

OS FENÔMENOS DO CONSTITUCIONALISMO, AS FACES, JUDICIALIZAÇÃO OU ATIVISMO JUDICIAL

THE PHENOMENA OF CONSTITUTIONALISM, THE FACES, JUDICIALIZATION OR JUDICIAL ACTIVISM

Danyllo Balduíno Pereira¹
Kássia Ketleyn Teles Gonçalves²

RESUMO: A atuação da Suprema Corte Constitucional no exercício de suas atribuições envolve um papel criativo do direito, desempenhando funções contramajoritária, representativa e vanguardista. Tal atuação, embora suscite questionamentos sobre sua legitimidade, especialmente por contrariar decisões das esferas tradicionais de poder, demonstra ser uma forma de mitigar a indeterminação jurídica decorrente da complexidade e dinamismo da sociedade e da inadequação ou ausência de previsões legais. O objetivo principal é a proteção de direitos fundamentais e a garantia das regras democráticas. Contrariamente à confusão comum, o ativismo judicial, caracterizado por ações proativas sem fundamento normativo, distingue-se da judicialização. Esta última emerge como um fenômeno do novo direito, conferindo aos juízes a competência para prover o direito dentro de suas atribuições, especialmente em face da ausência de instrução normativa para casos concretos. A pesquisa bibliográfica realizada evidenciou que os ministros do STF exercem com proficiência o papel de intérpretes e garantidores da Constituição, desenvolvendo o direito em resposta às necessidades sociais e à lacuna legislativa.

6867

Palavras-Chave: Ativismo judicial. Criação judicial do Direito. Judicialização. Direitos fundamentais. Discrionariedade. Constitucionalizar.

ABSTRACT: The Supreme Constitutional Court, within the limits of its attributions, exercises a creative role in law. This role encompasses counter-majoritarian, representative, and vanguard functions, which cause surprise in the traditional sphere of power, fueling the idea of illegitimacy to oppose decisions from traditional spheres. However, a grounded analysis reveals that the actions of the Ministers of the Supreme Federal Court (STF), in interpreting and creating law, are not an activist endeavor but rather a way to reduce the indeterminacy of law, given the confusion of abstract predictions or the absence thereof, as these fail to keep pace with the dynamics of a society in constant development, forming an extremely complex group in rights and duties. The purpose of this action is to guarantee the protection of fundamental rights, as well as to ensure the rules of the democratic game. Therefore, activism, often confused with judicialization, is distinct from it, as the former is a proactive attitude without

¹ Especialista em Direito Civil e Direito Previdenciário, pela Faculdade Legale, Direito Agrário e Agronegócios, pelo Instituto Proordem. Advogado.

² Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Direito Empresarial e Direito Público, pela Faculdade Legale. Pós-graduanda em Direito previdenciário pelo Instituto Especial Jus – Faculdade Verbo Jurídico. Advogada (OAB nº 65.984 - GO). Procuradora do Município de Uruaçu – GO.

constitutional bases or any other normative act. Judicialization is a fact of new law, creating the figure of legislator judges competent to provide law within their attributions. The problem this study sought to answer is whether judicialization is the legitimate path to avoid the problem of the absence of normative instruction for the solution of specific cases. The methodology used was bibliographic research. Among the conclusions, it was observed that the duty of interpreting the constitution and guaranteeing constitutional norms is exercised with mastery by the ministers of the STF, creating law in light of the needs and the lack of legal provision.

Keywords: Judicial activism. Judicial creation of law. Judicialization. Fundamental rights. Discretion. Constitutionalization.

I. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa volta-se à análise da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em um movimento interpretativo, que assume contornos "legispcionais", impulsionado pelas demandas urgentes de uma sociedade confrontada por lacunas normativas e suas consequências.

Inicialmente, o estudo se dedica a fundamentar a legitimidade do STF. Concebido no âmbito do constitucionalismo como um órgão de controle do poder estatal, o Supremo tem sua validade decisória referendada por esse movimento jurídico, político e social. Destaca-se, contudo, que a função de legislar configura-se atípica em sua estrutura funcional.

Enquanto guardião da Constituição Federal, instituído em 28 de fevereiro de 1891, o STF possui o dever de oferecer respostas adequadas às necessidades sociais, especialmente diante da omissão jurisdicional e da emergência de conflitos com potencial para impactar negativamente a ordem moral e social em âmbito nacional. 6868

Observa-se que a contestação da validade de certas decisões judiciais, por vezes, restringe-se a formalismos excessivos que podem comprometer a integridade social. Contudo, argumenta-se que a mera formalidade não deve prevalecer sobre considerações que atentem contra a segurança e a dignidade da nação.

Nesse contexto, a investigação científica, baseada em pesquisa documental, análise de publicações, teses e artigos, busca corroborar a tese de que não ocorre abuso da jurisdição constitucional. Sustenta-se que, mesmo diante da atual crise política, a justiça se mantém ativa, manifestando-se sob uma perspectiva renovada do constitucionalismo.

O objetivo central desta pesquisa consiste em desvendar o fenômeno dos "juízes legisladores", cuja legitimidade emana da própria Constituição cidadã. A estrutura abrangente desta possibilita a constitucionalização das relações sociais, representando a transferência de temas do debate político para a esfera do direito.

2. SÍNTESE DA ASCENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO APÓS A 2º GUERRA MUNDIAL

A gênese da presente pesquisa, reside na intenção de demonstrar a configuração da estrutura do Poder Judiciário no período subsequente à Segunda Guerra Mundial. Esse rearranjo institucional foi impulsionado pela necessidade de estabelecer um árbitro imparcial diante das tensões inerentes ao sistema político adotado: o constitucionalismo democrático.

Ao findar a Segunda Grande Guerra, o cenário mundial foi profundamente marcado por sequelas políticas, geográficas e humanas. Tais consequências repercutiram em toda a organização sociopolítica, orientando a trajetória da humanidade em direção a caminhos que se esperava que fossem menos violentos.

É crucial ressaltar que os seis anos de conflito, deflagraram efeitos colaterais de magnitude colossal. As catástrofes resultaram em um saldo trágico estimado entre 50 e 80 milhões de mortos, envolveram cerca de 30 nações e promoveram uma reorientação significativa nos ideais jurídicos e sociais do mundo contemporâneo.

O temor da repetição de períodos sombrios fortaleceu o Poder Judiciário, conferindo-lhe legitimidade para atuar como um mecanismo de contenção da função estatal, especialmente em situações que pudessem representar uma ameaça à integridade dos direitos fundamentais.

6869

Nesse contexto histórico específico, observou-se um desencanto com a política tradicional e uma concomitante valorização do papel do Judiciário como garantidor da ordem e dos direitos.

O campo de incidência do Direito revelou uma nova fronteira entre a política e o funcionamento da justiça. Nas palavras de Domingo (2009, p.37):

A judicialização da política significa, em primeiro lugar, uma maior presença da atividade judicial na vida política e social; em segundo lugar, nos fala que os conflitos políticos, sociais ou entre o Estado e a sociedade se resolvem cada vez mais nos tribunais; em terceiro lugar, é fruto do processo pelo qual diversos atores políticos ou sociais veem como vantagem recorrer aos tribunais com o fim de proteger ou promover os seus interesses. A utilização de estratégias jurídicas, de alguma forma, amplia o poder político dos juízes. Por último, a judicialização da política aponta, em certo modo, para uma tendência talvez crescente de que a legitimidade do sistema político vai ligado com a capacidade do Estado democrático moderno de cumprir com as suas promessas do Estado de direito, de proteger os direitos do cidadão, de garantir o princípio de dito processo e os mecanismos de rendição de contas dos governantes.

Conforme explicita a citação, a judicialização da política intensificou-se nos anos subsequentes à guerra. A confiança no Judiciário consolidou-se como a resposta almejada para a tão valorizada paz, uma vez que buscar soluções em tribunais se revelou mais vantajoso e seguro para a garantia de interesses.

Ressalta-se que esse período histórico testemunhou o surgimento de órgãos internacionais de significativa relevância, a exemplo da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (1959) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (em funcionamento desde 1978). Tais instituições compartilhavam a mesma natureza, conferindo ao Judiciário um papel central na chancela de toda a estrutura política, econômica e social dos Estados, estabelecendo uma nova forma de poder denominada juristocracia.

Ademais, essa ascensão do Judiciário materializou-se também em virtude da dificuldade inerente às estruturas políticas tradicionais, em alcançar consensos para a solução de conflitos, frequentemente obstaculizada por divergências ideológicas. Diante desse cenário, o Judiciário novamente assume um papel proeminente, atuando para prover o direito e, consequentemente, proteger os direitos fundamentais.

Foi nutrindo esse ideal ao longo dos anos que o Judiciário desenvolveu uma dinâmica própria, embora mantendo uma relação de harmonia com os demais poderes. O objetivo primordial era assegurar que toda a sociedade se mantivesse dentro dos limites do jogo democrático, impedindo que a maioria usurasse os direitos das minorias.

Para a adequada compreensão do regime do constitucionalismo democrático, adotado no pós-guerra, é crucial observar a intrínseca relação entre constitucionalismo e democracia, ideais que, embora propícios a uma sociedade pacífica, geram tensões em sua conjunção.

6870

O constitucionalismo, conforme a definição do doutrinador Nunes Júnior (2018, p. 43) em sua obra "Curso de Direito Constitucional", configura-se como "o movimento social, político e jurídico cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma constituição". Em contrapartida, a democracia é definida como o sistema político em que o governo se orienta pelos interesses da maioria. É nessa dicotomia que emergem as tensões, especialmente considerando a pluralidade das sociedades contemporâneas, onde a relevância dos valores é relativa e individualizada.

Partindo dessa premissa, torna-se fundamental esclarecer que o Poder Legislativo permanece como o titular primário para o estabelecimento de normas, sendo a intervenção do Judiciário, em geral, de caráter excepcional, em respeito ao princípio da Separação de Poderes. Cada poder possui suas funções constitucionalmente definidas. A atuação judicial em casos específicos justifica-se pela necessidade de garantir os direitos de indivíduos ou grupos, sem que isso implique a substituição da função legislativa.

No Brasil de um modo particular, como nos ensina o ministro Luís Roberto Barroso:

No mundo, depois da 2ª Guerra Mundial venceu o modelo norte-americano de constitucionalismo, que é fundado na centralidade da Constituição, no controle de constitucionalidade e, portanto, na supremacia judicial, porque o controle de constitucionalidade é feito por um órgão judicial. O modelo europeu tradicional era de centralidade da lei e de supremacia do parlamento, porque como não havia controle de constitucionalidade. A última palavra acerca da interpretação da Constituição era dada pelo parlamento. Portanto, a partir de 1948, 50, na Europa, de uma maneira geral, este modelo de centralidade da lei e de supremacia do parlamento é historicamente derrotado pelo modelo de centralidade da constituição e de supremacia judicial na interpretação da constituição.

A partir dessa mescla de formas de constitucionalismo, surge a forma de analisar e agir brasileira, tratando-se de uma nova hermenêutica constitucional seja na aplicação de regras ou interpretação de princípios, na busca de viabilizar a segurança jurídica e garantir os direitos fundamentais.

3. A COMPLEXIDADE DA VIDA E A IMPOSSIBILIDADE DE UM DIREITO PRÉ-MOLDADO

Esta seção da pesquisa, concentra-se na análise da origem e da natureza da decisão judicial como a principal forma de resposta jurisdicional. Para tanto, examinar-se-á o conceito de tutela jurisdicional e suas distintas manifestações. A compreensão da resposta judicial, materializada na decisão, revela-se essencial para a realização da harmonia social por meio de uma resolução justa e adequada ao caso concreto.

6871

Antes de adentrarmos a análise da resposta jurisdicional propriamente dita, faz-se necessário delimitar o conceito de jurisdição. Nesse sentido, a elucidação de Gonçalves (2016, p. 102) sobre a evolução histórica da solução de conflitos oferece um ponto de partida fundamental:

Nos primórdios da história humana, cumpria aos próprios interessados resolver, pela força ou pela astúcia, os conflitos em que se viam envolvidos. Não era essa a forma ideal de pacificação social: a vitória pela força ou pela astúcia nem sempre implicava a solução mais legítima para o caso concreto. A solução era sempre parcial [...]. À medida que se fortaleceram, os Estados, em geral, assumiram para si o poder-dever de, em caráter exclusivo, solucionar os conflitos de interesses, aplicando as leis gerais e abstratas aos casos concretos levados à sua apreciação. Tudo tendo por escopo a pacificação da sociedade. A grande vantagem sobre o sistema anterior é que os conflitos passaram a ter uma solução imparcial e em conformidade com a vontade geral, formulada quando da elaboração das normas abstratas que vão ser aplicadas aos casos específicos. O poder do Estado é um só. Mas ele o exercita por meio de diversas funções, das quais nos interessa a jurisdicional. Por meio dela, o Estado solucionará os conflitos.

A análise da referida citação destaca o papel crucial do Estado-Juiz na busca por soluções legítimas para litígios, alicerçadas em normas jurídicas preexistentes (leis, princípios, conceitos e entendimentos). Contudo, suscita-se a indagação acerca da existência de uma única resposta jurídica correta para cada caso. Objetivamente, a resposta é negativa. Subjetivamente, porém,

cada situação específica demanda uma solução singular, eficaz e justa, adequada às suas particularidades.

Observa-se um significativo número de demandas de solução singela no âmbito judicial, nas quais a atuação do magistrado se restringe à aplicação da norma, com reduzida margem interpretativa. Todavia, existem casos que transcendem a aplicação literal da lei, demandando maior reflexão e ponderação. Ilustram essa complexidade a disputa pelo direito a um novo transplante renal sem observância da fila de espera, a tentativa de interdição de um genitor viúvo em razão de novo matrimônio e o peculiar caso envolvendo a frustração de expectativas geradas por uma propaganda de cerveja.

Nesse contexto de crescente complexidade social, o Ministro Luís Roberto Barroso, em sua obra "Os papéis das supremas cortes nas democracias contemporâneas", argumenta que o protagonismo judicial se intensifica:

Além da ascensão institucional do Poder Judiciário e da acentuada judicialização da vida, há um outro fenômeno que aumentou o protagonismo de juízes e tribunais. É que, na medida em que as sociedades vão ficando mais complexas, a Constituição e as leis perdem a capacidade de prever, antecipadamente, soluções para todos os problemas jurídicos. Isso potencializa, em certa medida, a subjetividade ou discricionariedade judicial, pela necessidade de aplicação de cláusulas vagas (conceitos jurídicos indeterminados) ou princípios abstratos. (...)

(...) O traço comum entre todas estas situações é a ausência de uma solução pré-pronta em uma prateleira jurídica, onde o juiz pudesse recolhê-la. Em todos estes casos, ele terá de construir argumentativamente a melhor solução.

6872

Nesses cenários, a subsunção direta da norma revela-se inviável, demandando uma interpretação argumentativa à luz de princípios para a construção do provimento jurisdicional.

A discricionariedade do julgador, nessas situações, torna-se considerável, pois a evolução do direito nem sempre acompanha a dinâmica social, que cotidianamente apresenta ao Judiciário uma gama diversificada de casos, do trivial ao complexo.

Diante dessa pluralidade e complexidade social, permeada por vontades individuais que geram colisões, emergem soluções jurídicas que, por vezes, divergem da previsão normativa estrita. A solução "pré-pronta" contida na Constituição e nas leis esparsas mostra-se, em muitos casos, insuficiente para solucionar as problemáticas concretas. Assim, à luz das circunstâncias, desenvolvem-se novas vertentes jurídicas, materializadas em súmulas, jurisprudências, informativos, entre outros.

Nesse contexto, Cappelletti (1993) destaca a inevitabilidade da criatividade na função jurisdicional, impulsionada pela revolta contra o formalismo e pela transformação do papel do Direito e do Estado na sociedade. O autor observa uma crescente aproximação entre os sistemas de Civil Law e Common Law, elevando a importância da jurisprudência como fonte de

interpretação, integração e aplicação do direito, tendência reforçada pela valorização do sistema de precedentes no Código de Processo Civil.

Diante da finalidade do sistema jurídico de solucionar demandas e alcançar a paz social, a insuficiência legislativa impõe às tribunas o dever jurisdicional de interpretar as lacunas e prover o direito.

O artigo 140 do Código de Processo Civil, veda ao juiz eximir-se de decidir sob a alegação de omissão ou obscuridade da lei. De maneira similar, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabelece que, na ausência de disposição legal, o juiz decidirá o caso com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito, afastando a alegação de falha na prestação jurisdicional.

Assim, a necessidade de interpretar normas e princípios, diante da ausência de consensos e da complexidade social, atribui ao magistrado a dinâmica e a responsabilidade de dizer o direito de forma tempestiva, com limites e criatividade, atuando com desenvoltura e sem arrogância.

Nesse sentido, Garapon (1999, p. 137) assevera que o juiz, em um contexto de fragilidade dos vínculos sociais, é "convocado como ministro de orientação, numa sociedade desorientada". Para o autor, o aumento da judicialização reflete a transformação da sociedade, que recorre cada vez mais ao Judiciário para lidar com o pluralismo e a complexidade das democracias, buscando evitar seu colapso e reafirmar o projeto democrático. A legitimidade da atuação judicial na política deriva, portanto, da expectativa da sociedade em relação ao próprio conceito de democracia, transcendendo a dicotomia entre questões puramente políticas e jurídicas. O juiz assume o papel não apenas de garantidor do *status quo*, mas também de agente contestador da ordem social e guardião das promessas democráticas (GARAPON, 1999).

6873

Para ilustrar a função interpretativa do juiz na busca pela paz social, destaca-se a decisão proferida pelo magistrado baiano Luciano Ribeiro (autos nº 0502912-67.2017.8.05.0141, sentença de 16/10/2018, publicada em 19/10/2018). Em uma sentença, o magistrado demonstra a necessidade de ir além da literalidade da lei. O caso envolvia uma jovem que, apesar de não preencher os requisitos formais de emancipação (não era casada civilmente, não possuía emprego ou perspectiva imediata de ingresso universitário e não tinha estabelecimento comercial), vivenciava uma situação de grave vulnerabilidade social. Abandonada pelos pais aos 11 anos e sobrevivendo em condições precárias, o magistrado, em uma análise sistêmica e à luz dos princípios constitucionais, reconheceu que a própria vida já havia emancipado a jovem,

cabendo ao Judiciário formalizar essa situação para garantir-lhe paz e autonomia para cuidar de si e de seus irmãos.

Essa resposta jurisdicional demonstra uma clareza e um caráter vanguardista, desafiando a aplicação automática da norma e evidenciando o poder do Judiciário de modificar a realidade das pessoas em consonância com os limites constitucionais e as necessidades concretas.

Outras decisões ilustram essa vertente vanguardista do Judiciário, como a autorização para o aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), julgada pelo STF, que reconheceu a desumanidade de compelir uma mulher a manter uma gravidez inviável, confrontando a expectativa de um nascimento com vida. Conforme o voto do Ministro Carlos Ayres Britto:

Garapon acredita que o aumento da judicialização decorre da transformação da sociedade que para lidar com o pluralismo e complexidade das sociedades democráticas recorre cada vez mais ao judiciário para evitar sua derrocada e reafirmar a proposta democrática. Assim a legitimidade da atuação do judiciário na política adviria da expectativa da sociedade sobre o próprio conceito de democracia. No contexto proposto, deixam de existir questões exclusivamente políticas. O juiz não seria um garantidor do status quo, e sim um agente contestador da ordem social, um guardião das promessas (GARAPON, 1999).

Nesse aspecto de decisões vanguardista, temos outras decisões que demonstraram o caráter de necessidade de tal provimento jurisdicional. A discriminação de aborto de fetos anencefálicos, em que, na votação de 8 x 2, os votos positivos, estabelecem a ideia que é extremamente desumano, compelir uma mulher grávida de três meses, continuar grávida de um filho que não vai ter visto que a expectativa de ter um filho saudável com vida, será quebrada ao nascimento sem vida. Ressalta-se que essa decisão, não é um imperativo que conduz ao aborto, mas uma faculdade da gestante, claramente o estado não interfere na escolha apenas oferece uma via de solução humanista. Conforme observa o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, na argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54), publicada em 20/04/2012, com trânsito em julgado em 08/05/2013, vejamos:

É o reconhecimento desse direito que tem a mulher de se rebelar contra uma gravidez, um tipo de gravidez tão anômala que corresponde a um desvario da própria natureza. É um direito que tem a mulher de interromper uma gravidez que trai até mesmo a ideia-força que exprime a locução “dar à luz”. “Dar à luz” é dar a vida; não é dar a morte. É como se fosse uma gravidez que impedisso o rio de ser corrente; o rio salta da nascente para a embocadura. (...) E, no caso da gravidez de que estamos a falar, a fase corrente do rio é totalmente eliminada. A mulher já sabe por antecipação que o produto da sua gravidez, longe de, pelo parto, cair nos braços aconchegantes da vida, vai se precipitar no mais terrível dos colapsos. É o colapso da luz da vida. O feto anencéfalo não passa de um organismo prometido à inscrição do seu nome não no registro civil, mas numa lápide mortuária (2012).

A permissão para a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277), que garante o reconhecimento estatal de laços afetivos entre pessoas do mesmo sexo, reflete uma evolução

social que se distancia de concepções arcaicas e valoriza o direito ao afeto e à liberdade de escolha sentimental. Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto:

Trata-se de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar o amor. (...) Por isso, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para se compreender que a nossa Carta Magna não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser, pois não se pode separar por um parágrafo o que a vida uniu pelo afeto. (2011).

Diante disso, percebe-se que os direitos fundamentais, são o norte jurídico utilizado para a solução do conflito, e não poderia ser diferente, diante desse contexto Cunha Júnior (2011, p. 554) explica:

Aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas. De um modo mais amplo, podemos concebê-los como princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. São fundamentais porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive.

O neoconstitucionalismo, encara uma vertente em que o juiz não é apenas um irrestrito aplicador do direito, mas que tem a função de analisar todo o complexo fático e concretizar o direito sob os preceitos e princípios basilares da constituição, para que o provimento jurisdicional alcance a sua finalidade de resguardar direitos e obrigações. 6875

3.1 Atuação jurídica: limites entre a judicialização e o ativismo

Essa modalidade de atuação jurídica, sob a perspectiva dos positivistas, revela-se como uma potencial usurpação da competência do Poder Legislativo, considerando que a criação de normas de aplicação geral constitui função primordial da esfera legislativa.

Entretanto, conforme explicitado no capítulo anterior, a desejável harmonia entre os poderes, em relação a certas temáticas sensíveis, frequentemente dificulta o exercício eficaz da função legislativa na elaboração de normas que ofereçam soluções legais e normatizadas de forma abrangente e tempestiva.

Ademais, embora se pressuponha que o legislador possua sensibilidade para compreender as necessidades práticas subjacentes à norma criada, em algumas situações, os legisladores podem apresentar uma deficiência empírica em relação aos intrincados problemas sociais. Consequentemente, a elaboração do texto legal pode gerar expectativas genéricas e

previsões abstratas, cuja eficácia na aplicação concreta dependerá do poder discricionário do magistrado.

Contudo, essa atuação jurídica caracteriza-se como o poder de interpretação vinculado à construção de uma solução argumentativa, fundamentada em princípios, teorias gerais e valores, buscando estabelecer uma coerência nos julgamentos proferidos pelo magistrado.

O princípio, nesse contexto, assume o papel de diretriz fundamental do sistema jurídico, orientando a atuação dos intérpretes. Em síntese, o princípio possui uma importância hierárquica superior à da norma em sua aplicação e interpretação.

Mello (1996, p. 4), em sua obra "Curso de Direito Administrativo", sintetiza de maneira clara as características dos princípios:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Essa forma de atuação jurídica, sob a ótica positivista, frequentemente suscita a percepção de usurpação da competência do Poder Legislativo, cuja função primordial reside na criação das normas de aplicação geral.

Entretanto, conforme delineado anteriormente, a busca por harmonia entre os poderes, em relação a certas matérias, pode dificultar o exercício eficaz da função legislativa na elaboração de normas que ofereçam soluções legais e normatizadas de maneira abrangente e tempestiva.

Ademais, embora se espere do legislador uma compreensão das necessidades práticas da norma, em algumas situações, a deficiência empírica em relação aos problemas sociais pode levar à criação de expectativas genéricas e previsões abstratas, cuja efetividade dependerá do poder discricionário do magistrado.

Não obstante, essa atuação jurídica caracteriza-se pelo poder de interpretação vinculado a uma solução argumentativa, fundamentada em princípios, teorias gerais e valores, buscando estabelecer coerência nas decisões judiciais. O princípio, nesse contexto, atua como diretriz fundamental do sistema jurídico, orientando a interpretação e possuindo, em muitos casos, maior relevância que a norma estrita.

Conforme Mello (1996, p. 4), os princípios constituem o alicerce jurídico para a solução argumentativa, representando a via mais adequada para alcançar a melhor solução em casos carentes de respostas normativas predefinidas.

A discricionariedade judicial, embora passível de questionamento, distingue-se da liberdade de escolha administrativa pautada pelo princípio da razoabilidade. O magistrado não possui a mesma liberdade de escolha entre limites jurídicos, devendo buscar a melhor solução para o caso concreto, considerando a norma vigente, os precedentes atuais, os conceitos jurídicos basilares e a coerência com seu histórico decisório.

Este último critério, a coerência com o histórico do magistrado, é particularmente sensível, pois a ideologia pessoal pode comprometer a imparcialidade e invalidar decisões judiciais tendenciosas. Por outro lado, quando a coerência é respeitada sem ceder a inclinações pessoais, ela promove a segurança jurídica, valorizada pelo Judiciário e pela sociedade, justificando a transferência de limites do poder tradicional para a esfera judicial.

Estabelecida a condição interpretativa dos juízes, torna-se crucial distinguir ativismo de judicialização, termos relacionados, mas com significados distintos. Para Barroso (2011, p. 06), o ativismo associa-se a "uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes". Essa postura difere da atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Segundo Barroso (2009), a judicialização, longe de configurar uma "ditadura de togas", representa uma atitude proativa e expansiva na interpretação constitucional, permitindo uma atuação mais abrangente do Judiciário em espaços vagos ou deficientemente ocupados pelos demais Poderes. Trata-se de um fenômeno jurídico contemporâneo, resultante do descrédito das vias tradicionais do poder político.

Além da estrutura jurídica que possibilita o avanço do movimento jurídico-legislativo, outro elemento impulsiona a criação do direito pelos aplicadores: o controle de constitucionalidade. Esse fenômeno ocorre em países que adotam o princípio da supremacia formal da Constituição, o que implica rigidez constitucional.

Nesse contexto, torna-se necessária a atuação das cortes supremas para verificar a compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição, condição de validade de toda legislação. A incompatibilidade acarreta a invalidação e a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo. Assim, compete à corte suprema analisar a constitucionalidade das questões apresentadas, o que frequentemente gera controvérsia.

No Brasil, o Poder Judiciário detém a palavra final sobre a constitucionalidade das normas, por via difusa (pela interpretação de qualquer juiz) e concentrada (analisada pelo STF). Nesta última, a declaração de inconstitucionalidade requer o voto da maioria absoluta do

Plenário ou do seu Órgão Especial (6 dos 11 ministros), conforme a cláusula de reserva de Plenário.

O Ministro do STF, Marco Aurélio Mello, enfatiza a importância dessas ações de controle abstrato de constitucionalidade para a "segurança jurídica, que é um princípio básico da nossa República". Ele afirma que "quando o Supremo se pronuncia, nós temos uma decisão passível de ser enquadrada como definitiva. Ou seja, nós exercemos a jurisdição restabelecendo, numa graduação maior, a paz social".

No entanto todo esse cenário é um aspecto da judicialização, qual seja, a última palavra sobre o tema só encontra segurança jurídica na resposta jurisdicional.

Conforme especificado, a judicialização é um fato atual, impulsionado pela capacidade interpretativa, o fenômeno do controle de constitucionalidade, e o exaustivo rol de legitimados para questionar a constitucionalidade de normas criadas pelo legislativo, fazendo que ocorra análise aprofundada a fim de verificar se a norma ora em eficácia encontra-se adequada aos padrões constitucionais.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AS SUAS FUNÇÕES E PAPÉIS EXERCIDOS NA HISTÓRIA

O papel dos juízes em síntese é dizer o direito em nome do estado. Todavia quando se trata dos membros da Suprema Corte os ideais são mais distintos, visto que a esses cabem ir além de dizer, tendo como competência analisar as obscuridades do texto constitucional, refletir sobre os impactos dos entendimentos a serem sumulados e transferidos como dogmas as demais instâncias inferiores. 6878

É partindo da responsabilidade de vinculação que o STF, caminha sobre a lei sem caprichos dos seus julgadores, restritos as vertentes jurídicas atuais, e as relações históricas de seu tempo.

Haja vista que os juízes legisladores têm o dever de representar a sociedade, sendo justos. É garantindo que aos direitos fundamentais sejam respeitados, que o Supremo, garante a existência do constitucionalismo democrático, movimento pelo qual houve a hegemonia do judiciário, mas que sustenta a separação dos poderes, nesse cenário de incertezas, conforme informa Rodrigues (2008, p24):

Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado – situe-se ele no Poder Judiciário, no Poder Executivo ou no Poder Legislativo – é imune ao império das leis e à força hierárquico-normativa da Constituição.

Diante a citação, se observa que os juízes e tribunais são árbitros dos conflitos inaugurados na arena política, o que torna a instituição judiciária protagonista em ações diretas de constitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais, uma vez que nenhum dos Poderes da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir os direitos e as garantias de seus cidadãos

Nessa situação, o Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, informa que a ação agir por meio da judicialização desempenha três funções importantes, sendo: Representativa, contramajoritária e iluminista.

4.1 Função representativa do STF

A função representativa em uma vertente tradicional é interligada a quantidade de votos, no caso do provimento jurisdicional o elemento representativo está ligado umbilicalmente as partes envolvidas no processo, a qual delas está o aspecto constitucional da demanda, e a quem deve se dar provimento ao tema.

É nessa busca incansável de dizer e criar o direito, que o Supremo, trabalha incansavelmente, com a pouca estrutura, para não deixar de exercer a função jurisdicional. Ressalta-se que a impunidade encontra espaços na falta de consenso legislativo, ausência de normas adequadas. 6879

Ao primeiro aspecto limitador, consenso, se dá pelo fato da vinculação partidária, que há cobranças de fidelidade e cria obstáculos ao advento das normas mesmo que benéficas a coletividade.

Por muito que se percebe na casa legislativa é que os legisladores não tem autonomia de voto, mas que apenas são marionetes dos chefes de partido. O cenário contemporâneo, sofre da falta de consenso, cabendo nesse caso, quando expostos os temas ao judiciário solucionar, afinal, não se pode suspender a demanda até a criação de uma norma, pois é direito de todo o cidadão, alcançar em prazo razoável a solução do mérito, inclusive a tutela satisfativa, conforme artigo 4º do Código de Processo Civil.

Neste sentido, Vianna e outros (1999) discorrem sobre a valorização do Judiciário em detrimento às demais instituições:

As sociedades democráticas – entendidas por Garapon, em sentido rigorosamente tocquevilleano, como aquelas que “sediam a igualdade de condições em seu coração” – conheciam um movimento total, absoluto, universal de migração do lugar simbólico da democracia para o da Justiça: “em um sistema providencial, o Estado é todo-poderoso, podendo a tudo satisfazer, remediar, atender. Daí que, diante de sua

decadência, as esperanças nele depositadas se transfiram para a Justiça, Doravante é nela, e, via de consequência, fora do Estado, que se encaminha a realização da ação política. O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público.” (VIANNA et al, 1999, p. 25)

Por conseguinte, o segundo aspecto limitador, preparo, se materializa no fato, que os componentes da casa legislativa (senadores e deputados), desconhecem tanto o processo de criação da norma, quanto as necessidades sociais, após a eleição.

Bem a verdade, quando do início do mandato os temas e promessas da campanha eleitoral, são esquecidos nas areias do tempo, e povo sofre as consequências desse evento.

Nesse sentido, a ausência legislativa e a norma quando criada a muitos não tem eficácia, e quando tem, precisa ser adequada ao caso concreto.

Em primeiro momento o papel representativo tem seu advento nessas lacunas, a falha legislativa, abre espaço para a judicialização, pois o judiciário é a última porta que o cidadão tem para buscar amparo, e por isso, o STF, o representa mesmo que não seja pela via originária, a fim de propiciar a solução do mérito, atendendo as demandas sociais importantes, caminhando na direção certa.

Ressalta-se que os ministros a tempos têm inteligência, e o respeito de condicionar uma decisão judicial a prévia atividade legislativa, permitindo assim, que pela a via adequada ocorra a criação da norma, sendo que somente em caso de inércia a decisão judicial terá eficácia, visto isso percebe-se que o judiciário, de harmônica respeita os limites de sua atuação, e não usurpa competência originários dos poderes, o que há é um sistema de pesos e contrapesos.

6880

De modo que convívio social, para ser pacífico, depende da existência de regras que são impostas a todos e dessa forma, muitos recorrem ao Estado, por meio do Poder Judiciário, para a resposta jurídica que os represente.

4.2 Função contramajoritária do STF

É de uma dificuldade sobre humana compreender que aqueles que não possuíram nenhum voto, e que foram agraciados com a condição de ministro, possuem legitimidade para decidir os rumos da democracia.

Mas é sobre essa condição que surge um conjunto de direitos e deveres, que estabelecem a legitimidade. Em primeiro critério, é estabelecido o dever de proteção aos direitos fundamentais, impedindo a violação por partes das maiorias. Em segundo plano e não menos

importante, está o controle da regra democrática a fim de não permitir que qualquer interessado, viole as regras do jogo democrático e se perpetue no poder.

Neste sentido, aventou Barroso:

Os juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia. (BARROSO, 2009, p. II)

Partindo do reconhecimento da legitimidade é possível compreender o jogo das decisões do sistema jurídico é extremamente vinculado aos limites constitucionais, de modo que qualquer decisão que vá de encontro ao texto constitucional é invalida, conforme informado no item 2.1, devido ao controle de constitucionalidade.

Nesse sentido as decisões em diversas vezes não são contramajoritárias, pois acabam por ratificar a intenção do legislador, algumas decisões ratificam essa afirmativa, tais como pesquisas com células tronco, que foi garantido tanto pelo legislador, quanto pelo judiciário, a possibilidade de pesquisa científica sem ferir os princípios constitucionais, tal como a Dignidade da Pessoa Humana. O tema de cotas raciais no Brasil, também vão ao encontro desse sistema ratificador, quando foi reconhecido a vontade do legislador, o qual considerava os sistemas de cotas como um elemento de integração social, daqueles um dia prejudicados pela discriminação no processo histórico.

Ora fica claro o papel proeminente do judiciário através da defesa da constituição e de direitos fundamentais acima de interesses políticos, atuando como agente de equilíbrio entre os poderes, de importante guardião contramajoritário:

“A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia” (BARROSO, 2008, p.15).

Nesse sentido, observa-se que a segunda função, é apenas uma vertente do controle de constitucionalidade a fim de preservar os ideais contemporâneos de constitucionalismo e democracia.

4.3 Função vanguardista do STF

A ideia de vanguarda teve seu advento no sentido etimológico da palavra, tem sua primeira tradução no francês *avant-garde*, que significa, literalmente, a guarda avançada ou a

parte frontal de um exército, a adequar-se aos critérios jurídicos, tem o papel importante de remeter ao termo iluminista de trazer luz a tempos obscuros.

Partindo disso, observa-se que o STF desempenha com maestria esse papel de ser o criador de histórias, em decisões futuristas, a luz de princípios fundamentais.

É caracterizada essa função como um importante elemento para avançar a história, mesmo que não corresponda às ideias legispcionais, exercendo a função contramajoritária, ou talvez não represente a vontade da maioria, mas que esteja de acordo com os direitos fundamentais, os quais os julgadores devem dar a devida *vênia*.

É de bom tom, perceber que esse fenômeno vanguardista não é puramente brasileiro, mas que em outros lugares do globo, já tema sedimentado, em que as decisões representam um avanço para a humanidade.

Neste caso, tem se o exemplo Estados Unidos da América que através de uma série de decisões da Suprema Corte após o julgamento do caso Brown v. Board of Education de 1954, afirmou que a segregação racial em escolas públicas era inconstitucional, decisão que foi de encontro aos ideais da população, mas que vinha ao encontro dos limites constitucionais, foi o avanço histórico da década.

Há outras decisões em países distintos que compartilha do mesmo ideal de construir a história com ousadia e responsabilidade, tal como, a África do Sul, quando por decisão da Suprema Corte aboliu a pena de Morte, e o País de Israel, que apesar das tensões internas e guerras constantes proibiu as práticas de Tortura.

No Brasil não é diferente, quando de maneira extremamente fundamentada foi reconhecido o direito de homossexuais ao casamento civil, como também a mudança do nome no registro civil, baseado na identidade de gênero, independente de prévia cirurgia de mudança de sexo. É dessa forma, dando o salto histórico, em atuações sem timidez e sem arrogância, a história é construída dentro dos limites estabelecidos pelo constituinte.

5 O BRASIL FRENTE A JUDICIALIZAÇÃO – ASPECTOS E LIMITES

Conforme observado, a judicialização não é um fenômeno puramente brasileiro, visto que após a II guerra, o judiciário criou vida própria.

No entanto no Brasil, de maneira mais evidente, foi após os anos obscuros do regime militar que esse movimento político, jurídico e social criou forças, os anos entre 1964 e 1985, foram anos intensos em repressão social, limitação do direito de ir e vir, supressão da ampla defesa e do contraditório, os brasileiros ficaram submersos por 21 anos, as mazelas do totalitarismo militar.

Quando da reabertura política, sob o aspecto democrático, na intenção de dias melhores, os legisladores e juristas e políticos do executivo, juntamente com pessoas comuns do povo optaram por constitucionalizar de maneira abrangente todo os elementos que circundam a estrutura social.

Nesse sentido, foi o primeiro passo para a judicialização, pois o processo de constitucionalizar matérias, como os direitos e garantias fundamentais, organização do estado, organização dos poderes, defesa do estado e das instituições democráticas, tributação e orçamento e da ordem social, econômica e financeira, fez surgir a legitimidade de discutir e julgar de maneira mais efetiva as tensões sociais, a constituição brasileira é por demais abrangente, e por isso permite a interferência do julgador a fim de realizar o controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, no cenário brasileiro, encontramos a indeterminação do direito, vinculada a diversidade social, e a falta de consenso legislativo, que intensificam de maneira exponencial a atividade judiciária em temas de grande repercussão e polêmica social.

O poder judiciário em si, tem muitos entraves que nos leva a judicialização no Brasil. Nesse sentido, Barroso (2008, pg. 17) nos elucida os motivos da existência da judicialização, quando explana o seguinte:

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

6883

Da tradução da presente citação, observa-se que no Brasil uma turma limitada de 11 (onze) pessoas, os Ministros do STF, que tem o poder de realizar decisões que de maneira efetiva impactam e decidem os rumos da história.

Nas ideias de Barão de Montesquieu em “O espírito das leis”, isso é uma qualidade do sistema político que, por meio, do ideal de freios e contrapesos há uma maior possibilidade do controle de constitucionalidade.

No entanto sobre outra óptica, há uma confusão do papel do judiciário, com as atuações legislativas e políticas, há uma nova era um pensamento de juristrocracia.

O cientista político Ran Hirschl, (2004), define a juristocracia como um governo de juízes que favorecem as elites política e econômica na perpetuação do poder, ou seja, Hirschl define que nesse tipo de poder, a constituição, os direitos ali protegidos e o próprio estado democrático de direito, são redefinidos pelo interesse das elites, através do judiciário como se fosse questões jurídicas.

No entanto, tal perspectiva tende a cair por terra, quando se comprehende que este fenômeno não é estritamente, brasileiro, e realmente pelo fator inverso, que a judicialização incomoda no mundo jurídico.

Visto isso, o que ocorre no Brasil, nas palavras de Capelletti (1993), é uma modernização da forma de decidir, todavia harmônica, com outros poderes. Nos dizeres do autor: “representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances* à paralela expansão dos ramos políticos do estado moderno.”

Pois bem no Brasil em 2016 tivemos diversas decisões que para alguns fogem do juízo de imparcialidade e para outros é apenas aquilo que se esperava do Supremo Tribunal Federal. Sobre as decisões tomadas no referido ano, temos:

Algumas das decisões destacadas: a possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância, ou relativização da presunção de inocência (a suspensão da posse de Luiz Inácio Lula da Silva como ministro chefe da casa civil (MS n.º 34.070 e n.º 34.071); a suspensão do mandato do deputado federal Eduardo Cunha (AC n.º 4.070); o tráfico privilegiado, que deixou de ser considerado como um crime hediondo (HC n.º 118.533); o aborto até o terceiro mês de gestação foi descriminalizado (HC n.º 124.306); Renan Calheiros foi liminarmente afastado da presidência do Senado e depois apenas da linha sucessória da presidência da república (ADPF n.º 402); o projeto de lei de iniciativa popular sobre as 10 medidas de combate à corrupção voltou à Câmara dos Deputados para reiniciar o seu trâmite (MS n.º 34530).

6884

Nesse sentido, observamos que dependendo da onde se sintoniza a observação os exemplos citados mostram-se como decisões estritamente políticas da corte, onde os ministros decidiram de acordo com interesses políticos, clamor popular e convicções pessoais dos julgadores, ou seja, agiram com claro decisionismo, implicando em decisões ativistas, que muitas vezes até contrariam disposições legais e constitucionais expressas.

No entanto, já atualmente algumas decisões já caíram por terra, e apesar do clamor popular, o entendimento expresso foi condizente com a vontade do constituinte.

Visto demonstra que muitas decisões no caso brasileiro não são conduzidas por egos de elites ou juízes, mas limitada a vontade do constituinte, entrelaçada com a interpretação de vanguarda, a fim de prover o direito, quando se encontra o juiz em discussões emblemáticas e sem soluções pré-prontas.

Ressalta-se que a atuação jurídica legisacional brasileira é limitada, e somente ocorre em caso de falha poder legislativo, quando não produz uma norma para solucionar o problema em concreto na sociedade, ou quando produz essa norma com falhas a serem supridas.

No entanto, judicializar os temas é a descoberta do século, o que obriga o judiciário manifestar em temas que são inerentes aos outros poderes, quando movimentada a inércia da jurisdição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com certeza! Segue o texto revisado com as correções ortográficas e algumas sugestões de melhoria para fluidez e clareza.

A natureza humana é complexa, de modo que as interações entre as pessoas (em qualquer âmbito) estão sujeitas a se deparar com conflitos de interesses. Diante disso, e à luz do direito e da garantia fundamental de acesso à justiça, o Estado assumiu o poder-dever de dizer o Direito nos conflitos levados ao Poder Judiciário. Contudo, a prestação jurisdicional estatal não tem sido suficiente para assegurar o acesso à justiça em todas as suas dimensões. Assim, fica claro que a prestação jurisdicional precisa encontrar uma resposta capaz de solucionar os conflitos de forma rápida e justa.

Dessa forma, a judicialização é o único meio de encontrar resultado em temas ainda não discutidos. Somente assim o Poder Judiciário consegue solucionar o conflito de forma pacífica e célere, respeitando a função social do processo, sob a égide do princípio da igualdade e da inafastabilidade da jurisdição. Não obstante, os conservadores criticam esse tipo alternativo de solução sem considerar que a lide não pode ser julgada empatada por falta de previsão legal, como dispõe o artigo 140 do CPC: “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

A pesquisa permitiu verificar que a decisão derivada da prestação jurisdicional, que cria respostas a temas obscuros, é considerada a resposta estatal para casos raros que buscam a proteção de direitos ainda não discutidos em outras esferas, ou que, mesmo discutidos, não possuem consenso.

Nesse caso, a resposta por meio da judicialização serve para conter os ânimos e dar harmonia às decisões, a fim de evitar que a prestação jurisdicional seja conflitante em casos idênticos, sob pena de ferir a segurança jurídica.

Ademais, a resposta jurisdicional, ou a decisão, é tomada de maneira democrática, como no caso do STF, em que as votações são abertas ao público e transmitidas em rede nacional, a

fim de dar transparência. Embora no Brasil tramitem ideias de "negociatas" conduzidas por interesses financeiros, os ministros agem de maneira ilibada e com elevado saber jurídico, pois esses são os critérios que os mantêm no cargo.

Nesse cenário, constatou-se que a decisão para a solução de conflito, fruto da heterocomposição exercida pelo Estado-juiz, é uma manifestação estatal criativa. À luz das circunstâncias e dos fatos, é talhada em uma solução argumentativa, sob a égide dos direitos fundamentais.

Soluções pelas quais há a possibilidade de criar o direito no poder de intérprete da Constituição e tradutor, em uma atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, mesmo que de maneira limitada o poder de formular os gêneros criando espécies sem ferir o princípio da separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p;

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 285; 6886

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Atualidades Jurídicas. 2009, n. 4, janeiro e fevereiro, p. 1-29. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 11 mar. 2014.;

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**, de 5 de outubro de 1988. In: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 dez. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 maio 2013.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 de março de 2019;

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999;

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. First Harvard University Press, 2004.;

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011;

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1996.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NUNES JUNIOR, Flavio Martins Alves. **Curso de direito constitucional,** 2º edição; RODRIGUES, Francisco Lisboa. **A Criação Judicial do Direito: O papel do Supremo Tribunal Federal Como Legislador Positivo.** Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2008. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo55675.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 13.

Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ.** Requerentes: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 13 out. 2011. Acesso em: 10 out. 2013

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro. Editora Revan. 1999.