

## **ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA:**

### **ABORDAGENS QUANTO À ATIVIDADE JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PÓS 1988.**

Gabriel de Mello Fernandes<sup>1</sup>

Álvaro Vinícius Paranhos Severo<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O presente trabalho possui a finalidade de analisar aspectos da jurisdição em âmbito constitucional, levando em consideração a necessidade da discussão pela referida jurisdição, ao assumir postura mais ativa que outrora apresentara. Assim, inicia-se a abordagem com uma breve contextualização que precede a conceituação de ativismo, seguido de análise com o Direito comparado, para então se falar em judicialização e legitimidade democrática, para, por fim, falar em controle de constitucionalidade e auto-contenção judicial. Busca-se, assim, no presente trabalho, examinar acerca da atividade jurisdicional: como é, como chegou ao que é visto hoje, incorrendo em doutrina específica quanto a temática, com leve dosimetria hermenêutica.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial; Auto-contenção Judicial; Constituição; Controle de Constitucionalidade; Judicialização; Legitimidade.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Breve Contextualização que precede a discussão atual; 3. Do Ativismo Judicial; 4. Paralelos com ditos “ativismos” da Suprema Corte estadunidense; 5. Da Judicialização pós 1988; 6. Da Legitimidade Democrática do STF; 7. Do Controle de Constitucionalidade; 8. Da Auto-contenção Judicial; 9. Conclusão; 10. Referências Bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: gabriel.fernandes.001@outlook.com .

<sup>2</sup> Doutor em Processo Civil e Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

## **1 Introdução**

Diante de uma maior judicialização e conseqüente participação do Judiciário em questões de pertinente relevância social, questiona-se os limites de atuação deste Poder, bem como se dará a função jurisdicional.

Assim, é basilar para este trabalho interpor as mais recentes indagações acerca da problemática, realizando investigação em doutrina recente e reconhecida.

O objetivo deste trabalho é explicar do que se trata o ativismo judicial, bem como se dá a legitimidade jurisdicional com base em linhas que poderão, em alguns momentos, ser divergentes. Ponto é que, a temática do ativismo, em si, não é uniforme e, não o sendo, em cada oportunidade que esta é suscitada percebe-se a indissociabilidade com a legitimidade, sendo assuntos inter-relacionados.

Desta forma, o trabalho se inicia com uma breve contextualização até os dias atuais, passando pela conceituação do ativismo, seguida de paralelos com o Direito comparado, discorrendo após acerca das concepções de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, para se falar em controle de constitucionalidade, e, por fim, na auto-contenção judicial.

## **2 Breve contextualização que precede a discussão atual**

Para se entender melhor como se manifesta o objeto deste trabalho, se faz necessário compreender alguns contextos. Sabidamente, até a metade doséculo XX, se flagrou movimentos nacionalistas que tomaram poder, e diante uso dos instrumentos positivados no respectivo país, acabaram por instaurar regimes totalitários que resultaram em genocídio, além de uma Guerra Mundial com efeitos devastadores, e nesse cenário se instaura o regime nazista na Alemanha entre 1933 e 1945.

Até o referido período, o Direito havia construído interpretações limitadas das normas, através da discussão do positivismo, de onde leva-se a aplicação da norma somente ao caso concreto se houvesse já redação expressa.

Dado esse contexto, passa-se após o fim do regime nazista na Alemanha, juntamente da queda do fascismo italiano, a questionar-se o Direito sob o aspecto constitucionalista, havendo de surgir aprofundamento nas discussões acerca de interpretações, princípios e como se veria norte no Direito, com o fim de se evitar uma nova opressão legalista em larga escala.

Diante disso, e ao longo dos anos, o Brasil sofre por uma ditadura militar durante 21 anos que, além de suprimir liberdades, fez uso também de instrumentos positivos, obtendo respaldo legal para condutas que vieram por resultar em mortes, desaparecimentos e tortura de várias pessoas.

Assim, com a devida superação do positivismo<sup>3</sup>, com o início de um constitucionalismo, é promulgada a Constituição Federal de 1988. E, com respaldo constitucional para o controle de constitucionalidade, adentra aqui o questionamento do papel do Poder Judiciário como orientador e intérprete da Constituição que, sobremaneira, acaba sendo balizador dentro da estrutura interna institucional, zelando por atos ou omissões dos demais poderes, havendo de ter papel primordial na tutela de garantias fundamentais, principalmente após as reformas constitucionais que lhe resguardaram amplitude de competência.

### 3 Do Ativismo Judicial

Diante de uma maior atuação do Poder Judiciário pós 1988, respaldada a amplitude de competência oriunda de Emendas Constitucionais<sup>4</sup> e Legislações

---

<sup>3</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

<sup>4</sup> ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. **O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori**. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais. p. 129-150, jan./abr. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56088> . Acesso no dia 28/11/2021. No qual discorre: "(iii) A EC3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), atribuindo ao Presidente da República, às mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República a legitimidade para a iniciativa. (iv) No plano infraconstitucional, as Leis 9.868/1999 e

Complementares, questiona-se o que se considera o dito ativismo. Luiz Fernando Diniz Araújo<sup>5</sup>, tratando do que ele chama “os ditos constrangimentos através dos precedentes” em sua tese, busca conceituar o ativismo judicial através de Kmiec<sup>6</sup> (citado por Araújo, 2018, pg 129), que compôs cinco acepções acerca da matéria.

A primeira acepção determina ser uma prática ativista toda aquela ação oriunda do Judiciário que invalide com certa frequência ações dos demais poderes, como Araújo menciona, por exemplo, invalidando atos normativos. Na segunda, dá-se o afastamento de uma decisão a uma corrente de precedentes já consolidados. Já na terceira, a menção se dá explicitamente ao ato do Judiciário em “legislar”. Na quarta, ativista seria também aquela decisão que se “afasta de uma metodologia aceita”. Na quinta e última acepção, para Araújo (2019, pg 132): “a decisão seria ativista quando o juiz tiver um motivo finalístico para decidir em um certo sentido e quando a decisão se afastar do que seria considerado razoável”.

Toda a tese do autor fala da necessidade de se fazer constrangimentos, das instâncias menores às superiores, através de decisões para que se concretize a mutabilidade do Direito. Ainda, continua que os precedentes podem ser revistos e até superados, como no caso da declaração da união estável entre casais homoafetivos. Acerca desta ilustração, o autor afasta a possibilidade de se tratar ativismo, pois respeitada a Constituição e os precedentes que vinham se desenhando nos últimos anos, o fato de não ter sido uma inédita decisão (*ad hoc*, ou a quinta acepção de Kmiec) não faz a referida como ativista. Conforme leciona, Araújo<sup>7</sup>:

Como se vê, apesar de o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277 e da ADPF 13 ser aparentemente impactante e inovador, aqui

---

9.882/1999, que trazem normas processuais sobre a ADI, ADC e a ADPF, fortaleceram e expandiram os poderes do Supremo Tribunal Federal.”

<sup>5</sup> ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais. p. 129-150, jan./abr. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56088> . Acesso no dia 28/11/2021.

<sup>6</sup> KMIEC, Keenan. The origin and current meaning of “judicial activism”. Disponível em [http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial\\_activism.htm](http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm). *apud* ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. *Ibidem*.

<sup>7</sup> ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. **O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori**. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais. p. 129-150, jan./abr. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56088> . Acesso no dia 28/11/2021.

também o ordenamento brasileiro já vinha progressivamente seguindo uma linha de reconhecimento de direitos a pessoas que mantêm uniões homoafetivas, como direitos sucessórios, patrimoniais e previdenciários. O Supremo Tribunal apenas seguiu a linha evolutiva do ordenamento brasileiro quanto ao tema e foi por ela constrangido. Por essa razão, em nosso entendimento, o Supremo Tribunal Federal, também no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 13 não se comportou de forma ativista, uma vez que não construiu uma argumentação ad hoc, valendo-se de uma discricionariedade inapropriada a julgamentos, com laivos de atividade tipicamente legislativa.

Entretanto, o fato de concretizar direito, possibilitando em si mudanças no entendimento jurisdicional, nos precedentes ao longo dos anos, cabe questionar se tal raciocínio não devesse resultar na concepção de um ativismo puro, pois, um precedente, para se consolidar, não surge do vazio. Em algum momento, em alguma redação, dá-se o seu nascimento. E, no caso supramencionado, tem-se a noção de uma mudança social oriunda de uma gradual liberdade que ao longo dos anos a comunidade LGBTQIA+ não dispunha, por ser oprimida por boa parte do que se entende por humanidade.

Assim, importante frisar que não se fala aqui de uma redação baseada numa interpretação inteira e exclusivamente subjetiva do magistrado, o que pode se considerar mero arbítrio e, por consequência inteiramente dispensável por não atender requisito de interpretação e aplicabilidade, a não ser uma discricionariedade irresponsável. Também, não se trata de uma disposição legiferante, pois a atividade jurisdicional também há de gerar dispositivos normativos, embora em linha destoante da criada pelo Legislador.

Desta forma, fala-se aqui de uma consolidação de precedentes até repercutirem no Supremo, podendo sobrevir, inclusive, contra uma ordem já estabelecida de entendimento, havendo de quebrar paradigmas sociais, jurisprudenciais e doutrinários, mas sempre com respaldo constitucional, nunca contra ou com base em subjetivismos – está aqui, portanto, o uso da segunda acepção que Araújo traz em sua dissertação, porém sob outro prisma.

Mantendo por objeto a temática LGBTQIA+, é bem sabido como tal grupo minoritário é acometido por demasiada opressão de outros, e, infelizmente,

tendo muita dificuldade em representação dos interesses através do parlamento. Assim, a atividade jurisdicional que possibilitou aos casais homoafetivos se relacionar sob um regime jurídico, é a tutela que o legislador acabou por se omitir. Inclusive, Marco Félix Jobim<sup>8</sup> é tácito quanto a atuação jurisdicional ser possível diante de uma ação ou omissão dos demais poderes, sempre atendendo o que disposto estiver no texto constitucional, não dispensando a hermenêutica - Rodolfo Camargo Mancuso<sup>9</sup> (2011; Jobim, 2013, pg 119) , desconsidera ser uma proposição do Judiciário sobre os demais poderes, como se este assumisse um protagonismo, já que a respectiva atuação harmoniosa entre os poderes é balanceada e orientada pela própria Constituição.

É bom suscitar que o ativismo por muito se confunde na atuação do Legislativo como legiferante, mas apesar de exercer o Poder Judiciário disposição normativa, esta, para se considerar ativismo, não pode se confundir com mero arbítrio quando atender à parametricidade, ou seja, em favor do texto constitucional.

Retomando Araújo, que afirma o ativismo possuir um dualismo, ou uma dupla face: de um lado, se faz necessário aos estados para aprofundamento dos direitos calcados no regime constitucional, de outro um uso mais desmedido poderá manchar com nocividades o Estado Democrático. Neste ponto, discorre Luís Roberto Barroso<sup>10</sup> ao falar que é fundamental uma corte reconhecer sua capacidade para atuar, tendo sempre que zelar pela obra do constituinte, todavia devendo reconhecer, e recuar, quando sobrevier caso em que se possa atribuir função alheia (a outro poder), para evitar envenenar sua legitimidade bem como gerar uma judicialização da política.

No entanto, Barroso, diferente de Araújo, reconhece a necessidade de um ativismo eventual, em contextos específicos (assim como o caso dos casais

---

<sup>8</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>9</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pg 97-98. *apud* JOBIM, Marco Félix. *Ibidem*.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 28/11/2021.

homoafetivos). Diz que, quando surge uma decisão ativista que vem a proteger ou tutelar uma garantia constitucional, não deverá esta ser vista com maus olhos, mas como um exercício de fortalecimento do regime democrático. Assim, não olvida ao falar da ADPF 54 e da ADIn 3.510, casos de alta repercussão por tratar de matérias que acabam por levantar interesse em muitos segmentos da sociedade brasileira. No primeiro, o STF possibilitou mudança na interpretação no crime de aborto, possibilitando a prática sem incorrer em ato ilícito nos casos de anencefalia fetal. O segundo, por sua vez, tratou da realização de pesquisa em células-tronco embrionárias: a Procuradoria-Geral da República ingressou com pedido para que se declarasse inconstitucional o Art. 5º da Lei 11.105/05 (de Biossegurança) a fim de vedar a prática de pesquisa em embriões, que ficam dispostos em laboratórios *in vitro* para a pesquisa. O referido pedido obteve decisão desfavorável. Acerca da ADPF supracitada, Gilmar Ferreira Mendes<sup>11</sup> utiliza o caso para ilustrar como uma corte suprema pode se apresentar como espaço democrático, pois houvera visível engajamento de Conselhos, Institutos e Confederações, de caráter social, profissional ou até religioso, através da figura do *amicus curiae*, dando atenção aos interesses de diversos segmentos da sociedade brasileira.

Ainda sobre o mesmo caso, ADPF 54, Gesta Leal<sup>12</sup> é citado por Lênio Kuiz Streck<sup>13</sup>, pois se posiciona de forma contrária ao lecionar que uma judicialização de questões com calibre ético ou moral impossibilita uma maior participação pública na discussão.

Todavia, tal ponto pode ser rebatido na perspectiva de Eugênio Facchini Neto<sup>14</sup>, de que o papel da jurisdição é *contramajoritário*, no sentido de que esse

---

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. *Apud* JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>12</sup> LEAL, Rogério Gesta. **As potencialidades Lesivas à Democracia de uma Jurisdição Constitucional Interventiva**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia, nº 4, Porto Alegre *apud* STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>13</sup> STRECK, Lênio Luiz. *ibidem*.

<sup>14</sup> FACHCHINI NETO, Eugênio. **O judiciário no mundo contemporâneo**. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2004. Pg. 320 *apud* JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013.

papel deve ser exercido independentemente de uma maioria inclinada contra uma minoria, cabendo ao Judiciário atribuir da melhor forma a garantia aos que possuem dificuldades de acesso, por vezes marginalizados perante à sociedade, de que terão todos os seus direitos fundamentais resguardados. Da mesma forma Barroso<sup>15</sup>, ao tecer comentários sobre o que diferentemente chama de *dificuldade contramajoritária* mas de sentido similar, tece além da legitimidade democrática (a ser falada) e traz o dualismo Constitucionalismo e Democracia. Enquanto no segundo se sobressai a vontade popular, no primeiro sempre há de se ver respeito aos preceitos expressos no texto constitucional. Assim, exemplificado, mesmo havendo maior interesse popular numa demanda que colide com um preceito fundamental, caberá ao Judiciário zelar pelas normas emanadas da Constituição, o que acaba por ser um trabalho de grande dificuldade, causando, por vezes, dissabor entre a corte com os demais entes institucionais, e até a sociedade. Em suma, no Estado Democrático de Direito essa relação se faz fundamental para que todos tenham a mesma disposição de concretude dos direitos fundamentais expressos na Carta.

Assim, ao entrar na seara do Art. 3º da Constituição brasileira, de onde se extrai os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, torna-se inequívoco o raciocínio de que também há de ser papel do Poder Judiciário, sendo o intérprete da norma constitucional um dos responsáveis por concretizar tais objetivos, sempre que for procurado, conforme lição de Jobim<sup>16</sup>, que faz nova menção às medidas estruturantes na medida em que os referidos objetivos coincidem com a intenção de um Judiciário mais protetor.

#### **4 Paralelos com ditos “ativismos” na Suprema Corte estadunidense**

A fim de compreender o ativismo, se faz necessário entender sua origem a partir de um comparativo com o Direito estadunidense, uma vez que a disciplina é mais aprofundada naquele ordenamento, com referências em abundância.

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> . Acesso em: 28/11/2021.

<sup>16</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



A fim de compreender o ativismo, se faz necessário entender sua origem a partir de um comparativo com o Direito estadunidense, uma vez que a disciplina é mais aprofundada naquele ordenamento, com referências em abundância. Porém, para se fazer um breve exame entre a realidade do ativismo à brasileira e o ativismo visto nos Estados Unidos da América, é importante tecer alguns pontos.

O primeiro ponto diz respeito da percepção da natureza dos mundos jurídicos serem distintas entre si, sendo um oriundo da família romano-germânica, e o outro anglo-saxão. Assim, cabe continuar a diferenciar pois, enquanto em um possui sistema de fontes com primazia da Lei, havendo de concretizar o Direito não só por ela, mas também por sua interpretação, o outro faz a tutela de uma demanda valer principalmente através dos precedentes, e apenas excepcionalmente pela Lei.

Outro ponto a se levar em consideração é de que, a realidade dos ditos ativismos, lá e cá, respectivamente, pode se diferir bastante pois, como Araújo<sup>17</sup> diz, a postura da Suprema Corte estadunidense possui histórico de retroceder em direitos fundamentais, enquanto o que se considera por ativismo no Brasil, se manifesta na amplitude dada pelo Supremo Tribunal Federal às garantias fundamentais. Tal exemplo é disposto por Marco Félix Jobim<sup>18</sup> nos casos oriundos de questões raciais, entre eles: 1) *Dred Scott v. Sandford*; 2) *Plessy v. Ferguson*, e; 3) *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Concedendo uma atenção inicial ao primeiro caso, em que o regime escravocrata havia sido abolido parcialmente no território daquele país, sendo Dred Scott um homem que pleiteava sua liberdade, por ter estado em território onde poderia gozá-la. Ponto é que, independentemente de ter estado presente em local onde considerar-se-ia livre, o fato de ter retornado para o estado onde vivia originalmente foi suficiente para a Suprema Corte, uma vez provocada, se fazer contrária à demanda, mantendo Dred Scott um homem escravizado. Cita-

---

<sup>17</sup> ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. **O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori**. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais. p. 129-150, jan./abr. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56088> . Acesso no dia 28/11/2021.

<sup>18</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

se Barroso e Araújo como sendo este um dos casos de equívoco grave que um tribunal constitucional poderia exercer.

Indo diretamente ao terceiro caso, mais de cinquenta anos após o primeiro, também em pauta racial, porém com particularidades contextuais próprias, dado o período, pode-se falar do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Para se fazer entender melhor aquele momento, os Estados Unidos adotaram a política do *separate but equal*, onde escancaradamente se desenrolava através segmentos sociais e esferas institucionais públicas a segregação entre pessoas negras e brancas, inclusive sendo atormentador pensar que houvessem por existir lugares para que separadamente as etnias frequentassem. Naquele período e lugar, não raro existiam banheiros, barbearias destinadas a um ou outro grupo racial. Assim, o referido caso trata da demanda de uma aluna negra para que pudesse frequentar uma escola onde somente pessoas brancas poderiam estudar. Em suma, a decisão que recebera fora satisfeita possibilitando que a aluna pudesse estudar na escola que desejava. Porém, Jobim, citando Nathan Aaseng<sup>19</sup>, alerta que a decisão obteve resultados mais simbólicos do que práticos, pois a Suprema Corte tomou postura diversa daquela que há anos vinha adotando, tendo o Judiciário sido determinante para que uma política, pública, diga-se de passagem, segregacionista e absurda, tal qual era a do *separate but equal*, fosse rechaçada.

A partir desse ponto, Jobim<sup>20</sup> discorre que o Judiciário estadunidense acaba por moldar a sociedade norte-americana, e analisa que a partir de *Brown v. Board of Education of Topeka* começa-se a formar a tese das medidas estruturantes, pois uma vez que a Constituição molda as funções institucionais, torna-se papel de todos os entes zelar pela sua aplicação, e não diferente seria o Poder Judiciário. Faz-se menção ao caso *Roe v. Wade*<sup>21</sup>, o qual abriu portas à permissibilidade do aborto: neste caso, Norma McCorvery (que adotara nome fictício Jane Roe, dado o receio do que poderia gerar a repercussão da demanda) pleiteou ação para que uma lei texana fosse determinada inconstitucional. Assim, a Suprema Corte determinou a inconstitucionalidade

---

<sup>19</sup> AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994. Pg. 58. *apud* JOBIM, Marco Félix. *Ibidem*.

<sup>20</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013..

<sup>21</sup> Jobim, Marco Félix. *Ibidem*.

daquela lei, ampliando seus efeitos para todos os estados que redigissem a criminalização da prática. Boa parte da sociedade estadunidense, assim como hoje, se posiciona desfavorável às práticas abortivas, a decisão à época foi recebida a contragosto de muitos segmentos sociais e, ainda, após décadas, o objeto da demanda tem sido suscitado novamente em Juízo, em diversas ocasiões, em busca de resultado diverso.

Como um referencial do constitucionalismo moderno, há de ser escrito sobre *Marbury v. Madison*<sup>22</sup>. Diante de um cenário político instável após eleições presidenciais nos EUA, perto de virar para o século XIX, o caso supracitado veio a ser determinante para o que hoje instrumentaliza-se como controle de constitucionalidade. Deixando de lado as questões que levaram ao caso, leva-se em conta que a discussão se dirigiu sobre a possibilidade de não se aplicar uma norma infraconstitucional, o que foi feito. Thomas Marshall, Presidente da Suprema Corte à época, elencou em dado momento de sua decisão três fundamentos para que surja o respectivo controle<sup>23</sup>. O primeiro, nada mais é do que a *supremacia da Constituição*, no sentido de tê-la como norma fundamental para todos os entes institucionais e da sociedade. O segundo, a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*, considerando, pois, se existe uma Constituição e esta é a lei maior, não haveria de ser válida uma norma menor redigida em sentido oposto a ela. E, o terceiro, *é o Poder Judiciário o intérprete da Constituição*, dando, assim, a devida legitimidade para aquela Corte.

## 5 Da Judicialização pós 1988

Araújo<sup>24</sup>, em seu artigo intitulado *Ativismo Judicial e constrangimentos a posteriori*, preocupou-se em descrever que o ativismo judicial possui um dualismo, no qual, de um lado, percebe-se a possibilidade de um

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*.

<sup>24</sup> ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. **O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori**. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais. p. 129-150, jan./abr. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56088> . Acesso no dia 28/11/2021.

aprofundamento das garantias expressas no texto constitucional, e, de outro, é de iminente risco à legitimidade democrática do Judiciário, perante as estruturas institucionais e à sociedade, surgirem decisões ativistas.

Assim, para se falar em legitimidade do Poder Judiciário faz-se necessário lembrar que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, perceberam-se diversos avanços multifacetados, especificando aqui desde possibilitar um amplo acesso à justiça, até um interesse maior da população em sentir-se participativa em questões coletivas ou individuais, o que acabou por gerar uma maior judicialização, tornando o Poder Judiciário mais necessário a atender tais demandas, o que, segundo Araújo, acabou por fortalecê-lo (*empowerment*) nos últimos anos.

Barroso<sup>25</sup>, por sua vez, ao falar de Judicialização, primeiramente a relaciona ao ativismo como se familiares fossem, “primos” em suas palavras, e tal como uma relação entre “primos”, possuem familiaridade, porém têm entre si origem distintas. Desta forma, o fenômeno da Judicialização hei de se manifestar diante do modelo constitucional adotado com a publicação da Carta, em 1988. E assim, desenvolve três aspectos para chegarmos aos questionamentos contemporâneos de Judicialização, e conseqüente Ativismo, no Supremo.

O primeiro deles se dá pela redemocratização que tem como marco inicial a publicação da Constituição brasileira, todavia esse processo para chegar aos primeiros questionamentos de ativismo foi gradual, ocorrendo mais fortemente a partir da virada do milênio. Inserido na redemocratização, e derivado disso, se percebe também uma amplitude do Ministério Público (além da esfera penal) e Defensorias Públicas, que fizeram por possibilitar uma maior litigiosidade, que outrora carecia de manifestação similar.

O segundo, denominado de *constitucionalização abrangente*, trata da manifestação do Judiciário, quando matérias que poderiam ter presença em cenários políticos, ou resposta em uma esfera diferente (Legislativo ou Executivo), acabam por serem demandadas àquele para que se forneça uma

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> . Acesso em: 28/11/2021.

resolução. Já o terceiro e último aspecto é a percepção para a iminência de uma Judicialização, Barroso atribui ao *sistema de controle de constitucionalidade* adotado, o qual será visto posteriormente.

## 6 Da Legitimidade Democrática do STF

Dado o contexto pós promulgação da obra do Constituinte de 1988, e a partir de uma maior judicialização, é inevitável não surgir a problemática da legitimidade democrática. Assim, é preciso conceituá-la além de uma mera credibilidade da sociedade perante um órgão institucional do Estado, pois é o respaldo normativo constitucional que dá força à um órgão. Dito isso, o objeto da indagação se reserva a qual fronteira final de atuação do Judiciário surge, até onde lhe é atribuído poder, e até onde esse poder pode ser exercido sem ferir o modelo tripartite, a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

Para Araújo<sup>26</sup>, o Judiciário deve respeitar a tripartição dos poderes, e, como o dualismo já discorrido neste trabalho, não deverá o órgão decidir em caráter ativista, sob risco de ter sua legitimidade comprometida. Araújo busca explicar em sua tese que uma decisão que não respeite os precedentes, não respeite os entendimentos consolidados, acaba por ser taxada como ativista, pejorativamente, o que acaba por confundi-la com mera discricionariedade. Mas evitando confusões, o uso desse último termo difere daquele usado por Elival da Silva Ramos<sup>27</sup> em sua obra, na qual conceitua a discricionariedade como uma possibilidade de atuação dos poderes. No entanto, enquanto a discricionariedade legislativa e executiva acabam por possuir em si, maior limitação dentro de suas capacidades, a jurisdicional manifesta-se mais ampla por ser exercício de interpretação, sem ferir a tripartição – o que se relaciona ao dito antes.

---

<sup>26</sup> ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. **O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori**. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais. p. 129-150, jan./abr. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56088> . Acesso no dia 28/11/2021.

<sup>27</sup> RAMOS, Elival da Silva **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Araújo expressa que, uma vez dado o parâmetro de atuação do Judiciário nas fontes, sendo aqui o objeto a criação de precedentes<sup>28</sup>, não quer dizer que estes sejam imutáveis, havendo sempre a possibilidade de rever entendimentos jurisprudenciais defasados quando apresentar uma iminente opressão. Ainda, o autor cita a possibilidade de afastar um entendimento (*distinguishing*) e a possibilidade de se alterar (*overruling*). E conclui que o papel do magistrado é de importante agente dentro da sociedade, e no próprio Direito, havendo de ter cuidado ao tecer mudanças para que se evite retrocessos.

Indo por outra linha, Jobim<sup>29</sup> traz que a legitimidade do Supremo também pode ser vista sob o aspecto da investidura do cargo. Sendo o Poder que não possui indicação pelo voto popular, não significa dizer que a sociedade não tem influência quanto aos que ali exercem a atividade. O Presidente da República possui a prerrogativa de indicar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e os candidatos são submetidos à sabatina pelo Senado Federal. Há aqui um controle dos demais poderes, que, eleitos pelo povo, exercem indiretamente a democracia representativa no Judiciário. Sob a mesma ótica da legitimidade por indicação indireta, Barroso afirma que, ainda que não tenham os ministros do Supremo investidura pelo voto popular, o texto constitucional lhes garante legitimidade, uma vez que a própria Carta foi escrita pelo Constituinte, que fora investido pela sociedade<sup>30</sup>. Da mesma forma, a capacidade, a atuação técnica e a imparcialidade acabam por ser determinantes também na sua legitimidade, porque, uma vez que o Supremo vem a decidir, acaba por concretizar o que desejara a sociedade quando investiu o constituinte.

Marco Félix Jobim, novamente, argumenta que para uma manutenção do Estado Democrático de Direito, é preciso levar em conta o princípio da parametricidade<sup>31</sup>, e, citando o próprio Barroso, que argue ser a Constituição o

---

<sup>28</sup> ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. **O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori**. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais. p. 129-150, jan./abr. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56088> . Acesso no dia 28/11/2021.

<sup>29</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> . Acesso em: 28/11/2021.

<sup>31</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

núcleo do universo jurídico, atribui ao Supremo Tribunal Federal a função de curador da norma constitucional. Havendo, assim, a referida corte constitucional de poder exercer função jurisdicional em casos que até, em primeiro momento, poderiam ser resolvidas em outros órgãos.

Além disso, ao fazer referência à Edil Batista Junior<sup>32</sup>, é fundamental a atuação do STF para que norteie os demais magistrados, fornecendo orientação para que estes não se flagrem defronte matérias nebulosas e fiquem sem algum referencial.

Seguindo em Jobim, muito se questiona sobre uma suposta usurpação de poderes, porém quando é citada por ele Mônia Clarissa Henning Leal<sup>33</sup>, é perceptível que o limite hermenêutico é a própria Constituição, não podendo o magistrado ir além ao decidir nos instrumentos, não havendo, assim, como se falar em quebra das funções tripartites.

## **7 Do Controle de Constitucionalidade.**

No modelo de Estado Constitucional adotado, para que se possa ter uma eficiência nas normas emanadas do Poder Constituinte, se faz necessário o Controle de Constitucionalidade, que nada mais é que o instrumento a ser utilizado quando houver ato normativo emanado de um Poder que venha a contrariar uma norma constitucional. Assim, se inexistindo em uma Constituição, de modelo rígido como a brasileira, um controle de constitucionalidade que atinja seus objetivos, poderá gerar uma norma constitucional flexível<sup>34</sup>, possibilitando outrossim aos órgãos discorrer sobre o que já se está determinado no texto elaborado pelo constituinte, ou até em posição diversa a ele.

Conforme leciona Alexandre de Moraes<sup>35</sup> (2008, pg. 699):

---

<sup>32</sup> BATISTA JUNIOR, Edil. **O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder**. Curitiba: Juruá, 2011. *Apud* JOBIM, Marco Félix. *Ibidem*.

<sup>33</sup> LEAL, Mônia Clarissa Henning. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri: Manole, 2003. *Apud* JOBIM, Marco Félix. *Ibidem*.

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>35</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. *Ibidem*.

A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.

Em raciocínio parecido, Barroso<sup>36</sup> discorre quanto estar a norma constitucional acima de qualquer norma oriunda da atuação legiferante pelo parlamento. Assim, o controle de constitucionalidade serve para o Estado Democrático de Direito como pilar procedimental para policiar e restringir eventuais abusos contra o texto constitucional e, especialmente, às garantias fundamentais.

Não existe ato normativo inconstitucional, pois pressupõe-se que uma redação emanada de um Poder já está em conformidade com a Constituição. O que ocorre é que poderão surgir decisões, atos que uma vez realizados manifestarão, desde seu início, a necessidade de se valer declarado nulo. Se uma Lei é incompatível com aquela que é a norma superior de um ordenamento, desde logo há de ser declarada nula, havendo de ser corrigido seus efeitos em caráter retroativo.

Assim, não cabe esquecer que é papel primordial de todos os entes dos Três Poderes zelar pela norma constitucional, mas cabendo um sobrepeso maior ao Poder Judiciário para que, mediante os recursos de interpretação que a hermenêutica dispõe, possa exercer o devido controle.

## **8 Da Auto-contenção Judicial**

À medida que o trabalho se desenvolveu até aqui, seria irresponsabilidade não dizer que, sendo o ativismo judicial uma atividade jurisdicional, a existência

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.



de seu oposto extremo se manifesta como a auto-contenção judicial, ou *self restraining*.

Conceituada por Barroso, a auto-contenção é a postura adotada pelo Poder Judiciário na qual minimiza a atuação deste, quando os outros Poderes podem vir a tomar parte da demanda. Assim, busca-se em casos que possam fugir de suas competências não aplicar diretamente a Constituição, evitando uma postura sem um pronunciamento legiferante e, por fim, cumpriria ao Judiciário abster de dar sua razão em questões que envolvam políticas públicas<sup>37</sup>.

Diferente do ativismo que busca uma atuação ampla em detrimento do texto constitucional, a auto-contenção cerceia a argumentativa constitucionalista para que sejam resolvidas demandas em órgãos alheios ao Judiciário, por serem consideradas originárias daquelas.

Cabe lembrar que, entre 1988 e meados dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal adotara a respectiva conduta, inversamente ao que se percebe hoje. Porém, num Estado Democrático de Direito, se faz necessário na esfera jurisdicional juntamente ao ativismo, o zelo por quem exerce a atividade ao se possibilitar reconhecer quando ser capaz de aplicar o texto constitucional, e quando perceber que a demanda poderá ser resolvida em outra instância<sup>38</sup>.

## 9 Conclusão

Diante de toda abordagem elaborada, é indispensável à temática do ativismo fazer constantemente reflexão sobre o papel do Judiciário quanto sua função jurisdicional, como ente principal no controle da constitucionalidade, como intérprete da Constituição.

De fato, a terminologia do ativismo muito tem se confundido com mero arbítrio por parte de doutrinadores ao longo dos anos, por vezes caracterizada

---

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> . Acesso em: 28/11/2021.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*.

como uma postura discricionária baseada em exclusivamente em subjetivismos, o que sim é mero arbítrio. Todavia, é de importante ponderação, sempre quando sobrevier postura questionável de um Poder, ou omissão, que vá em sentido oposto à Constituição, seja por uma omissão do Legislativo ou alguma ação do Executivo com redação periclitante ao texto constitucional aqui, sim, poderá caber uma atuação jurisdicional de controle, quando suscitada for.

Assim, com todos os pontos apresentados, percebe-se a existência de um ativismo como uma atuação jurisdicional contemporânea exercida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual é legitimado para exercer curadoria da Constituição. E, apesar de todos os entes da concepção tripartite deverem estar atinentes à Constituição, é papel também do Poder Judiciário ser o intérprete desta, devendo reconhecer seus passos para que haja equilíbrio e harmonia entre as esferas de poder.

A problemática estudada dificilmente será esgotada, ademais sua complexidade não possui origem recente, sendo produto de uma discussão contínua ao longo dos anos e será assim, com vista sempre a fortalecer o Estado Democrático de Direito.

## 10 Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. **O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori**. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais. p. 129-150, jan./abr. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56088> . Acesso no dia 28/11/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> . Acesso em: 28/11/2021.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOS ANJOS, Leonardo Fernandes. **Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial processual**. Centro de Estudos Sociais – CES da Universidade de Coimbra. Programa de Doutorado “Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI.

Universidade de Coimbra, 2009 Disponível em [https://www.academia.edu/35414758/Expans%C3%A3o\\_dos\\_instrumentos\\_de\\_jurisdi%C3%A7%C3%A3o\\_constitucional\\_no\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_e\\_o\\_ativismo\\_judicial\\_processual](https://www.academia.edu/35414758/Expans%C3%A3o_dos_instrumentos_de_jurisdi%C3%A7%C3%A3o_constitucional_no_Supremo_Tribunal_Federal_e_o_ativismo_judicial_processual) . Acesso em 28/11/2021.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia em la constitucion.** Revista Española de Derecho Constitucional. n. 10. Enero-abril, 1984. pg. 11-61.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer.** Revista de informação legislativa. Brasília: Senado Federal. v. 37, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/560> . Acesso em 28/11/2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMOS, Elival da Silva **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.