo de manifestação da mutação constitucional advém de uma prática constitucional que contradiz algum preceito da Constituição, seja pela reforma material da constituição, seja pela legislação ordinária, seja por regulamentos de órgãos estatais superiores ou por sua prática efetiva. A tensão é claramente manifestada entre o ser e dever ser, ou seja, entre o enunciado da norma constitucional e a realidade originada pela prática em curso.

A mutação constitucional consiste em uma alteração na interpretação e significado de uma determinada norma constitucional, sem passar pelo devido mecanismo da emenda constitucional, sendo assim não há alteração do texto, sendo assim há uma mudança no sentido da norma sendo assim o Supremo Tribunal Federal atribui um sentido diferente a norma que foi fixada anteriormente podendo essa mudança ser feita por diferente contexto social ou por uma nova percepção do direito²³².

²³² Barroso. “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo”. Editora: Saraiva, São Paulo, 2015, p.157. Em seu livro ele cita que Segundo o Ministro Gilmar Mendes do STF ele entende que o art. 5. X, da Constituição passou por uma mutação Constitucional podendo ser entendida como inovadora, segundo o mesmo em decisão proferida no próprio Supremo em sede de controle difuso, onde ele interpretou pela eficácia e vinculação cabendo ao Senado apenas conferir a maior publicidade do ato, sendo este posicionamento aceito também pelo então Ministro da Corte Eros Roberto Grau do fato, sendo na época os votos vencidos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.

Tratando-se de uma modificação informal da constituição, já que não é alteração em seu texto pois essa medida só pode ser modificada por meio de emenda constitucional como está disposto no artigo 60 da CRFB²³³, sendo esta medida responsável pelo legislador.

Neste tópico sobre o ativismo judicial e até onde a mesma pode ser aplicada podemos citar algumas jurisprudências que mudaram a interpretação do texto constitucional, neste trabalho podemos falar de dois casos emblemáticos onde o primeiro que por meio da ADPF 54²³⁴ o STF decidiu a descriminalização da gravidez em casos de fetos anencefalia, apesar de no Congresso Nacional ter um Projeto de lei sobre o tema ele até o momento não foi deliberado para votação²³⁵. Outra jurisprudência bem controversa e que trouxe mudança na interpretação da lei foi o casamento homoafetivo que por decisão do STF trouxe alteração na interpretação do código civil, mas não trouxe uma alteração formal do texto sendo assim até o momento o a norma do referido código não foi formalmente modificada²³⁶. Podendo ser considerado um desses vícios o ativismo como pode se observar no que já foi descrito.

Com apresentação destes possíveis vícios relativos ao poder surgiu espaço para que haja uma atuação ativista no caso específico do Brasil, com isso se suscita quais são os limites em que as cortes podem chegar e se essa atuação estaria de conformidade com o ordenamento jurídico, á que essa atuação pode gerar efeitos e reações nos poderes e atingido a sociedade de forma geral, estes efeitos podem mudar um entendimento adotado como forma de contrariar o ato que pode ser visto como usurpado por outro. Por mais que o desenho da separação de poderes busque, em cada Estado, distribuir as funções para que os Poderes que se controlem mutuamente, é indiscutível que, na prática constitucional, tal desenho não impede a competição entre eles, mesmo que essa se dê nos limites do texto constitucional. Dessa forma, também sobre as mudanças constitucionais, especialmente sobre as mudanças informais, haverá competição e, invariavelmente, que um determinado Poder do Estado assumirá o protagonismo.

Desta forma o tema é atual e amplamente discutido e ganhou bastante relevância nos últimos tempos principalmente em debates eleitorais sobre o limite dos poderes, até onde as

²³³ Constituição da república Federativa do Brasil, 1988

²³⁴ ADPF 54 “Interrupção da gravidez em casos de feto anencéfalo”. Julgado pelo STF, 2012

²³⁵ Senado Federal do Brasil. Projeto de lei N.º 4.360, de 2004

²³⁶ Julgado do STF. ADI 4277- reconhecimento da família homoafetiva no Brasil

competências dos mesmos podem ir. A constituição Federal de 88 trouxe uma série de inovações ao ordenamento jurídico do país, mas também deixou bastantes lacunas em seu texto sendo estes espaços abertos a interpretações diversas que gera uma série atribuições. Sendo importante que se tenha uma separação e interdependência entre os poderes para que não haja uma concentração de poder em um único ente, e para que não gere desequilíbrio na democracia que caso seja identificado tais problemas pode se gerar uma série de efeitos não desejados como ditaduras, e a retiradas de direitos dos cidadãos.

O Brasil, assim como os países apresentados anteriormente, apresenta o ativismo judicial em suas decisões, sendo o Supremo Tribunal Federal o grande fomentador dessa prática, mas diferente de países como Alemanha, Itália, é sobretudo dos Estados Unidos, o debate estabelecido no judiciário no Brasil se diferencia, esse tema ganhou força no Brasil no início desse século, onde diversos trabalhos de natureza acadêmico debateram sobre o tema.²³⁷ Já no cenário políticos, se no começo do século as reações apresentadas, eram pontuais, tendo objetivo de limitar o poder de decisão do Supremo e com isso o controle parlamentar sobre a Corte, ocorre que nos últimos anos se percebe um crescente aumento no interesse do Legislativo em limitar o Poder decisório dos juízes, sendo frequente a discussão do assunto no Congresso. Agora em relação aos veículos de mídia o tema acabou se popularizando, se no começo do século a críticas eram voltadas sobretudo para o vácuo institucional dos poderes²³⁸, atualmente a atuação da Corte recebe diversas críticas, sendo acusada de invadir a competência dos demais poderes e da judicialização da política.²³⁹

Para que possamos entender o início do debate do ativismo judicial no contexto brasileiro, precisamos compreender como ocorreu a Ascensão do poder judiciário, sobretudo,

²³⁷ Materiais que dispõem sobre o tema do ativismo no Brasil: POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo*. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro: PUC – Direito, Vol. 17, 2000, pp. 121/143; CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. ALCEU Vol. 5 (nº 9), Rio de Janeiro: PUC, 2004, pp. 105/113; BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática*. Revista de Direito do Estado Vol. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 71/91; CONTINETINO, Marcelo Casseb. *Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro*. Revista de Direito do Estado Vol. 19/20, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 105/134; MELLO, Patrícia Perroni de Campos. *Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito do Estado Vol. 19/20, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 183/213.

²³⁸ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>. Acesso em outubro 2024

²³⁹ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/Presidente-do-STJ-critica-ativismo-judicial-e-defende-harmonia-entre-poderes-nos-limites-da-Constituicao.aspx>. Acesso em outubro 2024

do Supremo tribunal Federal, e os poderes que o mesmo recebeu após a promulgação da Constituição de 1988, para que assim entendermos a sua atuação nos tempos atuais. Após a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe a redemocratização do país, após um período de ditadura militar, também trouxe no texto constitucional um reforço da função institucional do poder judiciário. Modificando a instituição com ampliação do acesso à justiça, através da criação de Juizados especiais Cíveis e criminais, Defensoria Pública, Juizado federal e outros órgãos, e fortaleceu os já existentes como Ministério Público, trazendo uma melhora nos mecanismos processuais para a defesa do cidadão, trazendo novas ações como, a ação civil pública, ação popular de improbidade administrativa.

Essas medidas somadas com a crescente conscientização dos cidadãos de seus direitos, fizeram que o judiciário ganhasse destaque em sua atuação, principalmente ao que refere ao controle dos poderes políticos e de solucionar demandas que envolva a concretização dos direitos que foram previsto na Constituição.²⁴⁰

Em relação as decisões judiciais de primeira e segunda instancia dos tribunais brasileiros, é comum que as mesma verifiquem ações civis públicas ou em litígios individuais, que são ligadas de forma direta com políticas públicas e sociais, sobretudo de governos municipais e estaduais, podendo essas políticas serem de assuntos como, moradia, urbanização, educação, meio-ambiente, sistema prisional, saúde, etc. em relação as políticas adotadas em saúde, essas são as que mais sofrem interferência do judiciário.

Outro tema que é bastante discutido e que sofre intervenção judicial são os processos eleitorais, cada vez mais se há decisões sobre afastamento e até de prisão a vereadores e prefeitos de diversos municípios, que perdem o cargo seja por abuso de poder econômico no período de campanha eleitoral, ou por atos de improbidade durante o mandato.

Agora ao que refere ao Superior Tribunal de Justiça, as suas decisões no início da redemocratização mostrou um tanto quanto passiva em relação a aplicação dos direitos

²⁴⁰ ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. Sistema Político Brasileiro: uma introdução. Op. cit., pp. 81/115.

fundamentais,²⁴¹ contudo ao passar do tempo suas decisões começaram apresentar interferência em assuntos que se relacionava aos demais poderes, colocando tanto ao Legislativo e ao Executivo, medidas que previam criação e execução de políticas públicas, focadas para efetivação de direitos sociais, principalmente aqueles direitos que já foram definidos pela própria Constituição.²⁴² Em relação aos conflitos políticos, a corte teve em 2010, uma decisão considerada inédita, quando a mesma teve a decisão de prender, mesmo que de forma preventiva, o Governador do Distrito Federal pelo caso de corrupção, que ficou conhecido popularmente como “Escândalo do Mensalão do DEM”.²⁴³

Contudo a instituição que mais se destaca em relação a sua atuação no Judiciário, é o Supremo Tribunal Federal do Brasil, que desde o começo da vigência da Constituição atual, vem mostrando uma maior participação da vida pública brasileira, adquirindo uma visibilidade e importância em relação a política e social, se transformando em uma peça central no sistema de governo. Oscar Vilhena Viera colocou que essa atribuição de poderes atribuídos pela constituição de 1988, trouxe uma “superdemocracia”, trazendo um protagonismo para atuação do Supremo, com uma concentração de poderes.²⁴⁴ Mas para entendermos melhor a atuação do STF é importante entender a sua história, e como o controle constitucionalidade foi se alterando com o decorrer do tempo, para assim entendermos a forma que o ativismo judicial se apresenta atualmente na corte

4.2.1- O controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal no período anterior a constituição de 1988

A primeira constituição do Brasil foi no período imperial (1824-1889), tendo uma forte influência francesa, esse ordenamento não trouxe o controle de constitucionalidade das

²⁴¹ STJ – 1ª T., RMS 6.564/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 17/06/1996.

²⁴² STJ – 1ª T., REsp 753.565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28/05/2007 ; STJ – 2ª T., REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 28/04/2010.

²⁴³ STJ – CE, Inq 650/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11/02/2010.

²⁴⁴ VIERA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito do Estado Vol. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 59/60

leis, e nem de controle do poder judiciário, ao Supremo Tribunal de Justiça, a Corte seguiu uma linha de atuação diferente da Suprema Corte norte-americana, trazendo como mecanismo de atuação a interpretação da norma sobre suas próprias funções.²⁴⁵ Contudo essa postura passiva do Supremo trouxe diversas críticas duras a sua atuação, como a do jurista Levi Carneiro, que expos que a instituição de não cumprir com o dever concedido pela Constituição ao Tribunal, e de também de não lembrar que a “repercussão política que poderia ter a sua atuação judiciária”, com isso deixar “que os outros poderes constitucionais dominassem absolutamente, anulando-o”.²⁴⁶

Esse pensamento de Levi Carneiro, foi rebatido por Lucio Bittencourt, que colocou que a sociedade brasileira apresentava uma maior diversidade, diferente do que pode de verificar nos Estados Unidos da América, isso ocorre porque a nossa Constituição teria posto de forma expressa que o Poder Legislativo²⁴⁷ de defender os princípios constitucionais. Havendo também no texto constitucional o “Poder Moderado”, que era o ponto central da organização política da época, sendo esse poder responsável por “manter a independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos (art. 98)”. Com isso esse Poder Moderador que era pertencente ao Imperador, teria como função o controle de constitucionalidade, sendo uma figura considerada “inviolável e sagrada”.²⁴⁸

Com o fim do Império, e o advento do modelo republicano de governo, o pensamento constitucional brasileiro transformou, com isso a doutrina abandonou abordagem similar a do sistema político europeu e abordando um entendimento parecido com a da Corte Americana. O maior responsável por essa transição foi Rui Barbosa, essa influência resultou no estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade das leis federais e estaduais, seguindo os mesmos moldes aplicados nos Estados Unidos (incidental e difuso), para que isso fosse possível foi emitido o Decreto nº 880, de 1890, que trouxe a organização da justiça federal, e após esse ato, em 1991 foi instituída uma Constituição Republicana.

²⁴⁵ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. Revista de Direito Público Vol. 4, São Paulo: RT, 1968, p.36. Sobre o Supremo Tribunal de Justiça do Império, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.) O Supremo Tribunal de Justiça do Império. 1828-1889. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁴⁶ CARNEIRO, Levi. Federalismo e Judiciarismo. Rio de Janeiro: Alba, 1930, p. 239

²⁴⁷ Art. 15, IX- constituição imperial

²⁴⁸ BITTENCOURT, C.A. Lúcio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. Op. cit., p. 27.

A criação do Supremo tribunal federal ocorreu na República Velha, pela constituição provisória de 1890, e sendo instaurada de fato, em 1981, Na Constituição de 1991, em seu artigo 55, foi colocada que atuariam 15 ministros, sendo esses nomeados pelo Presidente e aprovados pelo senado, sendo o cargo de caráter vitalício, sem previsão de uma possível aposentadoria compulsória, tendo como atribuição a realização de revisão definitiva, em relação ao grau de recursos das decisões proferidas por Tribunais federais e estaduais, que tratasse sobre a constitucionalidade das leis e dos atos dos Governos que em frente a Constituição. Com isso o Supremo possuía poderes limitados em relação ao controle de constitucionalidade, exercendo um papel recursal em decisões, e tendo uma eficácia erga omnes ou vinculante.

A constituição de 1981, trouxe aplicabilidade ao Habeas Corpus, em seu artigo 72, §22, colocando que o remédio constitucional deveria ser concedido quando o indivíduo sofresse ou achasse que tivesse em um iminente perigo de sofrer algum tipo de violência ou coação por ilegalidade ou por abuso de poder. O artigo 61, delegou a competência do supremo para julgar os casos de habeas corpus, em sede de recurso, ocorre que esse dispositivo trouxe dúvida sobre de quem pertenceria competência originária. Contudo essa dúvida foi solucionada pela Lei nº221 de 1984, onde ficou expresso que o habeas corpus deveria ser impetrado diretamente ao STF, desde que o coator fosse autoridade ligada a jurisdição da Corte, sendo esse entendimento adotado até os dias de hoje.

Com isso a constituição colocou como sujeitos a jurisdição do Supremo tribunal federal o Presidente e Ministro de Estado (art. 59, I, a), para que possa julgar de forma original o habeas corpus, essa medida foi importante para que pudesse se solucionar conflitos com o Poder executivo, que era a figura que apresentou diversos momentos relevantes para jurisprudência no período da República Velha, sendo assim essas demandas foram aperfeiçoadas para aplicação expandida do remédio constitucional. O STF utilizou a ação com uma finalidade de restaurar a liberdade de ir e vir, e concedeu outras diversas finalidades ao habeas corpus, como reintegração de funcionários, liberdade de imprensa em casos de estado de sítio, liberdade de ensino e de aprendizagem, até sobre assuntos de posse de governadores,

deputados, vereadores e juízes²⁴⁹, trazendo um largo escopo da atuação do remédio, que se manteve até a Reforma da Constituição de 1926, que restringiu o uso do mecanismo para a função inicial do habeas corpus de proteger o direito à liberdade e locomoção.

Em 1930, o novo governo Provisório de Vargas, instaurou o decreto 19.398, que trouxe o fim da república Velha, e iniciou um novo período em que a corte foi extremamente atacada, sendo esses atos cometidos em relação a estrutura e dependência das cortes pelo Poder executivo. Esse decreto, trouxe a suspensão de garantias constitucionais e excluiu entendimentos jurisprudencial de atos praticados pelo governo federal, apenas o habeas corpus foi mantido em relação aos acusados ou réus em processos de crimes comum (art. 5º),

Governo Vargas instituiu a diminuição de número de ministros para 11, e a aposentadoria compulsória de seis ministro por meio do decreto 19.771, mesmo que a constituição estivesse previsto a vitaliciedade do cargo, o Governo decidiu por um entendimento diferente, esse período para os integrantes do Supremo tribunal Federal, foi marcado pelo grande sentimento de constrangimento e humilhação.

A constituição de 1934, que teve um curto tempo de duração, nomeou o Supremo Tribunal Federal como “Corte Suprema”, manteve a composição de 11 juízes (art. 73), e dispôs sobre a nomeação para o cargo e a vitaliciedade, trazendo possibilidade de aposentadoria compulsória aos 75 anos (art. 64, a), manteve também as competências estabelecidas para corte da constituição anterior, como a de julgar recurso em sede de controle difuso de constitucionalidade. Contudo, trouxe modificação, ao que se rever ao caráter inovador.²⁵⁰

A constituição de 1934 trouxe a exigência de que os Tribunais federais e Estaduais, ao declarar a inconstitucionalidade, deveria ser feita por maioria absoluta de seus integrantes (art. 179), para que assim evitasse entendimento dissidente²⁵¹. Esse mesmo ordenamento

²⁴⁹ CAMPOS; Carlos Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal. 2012. p,196

²⁵⁰ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. Revista de Direito Público Vol. 4, São Paulo: RT, 1968, p. 37.

²⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.036.

constitucional determinou a competência do Senado, podendo o mesmo “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 94, IV). Com essa norma trouxe a eficácia erga omnes para as decisões que fossem trazidas por meio de conversa da Corte com o Senado, com intermédio do Procurador-Geral da República, que obtinha a competência de informar o Legislativo das decisões consideradas inconstitucionais para que assim pudesse dar andamento à suspensão (art.96).

Outras novidades que a constituição de 1934 trouxe foi do mandado de segurança e da representação interventiva, que foi base para outro mecanismo utilizado atualmente que é a ação direta de inconstitucionalidade.²⁵² No artigo 12, §2º, o Procurador-Geral da República dever de apresentar originalmente ao Supremo a prova de constitucionalidade da norma federal que declare intervenção nos Estados por causa de suas constituições e lei que não estejam de acordo com os princípios constitucionais, dispostos no art. 7º, a a h.

Em 1937, quando houve o golpe de estado, foi promulgado uma nova constituição, que ficou vigente durante o período do “Estado Novo” governado por Getúlio Vargas. A constituição foi escrita pelo jurista Francisco Campos, um intelectual que tinha um a tendência a pensamento autoritário, que beirava o fascismo, ficando essa ideologia exposta no ordenamento constitucional. A carta 1937, veio depois de surgir ideias de instauração de sistema comunista no país em 1935, por causa dessa preocupação que o golpe foi aplicado como uma tentativa de evitar o comunismo.²⁵³

Nesse ordenamento de 1937, ficou disposto normas autoritárias para o controle de constitucionalidade, trazendo uma ideia de retrocesso e avanço em relação ao controle de constitucionalidade que as constituições anteriores trouxeram.²⁵⁴ Contudo o Governo de

²⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política. Op. cit., p. 76; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Op. cit., p. 1.037.

²⁵³ VILLA, Marco Antonio. A História das Constituições Brasileiras. 200 anos de luta contra o arbítrio. Op. cit., p. 62.

²⁵⁴ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. Revista de Direito Público Vol. 4, São Paulo: RT, 1968, p. 38; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Do Controle da Constitucionalidade. Op. cit., p. 62

Vargas manteve o mesmo número de ministro, e a vitaliciedade do cargo alterando a idade de aposentadoria compulsória, que passou ser de 68 anos (art. 91, a), continuando com a nomeação feita pelo Presidente e passando pelo referendo do Senado, ocorre que durante o regime do estado Novo o Congresso foi fechado, e com isso não se teve um referendo para nomeação dos ministros, sendo assim nesse período Vargas indicou 14 ministros, e nenhum passou pela aprovação do Legislativo. Outra mudança que houve foi por meio do decreto-lei 2,770 de 1940, onde Vargas apoderou-se do poder de nomear o presidente da corte, dando um a prática do próprio Supremo de eleger para o cargo de presidente o ministro mais antigo da casa.

Essas práticas não foram as únicas tomadas pelo governo, outras medidas tomadas foi de suprimir a independência da Corte, como o enfraquecimento do Poder do Supremo de controlar a constitucionalidade das normas, apesar de manter as competências básicas da Corte em relação ao controle difuso de constitucional em sede de recurso, a mudança maior foi em relação a declaração de inconstitucionalidade das norma, tendo que essas decisões serem aferidas pelo Presidente da república, para que de fato a lei pudesse ser considerada invalida, tirando o poder do judiciário de ter a última palavra sobre a validade de uma lei.

Essa atitude do Governo trouxe uma divisão de pensamento. Para Alfredo Buzaid o mesmo entendeu que essa atitude foi uma forma de restrição da “supremacia judicial” e que essa atitude trouxe “a virtude de devolver ao Parlamento a competência para apreciar a conveniência de manter a lei declarada inconstitucional”, assegurando que assim houvesse um equilíbrio entre os poderes. Nessa mesma linha de pensamento Lucio Bittencourt, trouxe que a nova constituição tinha o ideal de aliviar os inconvenientes que atuação de uma supremacia judicial poderia trazer.²⁵⁵

O fim da era Vargas com a destituição de Vargas do poder, trouxe a reinstalação da democracia no Brasil, sendo promulgada em 1946 uma nova constituição, que manteve o Judiciário e o Supremo como órgão de cúpula, com a mesma composição de 11 ministro, sendo nomeados pelo Presidente e sujeitos ao referendo do senado, sendo o cargo vitalício e a

²⁵⁵ BITTENCOURT, C.A. Lúcio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. Op. cit., p. 30.

aposentadoria compulsória aos 70 anos.²⁵⁶ Porém no período de 1964 a 1985 da Ditadura Militar, por meio da estratégia arbitrária de Court Packing, a formação do supremo foi alterada, sendo assim passou a ter 16 ministros na Corte, essa medida que foi conhecida como Ato institucional nº 2 de 1965, somente poderia ter sido elaborada por meio de lei que fosse de iniciativa do Tribunal.

A Constituição de 1946, trouxe em seu texto o modelo difuso de controle, retomando o mecanismo que já tinha sido previsto na constituição de 1934, cabendo ao Supremo a competência recursal (art. 101, III, b e c), e da oportunidade de o senado suspender a efetivação de lei declarada inconstitucional (art. 64), contudo o texto normativo deixou dúvida sobre a competência originária do STF julgar habeas corpus, em sede de autoridades que estariam englobados em sua jurisdição (art. 101, I, h).

A nova constituição trouxe novamente a representação interventiva que foi trazida no ordenamento jurídico de 1934, e trouxe uma nova roupagem que se aproxima do que hoje conhecemos do controle abstrato de constitucionalidade. No texto de 1934, trazia o procurador-geral da República como o responsável por enviar ao Supremo a lei federal interventiva, para que a mesma fosse analisada se era constitucional, na constituição de 1946, o procurador-Geral precisaria encaminhar ao supremo o ato estadual que deve ser arguido de inconstitucionalidade, por violar os princípios constitucionais considerados sensíveis que estão dispostos no art. 7, VII, e se por acaso o supremo entendesse que o ato é inconstitucional, o mesmo poderia decretar intervenção.²⁵⁷

Diferente da constituição de 1934, a de 1946, conseguiu colocar em prática os diversos dispositivos como o da nova representação interventiva, e “inúmeros dispositivos das Constituições e leis estaduais foram declarados inconstitucionais”.²⁵⁸ Esse dispositivos foram alterados novamente no período do governo militar, onde a constituição de 1946, sofreu

²⁵⁶ Arts. 98; 63, I; 95, I, §1º CF

²⁵⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Revista de Direito Público Vol. 4, São Paulo: RT, 1968, pp. 39/40; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., pp. 1.040/1.042.

²⁵⁸ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Op. cit., p. 95. Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. Op. cit., p. 77,

diversas mudanças, a primeira foi a emenda constitucional nº 16 de 1965, que trouxe uma nova redação, alterando o artigo 1001, inciso I, alínea k, que passou a competência original do supremo de decidir sobre representação contra ato inconstitucional de natureza federal ou estadual, transferindo pelo Procurador-Geral da república. Essa emenda foi responsável pela criação, da arguição de inconstitucionalidade, mediante ação direta, por lei federal e estadual, que de alguma forma violasse à Constituição.²⁵⁹

Essa emenda foi responsável pelo aumento da participação do supremo em questões de decisão política, essa mudança não resolveu dois pontos, que traziam enfraquecimento da instituição, que era a falta de eficácia de suas decisões consideradas inconstitucionais, e o segundo fator do acesso restringido à jurisdição constitucional concentrada, que só era possível suscitar exclusivamente pelo procurador-Geral da República.

Em 1967 foi estabelecida uma nova constituição, que foi trazida através da emenda constitucional nº 1/69, que foi editada no período ditatorial, onde estabeleceu que o supremo seria composto por 11 ministros (art. 118). O mesmo Governo tinha previsto anteriormente a composição da corte com 16 ministros, por meio do ato institucional nº 2/1965, contudo a mesma quando estabeleceu a Carta por meio da emenda, modificou através do ato institucional nº 6, voltando assim a Corte a antiga composição. Em relação a vitaliciedade e a nomeação a constituição mantiveram os critérios, e não trouxe novidades em relação ao sistema misto de controle de constitucionalidade que foi trazido pela emenda constitucional 16 de 1965.

Em relação ao controle difuso o entendimento foi mantido, sendo assim o Supremo decidiu em sede de recurso extraordinário, sendo agora sujeito de arguição de relevância a (art. 119, III, a e d c/c §1º da Constituição de 1967/1969). As competências originárias de a Corte decidir sobre habeas corpus, mandado de segurança, foi mantida assim como o controle direto abstrato, contudo sem a eficácia vinculante aos julgados, só sendo possível a efetivação através de decisão do Senado.

²⁵⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Op. cit., p. 413/414.

Em relação a figura do procurador geral o mesmo continha um certo monopólio em provocar as representações, contudo nesse período Militar o mesmo recusou a a propor certas representações de inconstitucionalidade solicitadas, declarou a sua discricionariedade na apreciação de pedidos de propositura das ações, oq eu para Supremo foi entendido como adequado.²⁶⁰

Podemos analisar que a evolução histórica do Supremo tribunal federal, no período anterior a redemocratização, não trouxe uma afirmação de uma instituição independente e forte, as diversas constituições e mudanças que foram observadas durante a história da Corte, mostraram a diversas intervenções que o poder Executivo fez, como a alteração de composição da corte, a relação de nomeação de ministro sendo feita unicamente pelo presidente, assim como aposentadoria do juízes, sendo essas decisões feita exclusivamente pelo Presidente,

Em relação ao controle de constitucionalidade até a emenda constitucional de 1965, era feita de forma difusa e incidental, e não tinha um acompanhamento de uma doutrina de *stare decisis*, o que trouxe um enfraquecimento em relação ao cumprimento das decisões emitidas pela Corte. Com esse arranjo institucional do controle de constitucionalidade, as decisões emitidas pelo Supremo tiveram intervenção de outros poderes, principalmente do executivo, que tinha como justificativa a defesa dos direitos e liberdades individuais e a proteção do federalismo.

Com a instituição da referida emenda o estabelecimento do controle concentrado abstrato, trouxe certas mudanças. O novo arranjo trouxe um acesso limitado, ficando restrito ao procurador-Geral da República, suscitar as ações, sendo esse poder dependente em relação ao Executivo, e cumulando outras funções de advogado Geral da união Federal, sendo nomeado e destituído pelo Presidente. Esse modelo institucional durante o regime militar, acabou por limitar o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, e com isso o papel do STF.

²⁶⁰ STF – Pleno, Rel. 849/DF, Rel. Min. Adalício Nogueira, DJ 13/12/1971

4.2.2- O ativismo Judicial pós-Constituição de 1988

Entender como Supremo tribunal Federal no Brasil conseguiu um lugar de destaque, precisamos entender os fatores que favoreceram essa crescente, para o cientista político Kurt Weyland entendeu que, a estabilidade política do Brasil que aconteceu após o fim da ditadura Militar, para explicar essa superação de Governo é necessário uma explicação um pouco mais complexa, Weyland colocava como argumento que podem ser “teoreticamente convincentes e metodologicamente úteis para explicar as ‘múltiplas causas conjunturais’ que prevalecem no mundo político.”²⁶¹

Como pudemos observar no tópico anterior dessa dissertação sobre o período do Supremo tribunal Federal anterior a Constituição de 1988, pudemos observar que a Corte teve períodos conturbados, sendo atacada em alguns momentos pelo Poder Executivo, ou tendo seu poder decisório suprimido. Essas medidas usadas pelas forças políticas, em diversos momentos, utilizaram de meios ilegítimos, descumprindo decisões já estabelecidas, como a aposentadoria compulsória de ministros e de atos normativos, fazendo assim que o Supremo não tivesse uma independência.

Entretanto esse status do STF mudou, mostrando nos tempos atuais um poder independente e que apresenta um grande papel na aplicação da democracia, e isso ocorreu por diversos fatores, como o próprio fator institucional, sociopolítico e jurídico-culturais, e essa transformação foi permitida, por causa da Constituição de 1998 conhecida como a Constituição cidadã.

O primeiro fator que pode esclarecer que ajudou no avanço do ativismo judicial do Supremo, é em relação a própria ordem da instituição, como já disposto nesse trabalho o Supremo nos textos anteriores a constituição de 1988, apresentou um funcionamento diferente, a atual constituição por meio de emendas constitucionais, do poder sobretudo da EC

²⁶¹ WEYLAND, Kurt. The Growing Sustainability of Brazil's Low-Quality Democracy. In: HAGOPIAN, Frances. MAINWARING, Scott P. (Ed.) The Third Wave of Democratization in Latin America. Advances and Setbacks. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 120

45/2004, e por leis ordinária, em destaque as leis nº 9.868 e 9.882/99, trouxe um fortalecimento a jurisdição, e ampliou o acesso ao poder resolutório do STF, sendo esses fatores um estímulo para exceção do poder judiciário.

Contudo, não foi somente esse fator responsável pela mudança da Corte, outro ponto a ser analisado foi a mudança na estrutura do controle de constitucionalidade, trazendo uma nova metodologia para a interpretação da constituição e com isso uma nova construção da ordem jurídica no País. Esse desenho que foi desenvolvida da Corte pós-88, trouxe um maior número de legitimados que poderiam suscitar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, trazendo outros sujeitos políticos e sociais, que podem deflagar por esse papel por intermédio impetração de ações perante o Supremo.

Outra figura que foi restruturada com a Constituição cidadã foi do Procurador-Geral da República, que acabou por adquirir independência em sua função em relação ao Presidente da república, anteriormente o procurador era nomeado e exonerado ad natum através do Presidente, além de deter outras funções como a de defesa judicial da União Federal, por causa dessa cumulação de função, observa-se que o controle que o cargo exercia sobre o Executivo federal era nula, e isso teve reflexo diretos no controle abstrato concentrado, e concomitantemente isso refletiva no Supremo, já que somente a figura do procurador-geral poderia pedir pelo controle.

O novo texto constitucional em seu artigo 128, §2º, colocou que o procurador não poderia ser exonerado ad nutum pelo Presidente, podendo ser destituído apenas com autorização pôr a maioria absoluta do Senado, e possível observar essa alteração para atuação do cargo, no caso Mensalão, onde diversos integrantes do Partido do governo foram acusados, e com isso a atuação do procurador ganhou independência e qualidade.

Trazendo essas mudanças no desenho institucional, e a própria constitucionalização de forma abrangente e comprometida,²⁶² e isso somente foi possível por causa d constituição de 1988, que trouxe um amplo escopo de direitos fundamentais, que ficou interligado através de

²⁶² SARMENTO, Daniel. Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Op. cit., p. 103.

enunciados normativos vagos e indeterminados,²⁶³ esses enunciados produziram um espaço grande de oportunidades para judicialização perante ao STF, trazendo uma gama diversa de assuntos para que pudesse ser apreciado, permitindo uma série de soluções e interpretações criativas pelo órgão. Em outras palavras o ordenamento constitucional pós- 1988, atendeu as demandas necessárias institucionais de independência, permitindo que assuntos políticos e sociais, que antes eram resolvidos pelo poder legislativo e executivo, pudessem ser decididos pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de uma jurisprudência mais criativa,²⁶⁴ sendo essa medida feita principalmente por intermédio de ADIs, e por ADPFs, com isso STF se tornou figura indispensável para a manutenção da democracia no Brasil.²⁶⁵

É importante lembrar que, essa realidade institucional trazida pelo período pós ditadura, foi construído por meios políticos. Dieter Grimm colocou, se não tivesse os interesses político em delegar para a corte a função de conflitos, o ativismo judicial precisaria de uma outra base institucional para que tivesse uma forma de avançar.²⁶⁶ Com isso a jurisdição constitucional feita pelo Supremo, somente teve força para avançar, por causa de decisões políticas. É preciso entender que, os fatores político não se restringem as decisões político-legislativas formais, mas bem como, pelo ambiente político que instaurou após a efetivação da Constituição cidadã, esse novo ambiente trouxe um incentivo para o protagonismo da Corte,²⁶⁷ e com isso, o ativismo judicial, que foi favorecido pela política, trazendo um olhar que traz interferência de fatores externos que interferem e influenciam o comportamento do judiciário, e que demonstra que os magistrados podem aplicar soluções diversas dependendo do contexto político.²⁶⁸

²⁶³ PROVINE, Doris Marie. Judicial Activism and American Democracy. In: HALL, Kermit L.; McGUIRE, Kevin T. *The Judicial Branch*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 317

²⁶⁴ VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Org.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Op. cit., pp. 231/262.

²⁶⁵ TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Op. cit., p. 15

²⁶⁶ GRIMM, Dieter. Judicial Activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Ed.). *Judges in Contemporary Democracy*. Op. cit., p. 17: “antes que o judiciário possa expandir-se em áreas previamente dominadas por outras forças, as cortes devem ser estabelecidas e dotadas com competências para decidir conflitos sociais e políticos”.

²⁶⁷ ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil*. *Revista de Direito Administrativo* Vol. 250, Rio de Janeiro FGV, 2009, p. 7.

²⁶⁸ MAVEETY, Nancy. (Ed.) *The Pioneers of Judicial Behavior*. Op. cit

Posto assim os fatos ocorridos antes de 1988 trouxeram um poder político que fazia o poder judiciário ser inferior e dependente, mostrando uma Corte que não tinha o poder decisório de fato, pois a suas decisões poderiam ser contestadas. Por causa do período grande de censura, o comportamento do supremo foi considerado passivo. Após o fim do regime militar, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, o passivíssimo judicial continuou vigorando, e se manteve por um certo período, como forma de cautela que ainda estava enraizada pelos juízes, e por causa do novo regime político que ainda estava se estabelecendo.

Contudo ao passar do tempo, a atmosfera política pôs ditadura, tanto do poder Executivo federal, como o Congresso Nacional, adotaram uma postura de respeito e tolerância para com as decisões da Corte. Contudo algumas decisões consideradas importantes do Supremo, teriam sido consideradas ativistas e de certa forma estaria invadido a competência dos demais poderes, com isso a Corte estaria criando normativas ao invés de aplicá-las. Por causa dessa atuação, houve-se reações, sendo essas críticas de setores da sociedade como as bancadas religiosas.

Quando essas reações ocorrem, elas estão atreladas por mecanismos institucionais legítimos que não possibilitam sua tipificação como insulto para autoridade Judicial. Uma prática que cada vez se torna mais comum para com as decisões da corte, é a da reversão legislativa, com isso o congresso Nacional, por intermedeio de emendas constitucionais, leis complementares e leis ordinárias, por meios legítimos, conseguem reverter a prática utilizada pelo Supremo. Sendo chamada de “correção legislativa da jurisprudência”.²⁶⁹

Essa reação do Poder legislativo, em boa parte dos casos, tem de certa forma , impedir que o Supremo tenha “a última palavra”, mas também de respeitar a Supremo como autoridade responsável por interpretar a constituição, Com isso para que os efeitos das decisões de inconstitucionalidade não ser validos, as emendas constitucionais são utilizadas como forma de desviar e alterar a norma superior, para que a mesma vá em direção posta pela

²⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 358: para Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência do Supremo “importa em profunda transformação do equilíbrio entre os poderes do Estado, com a superação da doutrina de que o Judiciário só pode ser objeto de autocontrole (judicial self-restraint)”.

Corte, sendo uma forma de adequar as matérias legislativas infraconstitucional, para que com isso as normas consideradas invalidas pudesse avançar.

Isto é, normalmente as reações emitidas pelo poder legislativo em relação a jurisprudência do supremo, tem acompanhado o impedimento da Corte, para que, com isso, possa conseguir aprovação de constitucionalidade para normas que chegue ao Supremo, sendo esse mecanismo nomeado de correção legislativa, que seria uma adequação normativa. Um exemplo prático sobre essa metodologia aplicada do Legislativo foi o recurso Extraordinário nº 153.771/MG²⁷⁰, onde o Supremo negou que o IPTU (alíquotas do imposto Predial Urbano, tivessem um caráter progressivo em função de sua base de cálculo (valor venal dos imóveis) vista a real natureza desse imposto. O entendimento da corte, tinha entendido a progressividade do IPTU de forma expressa, sendo esse fim para o entendimento de extrafiscalidade, para que com isso houvesse o cumprimento do artigo 182 da constituição sobre a função social da propriedade, com isso a progressão para fins fiscais não seria legítima.

Depois dessa decisão foi editada a Emenda constitucional 29/2000, que alterou o primeiro parágrafo do artigo 156, que afastou o argumento favorável a jurisprudência da Corte, que tinha como entendimento pela inconstitucionalidade da premissa de permitir que os municípios pudessem colocar uma progressão da alíquota em razão do valor do imóvel. Após de efetuada essa normativa, o Sprem em sede de controle incidental, de forma unanime, entendeu pela constitucionalidade da emenda, e alegou que era legítima a correção feita legislativamente, que foi favorável ao regime de tributação progressiva do IPTU.²⁷¹

Outro caso de matéria tributária, onde a Corte entendeu como inconstitucional, a cobrança pela taxa de iluminação pública cobrada pelos municípios, a interpretação foi de que o serviço de iluminação pública seria “inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte”.²⁷² Com isso a cobrança da taxa deveria ser prevista na própria constituição (art. 145, II da Constituição de 1988), com isso a cobrança da

²⁷⁰ STF – Pleno, RE 153.771/MG, Rel. p/ac. Min. Moreira Alves, j. 20/11/1996, DJ 05/09/1997

²⁷¹ STF – Pleno, RE 423.768/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/12/2010, DJ 10/05/2011.

²⁷² STF – Pleno, RE 233.332/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10/03/1999, DJ 14/05/1999.

taxa foi considerada inconstitucional, pois esse serviço deveria ser pago, por meio do imposto municipal em geral.

Como forma de contornar essa jurisprudência da Corte, foi editada a Emenda constitucional nº 39/2002, que acrescentou o artigo 149-A ao texto da constituição, para criar a figura controversa da Contribuição de Iluminação Pública (COSIP), como forma de obter contribuição para custear a iluminação Pública. No Recurso Extraordinário 573.675/SC,²⁷³ a Corte entendeu que a cobrança da COSIP, seria constitucional, alegando tratar-se de um “tributo de caráter sui generis” que estão amparados pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Existem diversos outros casos de adequação normativa, mas para não entenderei nesse trabalho.²⁷⁴ Mas é importante salientar que nem todas as reações legislativas, podem ser caracterizadas como uma forma de adequação, mas podem ser vistas como uma forma de corrigir de forma estrita, sendo assim o Congresso aprova uma lei que desafia o entendimento constitucional do Supremo. Como foi os casos de ampliação do foro de prerrogativa de função, da aposentadoria especial para os professores. Contudo essas reações não são as mais comuns, sendo a forma mais utilizada é de adequação normativa, como método de preservar a função do congresso e da Corte, tratando de um diálogo entre as instituições, apesar dos fatos apresentados, a reação legislativa na última década, vem se alterando, sendo cada vez mais comum, o legislativo ir contra o entendimento jurisprudencial do Supremo, como foi no caso da Vaquejada.²⁷⁵

Outro poder que apresentou uma postura de respeito pela instituição do Supremo Tribunal Federal, foi o Executivo- apesar de no último Governo do Presidente Bolsonaro, essa relação tenha sido bastante conturbada- isso tem uma grande importância, pois após um período de diversos ataques a figura da Corte sofreu de Presidentes autoritários. A constituição de 1998, manteve o poder executivo como central para a manutenção do sistema

²⁷³ STF – Pleno, RE (RG) 573.365/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/03/2009, DJ 22/05/2009

²⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. Op. cit., pp. 358/368; BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Op. cit., pp. 289/300.

²⁷⁵ Adi da vaquejada, que será melhor abordado no próximo tópico

político do Brasil, tendo diversas prerrogativas que refere a administração pública e ao processo legislativo.²⁷⁶

Com exceção da última década, desde o fim da Ditadura, os Presidentes não tiveram quase nenhuma reação em relação às decisões do Supremo, em que tenham sido consideradas conflitantes com as normas do estado democrático de direito. Então questões relacionadas à ameaça de aposentadoria compulsória, retaliação orçamentária, negação de cumprimento da jurisprudência, foram atos que até a última década pareciam que tinham ficado no passado. As nomeações dos ministros, no período anterior a 2018, não utilizaram do mecanismo impetrado pelo Executivo dos Estados Unidos, de colocar membros na Corte que decidissem conforme o entendimento do governo.²⁷⁷

Esse posicionamento pode ser mais bem observado no caso do mensalão, mesmo que com as condenações dos acusados pelo Supremo, e atingindo a imagem do partido político, a Presidente Dilma (2011-2016), antes do julgamento do caso de corrupção, indicou dois ministros, sendo eles Luiz Fuz e Rosa Weber, sem que essa nomeação tivesse vinculação partidária, sendo ambos magistrados de carreira a mais de 30 anos.

Diferente das nomeações do Presidente Jair Messias Bolsonaro, que indicou para ministro, Kassio Nunes Marques e André Mendonça, fazendo essa indicação de forma similar à utilizada pelo Executivo dos Estados Unidos de auxiliar que as ações tivessem decisões favoráveis ao Governo.

Contudo para que entendamos a construção do ativismo judicial no Brasil, precisa-se entender que por um certo período, o Executivo, apresentou uma atuação que permitiu que o Supremo Tribunal Federal pudesse desenvolver o ativismo judicial, com essa dinâmica político-institucional, trouxe uma segurança e uma certa liberdade para que a Corte pudesse desenvolver no sentido mais ativista. Outro detalhe importante de se expor é sobre a

²⁷⁶ AMORIM NETO, Octavio. O Poder Executivo, centro de gravidade do Sistema Político Brasileiro. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. Sistema Político Brasileiro: uma introdução. Op. cit., p. 131.

²⁷⁷ OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. Choosing Judges in Brazil: Reassessing Legal Transplants from the United States. *The American Journal of Comparative Law* Vol. 59 (2), 2011, p. 556: “o nível e o alcance do ativismo é menos partidário no Brasil do que nos Estados Unidos”.

fragmentação horizontal e partidária dos poderes políticos após 1988, que de certa forma trouxe estabilidade a democracia, principalmente durante o período do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-1998),²⁷⁸ onde foi apresentado um ambiente favorável para que o Supremo tivesse uma ascensão. Esses fatores da difusão do poder político, auxiliaram para que o Supremo tivesse uma ascensão, existe dois aspectos interessantes de analisar sobre esses fatores, o primeiro é em relação as oportunidades de conflitos de questões políticas importantes, que possibilitam a judicialização desses temas, o segundo ponto é da independência que a Corte adquiriu após a redemocratização do Brasil, e com a divisão horizontal do Governo entre Executivo e Legislativo, sendo e parte dessas competência legislativa disposta nos artigos 48 a 50 e artigo 84, sendo esses fatores apresentados somados pelo pluripartidarismo que o país adotou, foi responsável por essa formulação político-institucional.

Então outro fator importante para a construção do ativismo judicial, foi a criação de múltiplos partidos, que por meio de disputas e de acordos, acabou por dificultar que houvesse alguma associação se destacasse,²⁷⁹ e aumentando a fragmentação entre os poderes. Esse ambiente criado pela diversidade partidária, trouxe uma maior necessidade de que para haver harmonia, os representantes do executivo, necessitam fazer uma série de concessões, para que assim consiga alcançar seus objetivos, relacionados a implementação da sua agenda de políticas públicas, com isso é necessário que o Governo distribua entre os partidos de maior representação as pastas ministeriais, O “Presidente brasileiro [ainda] é, de jure e de fato, o principal legislador do país”,²⁸⁰ contudo para que os seus projetos tenham andamento, o mesmo necessita do apoio político, e com isso necessita de uma coalizão partidária, pois o

²⁷⁸ Timothy J. Power, *Brazilian Democracy as a Late Bloomer. Reevaluating the Regime in the Cardoso-Lula Era*. *Latin American Research Review* (Special Issue), 2011, p. 219

²⁷⁹ No ano de 2011, das 513 vagas da Câmara dos Deputados eram ocupadas por 19 partidos; e das 81 vagas do Senado, entre 15 partidos. Nove partidos possuíam em torno de 5% por cento ou mais dessas participações. Atualmente essa distribuição ainda se mantém, apesar da promulgação da lei 13.488, de 2017, que teve como um dos objetivos criação de critérios para criação de partidos, para que assim pudesse evitar criar mais partidos sem necessidade

²⁸⁰ LIMONGI, Fernando. *Presidencialismo e Governo de Coalizão*. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Org.) *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 256.

Presidente para que consiga governar precisa do apoio parlamentar. Sendo esse mecanismo de política conhecido como presidencialismo de coalizão.²⁸¹

Entretanto essa forma de coalização partidária, traz um contraponto, que é a criação de uma oposição, que se organiza de forma similar e com uma conexão de relativa correspondência entre poder Executivo e Legislativo, apresentando assim “um padrão consistente de governo versus oposição, com razoável disciplina entre os diversos parceiros do governo e alta disciplina por parte da oposição.”²⁸² Por causa desse mecanismo, é difícil que ocorra um Governo com uma preponderância de Poder Político, mesmo que o Presidente consiga por meio de troca impor a sua agenda, mas para que isso ocorra é necessário uma série de diálogos com diferentes partidos do Congresso.

Esse procedimento adotado na democracia brasileira, trouxe o benefício de não concentrar o poder todo no cargo de Presidente da República, sendo assim o Congresso composto por diversos partidos, cooperam para o funcionamento da Democracia, sendo uma forma de prevenir que haja uma soberania do Executivo, como foi no passado. Sendo assim a falta de uma força política superior, se é necessário um diálogo entre as instituições, para que assim haja aprovação das normas, com isso esse pluralismo legislativo, traz base de pensamentos diversos, que repercute de forma positiva na estabilidade da democracia, e com isso possa haver uma segurança institucional.²⁸³

Contudo esse ambiente proporcionado pela organização das instituições, permite que o Supremo Tribunal Federal atue de forma ativista,²⁸⁴ pois a Corte acaba por ganhar liberdade para prosseguir com o seu projeto de interpretação da constituição de forma contemporânea, que limita o poder para que possa ser posto em pratica os direitos fundamentais. Em uma análise do comportamento do poder político de forma fragmentada, a alternância de governo,

²⁸¹ SANTOS, Fabiano. O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 84; Idem. Partidos no Presidencialismo de Coalizão. Dados – Revista de Ciências Sociais, Vol. 45 (2), 2002, pp. 237/264.

²⁸² SANTOS, Fabiano. O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão. Op. cit., p. 109

²⁸³ 9 GINSBURG, Tom. Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases. Op. cit., p. 18.

²⁸⁴ Luciano da Ros, Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. Revista Direito, Estado e Sociedade Vol. 31, 2007, p. 94

com isso os partidos políticos colocam o STF um poder atuante para manter o equilíbrio do poder.²⁸⁵

Essa forma de manter a estabilidade entre os agentes dos poderes, podem ser feitas através de acionamento da Corte sobre questões de controvérsia, podendo ser justificada por não acreditarem, ou achar que a lei tenha alguma obscuridade, sendo essa decisão de suma importância, já que o entendimento da mesma pode interferir nos ideais da sociedade. Por isso é de interessante para os poderes, que a Corte mantenha a sua estrutura, pois caso o Supremo perca a sua relevância, significa que pode haver uma desarmonia entre as relações dos poderes, que pode trazer danos a sociedade.²⁸⁶

Com isso os membros dos poderes, tem um grande acesso as ações constitucionais abstratas da Corte, sendo elas ADI, ADC e ADPF, sendo esses instrumentos são utilizados principalmente pela oposição, sendo assim a Corte exerce um papel importante de pacificador de conflitos político-legislativas que acontecem fora do parlamento. Uma atuação que o governo utiliza é deixar que, a Corte solucione, por intermédio de suas decisões, questões divergentes, que cause controvérsia e política. Com isso em alguns assuntos que são considerados polêmicos, mas que de certa forma o Governo quer que aquela demanda tenha avanços, e que apresente bloqueios legislativos para que isso ocorra, mesmo em seu próprio partido ou coalizão, nesses casos o Governo pode não encontrar o número necessário para aprovação da proposta, e por causa do receio e custos políticos que o prosseguimento dessa demanda pode causar, o mesmo se utiliza da estratégia de deixar que a Jurisprudência do STF decida sobre a questão, tirando do Governo essa responsabilidade.²⁸⁷

Com isso a uma serie de casos em que a Corte decidiu sobre assuntos que seria de competência de solucionar de outros poderes, como questões envolvendo aborto, união homoafetiva e descriminalização da maconha, casos emblemáticos que trouxeram conceitos de moral, e posicionamentos diversos, e que por fim o Supremo teve que entregar um parecer,

²⁸⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, Revista de Direito do Estado Vol. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 60

²⁸⁶ GINSBURG; Tom, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit., p. 22

²⁸⁷ WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History*. Op. cit., p. 86.

essas decisões sobre assuntos de suma importância que deferiam ter sido tratadas pelo meio político. Mark Tushnet expos que, “políticos suportam a judicial review porque eles a julgam politicamente útil”, significa que os magistrados podem atuar favoravelmente ao regime majoritário e contra o Legislativo, captando a responsabilidade por decisões controvertidas.²⁸⁸

Por causa dessa atuação do Poder Legislativo e Executivo, trouxe uma ascensão do Supremo Tribunal Federal, que trouxe o ativismo judicial como mecanismo, para solucionar fatores de controvérsia política, com isso a jurisprudência desenvolvida pela Corte, favorecida pelo ambiente político sem que na maioria dos casos, salvo algumas exceções,²⁸⁹ haja resistências dos poderes para execução do entendimento colocado.

com isso esse capítulo teve o objetivo, de abordar, fatores que transformaram a Corte brasileira que anteriormente considerada passiva, do período antes da Constituição de 1988, para a Corte atual que tem um provisionamento ativista, abordando fatores que favorecessem que essa atuação do Supremo seja possível. O próximo tópico tem como propósito apresentar casos de ativismo judicial da Corte, mostrando como a mesma se posiciona em casos considerados polêmicos, e como os demais poderes reagem a jurisprudências.

4.2.3- Casos de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal

A diversos casos em que o Supremo Tribunal do Brasil, foi incitado de utilizar o ativismo judicial, esse capítulo abordaremos alguns casos em que mostra como essa atuação ocorreu, e de mostrar também como o Legislativo, Executivo e a sociedade reagiram a essas decisões. O primeiro caso em que estudaremos sobre o ativismo judicial na Corte brasileira é da Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277 do Distrito federal, e da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 132 do Rio de Janeiro, que chegou ao

²⁸⁸ WHITTINGTON, Keith E. Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History. Op. cit., p. 84:

²⁸⁹ O caso que fica explícito essa resistência do sistema, é da vaquejada, que gerou reação tanto do legislativo como do executivo, que elaboraram projetos tanto de lei como de emenda constitucional, para que assim a decisão do STF fosse superada

Supremo, e obteve votos de forma unânime em relação a União Homoafetiva, transmitindo os mesmos direitos de união estável de casais heteronormativos para os casais do mesmo sexo.

As referidas ações de controle de constitucionalidade foram propostas pelo Governador do Rio de Janeiro, que relatou que havia desarmonia no decreto-lei nº 220 de 1975, que tratava do estatuto dos Servidores Cíveis do estado do Rio de Janeiro, em seu art. 19, e incisos de I a X e do artigo 33, previa dispositivos que poderia ser interpretados como uma redução de direitos a pessoas homossexuais, então as ações de fiscalização da constitucionalidade, apontaram que havia um descumprimento com a Constituição, e que as decisões judiciais que vinham sendo emitidas no Rio de Janeiro e em outros entes da federação do Brasil, estavam tendo entendimento de negação as união estável de pessoas do mesmo sexo como passíveis de direitos.²⁹⁰

No ano de 2011, o Supremo se manifestou, com entendimento unânime, a judicialização dos direitos da comunidade LGBT em relação a união homoafetiva, trazendo um grande avanço para comunidade. Alcançando esse entendimento a instância do Poder Judiciário, que ao entender sobre o tema acabou expandiu o parecer da decisão aos demais órgãos administrativos e judiciais, como intermédio de colocar um ponto final aos diversos processos e decisões controvertidas que vinham acontecendo no país, tendo como finalidade uma garantia de direitos mínimos aos casais homoafetivos, igualando assim aos direitos já previstos a casais heteronormativos.

Apesar importante posicionamento do Supremo, que trouxe uma série de conquistas para a comunidade LGBT, por meio do julgamento de 2011, verificou-se que algumas tensões entre movimentos sociais, em um lado a parcela da sociedade conservadora, que apresentou resistência para aprovação das medidas que envolve gênero e orientação sexual, consecutivamente o conceito novo de família, esse conflito ganhou repercussão nas últimas décadas.

²⁹⁰ DEZEM; Siqueira. A inadequação da teoria da "última palavra" e o efeito backlash como legítimo fenômeno dialógico. p. 50

Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), deliberou a Resolução de nº 175/2013, que obrigou os cartórios de todo o Brasil a efetuarem a união entre casais do mesmo sexo, não podendo recusar a praticar o ato, proibindo assim a negativa pelas autoridades que tem a competência de celebrar o casamento civil, ou de reconhecer a união estável. Em contrapartida, embora haja a judicialização no tema relacionado a união homoafetiva, a sociedade brasileira nessa questão cada vez mais apresenta um posicionamento mais liberal.

Essa decisão do Supremo, trouxe um outro aspecto para ser analisado, que seria uma movimentação contrária essa abertura de direitos sociais, especialmente vindo dos partidos considerados conservadores do Congresso Nacional, trazendo uma forte oposição ao reconhecimento dos direitos da união homoafetiva. No ano de 2013, um tempo depois da decisão da corte, e da expedição da Resolução do CNJ, foi proposta na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.583/2013, concebido pelo Deputado Anderson Ferreira, do partido Republicano do Rio de Janeiro, que ficou conhecida como “Estatuto da Família”. A proposta legislativa do legislador, estabeleceu que somente seria entidade familiar aquela que se conte um “núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.²⁹¹

Observando o assunto abordado no projeto de nº 6.583/13, pode se entender que o texto normativo confrontava o entendimento dos Ministros das decisões em sede do STF, em relação as ADI nº4.277/DF e na ADPF nº132/RJ, apresentando assim uma reação a decisão pelo poder legislativo. No ano de 2014, sobre esse mesmo tema a câmara dos Deputados, por meio de uma pesquisa encerrada em 2015, onde consultaram a população sobre a matéria do projeto de lei, que teve cerca de 4,9 milhões dos votos, onde 48,09% dos votantes foram favoráveis a proposta de lei sobre o estatuto da família.

Através dessa pesquisa elaborada, pode se observar, que as reações emitidas pela sociedade sobre a questão da união homoafetiva estavam divididas, e consecutivamente o

²⁹¹ Câmara dos Deputados, 2013- PL estatuto da família

legislativo também, e com isso houve a reação por intermédio do projeto de decreto legislativo de nº 224 de 2011, que foi elaborado no mesmo ano da decisão do STF, esse projeto de lei teve como autor o Deputado Federal João Campos, do PSDB de Goiás, que no momento da elaboração era parlamentar da bancada evangélica.

O objetivo do Decreto de lei era de suspender os efeitos que surgiram com a decisão do Supremo Tribunal Federal, usando a argumentação de que neste caso o judiciário estaria ultrapassando a sua competência, invadindo o escopo de poderes da função do legislativo, pois a suas decisões estaria de certa forma modificando normas, tanto o artigo 226, § 3º, da CRFB 97, como do art. 1773 do código Civil²⁹², sendo este último artigo responsável pelo entendimento do que seria o casamento, sendo o mesmo previsto entre um homem e uma mulher.

No ano de 2016, teve um Projeto de lei de nº 4.754, que foi apresentado pelo Deputado do PSD do Rio de Janeiro Demóstenes Cavalcante, que se participava da Comissão Especial, que tinha com propósito verificar o “Estatuto da Família”, o projeto de lei, previa fazer algumas modificações, uma delas seria no artigo 39 da lei nº 1.079 de 1950, que trata da lei de Impeachment, sendo essa alteração trazia a hipóteses de crimes de responsabilidade pelos ministros do STF, trazendo assim uma tentativa de frear o Judiciário, para que o mesmo não usurpasse de competência pertencentes ao Legislativo e Executivo.²⁹³

Sendo assim o caso da união homoafetiva trouxe uma discussão que não se há um consenso da sociedade, podemos analisar que esse caso gerou uma grande comoção de vários setores, podendo se falar que a mesma gerou efeito backlash, que apesar de nenhuma dos referidos Projetos de lei e decreto-lei ter sido aprovado, trouxe uma certa controvérsia sobre provisionamentos, a decisão do STF pode ser considerada um avanço para ala mais progressiva da sociedade e sucessivamente sendo assim, aprovação desde projetos seriam um retrocesso, ocorre que para o setor da sociedade mais conservadora, entende que atuação do

²⁹² Código Civil Brasileiro. 2002, “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

²⁹³ PIMENTEL. “Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva”. 189-202

STF como uma forma de usurpação da competência, e que de certa forma o judiciário não teria a legitimidade necessária para essa atuação.²⁹⁴

Sendo assim, a decisão foi responsável por trazer questionamentos sobre atuação do STF, pois de certo modo a mesma foi contrária da parcela conservadora e religiosa do País, e acabou que com este ato abriu uma brecha para uma atuação do legislativo que foi no sentido de criação de leis que se fosse desfavoráveis a comunidade LGBT.²⁹⁵

O próximo caso que podemos analisar na jurisprudência brasileira é a questão sobre o aborto, essa prática no ordenamento jurídico do Brasil é considerada um crime, que é associada como forma de proteção à vida, em outros termos a lei protege o feto não precisa necessariamente ser uma pessoa humana dotada de personalidade. Esse tema traz diversas questões a serem debatidas, como por exemplo quando a vida pode ser considerada, para alguns a vida é considerada desde a fase zigoto, e para outros somente quando há o nascimento com vida de um indivíduo.²⁹⁶

A atuação do judiciário brasileiro referente ao aborto, tem se modificado ao decorrer do tempo, tendo decisões consideradas ativistas, ocorre que essa atuação, principalmente do STF, acontece por causa da omissão legislativa, que por vezes, se nega a intervir em temáticas consideradas polemicas, e que de certo modo pode modificar resultados de futuras eleições. Existe diversos projetos de lei que tratam de descriminalização do aborto²⁹⁷, que já foram propostos pelo Legislativo, contudo o debate desse tema, sempre esbarra em alguns aspectos, sendo eles as questões religiosas e morais, esses projetos foram tentativas de modificar a lei penal através do legislativo, ocorre que esses projetos de lei não tiveram êxito e foram arquivados.

²⁹⁴ Hoffmann; Hennig Leal. Decisão judicial e efeito backlash a partir das decisões do supremo tribunal federal. p. 195-206

²⁹⁵ Barsaglia Pimentel. “Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva”. 189- 202

²⁹⁶ Existe diversas teorias sobre a vida, sendo a concepcionista, que refere que a vida começa na fecundação do ovulo com espermatozoide, que dá origem ao zigoto. Há também a teoria de Personalidade condicional, que tem como entendimento que a personalidade civil começa na concepção, condicionada com o nascimento com vida. E a última é a Teoria Natalista, que a personalidade jurídica somente começa ter a validade após o nascimento do indivíduo com vida.

²⁹⁷ PL 1.135/91; PL 3.280/92, PL 176/95; PL 1.956/96; PL 4.304/96; PL 2.929/97; PL 3.744/04; PL 4.834/05; PL 7633/14; PL 882/2015, com o PL 891/2015 apensado; todos da Câmara dos Deputados.

Podemos analisar que por se tratar de um tema delicado e de controvérsia grande da sociedade, acaba por ser colocado de lado, sendo considerado por cientistas políticos como “ponto cego legislativo” (legislative blindspot), em outras palavras não é de interesse dos parlamentares discutirem sobre o assunto, nesse mesmo entendimento o Ministro Marco Aurelio dispões em seu voto na ADPF 347:

Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais. A história possui vários exemplos de agentes políticos haverem acionado cortes constitucionais, visando encontrar soluções a casos moralmente controvertidos e impopulares e, assim, evitar choques com a opinião pública. Os poderes majoritários apostam no perfil contramajoritário das cortes constitucionais ou supremas: condenadas judicialmente a atuar, autoridades públicas se escudam no Estado de Direito e no consectário dever de observar ordens judiciais para implementar aquilo que teriam feito voluntariamente se não temessem custos políticos.²⁹⁸

Com isso, podemos entender que inércia do Legislativo, que tem como função a criação de normas, acaba por transferir a sua responsabilidade ao judiciário para decidir sobre temas que envolva problemas graves com a saúde pública e violação de direitos fundamentais, com isso a solução para esses conflitos depende da interpretação do STF, para que haja implementação de políticas públicas, nestes casos de controvérsia o ativismo judicial se apresenta, sendo necessário para ampliação de normas para interpretar a constituição, por causa da atuação do legislativo de forma omissiva, acaba que certas temáticas a ser debatidas acabam por ficar impedidas de ser discutidas.²⁹⁹

no caso a descriminalização do aborto em caso de feto anencéfalo, começou quando o Conselho Federal de Medicina por intermédio da Resolução 1.752/2004, colocou em seu texto que anencéfalos são natimortos cerebrais, pois os mesmos não possuem hemisfério cerebrais que sejam compatíveis com a vida extrauterina, sendo assim os impedem que haja o surgimento de um ser humano, essa resolução do CRM trouxe a possibilidade de antecipação

²⁹⁸ PL 1.135/91; PL 3.280/92, PL 176/95; PL 1.956/96; PL 4.304/96; PL 2.929/97; PL 3.744/04; PL 4.834/05; PL 7633/14; PL 882/2015, com o PL 891/2015 apensado; todos da Câmara dos Deputados

²⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista EMARF: Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional. p. 389.

de forma terapêutica do parto, trazendo a opção dos pais sobre a manutenção da gravidez ou não em casos em que fosse constatado que o feto é anencefálico.

Ocorre que essa resolução entrou em conflito diretamente com o Código Penal brasileiro, que autoriza a prática de aborto em alguns casos específicos, e nenhum desses casos previa o aborto de feto anencefálicos, com isso surgiu a discussão sobre a possibilidade de escolha de manutenção da gravidez, onde fosse constatado por meio de laudo que o feto seria de fato anencefalo, e esse debate acabou chegando ao STF, com argumentos de que a manutenção da gestação nesses casos poderia causar, danos físicos e psicológico para a mulher que fosse obrigada a manter a gravidez contra sua vontade.

O STF, no ano de 2012, analisou os casos que foram permitidos e realizados o aborto de fetos anencefálico, pelo fator de ser inviável a vida extrauterina, no caso a ADPF 54, foi favorável a preservação da liberdade de escolha e a dignidade da mulher, que queira interromper a gestação desde que:

Some-se a isso o fato de o meio adequado e necessário para a proteção da vida do feto – a postura interventiva do Estado – ferir, além da liberdade, a integridade física e psicológica da mulher, seja na esfera da saúde (os riscos são maiores na gestação e o abalo psicológico é drástico e inegável), seja na esfera da dignidade humana, pois, se há dúvida sobre a viabilidade de vida para o feto anencefalo, a imposição da gestação contra a vontade da mulher é tortura física e psicológica em razão de crença (não importa se institucionalizada por meio de lei ou de decisão jurídica, ainda é mera crença), nos exatos termos da Lei dos Crimes de Tortura³⁰⁰

No entendimento exposto no voto-vista do Ministro Ayres Brito, colocou que a conduta não deveria ser punida por causa da própria atipicidade da conduta, pois em seu entendimento o crime não existiria, pois o aborto nesse caso não é o impeditivo responsável pela falta da vida.³⁰¹ Um fato importante de ser ressaltado é de que o Código Penal em vigência no Brasil, é de 1940, sendo anterior a constituição em funcionamento que é de 1988.

³⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em setembro. 2024.

³⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 54. Questão de Ordem. Voto Vista: Ministro Ayres Brito, 20 de outubro de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoADPF54.pdf>>. Acesso em setembro 2024.

Essa decisão trouxe a possibilidade de que caso a gestante optasse por interromper a gravidez em casos em que fosse comprovado que o feto fosse anencefálico, fosse permitido, é importante ressaltar que a decisão proferida pelo STF não obrigou a antecipação do parto para todas as mulheres, mas somente para aquelas que quisessem fazer, e outro ponto a ser abordado é que o Supremo não legalizou o aborto, ele trouxe uma hipótese específica em que a prática poderia ser aplicada.³⁰²

Em 2016, a 1ª Turma do Supremo, após o voto do Presidente Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu pela criminalização do aborto no primeiro trimestre, seria uma violação de uma série de direitos fundamentais referente as mulheres, sendo esses direitos referentes, a autonomia, integridade física e mental, igualdade de gênero e os direitos sexuais e reprodutivo e o princípio da proporcionalidade, sendo posicionamento favorável para a descriminalização do aborto.

Com isso decisão no mesmo tema sobre o aborto foi o Habeas Corpus nº 124.306, que foi impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro, onde duas pessoas foram acusadas e presas preventivamente pela pratica de aborto em uma clínica clandestina, onde os mesmos foram denunciados junto com a gestante que consentiu com o aborto, nesse caso o Ministro Marco Aurelio, votou pela admissão do Habeas Corpus, afastando a prisão preventiva, e em sua exposição pois o sua opinião sobre a criminalização do aborto , sendo o mesmo entende que o dispositivo penal seria inconstitucional.

Sendo assim os artigos 124 e 126 do código penal, onde esta exposto a punibilidade do aborto, tanto o praticado pela própria gestante como por terceiros com o consentimento da mesma, foi objeto de controle concentrado de constitucionalidade, e foram considerados inconstitucionais, a decisão do Supremo não dispôs de condições específicas para a pratica do aborto, diferente do artigo 128 do CP, o entendimento do STF, veio como forma de tentar trazer o debate sobre a constitucionalidade do crime de interrupção voluntaria da gravidez, desde que esse ato seja praticado no primeiro trimestre, sendo essa pratica consentida, pois em

³⁰² MINGATI, Vinícius Secafen; GÓES, Winnicius Pereira de; COSTA, Ilton Garcia da. O aborto do feto anencefálico e a questão constitucional. Revista Brasileira Crescimento e Desenvolvimento Humano, vol.22. no.2. São Paulo, 2012. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/44942>>. Acesso em setembro 2024

caso de falta de consentimento da mãe, o entendimento é de que há uma violação do direito a vida e do direito de escolha.

O entendimento que se a por parte da doutrina é de que a proibição do aborto seria uma violação a igualdade de gênero, fazendo assim que o machismo da sociedade brasileira seja mantido, como expôs o Ministro Ayres Brito "Se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta"³⁰³, outro ponto que pode ser analisado nesse caso seria que a criminalização do aborto atinge principalmente a parcela da sociedade mais pobre, pois segundo o Ministério da Saúde, as mulheres pobres são as que mais sofrem, já que apesar da prática ser proibida, aqueles que possuem recursos financeiros conseguem realizar o aborto em clínicas médicas particulares, que apesar de esse ilegais, oferecem certa segurança ao procedimento, tendo acompanhamento de médicos, e mantendo o sigilo sobre a situação.

Ocorre que as mulheres que não possuem condições financeiras, procuram práticas de abortos inseguras, geralmente autoaborto realizado em sua própria residência, através de ingestão de medicamentos, ervas e chás, entre outros métodos, que podem ser irreversíveis para saúde, podendo deixar a mulher estéril ou levar ao óbito. Com isso essa parcela da sociedade acaba por sofrer mais pela consequência de um aborto mal realizado, sendo obrigadas a procurar o Sistema de Saud, e com isso acabam por ser denunciadas pela prática. Por causa desse entendimento o Ministro Barroso colocou que:

[...] a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.³⁰⁴

³⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 54. Questão de Ordem. Voto Vista: Ministro Ayres Brito, 20 de outubro de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoADPF54.pdf>>. Acesso em setembro 2024.

³⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em setembro 2024.

Podemos observar que a prática de aborto ser proibida, não significa que a mesma não ocorra, mas demonstra que as pessoas que mais sofrem com essa proibição são as mulheres mais pobres, então para Carlos Alberto Britar, quando tratou de direitos da personalidade em relação aos nascituro, coloca que o caminho mais eficaz para tentar solucionar o dilema sobre o aborto, seria realizar a assistência, o acolhimento e tratamento pelo Estado, tendo como objetivo disponibilizar programas familiares com acompanhamento terapêutico, que coloque as consequências da realização da escolha de interromper ou não a gestação

A multiplicação de clínicas clandestinas, a ruptura do código de ética em caso de aceitação de procedimentos dessa natureza pelo médico, a forma como se trata o descarte do aborto, os riscos para a vida da gestante em casos de má qualidade do serviços médico executado, o uso de técnicas altamente perfurantes e o uso de medicamentos de má qualidade apontam para o caminho da descriminalização, e para a indução de políticas públicas de orientação, acolhimento, assistência social e psicológica, bem como de legalização dos procedimentos de aborto pelo sistema público de saúde. A repressão penal, portanto, mostrou-se ineficaz em processar o desestímulo da conduta

Sendo assim responsabilidade do Estado³⁰⁵ de tentar solucionar demandas sociais, por intermédio de políticas públicas, o Ministro Sarmiento, expos em seu voto sobre a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálicos, de que, a descriminalização do aborto no primeiro trimestre, seria possível, já que o feto ainda não desenvolve o córtex cerebral, que é responsável pela racionalidade, sentimento e pensamento, sendo impossível a vida fora do útero:

A tese que aqui se defenderá é a de que a vida humana intrauterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido. Sustentar-se-á, por outro lado, que a proteção conferida à vida do nascituro não é uniforme durante toda a gestação. Pelo contrário, esta tutela vai aumentando progressivamente na medida em que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extrauterina. O tempo de gestação é, portanto, um fator de extrema relevância na mensuração do nível de proteção constitucional atribuído à vida pré-natal³⁰⁶

Para concluir a exposição sobre o debate do aborto no Brasil e o ativismo judicial que se apresentou, o Ministro Luís Roberto Barroso, colocou em seu voto que a forma em que o Código Penal de 1940 coloca o aborto, não estaria de acordo com os direitos fundamentais

³⁰⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 125.

³⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.240. 2005, p.65.

que estão assegurados na Constituição Federal de 1988, é importante ressaltar que essa decisão do STF não descriminalizou o aborto em seu primeiro trimestre, contudo esse tema traz ainda diversos debates em âmbito judiciário, que analisam se seria constitucional a manutenção do aborto como crime, enquanto o legislativo se matem um tanto quanto omissos sobre o tema.

Um outro caso considerado emblemático do STF, e que apresenta a ação do ativismo judicial, seria a decisão do STF sobre a prática da vaquejada, sendo esse parecer um dos mais emblemáticos, diferente das outras duas decisões onde se apresentaram reações dos poderes, nesse caso o efeito chamado *backlash*, se apresentou de maneira bastante expressiva, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.983, nomeada de ADI da vaquejada, trouxe explicitamente, uma das formas de reação às decisões ativistas da Corte.

A ADI trouxe como pedido que fosse considerada inconstitucional a Lei 15.299 de 2013, do Ceará, onde o procurador-Geral da República colocou que haveria desconformidade da lei com o texto da Constituição e aos seus princípios, alegando que as práticas realizadas na vaquejada seriam inconstitucionais. Essa atividade consiste em um vaqueiro que tenta derrubar o boi de acordo com as regras estabelecidas pelo esporte, essa prática tem origens bem antigas, em especial na região Nordeste do Brasil, sendo considerada uma forma de cultura regional. Em 2016 o Supremo Tribunal Federal declarou a referida lei inconstitucional, e não considerou a prática como desportiva, outro argumento apresentado pela Corte foi que a prática da vaquejada estaria em desacordo com a Constituição.

Apesar de a ação ter sido considerada inconstitucional, houve um forte debate que dividiu de opiniões entre os Ministros da Corte. Nesta ação houve a presença do instituto chamado *amicus curiae*, que através da associação de vaquejada (ABVAQ), que apresentou argumentos de que a prática da vaquejada seria um evento de manifestação cultural que estaria amparada pela Constituição no seu artigo 215, sendo essa prática cultural responsável por movimentar um grande setor da economia, gerando diversos empregos e tendo um alto faturamento que chega a casa dos milhões, desta maneira a proibição dessa manifestação cultural poderia gerar uma série de problemas, como o de desemprego e uma degradação econômica na região.

A votação da decisão ficou com o placar de 6 a 5, sendo que a argumentação majoritária da Corte, expôs que, existe no texto constitucional mecanismo que prevê a proteção da fauna

e a vedação de práticas que coloque os animais em risco de extinção ou em maus-tratos, estando baseado no art. 225 da constituição, conseqüentemente, neste caso o direito fundamental que foi defendido combinou em ser a proteção do meio-ambiente, que sobressaiu ao direito a prática cultural. A parte da Corte que foi vencida, colocou que essa atividade é a prática que é vivenciada pela cultura sertaneja, e que a mesma regulamentada na lei estadual do Ceará, e essa norma teria sido elaborada de forma para que não houvesse abuso dos animais, em específicos os bois e cavalos envolvidos, e que comesses mecanismo seria difícil haver maus-tratos aos animais.

Já do ponto de vista da maioria do Supremo, que teve o argumento bem exposto pelo Ministro Roberto Barroso, onde colocou pesquisas referente abuso dos animais nessas práticas, e os dados que o mesmo apresentou mostrou que a proteção que estava exposta na lei os cuidados aos animais, não seria suficiente, já que pelo modo que a prática acontece, com a “puxada do rabo do boi”, seria impossível que não acontecesse uma série de lesões ao animal, assim como os cavalos que durante o período da prática com o boi poderia se ferir também, então isso seria uma prática que seria inevitável de evitar possíveis crueldades, como foi colocado no estudo realizado pela Universidade Federal de Campina Grande, na Paraíba, que mostrou que os danos que os animais sofreram nesse tipo de prática são irreparáveis, apresentando problemas como tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite.

Outro argumento apresentado a favor da inconstitucionalidade da lei foi a jurisprudência existente no próprio Supremo, as decisões do Recurso Extraordinário de nº 153.531 de Santa Catarina que teve como relator o Ministro Francisco Rezek, acerca da “farras do boi” e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 1.856 do Rio de Janeiro, e de nº 2.514 de Santa Catarina, a respeito da “briga de galos”, onde ambas as práticas foram julgadas como inconstitucionais, por entender que as práticas causavam maus-tratos aos animais.³⁰⁷

³⁰⁷ ADI 1856/RJ

Após a lei sobre a vaquejada ser considerada inconstitucional, o congresso nacional reagiu a essa decisão, e no mesmo ano promulgou a lei 13.364, onde colocou a vaquejada como patrimônio imaterial brasileiro, e em 2017, aprovou uma emenda constitucional nº 96, que acrescentou o §7º no artigo 225 da constituição Federal, que depôs que as práticas desportivas que conta com animais, não podem ser consideradas cruéis, desde que a mesma, trate de manifestação cultural, e que esteja em conformidade com dispositivo constitucional, art. 215, §1º, que trata sobre os patrimônios imateriais da cultura brasileiras, devendo ser essas práticas ser regulamentadas por lei específicas.³⁰⁸

Esses atos legislativos que contrariam a decisão da Corte pela inconstitucionalidade da lei, podemos ver uma nítida manifestação do efeito backlash, sendo essa uma reação das instituições, que questiona a atuação do STF. Entretanto essas normas referidas após o julgamento do caso da vaquejadas, foram posteriormente objetos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo esse julgamento está pendente para decisão, trazendo para o plenário novamente se realmente se deve haver a declaração de inconstitucionalidades das normas suscitadas, e se as mesmas ofendem, de forma objetiva e intensa, o princípio da razoabilidade, que transcorre de garantia fundamental do devido processo legal em sua âmbito material, assim como a manutenção da vigência desses ordenamentos pode retrocesso ambiental e civilizatório em relação eficácia normativa da regra constitucional prevista no art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, onde está disposta a vedação absoluta de submissão dos animais à crueldade.

Em relação a Emenda Constitucional nº 96 de 2017 e da Lei federal nº 13.364, as mesmas trazem uma ofensa ao núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado, ocorre que esse acréscimo a Constituição do § 7º do art. 225, seria uma forma nítida de ofensa ao princípio, ao que diz respeito a sua integridade e a garantia fundamental do devido processo legal. Neste caso há um claro conflito entre duas normas o artigo 225, § 1º, inciso VII e do artigo 215 da Constituição, o primeiro dispositivo trata sobre a proteção do meio ambiente neste caso os maus tratos animais, e o segundo artigo traz a proteção a manifestação cultural, apesar da lei estadual do ceara ter sido considerada

³⁰⁸ CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 144

inconstitucional, pouco tempo após a decisão do STF foi aprovada a lei 13.364/16 que alterou a vaquejada e os rodeios para o status de manifestação artístico cultural, ademais houve a aprovação do congresso no projeto de emenda constitucional nº 96/17, onde acrescentou um parágrafo no artigo 225 estabelecendo que as práticas realizadas na vaquejada, não pode ser consideradas crueldade as práticas desportivas que utilizam animais, desde que as mesmas sejam manifestação cultural.

Outro caso emblemático e recente do judiciário brasileiro é o Recurso Extraordinário nº 635.6597/SP, que chegou ao Supremo Tribunal Federal, em 2015, que trouxe através da repercussão geral a questão sobre a descriminalização do porte da maconha para uso pessoal, o Ministro Gilmar Mendes expos em seu relatório, e apos isso outras entidades foram ouvidas, como a Defensoria Publica do Estado de São Paulo, o Ministério Público do Estado de São Paulo, e outras instituições e organizações não governamentais, exercendo assim a figura de *amicus curriae*, para que assim o debate sobre a temática fosse melhor entendido.

O caso analisado pelo STF foi, de um detento que possuía três gramas de maconha dentro do presídio, e o entendimento da lei de drogas em seu art. 28 da Lei 11.343/2006, é de que guardar, ter, deposita, transportar e adquirir, para uso pessoal, drogas seria um crime. Apesar do uso da droga para si próprio ser despenalizado, em outros termos, o individuo não será condenado a pena privativa de liberdade, existe outras sanções aplicadas como: “I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo”³⁰⁹. Sendo assim pessoas que sejam apenas usuários, que adquirirem, guarda, ou tiver deposito, transportar, acaba por cometer um delito, mesmo que seja apenas para uso pessoal, é importante que a pessoa detida com droga, não será mais réu primaria.

O recurso Extraordinário trazido pela Defensoria Publica do Estado de São Paulo, trouxe a tese de que o art. 28 da lei 11.343/2006, o questionamento incidental da constitucionalidade, pois a criminalização do uso da maconha, traria violação ao direito fundamental da privacidade e intimidade, ferindo os princípios constitucionais do art. 5º da

³⁰⁹ Lei nº 11.343/2006

Constituição, trouxe também como argumento que a criminalização dessa conduta, de que a mesma não apresenta proporcionalidade, já que a lesividade do ato, não atinge a terceiros, e que poderia ser considerado que o uso poderia ocorrer no máximo uma autolesão, por esses argumentos a DPE pediu a absolvição do acusado por causa da atipicidade da conduta.

Contudo o Ministério Público do Estado de São Paulo, colocou que o bem jurídico a ser protegido pelo art. 28 da referida lei, seria matéria de saúde pública, com isso não teria como usar o argumento que a prática não tenha lesividade. Pois a repreensão, prevenção e proteção da saúde pública pertence ao estado e, o as drogas interferem as políticas públicas, e com isso o Estado seria o principal afetado pela descriminalização das drogas.

Nesse caso a um conflito entre dois direitos fundamentais, de um lado, o princípio de direito à liberdade, intimidade e privacidade pessoal dos indivíduos, e de outro lado os direitos relacionados à segurança e saúde pública. Sendo um assunto delicado, que divide opiniões, sendo o posicionamento mais adotado desde 2006, de uma política de combate ao uso e tráfico de drogas.³¹⁰

O voto do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que o art. 28 da Lei 11.343, pela inconstitucionalidade, e retirando do dispositivo todos os efeitos penais das sanções previstas, para o Ministro, o Legislativo deveria regulamentar o assunto, pois a referida lei teria um vácuo legislativo, sendo assim as medidas que deveriam ser aplicadas seria de caráter administrativo, sem que haja qualquer efeito penal. Ainda em seu voto ressaltou, que esse entendimento não deveria ser interpretado como uma legalização ou liberação do uso de drogas, apenas seria uma descriminalização do uso.

Para um melhor entendimento o uso de drogas não seria uma temática ser objeto do direito penal, podendo ser considerada uma conduta atípica, e deixou claro em seus argumentos que seria de responsabilidade do Legislativo solucionar a problemática e não do Poder Judiciário. Neste mesmo processo o Ministro Edson Fachin colocou em seu voto que entendia que a maconha deveria ser descriminalizada, porém as demais drogas deveriam

³¹⁰ Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 46, n. 147, Dezembro, 2019, p.183

continuar a ser criminalizada. Colocou em seus argumentos que a Corte de exerce um papel de autocontenção, em questões relacionadas as matérias penais.

Trouxe em seu voto, que não seria de competência do judiciário solucionar o vácuo legislativos advindos de uma possível declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da lei nº 11.343/2006. Assim como não seria a sua obrigação estabelecer parâmetros de referência entre o uso e o tráfico de drogas, sendo esse dever atribuído ao Poder Legislativo e Executivo. A conclusão desse caso, foi o provimento ao recurso que absolveu o acusado por atipicidade da conduta, sendo considerado o art. 28, declarado inconstitucional incidental progressivo.

Outro Ministro que expos seu voto de forma bastante didática, foi o Ministro Luís Roberto Barroso, onde trouxe um posicionamento favorável a descriminalização da maconha, e entendeu que para a descriminalização de outras drogas deveria se ter um maior aprofundamento sobre o caso concreto,³¹¹ reconheceu também que as políticas publicas aplicadas para o combate as drogas, não era eficaz, sendo necessária reavaliar as práticas usadas, para aplicação de novas, e entendeu que a aplicação das leis de combate as drogas, foram responsável nas últimas décadas pelo aumento do poder do tráfico, do uso e da falta de tratamentos eficazes.

Outro argumento que Barroso trouxe em seu voto para a descriminalização da maconha, é de que países que aplicaram esse entendimento tiveram existo, esses países são, Portugal, Colômbia, Peru, Chile, Paraguai, Uruguai e Argentina. Outro ponto que abordou em seu voto é de que deveria estipular uma quantidade de drogas permitida para uso, para que aferição feita pela polícia fosse padronizada, o ministro sugeriu a quantidade de 25 ramas de maconha como referencial, e possibilidade de cultivo de até seis pés de maconha fêmea, podendo esse entendimento ser utilizado até a deliberação do Legislativo sobre o tema. Concluiu em seu voto pelo provimento do recurso com a absolvição do acusado, e a

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Recurso Extraordinário 635.659 São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes..

declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 28 da lei nº 11.343/2006, sendo esse entendimento apenas para a maconha.³¹²

E um último posicionamento para ser observado no caso da descriminalização das drogas é do Ministro Cristiano Zanin, que teve um entendimento considerado conservador, e manifestou contrário, com o argumento de que, reconhece que a uma tendência discriminatório no texto do artigo, que desfavorece uma classe social mais vulnerável, mas colocou que não é função do STF criar leis, e que a competência da entidade é apenas julgar constitucionalidade com base na constituição.³¹³

O Ministro Zanin entendeu que o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, é o único dispositivo que no ordenamento jurídico brasileiro, traz uma diferenciação entre usuário e traficante, sendo assim, ele entendeu que não seria possível a declaração de inconstitucionalidade desse trecho, o mesmo entende que aplicação do dispositivo, pode ser um tanto quanto desigual, sendo os principais afetados, pessoas negras, de classe social baixa, e de níveis educacionais menores. Apesar dessa argumentação contrária a declaração de inconstitucionalidade, o mesmo entendeu que há uma necessidade de estabelecer um parâmetro, para diferenciar usuário de traficante, a sua proposta foi de 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas.

O resultado da votação foi anunciado em junho de 2024, e teve o placar de sete votos favoráveis e quatro contra a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, contudo a quantidade designada para diferenciar traficante de usuário não foi determinada inicialmente, ficando definida posteriormente fixando a quantidade máxima de 40 gramas ou 6 plantas fêmeas.

Podemos observar que nos quatro casos da Corte brasileira apresentados nesse capítulo da dissertação, trouxeram uma clara presença do ativismo judicial, cada qual da sua forma, e algum desses casos apresentou certa reação tanto da sociedade como dos demais poderes, o efeito Backlash pode ser observado de forma explícita, no caso da vaquejada, e uma tentativa de aplicação nos outros casos apresentados, no próximo capítulo abordaremos,

³¹² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2024.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659

a diferenciação do ativismo da judicialização da política, assim como os limites éticos e legais dessa atuação mais incisiva das Cortes.

5- Definição sobre os limites ético e legal do ativismo judicial

Como pudemos analisar com os capítulos anteriores o ativismo judicial pode se apresentar de diversas formas, e diversos momentos, e as diversas reações que essas decisões formadas pelas cortes apresentaram, algumas sendo positiva e bem aceita pela sociedade como caso Lüth na Alemanha, que foi importante para romper com os ideias do regime nazista, ou o caso do *Mdison vs. Mabury*, que trouxe o que conhecemos hoje como Controle difuso de constitucionalidade, esses casos tiveram um saldo positivo para seus países.

Ocorre que nem toda decisão das Cortes Constitucionais que tem o viés ativista tem um resultado positivo ou é recepcionada bem pela sociedade e pelos demais poderes, exemplo claro disso é o caso dos crucifixos na Alemanha, onde foi proibido em estabelecimentos públicos a colocação do objeto, nesse caso a sociedade da Bavaria não acataram a decisão da Corte, e mantiveram o símbolo religioso, outras decisões consideradas polemicas são a *Dred Scott v. Sandford*, o caso foi considerado um dos estopins para o começo da Guerra civil nos EUA, e o caso do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar proferida pelo Supremo tribunal Federal, onde parte do congresso e da sociedade ficaram dividida, mas nesse caso o posicionamento da Corte se sobressaiu.

Observando essa atuação das Cortes Constitucionais podemos observar que a uma expansão de seu poder, sendo em muitos países um dos atores mais relevantes para solucionar grandes questões relativas a moral e política, e com isso se surge o questionamento, de qual seria o limite ético e moral dessas decisões? E com isso percebemos que essa forma de agir do judiciário percebemos que o mesmo virou peça central nos sistemas de governo, e suas decisões têm interferência direta em temas importante, atuando em certos casos de forma política.

Com isso as Cortes ativistas, tem decisões, que torna elas o centro do poder, ganhando relevância dentro do país, formando a vontade política predominante, tendo assim decisões

que tem um grande custo político.³¹⁴ por causa dessa atuação mais ativa das Corte se questiona até onde essa atuação pode benéfica, e quais os limites do judiciário, e se o mesmo não estaria invadido a competência de outros poderes.

Esse panorama sobre as cortes serem atores políticos, traz o tema contemporâneo da judicialização da política, e de como o ativismo judicial se desenvolve a partir da aplicação desses mecanismos. Podemos analisar no cenário das democracias modernas, que há uma transferência de reponsabilidade por parte dos agentes políticos e da sociedade, para a corte, por intermédio de decisões que fundamentação questões políticas e sociais, evitando que esses assuntos sejam decididos pela via tradicional, que seria do Executivo e Legislativo. Então essas transferências do poder decisório, representa uma clara judicialização da política, que atua muita das vezes por causas da passividade dos outros entes dos poderes.³¹⁵

Em outras palavras essa atuação ds Corte não ocorre somente pela vontade da própria entidade, mas também porque a mesma é requerida por diversos agentes políticos e sociais, para que a mesma atue de forma que solucione conflitos contemporâneos políticos e sociais, essa atuação cria uma grande demanda de judicialização de temas que deveriam ser da seara política, trazendo uma estrutura que facilita o acesso ao poder político-normativo, e assim facilita a pratica do ativismo judicial, Contudo essa pratica depende do comportamento que o juiz apresentar, se o mesmo aceitara ou não as demandas de judicialização da política, e as soluções que o mesmo pode criar.³¹⁶

Porém é importante ressaltar que apesar desse papel político exercido pela Corte, não significa que essa entidade seja puramente política, e que a mesma pode decidir como queira, sem que as suas decisões sejam fundamentadas em textos legais, pelo contrário isso seria

³¹⁴ WHITTINGTON, Keith E. Political Foundations of Judicial Supremacy. Op. cit., p. 103 et eq

³¹⁵ VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; _____. (Ed.). The Global Expansion of Judicial Power. Op. cit., p. 13; SWEET, Alec Stone. Governing with Judges, Op. cit., p. 194.

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. Revista de Direito do Estado Vol. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75. Ran Hirschl, Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Op. cit., p. 20, distingue a “disposição de atores políticos nacionais em transferir a autoridade político-decisória da esfera política às cortes” e a “disposição do judiciário de responder positivamente a demandas por ativismo”

inadmissível pois iria contra princípios do Estado de direito.³¹⁷ Então é importante que a Corte estabeleça suas decisões de forma apropriada, sem que em sem entendimento haja obscuridades, e que tenha alguma base normativa para se ancorar, sendo assim aso Corte Constitucionais contemporâneas deveriam atuar de forma que estabelecesse um equilíbrio entre a função judicial e a função política.

Com isso entramos em mais um tópico essencial de entendimento dos limites morais da função das cortes, que é a sua postura institucional que a mesma exerce e as correções das decisões judiciais. Quando entendemos o núcleo contemporâneo do ativismo judicial é por causa da ampliação através de juízes, e cortes em relação ao seu poder político-normativo em outras demandas decisórias de grande relevância, criando assim um comportamento de protagonismo político, essas relações entre as instituições são componentes centrais do debate relacionado ao erro ou acerto de mérito constitucional ou a própria moral das decisões judiciais proferidas. O ativismo como colocado por Wojciech Sadurki “é necessariamente uma noção relacional”, sendo assim as relações entre instituições políticas e as Cortes Constitucionais formam a sua base.³¹⁸

Nessa mesma linha Ernest A. Young entendeu que a absoluta independência do termo no que se refere a correção ou não das decisões particulares, significa que debater sobre o ativismo ou autor restrição judicial, não quer dizer que aquela decisão esta correta ou não, entende-se que a Corte que é autoridade constitucional e epistêmica é detentora de tomar essa decisão: “correção de mérito e assertividade institucional [são] questões separadas”, e a noção de ativismo judicial deve envolver apenas a questão da “alocação da autoridade de tomada de decisões dentro de um sistema judicial e entre esse sistema e outros participantes do governo”.³¹⁹

Já Randy Barnett, teve um entendimento contrário, entendendo que o ativismo judicial da correção ou não das decisões judicial, seria apenas mais um clichê constitucional, já que

³¹⁷ FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. Texas Law Review Vol. 84 (2), 2005, p. 269

³¹⁸ ADURSKI, Wojciech. Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe. Op. cit, p. 87

³¹⁹ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. Colorado Law Review Vol. 73 (4), 2002, pp. 1.162/1.164

qualquer medida em que o priva de quaisquer substâncias. O entendimento do Autor era de que deveria se evitar os custos de justificar as (in)correção das decisões proferidas pela Corte, com isso o ativismo para Barnett significa “julgar impropriamente inconstitucional uma lei” o que se entende que “os juízes alcançaram uma conclusão errônea sobre a Constituição”.³²⁰

Esse posicionamento traz a simplificação de que o ativismo seria um problema de interpretação correto ou não da constituição, e com isso o método utilizado para interpretar o texto constitucional é fundamental para que se identifique o grau do ativismo judicial. Então a correção de uma norma que altere a interpretação da mesma é uma base para que possa identificar por ativismo judicial. Para Barnett o termo deveria ser alterado, entendendo que em vez de usar o termo ativismo judicial poderia se utilizar a denominação erro judicial. Contudo esse pensamento traz um esvaziamento da autonomia funciona. Podemos colocar que esse pensamento de Barnett teve um erro, já que a decisão judicial pode trazer uma aplicação clara e correta de princípios e regras constitucionais, sendo assim não há que se questionar o seu mérito, mas a mesma pode ainda ser considerada ativista e pode trazer suspeitas relativas a sua ilegitimidade. Podemos observar no caso da sentença nº 190/1970, da Corte Constitucional Italiana, abortada anteriormente nesse trabalho, onde a participação em mesma medida de promotores e advogados, em instruções criminais. Nesse caso não tem como discordar, tendo a Corte italiana reconhecido o princípio da isonomia e da ampla defesa como direitos fundamentais, sendo assim o direito do Ministério Público não pode ser mais amplo que os advogados, ao que se refere a instrução criminal.

Prova assim que nem sempre o mérito é questionável em uma sentença de ativismo judicial, podendo a mesma apresentar equilíbrio entre a participação dos profissionais, e corrigindo um vício do poder legislativo que desfavorecia e discriminava a defesa do acusado. Contudo esse acerto da corte não afasta a dúvida que existe sobre a correção da lei, sendo essa decisão trouxe a ação de um texto significativo a lei.

Com esse entendimento surge um outro questionamento, se aplicação dos princípios da isonomia e da ampla defesa, cria um mecanismo que possibilita o surgimento e novas

³²⁰ BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review* Vol. 36 (3), 2008, pp. 493/496.

normas, ou seria a conjuntura de somente o legislador poder corrigir os erros por ele cometidos? Esses questionamentos trazem também até onde a interferência judicial pode ir em relação as omissões legislativas.

Podemos falar que a correção de mérito, não traz segurança em relação a legitimidade das decisões ativistas, em outras palavras a interpretação correta do texto constitucional como elemento essencial do mérito da decisão da corte é uma coisa, contudo a interpretação correta da norma constitucional, sobre aquele que detém o poder de tomar decisão é outra coisa, sendo esse último pensamento uma clara forma de ativismo judicial.

Com isso entramos em outro tópico que é a legitimidade ou ilegitimidade das decisões ativistas, a doutrina quando se trata desses temática entende que a legitimidade do ativismo judicial pode ser separada em três grupos, o primeiro absolutamente separado, o segundo absolutamente coincidente e o terceiro contingente. O entendimento popular que se tem do ativismo, é de que a prática é ilegítima, pois as mesmas seria uma forma de usurpação de poder de outras entidades e poderes políticos, tendo assim uma ideia negativa sobre o judiciário ativista.

Sobre esse pensamento Robert Bork expôs o paradigma, onde os juízes ativistas em certos momentos decidem seus casos com a fundamentação considerada nada plausível e que não conexão com as normas, trazendo as vezes expansão ou contrariando o proposito da lei, podendo contemplar princípios que nem foram expostos na norma a que esta ser a analisada.³²¹ Com isso os juízes ativistas “chegam a resultados anunciando princípios que nunca foram contemplados por aqueles que escreveram e votaram a lei,” e com isso os mesmos realizam agendas politicas através da liberdade que possuem para interpretar a Constituição.³²² Dessa maneira as cortes ativistas acabam de forma progressiva com o direito fundamental, que foi estabelecido pelo regime democrático, que seria da sociedade de se autogovernar, mostrando assim que o ativismo judicial seria ilegítima do poder judiciário.³²³

³²¹ BORK, Robert. *Coercing Virtue. The worldwide rule of judges.* Op. cit., p. 8

³²² BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law.* Op. cit., p. 17

³²³ BORK, Robert. *Coercing Virtue. The worldwide rule of judges.* Op. cit., pp. 11/12.

Partido agora para um posicionamento contrário de Bork, essa outra linha de pensamento entende que as decisões ativistas é legítima, e com isso o ativismo judicial seria exercido dentro de uma área racional de criação judicial do direito, e estaria dentro dos limites da legitimidade judicial. Um autor que exemplificou esse pensamento é Aharon Barak, sendo considerado um juiz modelo em relação ao exercício do ativismo judicial, o mesmo colocou que o “ativismo e autorrestrição operam dentro dos limites da legitimidade judicial”, e com isso para haver a distinção entre eles seria em relação ao grau e não ao gênero.³²⁴

Esse entendimento apresentado por Barak sobre o ativismo, deve ser utilizado em decisões judiciais legítimas, pois uma tomada de decisão que esteja atrelada as preferencias pessoais do julgador, pode ser considerada ativista, sendo a mesma extrapola os limites da licitude. E com isso não teria conexão entre julgar com as convicções dos juízes e o ativismo judicial, assim como não a conexão entre ativismo judicial e decidir por sorte. Para o autor existe uma coincidência necessária entre legitimidade e ativismo judicial, apresentando a diferença apenas na intensidade e ativismo judicial e autorrestrição judicial.

em meu entender ambas as posições apresentam problemas para se defender uma relação de contingente entre o ativismo e legitimidade. No entende estabelecido por essa pesquisa não tem como afirma que todas as decisões ativistas são legítimas ou que não são legítimas, isso depende, é necessário analisar o caso concreto, para que assim possa se estabelecer de poder judicial agiu nos limites institucionais mais ou menos definidos embasados na constituição em exercício, podendo acrescentar também as diferentes variáveis políticas e sociais que podem ser apresentadas. A problemática a ser entendida seria a extensão do papel exercido pelo juiz em uma democracia constitucional, sendo essa função dependente de variáveis que não se permite legitimidade abstrato e apriorístico, com isso as decisões ativistas podem ser boas ou ruins, legítimas ou ilegítimas, mas depende das circunstâncias apresentadas.

Então podemos entender que o juiz não poder ser sempre ativista em todas as suas decisões, assim como não pode ser sempre autorrestritivo. Entende assim que, um juiz que

³²⁴ BARAK, Aharon. The Judge in a Democracy. Op. cit., p. 272.

atue somente de uma forma, que ilegitimamente, sendo assim necessário, que o magistrado caminhe entre o ativismo e autorrestrição, analisando assim o caso concreto para ver qual o melhor método. Porto que as decisões ativistas carregam uma alta carga de relevância moral e política, e com isso é importante que o magistrado use de forma que não extrapole os limites morais e éticos, para que mecanismo não seja banalizado, e que não enfraqueça os demais entes do governo.

Partindo dessa linha de pensamento é importante ressaltar a qualidade das decisões ativistas, pois as mesmas apresentam uma alta complexidade hermenêutica, de temas considerados sensíveis e cruciais. Sendo assim o ativismo deve ser analisado e medido sobre o prisma qualitativo, não sendo essa prática algo simples de analisar. Segundo alguns autores, é possível medir o ativismo judicial ao contar quantas vezes a corte, a que esta sendo analisada, declarou a inconstitucionalidade de normas, No entendimento desses autores, quanto maior o numero de decisões que declara inconstitucionalidade de lei, menor será a vontade da Corte em se defender perante ao legislativo, e consecutivamente maior será a sua disposição em ser ativista.³²⁵³²⁶

Entretanto essa metodologia acaba por nivelando as decisões judiciais, não abordando as diferenças realmente importantes entre a lei que foi declarada inconstitucional, e elaboração em diversos níveis criativa hermenêutica, e dos níveis de aplicação criativas hermenêuticas tendo essas um impacto que pode ser maior ou menor no âmbito político e social.

Outro fator a ser analisado, seria a falta de cuidado institucional por parte dos magistrados para com os outros poderes deve ser mais bem analisadas por critérios qualitativos. Como exposto por Caprice Roberts, o ativismo judicial “tem componentes que são inequivocamente qualitativos e, por essa razão, incapazes de redução quantitativa”.³²⁷ Sendo assim “o percentual de leis declaradas inconstitucionais por uma corte (em razão do

³²⁵ Lori A. Ringhand, *Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court*, *Constitutional Commentary* Vol. 24 (1), 2007, pp. 43/67,

³²⁶ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Op. cit

³²⁷ ROBERTS, Caprice L. In *Search of Judicial Activism: Danger in Quantifying the Qualitative*. *Tennessee Law Review* Vol. 74 (4), 2007, p. 573.

número total de leis que são desafiadas) é apenas um meio muito indireto e imperfeito para medir o nível de ativismo judicial”.³²⁸ Um claro exemplo sobre isso é o controle judicial efetuado nas emendas constitucionais por causa dos limites materiais do poder de reformar, posto que em qualquer realidade constitucional que possa ser aplicada o controle, o mesmo sempre será quantitativamente menor, contudo, quando exercido de forma isolada possui força qualitativa superior.

Posto assim essa diferença apresentada pelas cortes constitucionais com o legislador constituinte reformador, o controle material das emendas constitucionais será exercido de maneira qualitativa do ativismo judicial. Entendemos que nem todas as decisões de inconstitucionalidade estabelece transformação impactante no sistema político e para a sociedade. Sendo importante que a medida utilizada sobre o poder político exercido pela corte, tenha que ser analisado caso a caso, e depende da matéria que foi julgada, fazendo assim que não exista uma única perspectiva sobre a decisão. É necessário que haja uma avaliação de identificação do ativismo judicial, e que depende de uma série de variáveis, sendo difícil ter uma simplificação ou uma redução quantitativa pois as decisões ativistas da corte apresentam uma complexidade contextual difícil de ser reduzida.

Outro fator a ser abordado é a diversidade de fatores que se apresentam no ativismo judicial, esses diversos fatores, como a dinâmica contextual, como também a natureza institucional, política, social e jurídico-cultural, todos esses elementos influenciam de certa forma o ativismo judicial, e são necessárias a sua análise para compreender como o ativismo se molda, e por outro lado as variáveis normativas como a própria democracia e o constitucionalismo.

Sobre esse prisma da diversidade de fatores podemos citar o caso que pode ser considerado o mais relevante da Corte norte-americana, onde colocou a vontade política determina se certa forma a intensidade e a direção em que o ativismo judicial da Corte se encaminha, assim sendo Presidentes e partidos políticos, utilizaram do meio legítimo para nomear juízes que tivessem uma ideologia similar ou iguais a desses entes, tentando assim

³²⁸ FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*. New Haven: Yale University Press, 2009, p. 77

governar de forma que a Suprema Corte tivesse uma certa aliança política, fazendo que esses juízes nomeado buscasse que os programas políticos do governo seja possível, usando de mecanismos como a reforma de decisões anteriores da corte que apresenta ideologia contrária. Podemos ver que a expansão da Suprema Corte norte-americana, por meio da Corte Lochner, da Corte Warren e do comportamento apresentado pela Corte Roberts, sendo que o surgimento dessas cortes teve fatores políticos estratégicos.

Outros casos que pode observar que diversos fatores influenciaram diretamente nas decisões das Cortes alemã, italiana, colombiana e do brasileira, mostraram a importância de cartas de direito defendidos, que trouxeram a ascensão política dessas cortes, exercendo assim, destacando os casos alemães e italiano uma grande relevância para utilização do ativismo judicial, transformando essa pratica jurídico-cultural, trazendo também a e renovação da interpretação dos direitos fundamentais trazendo uma ruptura como sistema de governo totalitário que esses países apresentavam. Podemos observar pelos casos apresentados durante essa dissertação que a ativismo judicial responde por uma diversidade de fatores, não tendo assim uma forma única de se agir e de se apresentar.

5.1- Dimensões do ativismo judicial

Outro ponto interessante a ser abordado nessa dissertação é a multidimensionalidade das decisões ativistas, proferidas pelas cortes constitucionais, nesse capítulo abordaremos diversas dimensões dessas decisões. A primeira que a ser abordada é a interpretação constitucional elaborada no ativismo judicial, através dos princípios constitucionais, trazendo assim uma afirmação dos direitos estabelecidos e dos poderes implícitos, trazendo a aplicação direta de princípios constitucionais. Um caso que pode exemplificar essa dimensão é da Corte Warren, e das Cortes da Alemanha, Colômbia, Costa Rica e África do Sul, que demonstraram uma atuação ativistas das normas constitucionais, principalmente aquelas formuladas do direito fundamental implícito. O Supremo Tribunal do Brasil, em relação a essa forma de atuação tem caminhado no mesmo sentido.

Podemos colocar que na interpretação constitucional, os juízes não ficam presos no sentido literal da constituição, permitindo que outros fatores possam ser utilizados na

elaboração de um entendimento, utilizando do juízo político e moral, para se ter uma conclusão. Com isso esses juízes assumem um papel de manutenção da constituição, fazendo que o ordenamento jurídico seja compatível com as circunstâncias sociais do país, podendo assim a sua decisão transforma as normas constitucionais, como forma de cumprir o seu papel estabelecido.

Entende-se que os juízes ativistas enxergam a constituição de forma dinâmica, e tem as vezes a necessidade, em certos casos, de alterar o sentido literal da norma, mudando sua estrutura e o sentido original, para que assim melhor adequar a realidade social da sociedade que a defende, tendo assim decisões criativas sobre a interpretação da constituição, sendo uma forma legítima de atuação.

Outra dimensão do ativismo é a criação “legislativa”, que trata das cortes constitucionais, assumirem a competência legiferante, que a princípio, seria destinada pela carta magna, ao Executivo e Legislativo, sendo esse último o principal que exerce a competência. Pode se analisar que o ativismo judicial não usaria somente da competência judiciária, a mesma acaba por adentrar a competência legislativa.

Por causa dessa atuação pelos magistrados, os mesmos são causados de “legislate from the bench”, que seria criação de direito em vez da aplicação. Porém os juízes ativistas acabam por atuar dessa forma, por causa das omissões legislativas, que acabam por deixar lacunas no ordenamento jurídico, e com isso acabam inovando para que possa se solucionar a problemática, trazendo assim novos sentidos ou adicionando novos significados, sendo amparados aos princípios e valores constitucionais. Entende-se assim que atividade ativista da corte, acaba por complementar a atividade legislativa.³²⁹

Atualmente, em relação as técnicas de decisões inconstitucionais, que seria a interpretação da constituição, essa discussão traz à tona os limites entre o juiz constitucional, que em vez de atuar como um legislador negativo, acaba atuando de forma como legislador

³²⁹ CAMPOS; Carlos Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal. 2012 p.151 ss

positivo, seguindo a proposta kelseniana estabelecida na primeira metade do século XX.³³⁰ Trazendo assim as sentenças manipulativas, e as sentenças aditivas, que pode ser observada a aplicação pela Corte Constitucional da Itália, sendo esses exemplos claros do ativismo judicial, como modo de alteração legislativa, o Brasil com o Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas vem avançando nessa questão.

Agora partindo para outro ponto importante sobre as diversas dimensões do ativismo judicial, seria como esse mecanismo a Corte não leva em consideração o entendimento dos demais poderes, sendo assim os demais poderes podendo entender que os atos da corte não sejam válidos, mas a corte não acata esse entendimento.³³¹ Com isso os juízes ativistas afastam essa ampliação, e com isso não encontram dificuldade em relação às outras instituições, substituindo a decisão de outros poderes por sua própria interpretação.

Com isso nessa dimensão do ativismo abordada um controle rígido de legitimidade em relação aos atos dos outros poderes, trazendo uma minimização de Standards como forma de presumir a constitucionalidade das normas, o que traz uma certa dramatização em relação à interpretação das leis constitucionais que, por vezes, são vagas, e não apresentam precisão sobre assuntos de valor moral e político, trazendo incertezas perante a norma, com isso alguns autores colocam que os juízes devem tentar evitar acolher eventuais acusações sobre inconstitucionalidade.³³²

Em relação à manifestação do ativismo em declaração de inconstitucionalidade de emendas da constituição, pelas mesmas violarem os limites estabelecidos pelo poder reformador. Um caso interessante de se expor seria da Corte Indiana, que de certo modo influenciou a corte colombiana, onde se teve a declaração de inconstitucionalidade material da emenda constitucional, trazendo na decisão uma alteração na base estrutural da constituição

³³⁰ Kelsen, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La Giustizia Costituzionale)*. In: *La Giustizia Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1981, pp. 145/206

³³¹ Horowitz, Paul. *Three Faces of Deference*. *Notre Dame Law Review* Vol. 83 (3), 2008, pp. 1079/1090

³³² Vermeule, Adrian. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Op. cit., pp. 230/231.

da Índia.³³³ Essa decisão foi responsável, para classificar a Corde indiana como a mais ativista do mundo.³³⁴

Outro caso a ser abordado é da corte Turca, que trouxe em uma decisão que declarou a inconstitucionalidade de emenda da constituição, essa emenda trazia a abolição da possibilidade de autoridades do país proibirem o uso do véu muçulmano, nos recintos universitários. No entendimento apresentado da Corte a mesma expressou que essa emenda violou a essência secular do Estado turco, que traz a exigência de proibição da utilização do véu em entidades públicas. Essa decisão foi considerada ultra-ativista, pois se tratava de um tema extremamente complexo, pois cerca de 98% da população turca se considera muçulmana.³³⁵

Esses casos trazem o controle de constitucionalidade material de emendas constitucionais, além dessa forma existe o controle judicial em relação a intervenção estatal na economia e no processo eleitoral, como os que foram praticados pelas Cortes Lochner e Roberts, que foram alvos de críticas em relação a forma que o ativismo se apresentou.

Outro panorama apresentado pelo ativismo judicial é a afirmação dos direitos, trazidos pelas agendas das cortes constitucionais, trazendo sobretudo de conflitos que tenha envolvimento dos direitos fundamentais, por conseguintes conflitos entre direitos individuais e os direitos que trazem benefício amplo a sociedade. Nesses casos de conflito entre direitos, se a discussão sobre a própria legitimidade do ordenamento jurídico sobre esses direitos, com isso se tem a importância de valorização das normas constitucionais envolvidas em um caso concreto, trazendo assim uma justificação ética ou axiológica para as decisões das cortes constitucionais.³³⁶

³³³ Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973) 4 SCR 225.

³³⁴ Carl Baar, Social Action Litigation in India: The Operation and Limits of the World's Most Active Judiciary. In: JACKSON, Donald W.; TATE, C. Neal TATE (Ed.). Comparative Judicial Review and Public Policy. Westport: Greenwood Press, 1992, p. 78

³³⁵ ROZNAI, Yaniv; YOLCU, Serkan. An unconstitutional constitutional amendment – The Turkish perspective: A coment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision. International Journal of Constitutional Law Vol. 10 (1), 2012, pp. 175/207.

³³⁶ FERNANDEZ, Eusebio. Fundamento de los derechos humanos. In: Anuário de Derechos Humanos Vol. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1981, pp. 73/112

Por causa dessas situações, as cortes podem ter um posicionamento favorável para o avanço de liberdades e igualdades, sendo essas decisões essenciais para determinar como a sociedade e os poderes políticos se comportaram, trazendo um papel de protagonista para o judiciário. Dessa forma direitos humanos, acabam por ser positivados e judicializados, trazendo uma carga moral e uma politização as decisões que estão relacionadas a essa área,³³⁷ antecedente e legitimadores dessa ordem jurídica, trazem de forma inevitável o conflito que envolve esses direitos, e trazem uma divergência moral, não só apenas na área jurídica.

Como posto por Habermas, que os direitos humanos apresentam “faces de Jano que se voltam simultaneamente para a Moral e para o Direito” tendo embasamento moral que trazem a legitimidade da norma,³³⁸ entendendo assim que as decisões judiciais sobre esses direitos podem ser fundamentas, não somente pelo raciocínio jurídico como também pelo entendimento moral e político do juízo.

O que traz a ideia do discurso contemporâneo em relação aos direitos humanos, que trouxe a defesa da dignidade humana, como um dos principais pilares, o que abriu espaço para o ativismo judicial fosse utilizado de forma mais intensa em questões morais e políticas, como colocado por Dworkin a Corte acaba assumindo uma responsabilidade de aplicação de valores sobre as normas, “deve ser uma corte ativista, no sentido de que ela deve estar preparada para compor e responder questões de moralidade política.”³³⁹

Por conseguinte, ao se ter avanço em relação a concretização dos direitos fundamentais, os magistrados ativistas acabam por decidir sobre valores morais da sociedade, sendo esses valores morais defendidos de acordo com a melhor interpretação que se adequa nas normas constitucionais. Um autor que defendeu essa proposta de dimensão foi David Dow, onde colocou que os “juízes ativistas são pessoas (...) que veem verdades que outras ainda não veem”, para ele os juízes não impõem os seus valores morais e políticos em suas decisões,

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.) Direito & Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p. 72

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.) Direito & Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p. 72.

³³⁹ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Op. cit., p. 147

mas “forçam-nos a viver de acordo com nossos próprios valores, mesmo quando preferirmos não fazer”. Então o mesmo coloca a figura do juiz como profética.³⁴⁰

Contudo a linha de pensamento mais difundida sobre os direitos humanos Nas Constituições contemporâneas, trazendo um discurso jurídico- normativo de que há oportunidade para o ativismo judicial ocorre nas cortes constitucionais, o melhor exemplo desse discurso é a Corte Warren. Contudo, entendimentos proferidos pelas Cortes da Colômbia, Alemanha, e dos exemplos impotentes de ser lembrados em relação ao avanço da sociedade e dos governos sobre valores de liberdade e igualdade, apesar das decisões poderem apresentar falta de consenso moral e político sobre o tema, o mesmo acaba por reduzir a área de escolha dos poderes políticos sobre o assunto debatido. No Brasil o julgamento favorável a união estável homossexual, do aborto de fetos anencefálicos e da descriminalização da maconha e entre outros temas traz o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre essa dimensão exposta.

Outra dimensão que podemos abordar é do ativismo judicial sobre políticas públicas e sociais, podemos perceber que a prática utilizada pelas cortes e seus magistrados, tem avançando em relação ao controle de políticas publicas utilizadas pelos poderes legislativo e executivo, utilizando de outros mecanismo além da anulação das leis, colocando em suas decisões as definições de como essas politicas publicas devem ser feitas pelos demais poderes. Com isso as cortes ativistas, acabam por elaborar políticas públicas sobre temas, como saúde, educação, sistema, penal, segurança, entre outros. Em relação a criação de medidas para o sistema penal as decisões da corte Warren, traz em suas jurisprudências exemplos clara dessa atuação, assim como a corte colombiana e brasileira, que utiliza de suas decisões para decidir sobre políticas públicas.

O ativismo judicial também pode apresentar uma auto expansão de sua jurisdição e dos seus poderes, através de uma ampliação de sua própria jurisprudência, afastando a dificuldade em relação a procedimentação, que apresenta por vezes critério rígidos em relação a legitimidade processual para se instaurar ações e recursos. Por meio desse mecanismo

³⁴⁰ DOW, David R. America's Prophets. How Judicial Activism makes America Great. Westport: Praeger, 2009, pp. 1-13

algumas cortes acabam por expandir o seu poder decisório, elaborando doutrinas que ressaltam o alcance dessas decisões de ações e recursos constitucionais, podemos colocar que essas cortes ampliam as regras procedimentais, trazendo para si uma ampliação de seus poderes uma certa independência em relação aos demais poderes.

Um exemplo claro dessa atuação, foi o caso da corte indiana exposto anteriormente neste capítulo, sendo a principal estratégia dessa corte foi a instituição Public interest litigation, que tende pela ampliação da jurisprudência em casos que trate de legitimidade processual para a defesa de direitos sociais e econômicos, com isso a expansão dessa estrutura trouxe a facilitação para que o ativismo judicial pudesse ocorrer. Essa criação jurisprudencial foi responsável pela Suprema Corte democratizasse o acesso a justiça de grupos minoritários e menos favorecidos, fazendo assim que suas demandas batessem de frente com o posicionamento do governo em relação aos direitos sociais e econômicos, essa atuação da corte indiana foi importante para haver uma proteção e valorização dos direitos dos cidadãos, principalmente dos mais necessitados.³⁴¹

E em relação a essa dimensão do ativismo podemos expor o caso que foi responsável pelo estabelecimento da judicial review, que é o caso Marbury, que apesar da Constituição de 1787, não trazer a previsão de que a suprema corte para essa atuação, nesse caso foi definido a posição institucional da instituição para o sistema político norte-americano.³⁴² A Corte Marshal trouxe a elaboração do procedimento de revisão, trazendo assim a possibilidade da mesma pudesse interferir em decisões políticas dos demais poderes, e podendo ainda fazer escolhas morais e políticas em nome da sociedade, importante ressaltar que naquele período os EUA passavam por demandas bastante complexas, como a escravidão, segregação raciais, aborto entre outros.

Outro mecanismo utilizado pelo ativismo é a superação de precedentes, com isso os juízes ativistas, para que tenha êxito em seus propositos, acaba por tentar desenvolver método para adequar a constituição., com isso os magistrados ativistas optam por exercer de forma

³⁴¹ BHAGWATI, P. N. Judicial Activism and Public Interest Litigation. *Columbia Journal of Transnational Law* Vol. 23 (3), 1985, pp. 561/577

³⁴² DICKSON, Brice (ed.). *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. Op. cit., pp. 217/271.

mais flexível a sua interpretação em relação a constituição. Nos Estados Unidos, onde o princípio *stare decisis* é fortemente utilizado, é criticado por utilizar a prática de superação de precedentes de forma ilegítima. Essa crítica foi utilizada pelos conservadores sobre atuação da corte Warren nos Reapportionment cases, entre outros casos, assim como também a ala liberal fez crítica a essa atuação em relação a Corte Rehnquist, que tentou por meio da superação de precedentes, impondo os seus ideais em relação as decisões da Corte Warren, então podemos concluir que essa prática se tornou corriqueira pela corte norte-americana.

A justificativa de juízes ativistas para a formulação de suas decisões, que são um tanto como ambiciosas, que as mesmas são necessárias para ter um resultado concreto. Essas decisões trazem uma maximização em relação a supressão de questões teóricas e principiológica do caso que se esta a ser julgado, sendo assim a o estabelecimento de regras e princípios mais amplos que determinaram o futuro dos caso da corte. Podemos citar sobre esse maximalismo o caso catastrófico da decisão do caso *Dred Scott*, que produziu uma regra muito ampla fundada em uma abordagem excepcionalmente ambiciosa da postura da Constituição em relação à escravidão e aos Afro-americanos³⁴³, essa decisão o pensamento da corte acerca da escravidão, trazendo uma necessidade de emenda da constituição para que a decisão fosse superada. Em contrapartida o caso *Brown v. Board Education*, pode ser colocada como uma decisão ativista maximalista positiva, onde a corte Warren trouxe a ideia de equal protection of laws, que foi responsável por auxiliar em questões teóricas em outros casos de descriminalização.

Podemos também aborda que o ativismo judicial pode ser partidário, sedno assim algumas decisões judiciais em vez de ser fundamentadas em razoes jurídicas, acabam por pender o posicionamento para o lado político-partidário dos juízes, podemos observas essa atuação no caso *Bush v. Gore*, onde a maioria da Corte Rehnquist favoreceu em sua decisão o candidato bush que era do partido que nomeou boa parte da Corte, no caso os Republicanos. Essa atuação não fica exclusivamente utilizada nos EUA, o brasil no caso Mensalão, teve atuação do Supremo Tribunal Federal de forma semelhante, onde no momento que ocorreu o caso tinha a corte composta por maioria nomeada pelo Governo atuante.

³⁴³ SUNSTEIN, Cass. One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court. Op. cit., pp. 17/18.

Para concluir as dimensões do ativismo judicial, podemos colocar a última forma de apresentação do mecanismo, que poderia ser descrito como a soberania judicial, sendo esse último caso ilegítimo e até antidemocrático. Nessa dimensão as cortes através de decisões judiciais amplas e até ambiciosas, acabam por excluïrem os poderes políticos da interpretação constitucional. Edwin Meese III, fez uma crítica a postura da Corte Warren de supremacia, posta pelo caso *Cooper v. Aaron*,³⁴⁴ e também de Larry Kramer³⁴⁵ sobre a Corte Rehnquist, onde ambos colocaram que o comportamento utilizado pela corte era de dar a palavra final sobre o significado da constituição, de forma que não poderiam ser contrariados.

Podemos expor que todas as dimensões apresentadas do ativismo judicial, são necessárias de se entender para que possamos entender qual o limite ético e legal que as mesmas podem ir para que seja benéfico para sociedade, e que não traga prejuízo a sociedade e ao equilíbrio das relações entre os poderes.

6- Conclusão

³⁴⁴ Cf. MEESE III, Edwin. *The Law of the Constitution*. Tulane Law Review Vol. 61 (5), 1987, pp. 979/990

³⁴⁵ KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Op. cit.

Com isso podemos concluir que em certos casos podemos ver a utilização do mecanismo como solução de demandas que não são apreciadas pelos demais poderes, o grande problema que vejo no caso é quando há um uso desenfreado do meio, e quando os demais entes dos poderes em certos casos se aproveitam dessa atuação do judiciário para não cumprir com suas demandas sendo assim omissão em diversos assuntos que seria de sua competência passar para a importância de delimitar as funções atribuídas a cada poder que estão dispostas na constituição, e poder dividir estes atos em típicos e atípicos, sendo o primeiro a função principal do poder e a segunda a função que pode ser exercida pelo ente em algumas situações postas pela constituição.

O grande problema dessa atuação atípica é que ela entra no escopo de atuação de outros poderes, que quando utilizada de modo correto e corriqueiramente não apresenta problemas, mas dúvida sobre essa atuação é usada de maneira habitual e desvirtua para qual foi criada sendo assim uma invasão de poder, causando uma série de problemas entre as relações entre os poderes causando desequilíbrio e desarmonia, podendo ser uma omissão, um desvio da sua função que pode ser de competência de outro poder que poder considerada uma usurpação.

Podendo estes atos de desvio ou excesso de poder, trazer efeitos para compreendermos estes atos, temos que definir um outro vício que não é considerada uma usurpação mas uma falta do agir que é o vácuo legislativo segundo Gomes Canotilho sobre a função do legislador, o “*significado jurídico da omissão do legislador tem como pressuposto fundamental a prevalência material e formal da Constituição relativamente à lei ordinária*”³⁴⁶, sendo assim quando o legislador não regula matérias que ele está obrigado a fazer na constituição acaba que esta omissão pode ser considerada um vício de inconstitucionalidade. A omissão legislativa acaba acarretando outros vícios que caracterizam como usurpação como objetivo de melhor aborda durante a pesquisa foi delimitado os atos feitos pelo poder executivo que são considerados viciados, a primeira a ser abordada é as

³⁴⁶ CANOTILHO, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 329.

medidas provisórias,³⁴⁷ que tem força de lei e para que sua eficácia continue tendo validade necessita de votação do congresso e caso isso não ocorra as atividades legislativas são paralisadas até que a matéria seja apreciada, a grande problemática entra no excesso de propositura de medida provisória que existe no contexto atual do país, acabando que o Executivo acaba pautando a atividade legislativa.

Podendo ser considerado por alguns estudiosos a medida provisória como atos legislativos instáveis de ordem do Executivo, que tem respaldo no art.62 da constituição, quando estes atos feitos apresente urgência e relevância do tema³⁴⁸, outra definição adotada por Eros Roberto Grau “as medidas provisórias são leis especiais dotadas de vigência provisória imediata³⁴⁹, então podemos concluir que o uso desse instrumento acaba atrofiando o poder legislativo que acaba perdendo a sua autonomia, sendo assim o Executivo acaba invadindo a competência de outro ente.

Outro ato do executivo que pode trazer certa discussão é os decretos são os atos que por meio dos quais o Presidente da República toma decisões administrativas. Em sua maioria os decretos presidenciais dispõem de questões técnicas, como criação de Consulados, composição de Conselhos e Comissões e alterações em outros decretos já existentes. Por tratarem de questões administrativas, a grande maioria dos decretos presidenciais não chega à conhecimento popular. Isso pode dar a impressão de que esses atos são raros, mas não é bem isso que se observa ao entrarmos no site do planalto. um decreto presidencial que extrapole essa função ou desrespeite essa hierarquia não é permitido³⁵⁰.

³⁴⁷ As medidas provisórias foram inserida na constituição de 88 foi um instituto amplamente discutido durante a constituinte, e foi feita para um modelo parlamentarista sendo assim quando em 93 por meio do plebiscito o Brasil votou por ser uma republica federalista o instituto não era compatível com o ordenamento vigente fazendo assim que tivesse um excesso de propositura de Medidas provisórias, até que em 2001 por meio da emenda constitucional 32 teve o legislador tentado frear este problema por meio de regulamentação das matérias próprias do instituto.

³⁴⁸ BARROS; Amorim Sousa. A produção normativa do poder executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos. 1999, p.93

³⁴⁹ Merlin Clève. Atividade Legislativa do Poder Executivo. 2000, p.166

³⁵⁰ No site do planalto estão dispostos os decretos editados pelo Presidente da República, onde se consegue acessar a ementa com assuntos tratados

Alguns decretos que foram amplamente discutidos nos últimos tempos por trazerem medidas um tanto quanto polêmicas foi a questão das medidas para o controle da Covid-19, em relação ao isolamento social e a obrigatoriedade da vacinação, assim como o decreto que ampliou o porte de armas, trazendo uma flexibilização³⁵¹

Sendo assim o executivo trouxe inovações legislativa assim como atos normativos das agências regulatórias que passou pela mesma crítica de inovação dos decretos pois estes dois atos acabaram por ultrapassar um limite que a lei coloca, acabando usurpando o poder normativo.

Estes atos considerados vícios podem acarretar como consequência atuação dos tribunais não somente no ordenamento jurídico brasileiro como de outros locais considerados ativistas, como forma de tentar solucionar como dispostas lacunas no texto normativo, trazendo mutação constitucional no caso do Brasil, com isso a omissão de um poder pode causar essa atividade mais incisiva da corte em determinados assuntos, principalmente no que tange problemas considerados polêmicos para sociedade.

Com isso é importante análise até onde essa atuação é legítima e tem respaldo pelo direito, e até onde ela ultrapassa os limites, sendo assim importante analisar o surgimento do fenômeno do ativismo judicial com os casos da corte norte-americana, como também as diversas faces que a mesma pode se apresentar, analisando os casos das cortes Alemã e Italiana.

Os tribunais que são chamados a solucionar conflitos de assuntos que envolva matérias que podem ter um alto teor de tensão, e com a grande popularização dos assuntos envolvendo a política e justiça por causa de um mundo cada vez mais globalizado, e com a interferência de tribunais, painéis, e comissões internacionais em assuntos particulares das nações, se tem também um fortalecimento e um certo protagonismo do poder judiciário. 54 Com isso é importante a atuação das cortes que tratam da proteção da constitucional instrumentos que possam fiscalizar o texto normativo, o controle de constitucionalidade utilizado no Brasil tem

³⁵¹ Bonifácio De Carvalho; Rocha; Fonseca Sampaio; Mafort Ouverney. Os governos estaduais no enfrentamento da Covid-19: um novo protagonismo do federalismo brasileiro?

inspiração tanto dos EUA que vem da judicial review, até do direito europeu, esse mecanismo é importante para evitar abusos dos demais poderes no caso legislativo e executivo, para que assim atos normativos que sejam aprovados por estes entes não esteja em desacordo com a constituição.

Podemos verificar o ativismo judicial é uma tendencia cada vez mais utilizadas pelas cortes constitucionais pelo mundo, tendo assim um papel relevância para solucionar conflitos de grande controvérsia da sociedade, e a realidade política dos países também contribui para como o ativismo judicial se manifesta, com isso a decisão da corte traz consigo um grande valor moral ou política.

Diante disso essa pesquisa teve objetivo de analisar como o ativismo judicial se comportar e se as decisões devem ter um limite éticos e moral, com isso as cortes como atores políticos traz um outro ponto que é a judicialização da política, trazendo uma transferência para as cortes sobre temas fundamentais, assim o ativismo judicial não diz significa a legitimidade ou ilegitimidade, o que é necessário se analisar sobre os limites éticos e morais das decisões, são as variáveis, sendo essas institucionais, político, social e jurídico-cultural, sendo esses fatores interferem diretamente como o ativismo judicial se apresenta. Então para delimitar as decisões ativistas, não é uma tarefa fácil, depende muito de cada caso, defendendo se analisar os fatores inerentes que estão ligados ao caso concreto.

7- Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *We the People. Foundations.* Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ALEXY, Robert. Justification and Application of Norms. *Ratio Juris* Vol. 6 (2), 1993, pp. 157/170.

_____. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional* Vol. 66, 2002, pp. 13/14.

_____. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris* Vol. 23 (2), 2010, pp. 167/182.

AMORIM NETO, Octavio. O Poder Executivo, centro de gravidade do Sistema Político Brasileiro. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema Político Brasileiro: uma introdução.* 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2007, pp. 131/140.

ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da Autodelimitação ao Ativismo Judicial: Um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal.* Tese de doutoramento. Lisboa, 2015.

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Org.). *The Judicialization of Politics in Latin America.* New York: Palgrave Macmillan, 2005, pp. 231/262.

_____. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução.* 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2007, pp. 81/116.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo* Vol. 250, Rio de Janeiro FGV, 2009, pp. 5/12.

BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy.* New Jersey: Princeton University Press, 2006.

_____. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations.* New York: Cambridge University Press, 2012.

BARILE, Paolo. *Corso di Diritto Costituzionale,* Padova: CEDAM, 1962.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista de Direito Público* Vol. 4, São Paulo: RT, 1968

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988 – 1998: Uma década de Constituição.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 37/73.

_____. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação. In: Temas de Direito Constitucional. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 189/198.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 309/345.

_____. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. Revista de Direito do Estado Vol. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 71/91.

_____. MENDONÇA, Eduardo. STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. Consultor Jurídico, 03/01/2012. www.conjur.com.br

BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. Capital University Law Review Vol. 36 (3), 2008, pp. 493/510.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. American Bar Foundation Research Journal Vol. 8 (1), 1983, pp. 241/250.

_____. The Puzzle of Judicial Behavior. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997.

_____. The Supreme Court in American Politics. Annual Review of Political Science Vol. 6, 2003, pp. 241/250.

_____. American Courts. Process and Policy. 6ª ed. Boston: Wadsworth, 2008

_____. The Supreme Court. 10ª ed., Washington: CQ Press, 2010.

BHAGWATI, P. N. Judicial Activism and Public Interest Litigation. Columbia Journal of Transnational Law Vol. 23 (3), 1985, pp. 561/577

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BLACK, Hugo. The Bill of Rights. New York University Law Review Vol. 35 (4), 1960, pp. 865/881.

BLASI, Vincent (Ed.) The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't. New Haven: The Yale University Press, 1983.

BLOOM JR., Lackland H. Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution. New York: Oxford University Press, 2009.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2006.

BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. 1ª ed. New York: Touchstone, 1990.

_____. *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Washington: The AEI, 2003

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. União Homoafetiva. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em maio de 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em setembro. 2024.

_____. Ministério da Saúde. 20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. – Brasília: Ministério da Saúde, 2009. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 54. Questão de Ordem. Voto Vista: Ministro Ayres Brito, 20 de outubro de 2004. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoADPF54.pdf>>. Acesso em setembro de 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 28 fev. 2019. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em Acesso em setembro de 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará. Lei do estado Ceara que regulamentava a Vaquejada como Manifestação Cultural e Prática Desportiva. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em maio de 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659. Descriminalização das drogas. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15370660456&ext=.pdf>. Acesso em setembro de 2024

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de preceitos Fundamentais 54 Distrito Federal. Interrupção da gestação em casos de fetos anencéfalos. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> Acesso em maio de 2023.

BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 201

BURNS, James MacGrecor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. New York: Penguin Press, 2009.

CANOTILHO, José Gomes. "Direito Constitucional e teoria da constituição" Coimbra, 2003.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Forense, Rio de Janeiro, 2014.

CARNEIRO, Levi. *Federalismo e Judiciarismo*. Rio de Janeiro: Alba, 1930

CARVALHO, André Luís Bonifácio de; ROCHA, Edjavane; SAMPAIO, Roberta Fonseca; OUVENEY, Assis Luiz Mafort. Os governos estaduais no enfrentamento da Covid-19: um novo protagonismo do federalismo brasileiro? Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/dXLbmGC4sJnJNpFV6XyHJ4n/?lang=pt>. Acesso em: julho de 2022.

CELOTTO, Alfonso. *El Derecho Juzga a la Política. La Corte Constitucional de Italia*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review* Vol. 3, 2004, pp. 529/691.

CERRI, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2004.

CHEMERINSKY, Erwin. The Roberts Court at Age Three. *Wayne Law Review* Vol. 54 (3), 2008, pp. 947/982.

_____. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010.

_____. The Roberts Court and Freedom of Speech. *Federal Communications Law Journal* Vol. 63 (3), 2011, pp. 579/590.

_____. Conservative Judicial Activism. *Loyola of Los Angeles Law Review* Vol. 44 (3), 2011, pp. 863/888.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, 2000.

CRISAFULLI, Vezio. *Manuale dei diritti del cittadino*. Roma: Edizioni di Cultura Sociale, 1950.

_____. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

_____. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. 4ª ed. Padova: CEDAM, 1976.

DA ROS, Luciano. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. *Revista Direito, Estado e Sociedade* Vol. 31, 2007, pp. 86/105.

DICKSON, Brice (Ed.). *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007.

DOW, David R. *America's Prophets. How Judicial Activism makes America Great*. Westport: Praeger, 2009

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. *O império do Direito*. São Paulo. 1ª edição. 1999.

_____. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *A Badly Flawed Election*. New York: New Press, 2002.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. *The Supreme Court Phalanx. The Court's New Right-Wing Bloc*. New York: The New York Review of Books, 2008.

_____. *A Bigger Victory Than We Knew*. The New York Review of Books, 2012.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? *Colorado Law Review* Vol. 73 (4), 2002, pp. 1.401/ 1.416.

EBERLE, Edward J. *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*. Westport: Praeger, 2002.

FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*. New Haven: Yale University Press, 2009.

FERNANDEZ, Eusebio. *Fundamento de los derechos humanos*. In: *Anuário de Derechos Humanos* Vol. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1981

FIORILLO, Celso Pacheco; OOSTERBEEK, Luiz; BALERA, Wagner. *Separação dos poderes e a liberdade jurisdicional*. Disponível em: <https://eds.p.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=bc28f508-85ec-401c-821f-7957ff71065e%40redis>. Acesso em junho de 2023.

- FILHO, José Filomeno Morais. *Separação de Poderes no Brasil Pós-88: Princípio Constitucional e Praxis Política*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria da Constituição: Estudo sobre o lugar da política no Direito constitucional*. Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2003.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 2004.
- FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988
- FISS, Owen. *A Life Lived Twice*. *Yale Law Journal* Vol. 100 (5), 1991, pp. 1.117/1.130. *Between Supremacy and Exclusivity*. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 452/467.
- FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. *Michigan Law Review* Vol. 91 (4), 1993, pp. 577/68
- _____. *The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*. *Yale Law Journal* Vol. 112 (2), 2002, pp. 153/259.
- _____. *The Politics of Judicial Review*. *Texas Law Review* Vol. 84 (2), 2005, pp. 257/337.
- _____. *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.
- _____.; KAGAN, Robert. A. (Ed.) *Institutions & Public Law. Comparative Approaches*. New York: Peter Lang, 2005.
- _____. *The Global Spread of Constitutional Review*. In: WITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 81/98
- GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. *El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del Espacio Europeo de los Derechos*. Navarra: Civitas, 2010.
- GOLDSTEIN, Joel K. *Leading the Court: Studies in Influence as Chief Justice*. *Stetson Law Review* Vol. 40 (3), 2011, pp. 717/761.
- GRABER, Mark A. *Constructing Judicial Review*. *Annual Review of Political Science* Vol. 8, 2005, pp. 425/451.
- GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.). *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Londres: Frank Cass, 2004.

GRIMM, Dieter. Judicial Activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Ed.). Judges in Contemporary Democracy. New York: New York University Press, 2004, pp.17/65.

GROPPI, Tania. A Justiça Constitucional em Itália. Sub Judge: Justiça e Sociedade. Vols. 20/21, 2001, pp. 71/77.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.) Direito & Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, pp. 68/82.

_____. Facticidad y Validez. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

HAND, Learned. The Bill of Rights. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

HESSE, Konrad. Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, Ernesto et al. (Org.) Manual de Derecho Constitucional, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp.83/116.

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HORWITZ, Paul. Three Faces of Deference. Notre Dame Law Review Vol. 83 (3), 2008, pp. 1.061/1.146.

HORWITZ, Morton J. The Warren Court and the Pursuit of Justice. New York: Hill and Wang, 1998.

JACKSON, Donald W.; TATE, C. Neal (Ed.). Comparative Judicial Review and Public Policy. Westport: Greenwood Press, 1992.

JUNIOR, Dirley da Cunha. Controle das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetividade da Constituição. Editora: Saraiva, São Paulo, 2008.

JUNIOR, Ricardo Duarte. A Natureza dos Atos Normativos Elaborados pelas Agências Reguladoras. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2015.

KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione (La Giustizia Costituzionale). In: La Giustizia Costituzionale. Milão: Giuffrè, 1981.

KOMMERS, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2ª ed. Durham: Duke University Press, 1997.

_____. Germany: Balancing Rights and Duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) Interpreting Constitutions. A Comparative Study. New York: Oxford University Press, 2007, pp. 161/214.

KRAMER, Larry D. We the Court. Harvard Law Review Vol. 115 (1), 2001, pp. 5/169.

_____. The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review. New York: Oxford University Press, 2004.

LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. Harvard International Law Journal Vol. 51 (2), 2010, pp. 319/377.

LENNERTZ, Marcelo. “A legitimidade democrática das agências reguladoras: uma questão mal colocada”. Disponível em: [A legitimidade \(jurídica\) das agências reguladoras: uma questão mal colocada \(fgv.br\)](https://www.fgv.br). Acesso em em julho de 2024.

LEVIN, Mark. Men in Black. How the Supreme Court is destroying America. Washington: Regnery, 2005

LEWIS, Frederick P. The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age. Lanham: Rowman & Littlefield Publ., 1999.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e Governo de Coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Org.) Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2007, pp. 237/257.

LOCKE, John. The second Treatise of Government. Editora: Basil Blackwell. Oxford, 1976.

LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.) O Supremo Tribunal de Justiça do Império. 1828-1889. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. Duke Law Journal Vol. 44 (3), 1994, pp. 449/523

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. Giustizia Costituzionale. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2007.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constituição: reações políticas ativismo judicial. Disponível em https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf .

MARTÍN DE LA VEJA, Augusto. La Sentencia Constitucional em Italia. Madrid: CEPC, 2003.

MASSUDA, Janine Malta. medida Provisória: fenômenos na Reedição. Porto Alegre: Fabris, 2001.

McCLOSKEY, Robert M. The American Supreme Court. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

McWHINNEY, Edward. Judicial Review in the English-Speaking World. Toronto: University of Toronto Press, 1956.

MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. Tulane Law Review Vol. 61 (5), 1987, pp. 979/990

MENDELSON, Wallace. The Orthodox, or Anti-Activist, View – Mr. Justice Frankfurter. In: FORTE, David F. (Ed.) *The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint*. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, pp. 23/27.

_____. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review* Vol. 31 (1), 1978, pp. 71/87.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINGATI, Vinícius Secafen; GÓES, Winnicius Pereira de; COSTA, Ilton Garcia da. O aborto do feto anencefálico e a questão constitucional. *Revista Brasileira Crescimento e Desenvolvimento Humano*, vol.22. no.2. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/44942>>. Acesso em 27 fev. 20

MILLER, Arthur S. In Defense of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C. LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982, pp. 167/199.

MONKS, Robert A.G.; MURRAY, Peter L. Conservative Activist Judges Endanger America. In: BERLATSKY, Noah (Ed.) *Judicial Activism*. Detroit: Greenhaven Press, 2012, pp. 25/37.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *De l'esprit des lois*. Librairie Garnier Freres, Paris, 1912.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional II*. Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. (Ed.) *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. New York: Cambridge University Press, 2008.

NASCIMENTO, António Rodrigues do. *Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil: da erosão da legalidade à usurpação da legitimidade*. Tese de Mestrado, Universidade de Lisboa, 2019.

_____. *Fundamentos do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil*. Juruá, Porto, 2021.

NETO, Alcimor Rocha. *Controle Constitucional das Medidas Provisórias*. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2010.

O'BRIEN, David M. Storm Center. *The Supreme Court in American Politics*. 8ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008.

OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. Choosing Judges in Brazil: Reassessing Legal Transplants from the United States. *The American Journal of Comparative Law* Vol. 59 (2), 2011, pp. 529/562.

PETERS, Christopher J.; DEVINS, Neal. Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism. In: WARD, Kenneth D.; CASTILLO, Cecilia R. (Ed.) *The Judiciary and American Democracy*. Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory. Albany: State University of New York Press, 2005, pp. 45/70

PETTY, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. *Journal of Law & Politics* Vol. 26 (2), 2011, pp. 123/178.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 189 202, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189. Acesso em: maio 2024

PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Revista de Administração Pública*, Vol. 45. Editora Fundação Getúlio Vargas, 2011.

POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal* Vol. 59 (1), 1983, pp. 1/24. _

_____. *The Federal Courts, Challenge and Reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *Law, Pragmatism, Law and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review* Vol. 75 (2), 2006, pp. 545/575.

_____. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* Vol. 42, 2007, pp. 373/433.

_____. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review* Vol. 100 (3), 2012, p. 519/556.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel; CAMPIONE, Roger. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad*. Madrid: CEPC, 2010.

PROVINE, Doris Marie. *Judicial Activism and American Democracy*. In: HALL, Kermit L.; McGUIRE, Kevin T. *The Judicial Branch*. New York: Oxford University Press, 2005.

POWER, Timothy J. Brazilian Democracy as a Late Bloomer. *Reevaluating the Regime in the Cardoso-Lula Era*. *Latin American Research Review (Special Issue)*, 2011, pp. 218/247.

POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

RINGHAND, Lori A. Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. *Constitutional Commentary* Vol. 24 (1), 2007, pp. 43/102

ROBERTS, Caprice L. In Search of Judicial Activism: Danger in Quantifying the Qualitative. *Tennessee Law Review* Vol. 74 (4), 2007, pp. 567/621.

ROBERTSON, David. *The Judges as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

RODRÍGUEZ, César A.; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio; YEPES, Rodrigo Uprimny. Justice and Society in Colombia: A Sociological Analysis of Colombian Courts. In: FRIEDMAN, Lawrence M.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (Ed.). *Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe*. Stanford: Stanford University Press, 2003, pp. 134/183.

ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* 2ª ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

ROZNAI, Yaniv; YOLCU, Serkan. An unconstitutional constitutional amendment – The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court’s headscarf decision. *International Journal of Constitutional Law* Vol. 10 (1), 2012, pp. 175/207

RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2004.

SADURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2008.

SANTOS, Fabiano. Partidos no Presidencialismo de Coalizão. Dados – Revista de Ciências Sociais, Vol. 45 (2), 2002, pp. 237/264. _____. *O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 167/205.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; _____. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 553/586.

_____. (Resenha de Livro) *Um Novo Clássico: O Curso de Direito Constitucional Contemporâneo de Luís Roberto Barroso*. *Revista de Direito do Estado* Vol. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 395/410.

_____. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.240. 2005

_____. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, pp. 9/49.

_____. Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review* Vol. 57 (3), 1989, pp. 849/865.

SCHEPPELE, Kim Lane. Declarations of Independence. *Judicial Reactions to Political Pressure*. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Ed.). *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Publications, pp. 227/279.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, pp. 73/212.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002.

SHAPIRO e TRESOLINI. *American Constitutional Law*. 4ª ed. New York: Macmillan Publishing, 1975.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV* Vol. 3, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006, pp. 191/210.

_____. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo* Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009, pp. 197/227.

Sem autor. BBC News Brasil. 3 pontos para entender caos político que causou queda e prisão de Castillo no Peru. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-63900456>. Acesso em abril de 2023.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O Valor do Acto Inconstitucional*. Lisboa, 1988.

SOUSA, Leomar Barros Amorim. *A produção normativa do poder executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Editora: Brasília Jurídica, Brasília, 1999.

STRAUSS, David A. Why was Lochner Wrong? *The University of Chicago Law Review* Vol. 70 (1), 2003, pp. 373/386.

STERN, Klaus. *Jurisdicción Constitucional y Legislador*. Tradução de Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *Designing Democracy. What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. Lawless Order and Hot Cases. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) A Badly Flawed Election. New York: The New Press, 2002, pp. 76/104.

_____. The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever. New York: Basic Books, 2004.

_____. Minimalism at War. Law and Economic Working Paper n° 231, 2004.

_____. Radicals in Robes. New York: Basic Books, 2005.

_____. Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

_____. Problems with Minimalism. Chicago Law School John M. Olim & Economics Working Paper n° 276 (2ª série), 2006.

_____. Beyond Judicial Minimalism. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n° 237, 2008.

_____. A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SWEET, Alec Stone. Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe. New York; Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. In: _____. VALLINDER, Torbjörn (Ed.). The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995, pp. 27/37.

TAYLOR, Matthew M. Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008.

_____. The Judicial Construction of Europe. Oxford: Oxford University Press, 2004

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, Harvard Law Review Vol. 7 (3), 1893, pp. 129/156.

TOOBIN, Jeffrey. The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court. New York: Anchor Books, 2007

TRIBE, Laurence H. God Save This Honorable Court. How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History. New York: Random House, 1985. _____. The Invisible Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. The Invisible Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TUSHNET, Mark. *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

_____. *Alternatives Forms of Judicial Review*. *Michigan Law Review* Vol. 101 (7), 2003, pp. 2.781/2.802.

_____. *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

_____. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York: W.W. Norton, 2005.

_____. *The Supreme Court and the National Political Order*. In: KAHN, Ronald; Kersch, Ken I. (Ed.) *The Supreme Court & American Political Development*. Lawrence: Kansas, 2006, pp. 117/137.

_____. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University, 2008.

_____. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.

VALLE, Juliana. *Medidas Provisórias e Usurpação da Função Legislativa*. *Caderno da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan/dez. 2007.

VANVERG, Georg. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VERMEULE, Adrian. *Judicial Review and Institutional Choice*. *William and Mary Law Review* Vol. 43 (4), 2002, pp. 1.557/1.567.

_____. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. *Tempo Social* Vol. 19 (2), São Paulo: USP, 2007, pp. 39/85.

VIERA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito do Estado* Vol. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008

VITALE, Ermanno (Ed.) Luigi Ferrajoli. *Diritti fondamentali. Um dibattito teorico*. 1ª ed. Bari: Laterza, 2001.

YEPES, Rodrigo Uprimny. *The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.) *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Londres: Frank Cass, 2004, pp. 46/69.

_____. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos Vol. 6, 2007, pp. 53/69.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. Colorado Law Review Vol. 73 (4), 2002, pp. 1.139/1.143.

YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. Northwestern University Law Review 105 Vol. (1), 2011. pp. 1/60.

WEYLAND, Kurt. The Growing Sustainability of Brazil's Low-Quality Democracy. In: HAGOPIAN, Frances. MAINWARING, Scott P. (Ed.) The Third of Democratization in Latin America. Advances and Setbacks. New York: Cambridge University Press, 2005, pp. 90/120.

WHITTINGTON, Keith E. Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La Giustizia Costituzionale. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1988.
_____. Il diritto mite. Torino: Einaudi, 1992.