

**ATIVISMO JUDICIAL OU CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO?
O PAPEL DA CORTE CONSTITUCIONAL NAS OMISSÕES CONSTITUCIONAIS -
UMA ANÁLISE COMPARATIVA**

***JUDICIAL ACTIVISM OR JUDICIAL CREATION OF LAW?
THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURT IN THE CONSTITUTIONAL OMISSIONS –
A COMPARATIVE ANALYSIS***

Alessandra Damian Cavalcanti

Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
E-mail: alessandradamian@hotmail.com

Recebido em: 28/06/2016

Aprovado em: 29/09/2016

Doi: 10.5585/rdb.v16i7.435

RESUMO: O presente artigo analisa o que é o ativismo judicial e qual é o papel da Corte Constitucional nas omissões constitucionais. A origem do termo ativismo no Direito norte-americano e o ativismo judicial nos Estados Unidos. Analisar o ativismo judicial no Brasil e qual é o papel da Corte Constitucional no nosso sistema, é possível classificar as decisões concretistas proferidas nos mandados de injunção como ativistas ou neste caso trata-se apenas de atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) cumprindo o seu papel? Verifica-se que existem diferentes acepções para o ativismo judicial. Quando a Corte Constitucional exerce sua função jurisdicional prevista no texto da Constituição, que prevê expressamente o cabimento do mandado de injunção, esse ato não pode ser classificado como ativismo judicial na concepção negativa de exacerbação de poder.

Palavras-chave: STF. Ativismo Judicial. Omissão Constitucional. Papel da Corte.

ABSTRACT: This article evaluates what is judicial activism and what is the role of the Constitutional Court when they are dealing with constitutional omissions. The origin of the term activism in US law and the judicial activism in the United States. Analyze what would be the activism in Brazil and what is the role of the Constitutional Court in our system, is that possible to rank the concretists decisions on writs of injunction as activist decisions or in this case, it was only the work of the Supreme Federal Court (STF) according to its role? There are several different meanings for judicial activism . When the Constitutional Court exercises its judicial function provided in the text of the Constitution, which expressly provides the pertinence of an injunctive writ , this act can not be classified as judicial activism in its negative conception of exacerbation of power.

Keywords: STF. Judicial Activism. Omission. Role of the Court.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O ativismo judicial nos Estados Unidos; 2. O ativismo judicial no Brasil; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discorrer sobre o que caracteriza o ativismo judicial, sua origem e se é possível precisamente conceituar essa expressão tão utilizada nas últimas décadas nos E.U.A. e há alguns anos no Brasil.

Objetiva ainda buscar as similitudes e as diferenças do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Para efetuar esse cotejo, é preciso verificar como o chamado ativismo judicial influenciou a virada da jurisprudência norte-americana, produzindo decisões que modificaram o sistema jurídico e os direitos fundamentais.

Na sequência, avaliar como o ativismo judicial se aproxima da criação judicial do direito exercida pelo Poder Judiciário e se essa postura implica em violação ao princípio da separação dos poderes.

Analisar-se-á o princípio da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito, a sua interdependência e a necessária cooperação entre os poderes no neoconstitucionalismo.

Verificar-se-á se as decisões concretistas proferidas nos mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos¹, consideradas decisões paradigmáticas foram “ativistas”.

O mérito das decisões dos mandados de injunção supracitados não é objeto do presente artigo, se estas decisões de fato viabilizaram a greve no âmbito do serviço público ou não e quais foram os seus efeitos práticos são questões que não fazem parte dessa breve análise, mas sim a decisão da Corte de assumir o papel de eventual legislador positivo em sede de mandado de injunção, o ato de suprir a lacuna e não mais se limitar a declarar a mora do Poder Legislativo que adveio com o julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 é o que se pretende avaliar no presente trabalho.

O ativismo judicial, em seu sentido negativo, é tido como interferência indevida na esfera de competência de outro poder. Nas decisões concretistas proferidas em mandado de injunção a Corte Constitucional tão somente cumpriu o seu papel, previsto na Constituição Federal, conferindo efetividade a um direito fundamental, assumindo uma postura mais ativa.

Assim, analisar-se-á a virada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção, para verificar se a decisão que confere efeitos concretos ao remédio constitucional pode ser considerada como ativismo judicial ou se é papel da Corte fazê-lo.

1. O ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS

A ideia de ativismo judicial no direito norte americano apareceu muito antes do próprio termo “judicial activism” que seria a concepção de uma normatização pelo Poder Judiciário, os juízes atuando como legislador positivo:

Where Blackstone favored judicial legislation as the strongest characteristic of the common law, Bentham regarded this as an usurpation of the legislative function and a charade or miserable sophistry. Bentham, in turn, taught John Austin, who rejected Bentham's view and defended a form of judicial legislation in his famous lectures on jurisprudence. In the first half of the twentieth century, a flood of scholarship discussed the merits of judicial legislation, and prominent scholars took positions on either side of the debate. (KMIEC, 2004, p. 1.444)

¹ MIs 670/ES, 708/DF e 712/PA

Embora houvesse um intenso debate sobre os limites de atuação do Judiciário, sobretudo durante a *Era Lochner*, a terminologia “ativismo judicial” não era utilizada.

A primeira utilização do termo se deu em um artigo de Arthur Schlesinger para a *Fortune Magazine* em janeiro de 1947 (DAVIES, 2011, p. 140) que analisou o perfil dos 9 *justices* da Suprema Corte Norte Americana, explicando as alianças e as divisões entre eles, classificando-os como: ativistas; campeões em autocontenção; e como do grupo do meio, que seriam moderados.

A Corte formada pelo Presidente Roosevelt, chamada de *New Deal Court* (CAMPOS, 2013, P. 6515), era defensora dos princípios progressistas do *New Deal* e reconhecia que o governo federal tinha a prioridade para regular a economia, superando o conservadorismo da *Era Lochner*.

Os princípios progressistas defendidos pela Suprema Corte naquela época incluíam além da deferência às ações regulatórias do governo no campo econômico e social, o compromisso com a promoção de direitos e liberdades básicas do homem, o que fez com que os *justices* concentrassem suas preocupações para a cláusula da XIV Emenda: *a equal protections of the laws*.

Assim, a proteção dos direitos e liberdades civis foi priorizada pela Suprema Corte Norte-Americana, como estampado na nota de rodapé nº4, de *United States v. Carolene Products Co.*,² escrita por Harlan Fisk Stone em 1938.

Assim, estabeleceram-se padrões diferentes de controle de constitucionalidade para a Corte, mais rígido ou mais leve dependendo da matéria enfrentada.

Dessa forma, as leis que versassem sobre os valores da democracia, que restringissem as liberdades civis básicas ou que discriminassem as “minorias discretas e insulares”, pugnavam por um controle mais forte. Essa era a base do ativismo judicial liberal, em favor de grupos minoritários menos favorecidos (TUSHNET, 2006, P. 119).

Ocorre que essa posição mais ativista da Corte não era unanimidade, existia um grupo de juízes, conforme mencionado por Schlesinger, mais propenso à autorrestrrição (*self-restraint*) cujo expoente maior seria o *justice* Frankfurter e outro grupo mais propenso à posições ativistas, liderado pelo *justice* Hugo Black, em uma escala do mais ativista para o menos ativista, ou mais adepto ao *self-restraint*, que consideravam que a autorrestrrição permitiria um maior equilíbrio entre os poderes e dar aos poderes políticos, o benefício da dúvida constitucional (HORWITZ, 1998, p. 114).

Essa assertiva em favor das liberdades individuais, em que pese o grupo de juízes mais conservadores, foi redesenhando o direito com uma série de decisões relevantes para a garantia dos direitos civis e teve um grande impacto no Direito Constitucional Americano.

A relevância dos ideais defendidos pela *New Deal Court* é que formou a base política e ideológica da composição da Corte que ficou conhecida como *Warren Court*, que marcou o grande movimento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX, conferindo à Constituição uma natureza dinâmica de um documento vivo, *living Constitution* (STRAUSS, 2010).

É preciso considerar que essa dimensão de interpretação criativa da Constituição para assegurar os direitos fundamentais foi consequência da soma de esforços “ativistas” individuais dos *justices* da época, além da questão política e social, cumpre destacar que era uma Corte liberal em um cenário político do Governo e Congresso Americanos dominados pelos Democratas liberais, as decisões da Corte estavam, em certo modo, alinhadas com a direção política da época, o que certamente favorece e ao mesmo tempo confere maior legitimidade para essas decisões.

2 304, U.S. 144, 155 (1938)

Somam-se a esses fatores a questão social daquele momento, em um contexto do pós-guerra e de violações de direitos humanos pelos regimes nazista e fascista, que fizeram a sociedade repensar determinados valores.

Assim, nos Estados Unidos, havia naquela época um ambiente político, social e jurídico mais favorável para essa posição mais “ativista” da Corte.

Das decisões mais importantes que marcaram a Era *Warren*, talvez a mais marcante da jurisprudência da Suprema Corte Americana seja *Brown v. Board of Education*,³ que julgou a segregação racial no ensino público.

A Suprema Corte já havia se posicionado sobre a questão em 1896 no caso *Plessy v. Ferguson*,⁴ quando numa votação por 7 a 1 – o voto dissidente foi apenas o voto do *justice* John Marshall Harlan - a Suprema Corte considerou que a lei de 1890 da Louisiana que determinava que as acomodações para brancos e negros nos trens se dariam em vagões separados era constitucional e consagrou a doutrina do “iguais mas separados” (*separate but equal*).

Assim, para a Corte em 1896 a segregação promovida pela referida lei não violava a equal protection da XIV Emenda.

Em *Brown v. Board of Education* a Corte Warren julgou, por unanimidade, a segregação racial no ensino público, inconstitucional por violação da *equal protection clause* da XIV Emenda.

É preciso destacar, no entanto, que em relação ao julgamento unânime, o então *Chief Justice* Warren esperou o melhor momento da Corte para o julgamento favorável, bem como defendeu que o consenso de todos sobre o tema seria essencial para conferir maior legitimidade à decisão e diminui a força de oposição dos estados do Sul que eram mais resistentes ao fim da segregação racial (CAMPOS, 2013, p. 6527).

Brown v. Board of Education reflete a ideia de *living Constitution*, pois, no contexto social e político da época, a cláusula constitucional da *equal protection of laws* teria que ser interpretada de modo a afastar a política de segregação racial, para proteger os valores constitucionais daquela época, que eram essencialmente diferentes da época em que *Plessy v. Ferguson* fora julgado.

No entanto, mesmo com a decisão unânime da Suprema Corte, muitos estados do Sul se recusaram a cumprir a decisão, resistência que configurou um imenso desafio à própria legitimidade da Suprema Corte e do Estado de Direito (HORWITZ, 1998, p. 15).

A Suprema Corte Norte-Americana teve que se manifestar sobre o descumprimento e na decisão conhecida como *Brown II* delegou às Cortes Distritais a tarefa de implementar a decisão de *Brown v. Board of Education* e pôr fim à segregação racial nas escolas públicas americanas (ACKERMAN, 1993, p. 143).

Ocorre que mesmo com *Brown II* a resistência dos estados sulistas permanecia muito forte, tendo o seu ápice em um incidente na cidade de Little Rock no Arkansas, quando o governador do Estado utilizou a Guarda do estado para impedir estudantes negros de entrar em uma “escola de brancos”, o que levou o então Presidente Americano, Dwight Eisenhower, enviar tropas do exército para garantir o cumprimento da decisão da Suprema Corte.

A real discussão residia entre qual direito teria primazia - o Direito Estadual ou o Direito Federal - e a intervenção do Governo Federal foi essencial para garantir a legitimidade da decisão da Suprema Corte e a prevalência do Direito Federal.

O que remete à ideia de que a postura ativista da Suprema Corte não dependa apenas e exclusivamente da escolha da posição política-ideológica de seus membros, depende também do apoio ou não dos outros Poderes para que, em caso de resistência como ocorreu no caso de

3 347 U.S. 483 (1954).

4 163 U.S. 537 (1896).

5 349 U.S. 294 (1955)

Brown v. Board of Education, as decisões consideradas ativistas tenham efetividade e produzam efeitos nos casos concretos.

Assim, a ausência de ambiente político favorável inevitavelmente iria conduzir no caso Norte-Americano ao passivismo judicial, até mesmo porque a forma como se dá a composição da Corte, por meio da indicação do Presidente, aprovada pelo Congresso, permite que a escolha dos juízes, contribua para a formação de uma Corte mais conservadora ou mais ativista.

Embora nos Estados Unidos a força dos precedentes, *stare decisis*, seja um fator que limita a alteração brusca de jurisprudência, por mais que os membros da Suprema Corte tenham entendimento diverso sobre algo que já foi decidido.

A grande influência do ambiente político pode ser verificada analisando outras decisões da Suprema Corte em composições mais conservadoras, que sucederam a Corte de Warren, o que foi chamado de contrarrevolução republicana.

O discurso republicano é que os liberais da Suprema Corte - de alinhamento democrata - teriam deturpado o significado original da Constituição para impor os seus próprios valores políticos e morais, ferindo a intenção dos *Founding Fathers*⁶ e que teria a Corte Warren criado direitos sem o apoio da Constituição.

Assim, os Presidentes Republicanos e Richard Nixon e Ronald Reagan concentraram esforços de sua administração para que a formação da Corte se alinhasse com essa linha de pensamento conservadora e originalista, com a indicação de juízes conservadores adeptos da *strict construction* da Constituição, juízes que, em tese, interpretam o direito e que não tentam fazer o direito.

Entretanto, vários precedentes liberais produzidos pela Corte Warren não foram superados pela Corte Burger (Corte presidida pelo *Chief Justice* Warren Burger) como pretendiam os Republicanos. Até mesmo com a nomeação do *justice* ultraconservador William Rehnquist, em 1972 é possível identificar decisões ativistas na Corte de Burger, sem o caráter liberal, o que foi denominado de *rootless activism* (BLASI, 1983).

Nas Cortes de Rehnquist⁷ e Roberts⁸ o que se observou na prática foi ativismo judicial, mas que mudou de lado, a filosofia de restrição e autocontenção que utilizava o originalismo como justificativa, separando (apenas no discurso) Direito e Política, mostrou-se também ativista, embora em menor proporção (CAMPOS, 2013, p. 6540).

Na verdade, o originalismo era utilizado pelas Cortes de Rehnquist e Roberts para tentar superar o óbice encontrado pelos juízes no instituto do *stare decisis* e assim alterar os precedentes liberais da Corte Warren, considerados errados pelos conservadores.

A Corte de Rehnquist julgou dezenas de leis federais inconstitucionais e o Congresso era majoritariamente Democrata, o que pode também ser considerado como uma postura “ativista”.

A decisão mais marcante desse período foi *Bush v. Gore*⁹, quando ocorreu divergência na contagem dos votos no Estado da Flórida e a diferença entre os candidatos com uma margem inferior a 0,5% autorizava, de acordo com a legislação do estado, a recontagem manual, mas com a recontagem o prazo legal para o anúncio do resultado das eleições seria extrapolado.

6 Os *Founding Fathers* são os Pais Fundadores dos Estados Unidos são os líderes políticos das 13 colônias britânicas que lideraram a Revolução contra a Coroa Britânica, os que assinaram a Declaração de Independência ou participaram da Revolução Americana como líderes dos Patriotas, ou que participaram da redação da Constituição dos Estados Unidos onze anos mais tarde.

7 William Hubbs Rehnquist foi *Chief Justice* entre 1986 e 2005, foi nomeado como *Associate Justice* pelo Presidente Nixon e *Chief Justice*, pelo Presidente Reagan.

8 Jonh Glover Roberts Jr. foi nomeado *Chief Justice* pelo Presidente George W. Bush em 2005.

9 531 U.S. 98 (2000).

A Corte da Flórida autorizou que o prazo para o anúncio do resultado fosse estendido, mas a Suprema Corte decidiu de modo diverso e garantiu a vitória das eleições presidenciais Americanas do ano 2000 a George W. Bush, decisão que causa polêmica até hoje.

Tanto a decisão da Corte da Flórida como a decisão da Suprema Corte foram consideradas ativistas, mas o resultado da decisão da Suprema Corte reflete a ideologia política da maioria dos seus membros, de alinhamento conservador, em um momento em que o país estava dominado por forças políticas Republicanas conservadoras, o que corrobora a tese de que o cenário político vigente também deve ser considerado como um fator que reforça essa postura da Corte como mais ativista ou menos ativista.

De uma forma geral as críticas em relação ao ativismo da Suprema Corte estão mais relacionadas à posição política daqueles que criticam, do que propriamente sobre as questões efetivamente jurídicas.

As decisões ativistas com propósitos mais liberais são criticadas pelos conservadores e as decisões ativistas mais conservadoras também fazem com que os liberais demandem a autocontenção dos juízes.

O originalismo tornou-se um instrumento de retórica dos Republicanos para justificar seus projetos de transformação constitucional e as nomeações para as cortes federais, bem como uma ferramenta discursiva para os juízes conservadores para que possam reescrever o direito constitucional na direção de seus entendimentos, superando os precedentes liberais considerados errados, como ocorreu em *Citizens United v. Federal Election Commission*.¹⁰

A análise dos precedentes da Suprema Corte não evidencia de um lado apenas a restrição judicial e de outro o dito ativismo, mas posturas ativistas ora liberais, ora conservadoras, o que demonstra que o ativismo não tem nem ideologia e nem partido.

No entanto, a análise do ativismo judicial norte-americano demonstra que existe uma série de fatores sociais e políticos, mas que é identificado em liberais e conservadores, como também é criticado por ambos os lados quando as decisões não estão de acordo com a sua linha de atuação.

Como destaca Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 392): “o debate sobre as decisões mais relevantes da Suprema Corte vale-se do forte apelo do termo ativismo, sem lhe definir, contudo, na maior parte das vezes, os lineamentos essenciais.”

Assim, mesmo sem definição quanto ao que seria propriamente o ativismo, sempre que a Corte Constitucional, exercendo o seu papel de intérprete máximo da Constituição, aproxima-se de questões mais controvertidas no âmbito da moral e da política, seja para adotar uma postura mais liberal ou mais conservadora, é “acusada” praticar de ativismo judicial e de intervir indevidamente no legislativo.

Ademais, a discussão sobre a separação dos Poderes merece maior reflexão, como aponta Bruce Ackerman (2010, p. 129):

Almost three centuries later, it is past time to rethink Montesquieu's holy trinity. Despite its canonical status, it is blinding us to the world-wide rise of new institutional forms that cannot be neatly categorized as legislative, judicial, or executive. Although the traditional tripartite formula fails to capture their distinctive modes of operation, these new and functionally independent units are playing an increasingly important role in modern government. A “new separation of power” is emerging in the twenty-first century. To grasp its distinctive features will require us to develop a conceptual framework containing five or six boxes – or maybe more. And so we must say a fond farewell to Montesquieu, and create a new foundation for comparative administrative law that is equal to the challenges of modern government.

10 558 U.S. 310 (2010).

Assim, no Direito Norte-Americano se discute as diferenças nas dinâmicas entre os Poderes na realidade contemporânea, com base em novos paradigmas o que reverbera na posição da sociedade em relação à resistência ou ao estímulo de uma interferência maior do Judiciário em questões políticas.

2. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, a questão do ativismo judicial tem sido objeto de muitos debates, geralmente com muitas críticas, mas como alerta Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 387/388) sem maiores cuidados conceituais:

Tanto no Direito como em tantas outras áreas de conhecimento não é incomum que expressões linguísticas assumam um significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional. Entram em voga e a atração que exercem não se reflete num esforço por melhor precisão – longe disso, o seu emprego retórico as torna ainda mais nebulosas nos seus contornos denotativos.

[...]

As referências ao que se tem designado como ativismo judicial refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus elementos constitutivos.

Para Paulo Gonet (2011, p. 388) não se encontra sequer o consenso em torno de saber se a atitude é desejável ou é negativa, alerta para o risco em tornar a expressão inútil por “superabrangente, ou, ainda pior, em transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas”, o que pode levar à formação de opiniões políticas a partir de “mistificações dissolventes.”

Destacam-se as obras de Elival da Silva Ramos (2010, p. 138) e de Saul Tourinho Leal (2010, p. 24), para ambos o ativismo judicial está associado à ideia de exorbitância por parte do Poder Judiciário e invasão da seara de competência do Poder Legislativo. O ativismo judicial, de acordo com os referidos autores, teria um caráter negativo, violando a separação de poderes do Estado Democrático de Direito.

Sobre a separação de poderes Montesquieu (1973.p. 161) defende que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e do de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Com efeito, é preciso considerar que o dogma da separação dos poderes foi o “esteio sagrado” do liberalismo (BONAVIDES, 1996, p. 63).

Para Paulo Bonavides (1996, p. 64) o princípio da separação dos poderes, que nas origens de sua formulação teve a sua importância para os construtores da liberdade contemporânea e serviu de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política, já não oferece nos dias atuais o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental:

Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz.

Quando cuidamos de abandoná-lo no museu da Teoria do Estado queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social-democracia.

Bonavides (1996, p. 64) destaca que conservá-lo, porém, como um dogma, em justificações descabidas para a atualidade, é inaceitável, nesse sentido a separação dos poderes é considerada “técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção dos direitos individuais”, consoante o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua no velho liberalismo.

O constitucionalismo moderno transpassa o individualismo tradicional, favorecido pela clássica separação dos poderes, para a dimensão social, exigindo cada vez mais a concretização dos direitos sociais, conferindo-lhes substância, atividade cada vez mais desenvolvida pelo Poder Judiciário. Seria essa atividade algo negativo?

Luís Roberto Barroso (2010, p.384) destaca:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes. [...] verificou-se no Brasil, uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.

A realidade complexa da interpretação jurídica contemporânea reconhece o papel do intérprete na atribuição de sentido às normas jurídicas (BARROSO, 2010, p. 387).

Destacam-se os ensinamentos de Mauro Cappelletti (1993, p. 281) sobre a criação judicial do direito em que os juízes criam direito quando interpretam a norma e a aplicam ao caso concreto, toda lei precisa de consistência judicial, um juízo de validação pelo Judiciário.

Para Ross (2003) a vigência jurídica é o resultado do encontro do fator comportamental, ou seja, a conduta dos tribunais ao exercerem a força contida nas regras de direito, com o fator psicológico, o sentimento de obrigatoriedade social que deriva deste comportamento judicial.

Para Hart (2007, p. 115) a validade da norma em um sistema jurídico, como regra primária de obrigação, está vinculada à regra secundária de reconhecimento, que é, sobretudo, como os tribunais aplicam aquela regra.

O principal argumento daqueles que são contrários ao ativismo judicial é a violação ao princípio da separação dos poderes (BRANCO, 2011, p.396).

É preciso destacar que a ideia de separação dos poderes surge como antítese do absolutismo e configura elemento essencial para o Estado liberal. No Estado Democrático de Direito em relação ao Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, os termos “separação” ou “divisão” não se mostram os mais adequados, mas sim os termos “distinção”, “coordenação” e “colaboração” (BONAVIDES, 1996, p. 73).

No mesmo sentido. Bruce Ackerman destaca:

Isso requer que nós façamos um movimento decisivo para além das reflexões de Montesquieu sobre a separação de poderes. Nenhum outro campo de pesquisa acadêmica é tão intensamente dominado por um único pensador, quiçá um pensador do século XVIII. Apesar de sua grandeza, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório. E, mesmo assim, nós o seguimos sem maiores reflexões, assumindo ser possível captar adequadamente toda a complexidade contemporânea por meio de uma separação tripartite de poderes em legislativo, judiciário e executivo [...] (2014, p. 14).

O sistema de freios e contrapesos permitem a um poder interferência na esfera dos outros poderes, por meio de mecanismos que estão previstos na Constituição Federal.¹¹

Assim, com esses mecanismos contidos no corpo da Constituição Federal não há como “*manter os poderes distanciados e construir entre eles paredes doutrinárias que os conservassem rigorosamente insulados, como queria a antiga doutrina*”, a realidade constitucional contemporânea demonstra que muitas portas se abriram à intercomunicação dos poderes (BONAVIDES, 1996, p. 75).

Ademais, é preciso considerar que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional por vezes trazem conceitos abertos, cabendo sim aos juízes a criação do direito no sentido de definir esses conceitos para os casos concretos.

Nos conflitos, cada vez mais complexos, a moldura normativa existente não se amolda perfeitamente aos casos, a atividade hermenêutica dos juízes exige e exigirá cada vez mais, que os juízes aprimorem suas ferramentas para alcançar as soluções mais adequadas.

Nesse sentido, Alexy assevera que enunciados sobre validade normativa não causam em geral grandes dificuldades, mas que “os problemas surgem quando se pressupõe um conceito ético de validade ou, o que é mais plausível, se são aceitos critérios morais em um conceito jurídico de validade” (2015, p. 64).

O controle de constitucionalidade das leis pelos juízes poderia ser um gerador de ativismo judicial?

Para Alexy:

11 Art. 84. *Compete privativamente ao Presidente da República:*

[...]XII - *conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;*

Art. 103-A. *O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

O ponto de partida é a ideia de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais em face do legislador, são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências. O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. (2015, p. 546)

Quando o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade pode haver tensão com o Poder Legislativo, mas é seu dever fazê-lo:

Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição. (2015, p. 546)

É certo que para Cappelletti (1992), no que tange as Cortes Constitucionais, estas estariam situadas fora da tradicional tripartição dos poderes do Estado, por possuírem uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com as funções próprias dos três poderes tradicionais, projetando-se sobre eles, para garantir a rigorosa obediência às normas constitucionais, garantindo, assim a supremacia da Constituição Federal.

No mesmo sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p.397) ressalta que a nossa ordem constitucional confia ao Supremo Tribunal Federal “*a guarda e o patrocínio de princípios dedutíveis das normas jusfundamentadas, não se pode ter como estranho ao desenho de repartição de poderes que a Suprema Corte contraste opções políticas com o conteúdo mínimo de valores morais positivados constitucionalmente.*”

Nota-se que em relação ao ativismo judicial norte-americano, para auferir o “grau” de ativismo da Corte ao longo dos anos é também considerado o número de leis declaradas inconstitucionais.

Se a Corte Constitucional detém a prerrogativa de guarda da Constituição e do controle de constitucionalidade das leis, não poderia ser considerado esse tipo de “ativismo”, como um ativismo afrontoso, descrito como algo exorbitante, onde o Poder Judiciário se arvora sobre o Poder Legislativo ferindo a separação dos poderes, pois disso não se trata.

Há que se destacar que não apenas a declaração de inconstitucionalidade, mas a interpretação conforme a das leis e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto são também manifestações do constitucionalismo contemporâneo e que são ferramentas do controle de constitucionalidade que cabem ao Poder Judiciário.

Quando as texturas normativas permitem mais de um sentido, por meio da hermenêutica, o juiz precisa compatibilizar a norma com a Constituição Federal e acaba interferindo, de modo autorizado, na atividade legislativa.

Nesse sentido Inocêncio Mártires Coelho (2015. p. 12):

Nesse sentido – nunca é demais lembrar – o clássico Jean Cruet afirmou, no começo do século passado, que o juiz, esse “ente inanimado” de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional, uma ideia de resto compartilhada tanto por Henri De Page, para quem a lei é uma fórmula incompleta e tardia, que depende da doutrina e da jurisprudência para encontrar novos caminhos, quanto por Puig Brutau, ao dizer que o legislador nos

dá a sensação de um míope equipado com uma arma poderosa, porque só se decide a atuar quando o objetivo que se propõe já está traçado por uma série de necessidades acumuladas; e, ainda, por Bruno Heusinger, ao proclamar, em 30/3/1968, no seu discurso de despedida da presidência do Tribunal Federal da Alemanha, que o ato de conhecimento do juiz é, simultaneamente, pensamento e ação, e que a vida de juiz é vida ativa, e não vida contemplativa, uma autoanálise tão sincera quanto o reconhecimento, por Zaffaroni, de que o juiz asséptico, imparcial, objetivo ou incondicionado é uma impossibilidade antropológica.

[...]

Se, ao contrário, tivermos presente que a lei não esgota o Direito, antes exige, quando necessário, concretizá-lo para além do sentido literal dos enunciados normativos, a função do juiz não se resumirá a dizer um direito previamente posto e sobreposto, e tampouco a servir de mero porta-voz do legislador, como preconizava Montesquieu, que reduzia o juiz à condição de boca que pronuncia as palavras da lei, e a função de julgar, a uma espécie de prerrogativa de certo modo nula.

[...]

Inocência Mártires Coelho (2015, p. 13) aponta que no começo da atividade hermenêutica, está o texto da lei, só aparentemente claro e fácil de aplicar, e no final “entretida em torno do texto, encontra-se toda uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua aplicação no caso singular e que transmutou amplamente o seu conteúdo, a ponto de, em casos extremos, torná-lo quase irreconhecível”. Para o autor “um estranho resultado daquilo que o jurista se habituou a denominar simplesmente ‘aplicação das normas’, mas que um mínimo de sinceridade nos impõe reconhecer como aberta criação judicial do direito.”

O juiz deve julgar mesmo nos casos onde há lacuna na lei ou que a lei não se amolde perfeitamente ao caso concreto, quando atuará também criando o direito.

Assim, para Inocência Mártires Coelho (2015, p. 16), o juiz não invade o espaço reservado pelo constituinte ao legislador – o que seria inconstitucional – mas que na criação do direito legisladores e juízes “atuam em dois tempos e a quatro mãos, no âmbito de um acordo tácito”, onde o Parlamento continua com o monopólio da redação das leis, mas o Judiciário fica liberado para interpretá-las criativamente, “assim que se comportam a lei e a função judicial na criação do direito, porque não é somente a lei, mas também a função judicial, que, juntas proporcionam ao povo o seu direito”.

Luhmann (1983, p. 13) destaca que “o direito exerce uma função essencial, senão decisiva, no alcance de uma complexidade mais alta e estruturada em sistemas sociais” e quanto mais complexa a sociedade, mais complexo será o sistema jurídico, as questões submetidas ao Poder Judiciário alcançam níveis de complexidade cada vez maiores e os juízes não podem se eximir de decidir.

Para Inocência Mártires Coelho (2015, p.18) não se pode exigir que o Judiciário, com receio de “parecer ativista”, se furte ao dever de dar a cada um o que é seu, de preferência *secundum legem* ou *praeter legem*, mas, se necessário, até mesmo *contra legem*, quando a lei se mostrar contrária ao direito.

Para Barroso (2010, p. 392):

No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritária. O exto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa.

Nos Estados Unidos, como as linhas ideológico-políticas são melhor delineadas é possível tentar enquadrar com mais facilidade a cor do ativismo judicial praticado e identificar as viradas da jurisprudência – *overruling*.

Uma dificuldade adicional que podemos encontrar no Brasil é identificar com clareza a virada da jurisprudência, quando decisões sobre a mesma matéria em sentidos opostos são proferidas com frequência.

No entanto, a virada de jurisprudência ocorrida no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, que superou a clássica posição do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção – que se limitava a decretar a mora do Poder Legislativo em editar a norma viabilizadora do direito constitucional – foi alvo de críticas e elogios por parte da doutrina e se discute se neste caso a Corte agiu com ativismo ou não.

O Supremo Tribunal Federal - STF já havia decretado a mora do Legislativo na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos no Mandado de Injunção nº 20/94, sem que a medida resultasse em qualquer efeito prático para os servidores públicos.

Passados 13 anos daquela decisão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que enquanto não fosse editada a norma regulamentadora da greve para os servidores públicos, deveria ser aplicada a Lei nº 7.783/89¹². Seguindo o modelo de sentença de perfil aditivo tal como desenvolvido na Itália (MENDES, BRANCO, 2012, p. 1368).

Gilmar Mendes (2012, p. 1369) destaca que:

Especialmente no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, esclarece Rui Medeiros que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou ainda quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”.

No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9, caput, c/c o art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art.9, parágrafo 1), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve.

No julgado dos referidos mandados de injunção, houve verdadeira alteração da jurisprudência anterior que dava interpretação restritiva ao referido instrumento, assumindo uma posição claramente mais concretista.

Isso porque a jurisprudência anterior do STF se limitava a declarar a existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica – o que não tinha qualquer efeito prático – e a omissão constitucional permanecia. Assim, transcorridos 19 anos da promulgação da Constituição de 1988, que assegurou expressamente o direito de greve aos servidores públicos e por completa inércia do Poder Legislativo que ainda não havia produzido a lei regulamentando o direito, o Supremo Tribunal Federal decidiu conferir efeitos concretos para o mandado de injunção (MENDES, 2011, p. 1055).

O Supremo Tribunal Federal adotou a sentença de perfil aditivo com a imposição de conteúdo normativo integrativo ao regulamentar o direito de greve dos servidores públicos.

O parâmetro normativo foi a Lei nº 7.783/89, que é a legislação geral que normatiza o direito de greve no âmbito dos trabalhadores em geral, desde que respeitados os princípios norteadores do serviço público, especialmente o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos.

¹² No julgamento dos mandados de injunção nº 670/ES, 708/DF e 712/PA.

Reconheceu a Corte que negar o exercício do direito de greve por meio do mandado de injunção significaria a injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional e violação frontal a um direito fundamental, seja agente público ou trabalhador.

Dessa forma, sob pena de negativa de prestação jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal mudou sua posição e não se limitou apenas a declarar a mora do Poder Legislativo, mas preencheu a lacuna existente, sem, contudo, assumir uma função típica do Poder Legislativo.

A decisão do STF configura uma regulação provisória com perfil de sentença aditiva na ausência de norma que regula o direito de greve dos servidores públicos, até que o Parlamento venha, um dia, a cumprir a sua legítima competência legislativa plena.

Prevaleceu, na espécie, o método de interpretação da Constituição que reconheceu a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. A mora do Poder Legislativo não poderia inviabilizar o direito de greve dos servidores públicos e negar-lhes exercer uma das garantias fundamentais indispensáveis ao exercício de liberdade e dignidade do trabalho: o direito de greve, garantido pela Constituição Federal.

Não se discute no presente artigo se as decisões efetivamente viabilizaram ou não o direito de greve no serviço público. O objeto da presente análise é a virada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange os efeitos possíveis das decisões em sede de mandado de injunção e se essas decisões paradigmáticas poderiam ser classificadas como decisões ativistas.

Para suprir a omissão constitucional, não resta outra alternativa ao Poder Judiciário senão criar o direito, para remover o obstáculo da ausência de norma regulamentadora, seja indicando uma lei como paradigma, seja na inexistência de qualquer paradigma, normatizando diretamente.

Assim, essa posição mais concretista em sede de mandado de injunção não pode ser considerada como “ativista” no sentido de conduta exorbitante do Poder Judiciário e de intromissão em esfera de outro Poder, pois a Corte está exercendo o seu papel constitucional. Neste caso, cumprir a sua prerrogativa constitucional inclui suprir a omissão por meio de sentença de perfil aditivo, contendo a regulamentação suficiente para o exercício do direito.

CONCLUSÃO

A Constituição do Estado Democrático de Direito deve garantir os meios materiais para a realização plena dos direitos fundamentais.

Assim, no direito constitucional contemporâneo o juiz deixou de ter um papel passivo, ou seja, aquele “ente inanimado” que apenas pronunciava a vontade do legislador e que era “a boca da lei” cedeu lugar a um novo modelo, com a participação mais evidenciada e com decisões envolvendo questões cada vez mais complexas. Os juízes, como partícipes da sociedade, atuam como defensores da democracia, uma vez que a prestação jurisdicional também é responsável por transformações políticas, sociais e econômicas.

A interpretação da lei ou da Constituição, engloba todo um acervo fático que repercute na sociedade e nos seus conjuntos de valores. A Constituição não pode ficar parada no tempo, ela deve ser interpretada como um documento vivo – *living Constitution* – que se adequa aos princípios da sociedade e que está em permanente evolução.

Percebe-se que existem duas concepções distintas de ativismo. Em uma concepção, o que é chamado de ativismo judicial é mais percebido com a criação judicial do direito. Essa criação judicial do direito, entretanto, perpassa a judicialização da política, mecanismo cada vez mais utilizado para a solução dos conflitos, dada a inércia ou ineficiência dos outros Poderes e evidencia-se também na atuação do Judiciário nas omissões.

É preciso destacar que a judicialização da política não significa a delegação de competência do Poder Legislativo ao Poder Judiciário nos Estados de Direito, tampouco a sua usurpação ou violação ao princípio da separação dos poderes.

A judicialização da política configura instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação do Judiciário, por vezes chamada de ativista, mas não no sentido de conduta reprovável ou de cometimento de excessos por parte do Poder Judiciário, é possível ser ativista e atuar de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos.

Com efeito, o termo judicialização da política ou politização da justiça denota a intervenção do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas e é consequência imediata dessa intervenção a ampliação da atuação do Poder Judiciário em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo. Critica-se muito o ativismo judicial, quando são prolatadas decisões judiciais fruto da judicialização da política ou quando há interpretação criativa ou criação judicial do direito. Existe uma severa crítica da prática de “ativismo judicial” como algo indevido, que o Judiciário estaria legislando e que essa conduta viola o princípio da separação dos poderes, o que com frequência se mostra mais como um argumento retórico por parte daqueles que guardam algum grau de inconformismo com aquela decisão prolatada.

Isso não significa que o Judiciário não erre, as decisões erradas não podem ser classificadas como “ativistas”. Existem situações em que a norma é clara, que a situação não exige todo esse esforço hermenêutico e que os juízes simplesmente não aplicam a lei, o que é um erro.

Observou-se que na hermenêutica constitucional contemporânea os juízes efetivamente interpretam e participam da criação do direito quando analisam as normas e julgam os casos concretos, sem que esse fato, por si só, configure uma interferência indevida ou uma violação de poder.

No contexto constitucional atual, o mais adequado é tratar da cooperação entre os poderes, a separação dos poderes não denota limites tão evidentes para obstar o exercício da própria função jurisdicional de interpretação das normas à luz da Constituição Federal.

No Brasil o argumento da separação dos poderes acaba sendo utilizado da mesma forma como se utilizam do originalismo nas críticas ao ativismo judicial norte-americano. Percebe-se que, na verdade, a defesa do originalismo, em oposição ao “ativismo judicial”, geralmente é fruto apenas da discordância da linha ideológico-política adotada na decisão judicial, cujo resultado favoreceu a outra linha. Sob o fundamento do originalismo, justifica-se uma posição contrária (que também é ativista) ao precedente que se pretende superar, num exercício de tergiversação.

Dessa forma, o ativismo judicial não pode ser confundido com a decisão materialmente incorreta, o termo ativismo judicial, em sua acepção negativa, acaba sendo utilizado para designar decisões que contêm falhas ou para as decisões que se contrapõem à posição política, religiosa ou moral daquele que as critica. Assim, a separação dos poderes parece estar sendo o subterfúgio para aqueles que simplesmente não concordam com o teor da decisão, que seja por motivos religiosos, ideológicos ou políticos pensam diferente do que restou decidido.

Uma decisão errada não pode ser o mesmo que uma decisão ativista, é possível uma decisão ativista estar em consonância com a Constituição e os princípios democráticos. Essas ponderações revelam que o termo “ativismo judicial”, diante de uma imprecisão conceitual, pode ter diferentes acepções e conotações positivas ou negativas, que não guardam correlação com a origem da utilização do termo nos Estados Unidos.

Todas essas considerações são intrínsecas à atividade judicial, o Poder Judiciário cumpre o seu papel constitucional, não cabe a crítica de que o Poder Judiciário está legislando e interferindo indevidamente na esfera de atuação do Legislativo quando o Judiciário é provocado e instado a atuar.

Nessa atuação do Judiciário, sobretudo em questões polêmicas, pode haver erro ou excesso, mas que devem ser tratados como erro ou como excesso e não como ativismo judicial.

O Legislativo não fica impedido de legislar, existe um limite imanente ao legislador, que é o texto da Constituição Federal, que nem sempre é claro e permite diferentes interpretações.

Cabe ao Poder Judiciário, pelo próprio arranjo dos poderes, o controle da constitucionalidade seja por ação ou por omissão, o que acaba evidenciando mais a posição do Supremo Tribunal Federal em questões complexas e polêmicas.

É preciso considerar que o Poder Judiciário não está de ofício proferindo decisões aleatórias que adentram na esfera moral e política, estas questões estão a cada dia mais sendo submetidas ao Poder Judiciário que não pode, por sua vez, se eximir de julgá-las. Não bastassem as omissões do legislador, a omissão do Judiciário seria inconcebível no Estado Democrático de Direito pois ao cidadão não restariam outros instrumentos para buscar a concretização dos direitos fundamentais e das garantias e liberdades individuais.

Critica-se a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, mas por vezes o que ocorre não é esse tipo de ativismo (em uma acepção negativa do termo), o ativismo é a postura oposta à postura da autocontenção, certamente nem todos que criticam as decisões por serem “ativistas” são favoráveis ao *self-restraint*, apenas discordam do teor daquela decisão.

Há que se considerar que o STF é quem detém a palavra final e como guardião da Constituição Federal deve atuar para a garantia dos direitos fundamentais e contra as violações liberdades constitucionais que são intentadas pelo próprio Estado. A judicialização da política tem como um dos objetivos principais garantir a plena realização das normas constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais quando os poderes públicos responsáveis pela efetivação de direitos e garantias mostram-se inertes, como foi o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal que garantiu aos servidores públicos por meio de mandado de injunção o exercício do direito de greve.

Salienta-se que na época da decisão já perfaziam 19 anos de omissão do Legislativo e 13 de omissão do próprio Judiciário, que já havia constatado a omissão inconstitucional do legislador em sede de mandado de injunção, mas limitava-se apenas a refazer o apelo ao legislador decretando a sua mora, o que se mostrou extremamente ineficiente na nossa realidade constitucional.

O Supremo Tribunal Federal na virada de sua jurisprudência quando passou a conferir efeitos concretos ao mandado de injunção, agiu em harmonia com o texto constitucional, não havendo que se falar em ativismo judicial, no sentido de conduta indevida por parte da Corte, mas da Corte Constitucional cumprindo o seu papel.

Assim, foi uma virada de jurisprudência fruto de uma postura mais ativa do Supremo Tribunal Federal, mas que não pode ser classificada como um ato de excesso ou violadora do princípio da separação dos poderes. Sempre haverá uma tensão entre constitucionalismo e democracia, mas o sistema de freios e contrapesos, de controles recíprocos entre os Poderes é o que garante o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people. 1 Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____. *The New Separation of Powers*, Harvard Law Review, v. 113, n. 3, January, 2000. Disponível em <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>.

_____. *Good-bye, Montesquieu* originalmente na *Comparative Administrative Law*, 2010. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=a5faj90ZPB0C&printsec=frontcover&hl=ptBR&source=gs_bse_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Artigo recebido em 27 de setembro de 2013 e

aprovado em 19 de dezembro de 2013. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan/abr. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMERICAN BAR FOUNDATION RESEARCH JOURNAL. *The “Roots” of “Rootless Activism”. The Burger Court: The Counter-Revolution That Wasn’t*. Review by Joel B. Grossman. Edited by Vincent Blasi. New Haven: The Yale University Press, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Beals, Melba Pattillo. *Warriors don't cry: a searing memoir of the battle to integrate Little Rock's Central High*. New York: Pocket Books, 1994.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. In *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Podium, 2011.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Compulsado em 30/07/2015.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana II*. *RIDB*, Ano 2 (2013), nº 7. Disponível em <http://www.idp-fdul.com/ISSN:2182-7567>. Compulsado em 30/05/2015.

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

_____. *Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5. Número Especial, 2015.

DAVIES, Richards. *Justices and Journalists: The U.S. Supreme Court and the Media*. New York: Cambridge University Press, 2011.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. 5 ed. Lisboa: Gulbenkian, 2007.

HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998.

KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. California Law Review. Vol. 92. Issue 5. October/2004. Disponível em http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm. Compulsado em 21/05/2015.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez: o outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

Martin, Waldo E., Jr. *Brown v. Board of Education: A Brief History with Documents*. Boston: Bedford/St. Martins, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do Espírito das Leis – in Coleção Os Pensadores - Montesquieu*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

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

ROSE-ACKERMAN, Susan. LINDSETH, Peter L. *Comparative administrative law: an introduction*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010. Print. Elgar Online. Web. 28 Jun.16. 2015. Disponível em <<http://www.elgaronline.com/view/9781848446359.xml>>.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2003.

STRAUSS, David. *The living Constitution*. Oxford USA Professio, 2010.

TUSHNET, Mark. *The Supreme Court and the National Political Order*. In: KAHN, Ronald; Kersch, Ken I. (Ed.) *The Supreme Court & American Political Development*. Lawrence: Kansas, 2006.