

Judicialização da política e ativismo judicial: Efeitos da intervenção do Judiciário nas competências do Legislativo e Executivo no Brasil

Matias-Pereira, José

Universidade de Brasília UnB, Brasil

 matiaspereira51@gmail.com

ORCID ID: [0000-0001-6320-026X](https://orcid.org/0000-0001-6320-026X)

Documento recibido:	26 enero 2021
Aprobado para publicación:	22 octubre 2021

Resumo

O artigo tem como objetivo principal avaliar a expansão e os efeitos do fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil, nas competências e atribuições dos poderes Legislativo e Executivo, no período de 2004 a 2020. Trata-se de uma pesquisa documental, apoiado no método descritivo, objetivando descrever e compreender os fatos/teorias que dizem respeito ao tema em discussão. Metodologicamente se buscou identificar as principais decisões do Supremo Tribunal Federal, para em seguida selecionar e analisar os casos polêmicos julgados pela Corte, no referido período. A fundamentação teórica está apoiada na teoria institucional e na teoria da tripartição dos poderes formulada por Montesquieu. Evidencia-se nas discussões e análises dos casos polêmicos selecionados dos julgados pelo STF, que houve uma expansão crescente da judicialização da política e ativismo judicial no país. Verificou-se, ainda, que a omissão inconstitucional do Parlamento na utilização dos mecanismos constitucionais, por meio de convocações de plebiscito e referendo, agravou os efeitos desse fenômeno. Conclui-se, por fim, que a expansão exacerbada da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil está interferindo nas atribuições e competências dos poderes Legislativo e Executivo. Recomenda-se, para conter esse fenômeno que provoca desarmonia entre os poderes, a inclusão do tema na agenda política nacional, sob a responsabilidade do Congresso Nacional, com o objetivo debater e definir os limites na atuação do Poder Judiciário.

Palavras-chave

Judicialização da política; ativismo judicial; limites de atuação do Poder Judiciário; Supremo Tribunal Federal; Brasil.

Abstract

The main objective of the article is to evaluate the expansion and effects of the phenomenon of the judicialization of politics and judicial activism in Brazil, in the competences and attributions of the Legislative and Executive powers, in the period from 2004 to 2020. This is documentary research, supported by the descriptive method, aiming to describe and understand the facts / theories that concern the topic under discussion. Methodologically, we sought to identify the main decisions of the Supreme Federal Court, and then select and analyze the controversial cases judged by the Court in that period. The theoretical foundation is supported by the institutional theory and the tripartition theory of powers formulated by Montesquieu. It is evident in the discussions and analyzes of the controversial cases selected from those judged by the STF, that there has been an increasing expansion of the judicialization of politics and judicial activism in the country. It was also found that Parliament's unconstitutional omission in the use of constitutional mechanisms, through calls for referendums and referendums, worsened the effects of this phenomenon. Finally, it is concluded that the exacerbated expansion of the judicialization of politics and judicial activism in Brazil is interfering in the attributions and competences of the Legislative and Executive powers. It is recommended, in order to contain this phenomenon that causes disharmony among the powers, the inclusion of the topic on the national political agenda, under the responsibility of the National Congress, with the objective of debating and defining the limits in the Judiciary's performance.

Keywords

Judicialization of politics; judicial activism; limits of action of the Judiciary; Supreme Federal Court; Brazil.

Resumen

El principal objetivo del artículo es validar la expansión de los efectos del fenómeno de la actividad judicial en Brasil, con las competencias y atribuciones de dos poderes Legislativo y Ejecutivo, en el período de 2004 a 2020. Esta es una investigación documental, sustentado en un método no descriptivo, con el objetivo de comprender los hechos / teorías el tema en discusión. Metodológicamente, se buscó identificar las principales decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Federación, para luego seleccionar y analizar los procesos controvertidos interpuestos por la Corte, no mencionados en el período. El fundamento teórico se sustenta en la teoría institucional y la teoría de la tripartición de dos poderes formulada por Montesquieu. Se discuten evidencias y análisis de dos casos controvertidos seleccionados por el STF, que tienen una creciente expansión de la judicialización de la política y el activismo judicial en el país. También se constató que la omisión inconstitucional de la Asamblea de la República en el uso de dos mecanismos constitucionales, mediante convocatorias de plebiscito y remisión, agravó los efectos de este fenómeno. Finalmente, se concluye que la exacerbada expansión de la judicialización de la actividad política y judicial en Brasil interfiere con las atribuciones y competencias de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Para enfrentar este fenómeno que provoca desarmonía entre poderes, se recomienda la inclusión del tema en la agenda política nacional, bajo la responsabilidad del Congreso Nacional, con el objetivo de debatir y definir los límites del Poder Judicial.

Keywords

Judicialización de la política; activismo judicial; límites de actuación del Poder Judicial; Tribunal Federal Supremo; Brasil.

Introdução

Os países com instituições sólidas e democracias consolidadas têm vivenciado nas últimas décadas, tendo como referência o modelo adotado pelos Estados Unidos ¹, uma crescente intervenção do Poder Judiciário na política e nas relações sociais. Nesse cenário, os Tribunais que desempenham a função de interpretação da Constituição se revelam como atores políticos relevantes, na medida em que promovem com frequência intervenções que impactam nas atribuições do Poder Legislativo e do Poder Executivo ².

Observa-se que o fenômeno de dimensão mundial da “judicialização da política e ativismo judicial”, começou a ganhar relevância no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, se intensificando a partir da primeira década deste século. O aumento da atividade do Poder Judiciário e a preponderância desse poder nas decisões políticas do Estado brasileiro, se sobrepondo aos poderes Legislativo e Executivo, explica porque esse tema vem ocupando um lugar de destaque no debate jurídico e político, notadamente nos últimos quinze anos. Assim, essa imposição do Judiciário sobre a Política, conforme evidenciado por diversos autores ³, tem contribuído para fomentar uma crescente interferência do Judiciário nas competências e atribuições dos poderes Legislativo e Executivo. Nesse sentido, o debate do tema que envolve “judicialização da política e ativismo judicial” se revela atual e relevante, notadamente nos campos da ciência política, administração pública, economia, sociologia e direito.

Torna-se importante destacar, na discussão desse fenômeno em análise, que a governabilidade de qualquer país depende dos critérios institucionais básicos nos quais se apoiam os pilares do regime político. Verifica-se, por sua vez, que o sistema político brasileiro possui uma configuração institucional de baixa eficácia e efetividade no processo de decisão e implementação de políticas públicas. O regime presidencialista, o federalismo e o sistema partidário são elementos que impactam de forma preocupante no referido processo decisório. A elevada fragmentação partidária, com uma baixíssima disciplina dos partidos no jogo parlamentar, desaguou num sistema orientado para o veto, relegando a um segundo plano à adoção de decisões (MATIAS-PEREIRA, 2020).

Observa-se, num sentido amplo, que as deficiências nos mecanismos de participação popular direta e semidireta no sistema constitucional brasileiro, conforme revela a literatura, estão impactando negativamente sobre o funcionamento do governo, nas instituições e na democracia. Nesse sentido, sustentam diversos autores que, a democracia contemporânea requer aperfeiçoamentos no âmbito institucional, para permitir que as relações

¹ O termo ativismo judicial tem origem no artigo de Schlesinger Jr., “The Supreme Court: 1947”, publicado na revista *Fortune*¹⁰, no qual se delineava o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte dos EUA, classificando-os como: ativistas, campeões da autocontenção e moderados.

² TATE, Chester N.; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

³ A respeito do tema judicialização da política no Brasil veja, por exemplo, Taylor (2007 e 2008); Taylor e Da Ros (2008); Vianna et al. (1999); Vianna, Burgos e Salles (2007); Arantes (2007); Verbicaro (2008); Carvalho (2009); Maciel e Koerner (2002); Marchetti (2008); Oliveira (2011); Pogrebinschi (2011); Barroso (2012); Streck (2016).

entre os poderes ocorram de forma complementar e harmônica, evitando a imposição do Judiciário sobre os demais poderes. Entende-se, assim, que é essencial para as instituições e a democracia que os conflitos entre as distintas visões de mundo sejam resolvidos no campo da Política.

Diante desse contexto, o artigo tem como objetivo principal avaliar a expansão e os efeitos do fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil, nas competências e atribuições dos poderes Legislativo e Executivo, no período de 2004 a 2020. Assim, formula-se a seguinte pergunta: A expansão e os efeitos da judicialização da política e ativismo judicial estão provocando desequilíbrios nas competências e atribuições dos poderes Legislativo e Executivo?

O tema abordado nesse estudo é complexo e polêmico, pois trata de decisões que impactam fortemente sobre a vida do país e das pessoas. Para diversos autores a judicialização da política e ativismo judicial são alternativas válidas para efetivar direitos previstos no texto constitucional e não regulamentados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Alguns autores, indo além, sustentam que o princípio da separação dos poderes precisa ser revisado no sentido de melhor se adaptar ao atual contexto político brasileiro, o que remete para uma postura proativa do Poder Judiciário. Por sua vez, outros autores, adeptos do princípio da separação dos poderes, que refutam esse entendimento, consideram que a judicialização da política pode levar ao aprofundamento do ativismo judicial, por entenderem que essa alternativa acaba se tornando benéfica para aqueles que recorrem ao Poder Judiciário em detrimento da coletividade ⁴.

Nesse debate, merece destaque, o entendimento de Teixeira (2012, p. 48-49), que argumenta que o ativismo judicial representa a deslegitimação da política e, portanto, pode ser compreendido como uma patologia constitucional, eis que resulta da insuficiência do Estado em atender aos anseios da população. Nesse sentido, assinala:

Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes.

A intensidade dos debates sobre questões que envolvem a judicialização da política e ativismo judicial no Brasil vem aumentando de forma significativa nos últimos anos. Por se tratar de um tema relevante nos campos da política, sociologia, administração pública, economia e direito, vem estimulando a realização de inúmeras pesquisas, o que tem contribuído para o aumento de publicações de artigos científicos e livros. Destaca-se na crescente produção acadêmica nacional, os autores das áreas da teoria do direito, filosofia do direito, direito constitucional, ciência política e administração pública, visto que o tema está relacionado ao equilíbrio entre os poderes, governabilidade, legitimidade democrática e aos limites da jurisdição nos processos de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

⁴ Merece destaque o estudo de Da Ros (2017), sobre a revisão de literatura sobre tribunais e política no Brasil, com foco no STF.

Referencial teórico

O artigo está apoiado na teoria institucional, em especial, na sua vertente denominada institucionalismo sociológico. É importante destacar que, a teoria institucional tem sido usada como base de sustentação de inúmeros estudos em diferentes áreas, como economia, sociologia, ciência política, administração, contabilidade e direito, que buscam entendimentos da realidade social dentro de sistemas como organização, família e governo.

Nesse sentido, Peters (2000, p. 9) assinala que:

"Tem havido reafirmação das principais teorias institucionais no campo das ciências sociais, e especialmente em ciência política. March e Olsen (1984), artigo publicado no American Political Science Review (APSR), principal jornal da pesquisa acadêmica de ciência política, abordou o início da revolução contra o individualismo metodológico de ambos e as abordagens da escolha racional. Na sequência desta e suas posteriores publicações (1989, 1994; Brunsson e Olsen, 1993; Olsen e Peters, 1996) tem havido uma proliferação de teorias institucionais e as aplicações dessas teorias. Da mesma forma, em Economia (North, 1990; Alston, Eggerston e Norte, 1996; Khalil, 1995) e na sociologia (DiMaggio e Powell, 1991; Scott, 1995; Zucker, 1987) houve um nascimento (ou mais adequadamente uma ressurreição) de abordagens institucionais para as questões básicas nestas disciplinas".

Destacam-se entre as vertentes da Teoria Institucional as seguintes Old Institutional Economics (OIE); New Institutional Economics (NIE); New Institutional Sociology (NIS). A vertente do Old Institutional Economics (OIE), conforme assinalam Major; Ribeiro (2009), se preocupa com alguns pressupostos da economia neoclássica, tais como a racionalidade individual e o individualismo metodológico ao se analisar o desenvolvimento e mudança que se processam nos sistemas sociais. Seu foco está direcionado para a ação dos agentes econômicos que estão atuando num contexto social, em que as normas e valores sociais moldam os comportamentos individuais. Essa vertente também defende o holismo metodológico ao considerar que instituições e organizações existem em ambientes complexos, cuja consideração global (e não parcial ou simplista) deve estar envolvida na análise.

A vertente do New Institutional Economics (SCAPENS, 2006), é parte integrante do corpo teórico da Economia Neoclássica. Ela possui os princípios base da modelização econômica: agentes racionais com funções e objetivos definidos. A NIE propõe o desenvolvimento dos modelos econômicos, introduzindo pressupostos ou variáveis que levam em consideração o contexto organizacional.

A vertente do New Institutional Sociology (DiMAGGIO; POWEL, 1983; MEYER; ROWAN, 1977), com a qual este artigo está alinhado, cuida de estudar as organizações dentro de uma grande rede de relacionamentos entre as organizações e sistemas culturais. O ambiente institucional não apenas influencia o relacionamento das organizações com o mercado, mas também suas crenças, normas e tradições. Esse ambiente institucional é caracterizado pela elaboração de regras, práticas, símbolos, crenças e requerimentos normativos aos quais indivíduos e organizações precisam se conformar para receber apoio e legitimidade. A estrutura organizacional é aceita como o resultado das pressões exercidas pelo meio envolvente em que as instituições operam.

É oportuno ressaltar que, nas suas múltiplas abordagens, os "neo-institucionalismos" buscam explicitar o papel desempenhado pelas instituições na determinação de resultados sociais e políticos. Argumenta Théret (2003)

que o trabalho de Hall e Taylor (2003), baseado na Ciência Política deu origem a preocupação de avaliar a variedade de novos institucionalismos presentes no interior de uma mesma disciplina. Por sua vez, assinalam Di-Maggio e Powel (1983) que, nas sociedades modernas, o Estado é uma fonte vital de recursos e de poder coercitivo, impondo, em geral, estruturas uniformes e procedimentos às organizações.

O estudo também se apoia na teoria da tripartição dos poderes (MONTESQUIEU, 2010)⁵, cuja relevância é reconhecida no mundo atual. Esse princípio tem como objetivo principal impedir a concentração dos poderes políticos de uma sociedade fique concentrado em uma única figura de autoridade, ou seja, uma pessoa, grupo ou órgão do governo. Os desdobramentos teóricos da doutrina de separação dos poderes repercutem, em especial, na Ciência Política e no Direito Constitucional. É oportuno recordar que, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no seu preceito XVI, trouxe o princípio da Separação dos Poderes como elemento fundamental de uma Constituição.

Para Montesquieu (2010, p. 169), nenhum poder poderia ser excessivo, pois para qualquer dos lados que pensasse existiria alguma forma de arbítrio:

"Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares."

Assim, coube a Montesquieu (1996), influenciado pelas obras de Platão e Aristóteles, formalizar no seu livro, "O Espírito das Leis" (1748), a teoria da tripartição dos poderes. O Brasil, alinhado com uma parcela significativa de países, também adotou essa teoria, ao definir na sua Carta Magna competências bem delimitadas para cada poder⁶. Assim, a separação dos poderes, princípio fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, constitui cláusula pétrea, conforme art. 60, § 4º, não pode ser modificada (nem mesmo por meio de emenda constitucional).

A tripartição dos poderes, portanto, é base de democracias presidencialistas como Brasil, França ou Estados Unidos. No sistema parlamentarista britânico, em que pese haver a divisão formal em três poderes, verifica-se, na prática, que existe uma preponderância do parlamento, visto que o legislativo desempenha atribuições do executivo. Na Alemanha a divisão é ainda mais ampla, com um poder eleitoral (Assembleia Federal) e dois executivos (Gabinete e Presidente), bem como o judiciário e o legislativo bicameral. Destaca-se, dentre as divisões de poder com mais amplitude, a União Europeia, que possui sete órgãos, representando, muitas vezes de maneira intercalada, os poderes executivo, legislativo, judiciário e auditor.

5 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do espírito das leis; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

6 O princípio da separação dos poderes está consagrado no artigo 2º da Constituição Federal: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

A crescente imposição do Judiciário sobre a Política, por sua vez, está levando uma parcela dos teóricos a argumentar que esse comportamento ativista do Poder Judiciário contraria a teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu, bem como, ao modelo positivista formulado por Kelsen, que considera a existência de um sistema puro de normas, diferenciando-se direito de valor. Registre-se que, a doutrina de Kelsen (1998, p. 390) propõe que se deve transitar apenas dentro da moldura jurídica imposta pelo legislador, sendo esta o conjunto normativo capaz de regulamentar em alguma medida o caso concreto.

As posições sustentadas por Rawls (2000), também são relevantes nas discussões desse artigo, em especial, as debatidas em sua obra '*O liberalismo político*', no qual expõe oito ideias fundamentais: ameaças dos cidadãos e sua representação; construtivismo político; uma ideia de um consenso sobreposto; a prioridade do justo e como as ideias bem; uma ideia de razão pública; uma estrutura básica como objeto; como liberdades fundamentais e sua prioridade.

Ao tratar do surgimento do ativismo judicial no Brasil, assinala Veríssimo (2008, p. 3):

Trata-se do surgimento, no País, de um judiciário "ativista", que não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar (via controle de constitucionalidade, sobretudo), quer incidentes sobre as políticas de ação social do governo (por intermédio das competências de controle da administração pública, controle esse interpretado de forma cada vez mais larga nos dias atuais).

Nesse mesmo sentido, destaca Lammêgo Bulos (2015, p. 442):

Os ativistas judiciais, também chamados de juízes legisladores ou legisladores positivos, ao invés de decidirem conflitos, que é a tarefa típica que lhes compete exercer, praticam atos inerentes ao ofício de Deputados e Senadores da República.

É oportuno recordar, por sua vez, que os juízes, de forma inevitável, são criadores do Direito. A interpretação criativa do Direito tem como propósito ajustar a norma à realidade social, buscando adequar as mudanças sociais, políticas, históricas, culturais, entre outras, que estavam ausentes por ocasião da elaboração do texto normativo. É preciso, entretanto, impor limites nesse esforço de interpretação, para evitar que ocorra uma interpretação que extrapole o objetivo da norma.

A imposição do Judiciário sobre a Política, assinalam diversos autores, decorre da visível omissão do legislador infraconstitucional de elaborar leis e normas que permitam a efetivação dos direitos sociais. Para Canotilho (2001, p. 331), a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não 'faz' algo que "positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo 'não fazer'; trata-se, sim, de não fazer aquilo que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado."

Para diversos autores, como por exemplo, Hirschl (2004, 2007, 2008) e Whittington (2005) sustentam que o Judiciário cada vez mais tem assumido a tomada de decisões políticas em questões centrais para a sociedade. E nesse sentido argumentam que a implantação da teoria da autorrestrição judicial é difícil, na medida em que os atores políticos desvirtuaram o papel do Parlamento, ao adotarem, de forma crescente, a prática de acionar os tribunais visando a obtenção de resultados políticos favoráveis. Assim, os tribunais ou cortes constitucionais acabam funcionando como trunfos para minorias políticas que não conseguem aprovação dos seus objetivos na arena política.

Merece destaque, nesse contexto, o estudo de Hirschl (2006, p. 723) ⁷, no qual apresenta três categorias de judicialização: (i) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; (ii) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; (iii) judicialização da política pura ou da política macro, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política.

Por sua vez, ao tratar das concepções de ativismo judicial, Marshall (1995) ⁸ enumera sete tipos: (1) ativismo contramajoritário, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; (2) ativismo não-originalista: quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição; (3) ativismo de precedentes: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos; (4) ativismo jurisdicional: quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas; (5) ativismo criativo: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional; (6) ativismo remediador: quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas; (7) ativismo partisan: quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social.

Para diversos juristas, como por exemplo, Streck (2016), o problema do ativismo é muito maior do que da judicialização, por entender que o ativismo sempre é prejudicial para a democracia, visto que resulta de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais.

Metodologia

Esta pesquisa, em termos metodológicos, é documental, apoiada no método descritivo, objetivando descrever e compreender os fatos/teorias que dizem respeito ao tema em discussão. A técnica empregada será a bibliográfica, com uso de pesquisa jurisprudencial, a fim de levantar um melhor entendimento do tema em casos específicos. Nesse sentido, se buscou, inicialmente, identificar de forma não exaustiva as decisões de questões complexas, que tiveram grande impacto e repercussão na sociedade proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no período de 2004-2020⁹. Para alcançar o objetivo proposto se buscou identificar as decisões que se enquadravam nos critérios assinalados.

Na primeira fase da pesquisa, não exaustiva, os critérios para a seleção dos casos mais polêmicos foram a quantidade de vezes que os temas apareceram nas ferramentas de buscas na internet - Word Wide Web -, a partir do uso de palavras-chaves. Foram utilizados os seguintes motores de pesquisas: Google, Google Scholar

7 HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006.

8 MARSHALL, William P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. In: *University of Colorado Law Review*, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002.

9 Registre-se que, o Supremo Tribunal Feral julgou 115.603 processos em 2019. No mesmo ano, a título de comparação, a Suprema Corte Americana julgou apenas 70 casos (Fux, 2020).

(Acadêmico - <https://scholar.google.com/>) e o Yahoo Search - com base nas palavras-chaves fornecidas pelo pesquisador em documentos e bases de dados. As principais palavras-chaves são as seguintes: judicialização da política; ativismo judicial; limites de atuação do Poder Judiciário; Supremo Tribunal Federal; Brasil ¹⁰.

Decidiu-se, após o levantamento mais amplo feito na primeira fase, que identificou 163 decisões complexas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, no período de 2004-2020, promover a redução do tamanho da amostra. Na segunda fase do levantamento, optou-se por separar dentre as decisões selecionadas na primeira fase, os casos que envolvessem a regulação de condutas sociais ou estatais, que impõem ao Estado a obrigação de implementar políticas públicas e proporcionar a concretização de direitos e garantias fundamentais. Essas decisões do STF são denominadas neste artigo de “decisões polêmicas”, levando-se em consideração as suas fortes repercussões na sociedade, na política e na economia. Os votos dos ministros, os acórdãos e as jurisprudências das decisões selecionadas foram obtidos no portal do STF (disponível em: <http://portal.stf.jus.br>).

Pressupõe-se, na análise dos casos selecionados, que, a indeterminação do direito em temas polêmicos, notadamente os que envolvem direitos sociais ou de minorias, são reconhecidamente casos difíceis. Entende-se, em que pesem esses aspectos, que a instrumentalização do direito nesses casos complexos e polêmicos, mesmo que apoiada por uma adequada argumentação prática não restrita a argumentos institucionais, não podem romper os limites constitucionais.

As discussões e análises dessas decisões selecionadas visam explicitar se a judicialização da política e ativismo judicial estão esvaziando as atribuições e competências do legislador, bem como do administrador público, em especial, do presidente da República. Examina-se, ainda, de forma não exaustiva, com base nas decisões selecionadas, se os mecanismos constitucionais – plebiscito e referendo – são adequados para conter a crescente imposição do Judiciário sobre a Política no Brasil.

Não se pretende inferir neste artigo o mérito das decisões selecionadas, bem como, se a postura de omissão inconstitucional do legislativo, estimulando a judicialização da política e ativismo judicial, está contribuindo para o aumento da politização e partidarização na escolha e nomeação dos membros dos tribunais superiores, em especial, na Corte Suprema.

Paradigmas analíticos da participação popular

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece em seu texto um forte compromisso com a democracia e com a soberania popular. Verifica-se da sua interpretação que, o povo tem participação na formação das leis, por meio da iniciativa de legislador ordinário, mas de outro não tem a de legislador constituinte. Ou seja, a Constituição não prevê a hipótese de participação popular direta no processo de reforma constitucional via proposta de emenda à constituição, tampouco se ocupa da legitimação dessas alterações do texto da lei maior por meio de referendo após o processo legislativo.

Nesse sentido, diversos juristas, como por exemplo, Sarmiento; Souza (2012, p. 287) e Silva (2011, p. 64) argumentam que, sendo o povo titular do poder constituinte, não deve ser ele privado da faculdade de deflagrar,

¹⁰ Registre-se que, apenas a busca das palavras-chaves 'judicialização da política e ativismo judicial' no Google, geraram um total de 80.900 resultados. As mesmas palavras-chaves pesquisadas no Google Acadêmico, geraram um total de 9.550 resultados. Pesquisa realizada em 23.12.2020. Disponível em: <https://scholar.google.com/>.

diretamente, o processo de mudança na Constituição. Ao analisar o fato do povo não dispor da iniciativa de legislador constituinte, argumenta Bonavides (2008, p. 53):

O povo tem na formação das leis, segundo a Constituição de 1988, a iniciativa de legislador ordinário, mas não tem a de legislador constituinte. Essa derradeira iniciativa é a mais importante, a mais fundamental, a mais sólida por garantir o exercício de sua capacidade legitimadora da ordem normativa, debaixo da qual se organizam e repousam as instituições do ordenamento jurídico nacional.

É oportuno citar, no debate sobre participação popular, Lijphart (2003, p. 17): “Governo pelo povo, ou no caso da democracia representativa, governo pelos representantes do povo – e, também, a partir da famosa frase de Abraham Lincoln segundo a qual a democracia significa governo, não apenas pelo povo, mas também para o povo – ou seja: governo de acordo com a preferência popular.”

Por outro lado, os movimentos de ruas, a intensificação dos debates sobre temas políticos, sociais, éticos e morais nas redes sociais, e em especial nas urnas, evidencia que o povo brasileiro recuperou a sua capacidade de se indignar e reagir em relação às injustiças sociais, corrupção e impunidade, em decorrência da descrença em relação ao Estado no exercício de suas funções administrativa e legislativa (MATIAS-PEREIRA, 2018, 2020).

O tema da participação popular foi estudado por diversos autores, como por exemplo, Arnstein (1969); Pate-man (1992); Gohn (2003); Sayago (2000), sob o prisma de distintos pontos de vistas e analisado por diferentes métodos, com distintos propósitos.

Tanto o plebiscito como o referendo, entendidos como formas de consulta popular, são instrumentos de democracia direta. Existe, no entanto, diferenças sutis entre plebiscito e referendo, conforme delineados no texto da Constituição Federal de 1988. A principal diferença que existe entre eles é o momento em que acontecem, ou seja, o plebiscito é realizado antes que seja tomada a decisão e o referendo acontece depois.

- Plebiscito. Convocação dos eleitores do país a aprovar ou rejeitar questões relevantes antes da existência de lei ou do ato administrativo. Assim, as questões submetidas a plebiscito são de relevância nacional, ou de relevância municipal/estadual (em plebiscitos locais). Como exemplo, pode-se citar a escolha da forma de governo do país. O plebiscito é previsto no artigo 14 da Constituição Federal de 1988. Regulamentado pela Lei 9.709, de 1998, o plebiscito será feito para a consulta sobre questões constitucionais, legislativas ou administrativas.
- Referendo. O referendo também é uma consulta popular, prevista no artigo 14 da Constituição Federal, regulamentada pela lei 9.709, de 1998. A diferença sutil é que o referendo é convocado *depois* que o ato já foi aprovado, cabendo ao povo ratificar ou rejeitar a proposta.

A competência para convocar um plebiscito ou um referendo é do Congresso Nacional, definido pelo art. 49, XV, da Constituição Federal. Para que se efetive essa convocação é necessário pelo menos um terço dos parlamentares de uma das Casas, ou seja, 27 senadores (Senado Federal), e 171 deputados federais (Câmara dos Deputados) proponham um decreto legislativo visando à convocação da consulta popular. Para ser aprovado o projeto de decreto exige maioria simples do plenário do Congresso Nacional.

Judicialização da política e ativismo judicial: Conceitos

As expressões 'judicialização da política' e 'ativismo judicial' em que pesem suas interações, possuem sentidos distintos. De forma sucinta, o ativismo judicial diz respeito à determinada forma de atuação dos representantes do Poder Judiciário. Por sua vez, a expressão judicialização está relacionada à transferência de poder das instâncias políticas tradicionais para as judiciais. Registre-se que, a judicialização da política é um fenômeno de âmbito mundial, revelando um judiciário hipertrofiado, que decide assuntos que repercutem nos campos político, econômico, cultural e ético.

Nesse sentido, argumenta Raupp (2016, p.61), que "o ativismo judicial está associado a uma ideia de concretização de direitos (e também valores) constitucionais mediante uma atuação proativa (mais enérgica) do Poder Judiciário, em face de omissões dos demais Poderes de Estado".

Para Ramos (2010, p. 129) 'ativismo judicial' deve ser "entendido como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Por sua vez, Miarelli e Lima (2012, p. 34) sustentam que:

Por "ativismo judicial" entende-se o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.

O termo "ativismo judicial" (*judicial activism*) surgiu no período de transição entre o constitucionalismo liberal e o constitucionalismo social. O termo está relacionado a uma expansão significativa da função do Poder Judiciário por meio do uso da interpretação constitucional. Deve-se ressaltar que, não existe consenso quanto ao termo 'ativismo judicial'.

Assim, a expressão 'ativismo judicial' foi utilizada nos Estados Unidos em meados dos anos 40, para classificar a atuação da Suprema Corte norte-americana nas décadas seguintes, onde predominou uma jurisprudência progressista em sede de direitos fundamentais, realizadas sem a participação presidencial ou ato do Congresso. A reação conservadora que se contrapôs ao ativismo judicial, razão pela a expressão passou a ter uma conotação depreciativa.

As experiências históricas que nos foram legadas e que permitem desenvolver um conceito de ativismo judicial argumentam Streck; Barretto e Oliveira (2009, p. 77), não apontam para o "bem" ou para o "mal" das atividades desenvolvidas sob este signo.

"Certamente, o que temos de modo substancial sobre o tema são as experiências oriundas dos Estados Unidos e da Alemanha. No contexto norteamericano, como nos lembra Wolfe (1994), em seu The rise of modern Judicial Review, o ativismo judicial pôde nomear desde as posturas conservadoras que perpetuaram a segregação racial e impediram as transformações econômicas que o

new deal de Roosevelt tentava operar na primeira metade do século 20, até as posturas tidas como progressistas ou liberais da Corte de Warren, na década de 1960.”

O conceito de judicialização da política e o ativismo judicial são delineados por Barroso (2012, p. 23-32), que sustenta que a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. A ideia de ativismo judicial, por sua vez, está associada 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.

No contexto brasileiro, entre as condições propiciadoras e/ou facilitadoras do processo de judicialização da política, destacam-se: a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a consequente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório (VERBICARO, 2008, p. 390).

O ativismo judicial pode ser realizado em qualquer instância do Judiciário, ou seja, não fica restrita à atuação da Corte Constitucional. Nesse sentido o ativismo judicial diz com a conduta do Judiciário de legislar, não se restringindo a interpretação da norma jurídica. Essa conduta influencia na regulação de condutas sociais ou estatais, impondo ao Estado a obrigação de implementar políticas públicas e proporcionar a concretização de direitos e garantias fundamentais. Ocorrendo, dessa forma, um rompimento dos limites impostos na separação dos poderes, prevista no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Essa postura exacerbada do Poder Judiciário no que se refere à interpretação das normas jurídicas, apoiado no argumento de que busca conceder uma resposta mais adequada às partes que litigam em juízo, em conformidade com os princípios constitucionais, não se sustenta, visto que nesse contexto a conexão entre o direito e política não contribuem para o bom funcionamento do Estado.

Assinalam Torres e Gonçalves (2015, p. 296) que muitas críticas surgiram na doutrina quanto à excessiva intervenção judicial nas relações sociais, podendo explicitar algumas delas:

- a) dificuldade contramajoritária: caracterizada pela atuação expansiva do Judiciário de forma a sobrepor suas decisões às ações dos agentes políticos eleitos, desequilibrando a clássica lição da separação dos poderes;
- b) capacidade institucional e os riscos dos efeitos sistêmicos, haja vista que nem sempre a decisão judicial é a melhor solução para determinadas matérias, notadamente aquelas que envolvem aspectos técnicos e científicos complexos, podendo incorrer em efeitos indesejáveis ou imprevisíveis, de forma a promover um impacto negativo nas relações sociais;

- c) problema da elitização do debate político, através da desnecessária utilização de métodos de argumentação rebuscados, os quais não se fazem acompanhar pela população, fazendo com o papel da sociedade civil se restrinja a meros expectadores, na espera de soluções providenciais de juízes quanto ao deslinde de questões sociais, que tradicionalmente, deveriam ser resolvidas pelos agentes políticos;
- d) colapso judiciário em razão da crescente procura do Poder Judiciário pelos jurisdicionados, que antes mesmo de procurarem os meios legiferantes próprios, se socorrem do judiciário para buscarem o alcance de suas prerrogativas.

Críticas ao aumento do protagonismo do Judiciário

A expansão do poder judicial, para Carvalho (2004, p. 115), é um fenômeno que tomou conta do final do século passado. A grande maioria dos países ocidentais democráticos adotou o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes. A inclusão dos Tribunais no cenário político implicou em alterações no cálculo para a implementação de políticas públicas. O governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, teve que se preocupar em não infringir a Constituição. Essa seria, de maneira bastante simplificada, a equação política que acomodou o sistema político (democracia) e seus novos guardiões (a Constituição e os juízes).

Assim, nesse novo cenário, para diversos autores, como por exemplo, Tate e Vallinder (1995); Vianna et al. (1999); e Santos (2001), Carvalho (2009; 2010), o Judiciário vem ocupando um lugar estratégico no controle dos demais, em especial, do Executivo.

A analisar a questão do protagonismo e ampliação da dimensão política do Poder Judiciário no Brasil, Verbicaro (2008, p. 390) argumenta:

A institucionalização de um espaço público alternativo – complementar e não excludente às clássicas instituições político-representativas –, propiciado pelo incremento da atividade judicial, pela crescente expansão do direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política e sobre a sociabilidade da vida contemporânea, repercute diretamente nas relações entre Estado e sociedade civil, permitindo uma ampliação do acesso dos cidadãos às instâncias de poder por meio da abertura do Poder Judiciário às demandas individuais e coletivas – especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, que possibilitou a inserção do Poder Judiciário em um contexto de protagonismo e ampliação de sua dimensão política. Como consequência dessa concepção de espaço público e da ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, houve uma alteração no quadro político-institucional, o que propiciou uma maior inserção do Poder Judiciário em questões essencialmente políticas, o que se convencionou denominar judicialização da política (judiciabilidade de questões políticas).

Por sua vez, sustentam Ribeiro e Arguelhes (2019, p. 17-18) que:

Em síntese, a política pode ser judicializada por atores da oposição ou do próprio governo. Tais atores podem agir de maneira coletiva, por meio dos partidos, ou individualmente – como evidenciam, por exemplo, as ações de parlamentares no STF. A judicialização pode visar ao conteúdo de uma política pública ou ao próprio processo de barganha e negociação dos atores políticos. Nesse

sentido, pode pretender vetar uma política pública, sinalizar preferências dos atores políticos, arbitrar conflitos de interesses – usos já evidenciados da literatura especializada por meio de ADIs – e alterar a dinâmica do processo legislativo – dimensão ainda pouco explorada. Isso tudo pode ser feito por meio de diversas classes processuais de acesso ao STF – embora se reconheça que certas classes se prestam melhor a determinadas finalidades. Integrar todas essas dimensões do processo decisório nas análises sobre judicialização da política e, particularmente, o papel que o STF pode ter no processo é um desafio teórico que merece ser enfrentado.

Em torno do Poder Judiciário, sustenta Vianna, et al. (1999, p. 20-21), tem se formado uma nova arena pública como uma alternativa para a solução de conflitos coletivos. Constata-se, nesse cenário de conflitos, que diversos autores argumentam sobre os riscos que podem advir da interpretação da Constituição Federal para atender aos interesses do intérprete.

Assim, a imposição do Direito sobre a Política, que decorre da 'judicialização da política e do ativismo judicial' é aceito aqui como o comportamento exorbitante de competência assumido pelo Judiciário. Assim, apoiado nessas considerações iniciais, se parte do pressuposto que, a crescente omissão do parlamento e a intensificação da judicialização da política e do ativismo judicial prejudicam o funcionamento do governo (afetando a governabilidade do país), contribuindo, por decorrência, para o enfraquecimento das instituições e da democracia.

Ocorre que, ao contrário da visão romântica concebida no Brasil – baseada na ideia de que o ativismo judicial é uma tendência mundial, na esteira do neoconstitucionalismo³⁴, em face da fluidez da fronteira entre política e direito –, ele exsurge como um problema, complexo e perigoso, especialmente às jovens democracias constitucionais, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição.

Nesse debate, assinalam Trindade e Oliveira (2016, p. 764):

Ocorre que, ao contrário da visão romântica concebida no Brasil – baseada na ideia de que o ativismo judicial é uma tendência mundial, na esteira do neoconstitucionalismo (TRINDADE, 2012), em face da fluidez da fronteira entre política e direito –, ele exsurge como um problema, complexo e perigoso, especialmente às jovens democracias constitucionais, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição (GARAPON, 1996).

Por sua vez, no debate sobre a interpretação da Constituição Federal, assinala Maximiliano (2011, p. 07) que: "interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém". Lammêgo Bulos (2015, p. 446), por sua vez, sustenta que: interpretar a Constituição Federal é descobrir o significado, o conteúdo e o alcance do seu texto. Na interpretação é possível encontrar o conteúdo semântico; o sentido racional, lógico e justo; e o espaço de decisão, ou seja, campo de interpretação das normas constitucionais.

Diversos autores, como por exemplo, Sarmiento (2009, p. 52-67), apresentam argumentos consistentes contra o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial. Nesse sentido, aquele autor elenca três objeções centrais ao neoconstitucionalismo e ao ativismo judicial que nele está inserido:

Primeira objeção: O pendor judicialista é antidemocrático;

Segunda objeção: A preferência dos ativistas do poder judiciário por princípios e pela solução das controvérsias com base na ponderação em detrimento de regras e da subsunção mostra-se bastante perigosa, sobretudo no Brasil, tendo em conta a singularidade da nossa cultura;

Terceira objeção: Teoriza que se corre o grande risco de gênese de uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

Faz-se necessário destacar, nesse contexto, a extensão e quantidade de matérias que a Constituição disciplina, bem como o excessivo número de pessoas e entidades que podem propor ações diretamente perante o Supremo Tribunal Federal vem contribuindo para um aumento do protagonismo do judiciário, estimulando a crescente judicialização da política e do ativismo judicial.

Torres e Gonçalves (2015, p. 290), por sua vez, advertem que a utilização indisciplinada do ativismo judicial e da judicialização podem ensejar sérios problemas, sobre os quais assinalam alguns:

- a) *Riscos para a legitimidade democrática: muito embora os representantes do poder judiciário não sejam agentes públicos eleitos pela vontade popular, sem dúvida, desempenham um poder político, tomando como exemplo a competência para invalidar atos do Poder Legislativo e Executivo.*
- b) *Risco de politização da Justiça: sem dúvida, a Constituição promove a ligação entre o universo político e o jurídico, de forma a promover a justiça, a segurança e o bem-estar da sociedade. Sobre essa problematização do risco de a justiça virar política, não podemos deixar de ponderar que uma decisão judicial não comporta discricionariedade plena, ou seja, o juiz deve adequar a sua decisão aos elementos do caso concreto à luz dos preceitos constitucionais e das leis infraconstitucionais, não cabendo a livre vontade política.*
- c) *Capacidade institucional do Judiciário e seus limites para decidir determinadas matérias: os países que adotam o Estado Democrático, em sua maioria, utilizam o sistema de separação de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). A atuação do Judiciário, principalmente no que concerne ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos deve ser sobrepesada, no intuito de evitarmos decisões extravagantes ou incompatíveis com a atuação dos demais poderes (ex.: as decisões proferidas pelo STF nos casos que envolvem medicamentos e tratamentos terapêuticos). Devemos pensar se, no caso de determinadas matérias, seria o Judiciário o ente melhor qualificado para decidir?*

Assim, o protagonismo conferido ao Judiciário, em especial, ao Supremo Tribunal Federal e aos seus membros revela a imposição do jurídico em desfavor do político. Deve-se alertar que, essa crescente interferência do jurídico no âmbito político, cujos membros não são eleitos, é um fator que impacta negativamente nas instituições e no amadurecimento da democracia, considerando que o povo está equidistante dessas decisões.

Para Streck; Barretto e Oliveira (2009, p. 79) o judiciário pode intervir – e deve – sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade (Dworkin, 2002, 2006). Isso se deve a um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário.

Observados os valores e fins constitucionais, conforme sustenta Barroso (2012, p. 28), cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas.

"Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição."

Nesse sentido, destaca Campos (2014, p. 311):

"A dimensão processual revela-se pelo alargamento que o Supremo, por conta própria, faz do campo de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais à sua disposição, ampliando as hipóteses de cabimento das ações e dos recursos bem como os efeitos das decisões. O Supremo Tribunal Federal amplia a própria participação na construção da ordem jurídica e democrática por meio da amplificação dos instrumentos processuais. Esse comportamento ativista acaba produzindo efeitos negativos sobre o espaço de liberdade de atuação das instâncias judiciais ordinárias."

Observa-se, com base da literatura, que a crescente 'judicialização da política e ativismo judicial' está impactando nos procedimentos democráticos representativos no Brasil. É oportuno ressaltar que essa preocupante transferência de poder do parlamento para o judiciário decorre, em grande parcela, da omissão do primeiro por conveniência política. Registre-se que, os efeitos das decisões nos tribunais superiores, em especial no Supremo Tribunal Federal afetam a sociedade e orientam o funcionamento do Estado-nação.

Identificação e discussão das decisões polêmicas do STF – Período 2004 - 2020

Para alcançar o objetivo proposto, conforme explicitado na metodologia do artigo, se optou por realizar uma pesquisa documental das decisões adotadas pela Suprema Corte (de forma não exaustiva), que tiveram grande repercussão social, política e econômicas no país. Inicialmente, conforme delineado na metodologia, se promoveu uma pesquisa documental (não exaustiva) que identificou um total de 163 decisões envolvendo questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão na sociedade proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no período de 2004-2020. Diante do elevado número de casos, se optou na segunda fase, em conformidade com critérios delineados na metodologia do artigo, pela redução da amostra para um total de 16 casos, o que representa cerca de 10% da amostra.

Os votos dos ministros, os acórdãos e as jurisprudências foram obtidos no portal do STF (disponível em: <http://portal.stf.jus.br>). As decisões selecionadas, denominadas de decisões excepcionais, estão elencadas no Quadro 1, apresentado a seguir.

Quadro 1. Decisões polêmicas do STF – Judicialização da política e ativismo judicial 2004-2020

1.	Constitucionalidade da contribuição dos inativos e pensionistas na Reformada Previdência (ADI 3105/DF).	Supremo Tribunal Federal (por sete votos a quatro) considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas instituída no artigo 4º da Emenda Constitucional (EC) 41/03. Decisão de 18.08.2004.
2.	Criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do judiciário. (ADI 3367).	Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.367), ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), argumentava desrespeito ao Art. 2º da Constituição, cláusula pétrea que estabelece a separação e independência dos Poderes, violação do princípio federativo porque o CNJ atuará também junto à Justiça dos Estados e um “vício formal” durante a tramitação, no Congresso, da Emenda Constitucional nº 45, reforma do Judiciário. Decisão de 13.04.2005;
3.	Restrição do uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11).	No intuito de conter abusos no emprego de algemas em pessoas presas, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu editar, por unanimidade, a súmula vinculante nº 11. Decisão de 13.08.2008;
4.	Vedação do nepotismo (restrição de nomeação de parentes até o terceiro grau de membros do Judiciário para ocuparem cargos comissionados) (ADC 12/DF e Súmula Vinculante nº 13).	Ao julgar procedente, por unanimidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12, o Plenário da Suprema Corte proibiu a prática do nepotismo no Poder Judiciário. O efeito da determinação também alcançou os poderes Legislativo e Executivo, com a edição da Súmula Vinculante nº 13, de 21.08.2008. Decisão de 20.08.2008;
5.	Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388/RR).	O STF decidiu que a terra indígena Raposa Serra do Sol terá demarcação contínua e deverá ser deixada pelos produtores rurais que a ocupam. Ao final dos debates, foram fixadas 19 ressalvas. Decisão de 19.03.2009;
6.	Regulação da união homoafetivo (ADI 4277/2011 e ADPF 132).	No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, os ministros do STF reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro. Decisão de 04.05.2011;
7.	Interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. (ADPF 54/2012).	O STF decidiu (por oito votos a dois), pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para que fosse declarada inconstitucional qualquer interpretação do Código Penal no sentido de penalizar o que a entidade chama de “antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos”. Assim, os médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem qualquer espécie de crime. Decisão de 12.04.2012;
8.	Legitimação das pesquisas com células-tronco embrionárias. (ADI 3510/DF).	O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) foi ajuizada pela PGR. Para a maioria da Corte, o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merece reparo. Decisão de 12.04.2012;
9.	<i>Permitir a execução da pena após condenação em segunda instância, ou relativização da presunção de inocência (HC n.º 126.292 e ADC n.º 43 e n.º 44).</i>	Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. Decisão de 05.10.2016;
10.	<i>Descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (HC n.º 124.306).</i>	A 1ª Turma do STF (o relator ministro Luís Roberto Barroso foi acompanhado pelos ministros Rosa Weber e Fachin) considerou que o aborto, se praticado até o terceiro mês de gestação, não deveria ser considerado crime no caso analisado. Decisão de 29.11.2016;

<p>11. <i>Afastamento do senador Renan Calheiros da presidência do Senado e depois apenas da linha sucessória da presidência da República (ADPF n.º 402).</i></p>	<p>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 402, de relatoria do ministro Marco Aurélio, na qual se discute o tema da linha sucessória, foi apresentada pelo partido Rede Sustentabilidade. Apesar de deferida pelo ministro relator, a mesa diretora do Senado decidiu manter o senador na presidência da casa até a deliberação do plenário da corte. Plenário do Supremo Tribunal Federal (por seis votos a três) decidiu manter parlamentar no cargo de presidente do Senado Federal, mas, por unanimidade, ele foi retirado da linha sucessória da Presidência da República. Decisão de 07.12.2016;</p>
<p>12. <i>Determinação para a devolução à Câmara dos Deputados do Projeto de Lei de Iniciativa Popular sobre as 10 medidas de combate à corrupção, para reiniciar o seu trâmite (MS n.º 34530).</i></p>	<p><i>Mandato de segurança impetrado pelo deputado federal Eduardo Bolsonaro (PSC-SP) pedindo que seja anulada a votação na Câmara dos Deputados que incluiu no pacote de combate à corrupção uma emenda que prevê crime de abuso de autoridade para juízes, desembargadores e membros do Ministério Público. A medida liminar foi concedida pelo ministro Luiz Fux, que destacou: "Os projetos de lei de iniciativa popular devem ser debatidos na "sua essência", "interditando-se emendas e substitutivos que desfigurem a proposta original para simular apoio público a um texto essencialmente distinto do subscrito por milhões de eleitores". Decisão de 14.12.2016;</i></p>
<p>13. Homofobia e transfobia.</p>	<p>Plenário do STF decidiu enquadrar atos de homofobia e transfobia como crimes de racismo, ao reconhecer que a omissão do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatados, respectivamente, pelos ministros Celso de Mello e Edson Fachin. Segundo entendimento da maioria do Plenário, os atos de homofobia e transfobia devem ser tipificados na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Legislativo Federal edite lei específica sobre a matéria. Decisão de 13.06.2019.</p>
<p>14. Demarcação de terras indígenas.</p>	<p>Plenário referendou a suspensão, por meio de liminar, de medida provisória (MP 886/2019) que transferia a demarcação de terras indígenas da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (01.08.2019). A matéria foi discutida nas ADIs 6062, 6172, 6173 e 6174. As quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6062, 6172, 6173 e 6174) foram ajuizadas, respectivamente, pelo PSB, Rede Sustentabilidade, PT e PDT. Decisão de 01.08.2019.</p>
<p>15. Início de cumprimento da pena.</p>	<p>Plenário decidiu que o cumprimento da pena deve começar após o esgotamento das possibilidades de recurso. A maioria dos ministros considerou constitucional a regra do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o trânsito em julgado da condenação para o início do cumprimento da pena. A decisão, tomada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, não afastou a possibilidade de prisão antes da decisão definitiva, desde que sejam preenchidos os requisitos do CPP para a prisão preventiva. Decisão de 07.11.2019;</p>
<p>16. Autonomia de prefeitos e governadores para o enfrentamento ao coronavírus (covid-19).</p>	<p>O PDT questionou ao STF a validade da Medida Provisória 926/2020, editada pelo presidente Jair Bolsonaro, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341. Entre outras providências, a MP restringe a liberdade de prefeitos e governadores na tomada de ações contra a pandemia de covid-19. A medida cautelar foi deferida pelo Ministro Marco Aurélio, acolhendo o questionamento do PDT, com o argumento de que havia a violação da autonomia dos entes federados foi referendada pela Corte, decidindo que o governo federal somente pode definir sobre serviços e atividades de interesse nacional, cabendo aos prefeitos e governadores regulamentar medidas de isolamento social, fechamento de comércio e outras restrições. Decisão do STF: O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. Plenário, 15.04.2020 (Sessão virtual).</p>

Fonte: Portal do STF (disponível em: <http://portal.stf.jus.br>). Elaboração do autor.

As análises dos votos dos ministros e as decisões adotadas nos julgados polêmicos pela Suprema Corte, no período de 2004 a 2020, sem entrar no mérito dessas decisões, demonstram que está aumentando de forma significativa a judicialização da política e ativismo judicial. Esse fenômeno, em grande parcela, é consequência da atitude de determinados segmentos de poder, notadamente de pequenos partidos políticos, que buscam atuar politicamente, transferindo seus conflitos de natureza política para o Poder Judiciário.

Nesse sentido, assinala Fux (2020, p. 11) ¹¹ no seu discurso de posse na presidência do STF:

"Assistimos, cotidianamente, o Poder Judiciário ser instado a decidir questões para as quais não dispõe de capacidade institucional. Mais ainda, a cláusula pétrea de que nenhuma lesão ou ameaça deva escapar à apreciação judicial, erigiu uma zona de conforto para os agentes políticos. Em consequência, alguns grupos de poder que não desejam arcar com as consequências de suas próprias decisões acabam por permitir a transferência voluntária e prematura de conflitos de natureza política para o Poder Judiciário, instando os juízes a plasmarem provimentos judiciais sobre temas que demandam debate em outras arenas. Essa prática tem exposto o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, a um protagonismo deletério, corroendo a credibilidade dos tribunais quando decidem questões permeadas por desacordos morais que deveriam ter sido decididas no Parlamento."

Pode-se argumentar, assim, que o fenômeno da judicialização da política e ativismo judicial está impactando no sistema jurídico brasileiro está desequilibrando a harmonia entre os poderes, o que indica a necessidade de se impor limites na atuação do Poder Judiciário. Deve-se registrar que, esse fenômeno se efetiva em decorrência da omissão inconstitucional do Poder Legislativo, que não cumpre adequadamente sua atividade legiferante direcionada a atender as inúmeras demandas da sociedade brasileira.

Nos achados das análises das decisões polêmicas selecionadas nos julgados do STF, destacam-se os dois casos debatidos a seguir:

União homoafetiva como entidade familiar

O objeto de análise da ADI 4277 (ação interposta pela Procuradoria-Geral da República) e a ADPF 132 (ação apresentada pelo governo do estado do Rio de Janeiro) visava à interpretação dos artigos 226 § 3º da CF e art. 1723 do código civil de 2002, à luz da Constituição Federal. Nesse contexto, a ADI 4277 pedia que o STF declarasse como obrigatório o reconhecimento da "união homoafetiva" como entidade familiar. A ADPF 132, por sua vez, visava garantir benefícios de licença, previdência e assistência aos parceiros "homoafetivos".

Recorde-se que, de acordo com o art. 1723 do código civil de 2002 "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Observa-se que a interpretação constitucional de princípios, por ser indissociável da vontade do constituinte, resulta numa extrapolação indesejável do texto constitucional. Constatou-se, dessa forma, que o STF entendeu,

¹¹ Discurso de posse do Ministro Luiz Fux no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: STF, 10 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

por meio da criação de regra geral, ser possível assumir o papel de constituinte permanente para alterar a Lei Maior, cujo art. 226, § 3º, no qual se prevê a proteção do Estado ao casal formado por homem e mulher.

Para diversos autores, como por exemplo, Streck; Barretto e Oliveira (2009, p. 75-83) há uma tentativa de instauração de uma verdadeira jurisprudência da valoração, na medida em que se pretende criar uma 'abertura de espaços jurídicos' para a criação de algo que depende de regulamentação do poder legislativo. Para aqueles autores, em um regime democrático, é preciso fazer uma distinção entre preferências pessoais e questão de foro de princípio. O Judiciário pode intervir – e deve – quando estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade.

Assinalam em seguida aqueles autores: "*Nos últimos anos, o direito brasileiro foi tomado por uma nau teórica que admite e defende a necessidade de ativismos judiciais para resolver problemas políticos e sociais apresentados pelo cotidiano. A última tentativa estampada neste sentido manifestou-se através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 178, proposta pela Procuradoria Geral da República com intuito de regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo. No presente artigo, pretendemos problematizar essa questão, demonstrando como, embora fundada em boas intenções, tal medida representaria grave risco democrático, pois transformaria a jurisdição constitucional em verdadeiro poder constituinte permanente* (Streck; Barretto e Oliveira, 2009, p. 75)."

Ao analisar a decisão do STF favorável à união homoafetiva, Coitinho Filho e Rinaldi (2018, p. 40), assinalam que na prática, vale ressaltar que mesmo diante do posicionamento do STF, em decidir pelo reconhecimento jurídico desta entidade familiar, até hoje tal discussão não foi retomada pelo poder legislativo e executivo.

Proibição da prisão em segunda instância

A prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT), em abril de 2018, reabriu a discussão sobre o tema da prisão em segunda instância no Brasil. Contrário a essa mudança, a PGR em parecer enviado ao STF em 18.07.2018, argumentava que revogar o precedente menos de dois anos após a decisão ter sido tomada pelos ministros do STF, representaria retrocesso, pois colocaria em xeque a seriedade e a estabilidade da Justiça, influenciaria na "persecução penal no país, que voltaria a ter sua funcionalidade ameaçada por processos penais infundáveis e recursos protelatórios e penas massivamente prescritas". Também abalaria a credibilidade da Justiça diante da sensação de impunidade.

O entendimento do STF sobre a prisão em segunda instância mudou três vezes num intervalo de apenas dez anos. Em 2009 aquela Corte determinou que a prisão do réu somente após o trânsito em julgado (depois do recurso a todas as instâncias). Antes do esgotamento de recursos, ele poderia no máximo ter prisão preventiva decretada contra si. Em fevereiro de 2016, o STF decidiu que um réu condenado em segunda instância já pode começar a cumprir a sua pena.

Na decisão mais recente – julgamento realizado de outubro a novembro de 2019 - o Supremo julgou o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nºs 43, 44 e 54, interpostas pelos partidos: Patriota e PCdoB e pela OAB. Ao final do julgamento decidiu (por seis votos a cinco) que é constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, que proíbe a execução da pena antes do trânsito em julgado, repetindo a ordem do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1998. Dessa forma, a condenação em segunda instância não

é mais suficiente para que se prenda alguém antes que acabem todas as possibilidades de recursos. Nessa decisão, conforme sustentado por diversos juristas, aflorou fortes indícios de ativismo judicial no âmbito processual penal. A votação foi concluída em 07 de novembro de 2019.

A Procuradoria Geral da República, em memorial encaminhado aos ministros do STF, em outubro de 2019, afirma que derrubar a possibilidade de prisão de réus após a condenação em segunda instância, seria um retrocesso para o sistema de precedentes do Judiciário, que perderia “em estabilidade e segurança jurídica e teria sua seriedade posta em xeque”. A mudança seria prejudicial também “para a persecução penal no país, que voltaria ao cenário do passado e teria sua efetividade ameaçada por processos infundáveis”, recursos protelatórios e “penas massivamente prescritas”. Por fim, seria ruim “para a própria credibilidade da sociedade na Justiça e na Suprema Corte, como resultado da restauração da sensação de impunidade” (PGR, 17.10.2019).

Para diversos juristas e o MPF, não é usual que decisões da Suprema Corte sobre temas complexos sejam alterados num curto espaço de tempo, como ocorreu com a questão da execução ou não da pena a partir da condenação dos réus em segunda instância. Argumentam que a decisão provoca insegurança jurídica, visto que o Supremo mudou sua jurisprudência três vezes num intervalo de apenas dez anos. Sustentam, ainda, que a evolução do direito precisa estar em sintonia com as mudanças de valores e princípios da sociedade.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal entende que o fenômeno é conhecido como “mutação constitucional”, que ocorre quando há uma mudança significativa na sociedade ou no contexto em que a norma é aplicada, não se aplica neste o caso. Assim, para o MPF a decisão tem como consequência a impunidade de pessoas que já tiveram duas condenações. É oportuno destacar que, o modelo de prisão antes do trânsito em julgado é adotado nos países mais evoluídos do mundo, como por exemplo, a Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, Espanha e Portugal.

A citada decisão, que beneficiou milhares de condenados, inclusive o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por sua vez, recebeu apoio de diversos juristas criminalistas, que sustentam que a Constituição é muito clara sobre o trânsito em julgado, visto que ninguém pode cumprir pena enquanto ainda é considerado inocente, e essa presunção de inocência só desaparece quando a condenação transitar em julgado.

Achados das análises das decisões do STF

Neste estudo ficou razoavelmente demonstrado que, no elenco das decisões polêmicas adotadas pelo STF, no período 2004 a 2020, todas, em maior ou menor intensidade, revelam evidências de judicialização da justiça e ativismo judicial. Nessas decisões ficaram razoavelmente demonstrado que, o STF tem funcionado como trunfos para minorias políticas que não conseguem aprovação dos seus objetivos na arena política (HIRSCHL, 2004, 2007, 2008¹²; WHITTINGTON, 2005, p. 583).

No elenco dessas decisões se destacam dois casos bastantes polêmicos e complexos: os casos da união homoafetiva; e prisão após condenação em segunda instância. Constata-se nos citados casos, em que pesem as diferenças nos temas julgados, as decisões seguiram em direções opostas. No julgamento da união homoafetiva

12 HIRSCHL, Ran. 'Juristocracia' - Política, não Jurídica. *The Good Society*, State College, vol. 13, n. 3, pág. 6-11, nov. 2004; HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia: origens e consequências do novo constitucionalismo*. Cambridge: Harvard University Press, 2007; HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, *Annual Review of Political Science*, Palo Alto, v.11, p. 93.118, 2008.

aquela Corte Suprema entendeu, por meio da criação de regra geral, ser possível assumir o papel de constituinte permanente para alterar a Lei Maior, cujo artigo 226, § 3º, no qual se prevê a proteção do Estado ao casal formado por '*homem e mulher*'. Por sua vez, no julgamento da prisão em segunda instância, decidiu que é constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, que proíbe a execução da pena antes do trânsito em julgado, repetindo a ordem do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1998.

Pode-se especular, diante dessa contradição nos julgados, que o parlamento poderia ter utilizado o escrutínio popular, por meio dos mecanismos constitucionais de referendo e plebiscito. Em ambos os casos o Parlamento se omitiu.

Pode-se argumentar, assim, que os institutos do plebiscito e referendo, que não suprimem os poderes constituídos. não estão repercutindo de forma adequada no processo legislativo ou administrativo. Esses institutos que deveriam cooperar com o processo legislativo ou administrativo, alterando o rito normal do processo de formação da vontade estatal, para aproximá-lo da vontade popular, não são utilizados de forma deliberada pelo parlamento para conter a judicialização da política e ativismo judicial.

Considerações finais

Buscou-se neste artigo avaliar a expansão e os efeitos do fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil, nas competências e atribuições dos poderes Legislativo e Executivo, no período de 2004 a 2020. Constata-se nesse esforço que, ficou razoavelmente evidenciado, sob o aspecto objetivo, nas discussões e análises das "decisões polêmicas" selecionadas nos julgados do STF, que houve uma significativa expansão da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil, no período de 2004 a 2020. O esvaziamento das atribuições e competências do legislador, em muitos casos provocadas pela inércia do próprio parlamento, bem como do administrador público, notadamente do presidente da República, está impactando no funcionamento adequado do Legislativo e Executivo no Brasil.

Por sua vez, uma possível intensificação da utilização de mecanismos constitucionais de consulta popular, como os institutos do referendo e plebiscito (previstos no artigo 14 da Constituição Federal e regulamentados pela Lei no. 9.709, de 1998), para decidir sobre temas complexos, polêmicos e relevantes para a sociedade brasileira, não se revelam viáveis, diante da omissão inconstitucional do Congresso Nacional em utilizá-las.

Por fim, torna-se oportuno recomendar, para conter esse fenômeno que provoca desarmonia entre os poderes, a inclusão do tema "preservação da dignidade da jurisdição constitucional" na agenda política nacional, sob a responsabilidade do Congresso Nacional, com o objetivo debater e definir os limites na atuação do Poder Judiciário, em especial, reposicionar o STF como uma corte eminentemente constitucional.

A título de sugestão de pesquisa, com vista a aprofundar o conhecimento sobre o fenômeno aqui analisado, a realização de "estudos comparados" entre o Brasil, Estados Unidos, Alemanha, França e Portugal para avaliar se a judicialização da política e ativismo judicial nesses países estão contribuindo para aumentar a politização e partidarização na escolha e nomeação dos membros de suas respectivas Supremas Cortes. 

Referencias

- ARANTES, Rogério. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio O. (orgs.). Sistema político brasileiro: uma introdução. 2. ed. São Paulo: Konrad Adenauer/Unesp, p. 81-115, 2007.
- ARNSTEIN, S. R. A Ladder of Citizen Participation. In Journal of the American Institute of Planners, Vol. 35, No. 4, July 1969, p. 216-224.
- ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96. Brasília: fevereiro-maio de 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. A Primeira emenda à Constituição por iniciativa popular. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 179, p. 53-55, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 Divulgação 13.10.2011, Publicação 14.10.2011.
- BRASIL. STF. Julgamentos de impacto social, político e econômico - 2019. Brasília: STF, dez. de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>.
- BRASIL. STF. Combate a pandemia da covid-19. Decisão do STF. Por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. Brasília: STF, 15.04.2020 (Sessão virtual).
- BRASIL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Pareceres. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr>. Acesso em 22 fev. 2020.
- CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: Direitos fundamentais revisitados. Andrea Bulgakov Klock et al. (orgs.). Curitiba: Juruá, 2008.
- CAMPOS, Carlos de Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CARVALHO, Eernani R. Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, nº. 23, 115-126, 2004.
- CARVALHO, Ernani R. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, v. 44, nº. 191, p. 315-335, 2009.
- CARVALHO, Ernani R. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, v. 12, nº. 23, p. 176-207, 2010.
- COITINHO FILHO, Ricardo A.; RINALDI, Alessandra de A. O Supremo Tribunal Federal e a "união homoafetiva" Onde os direitos e as moralidades se cruzam. *Civitas, Porto Alegre*, v. 18, n. 1, p. 26-42, jan.-abr. 2018.
- COURA, Alexandre C.; PAULA, Quenya C. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 116, p. 63-112, jan./jun. 2018.
- DA ROS, Luciano. Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In: ENGELMAN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, p. 57-97, 2017.
- DiMAGGIO, P. J.; POWELL, W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, núm. 48, p. 147-160, 1983.
- DIMAGGIO, P. J.; POWELL, W. W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. In: POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J. *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 63-82, 1991.
- DWORKIN, Ronald. The forum of principle. In: *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 1985.
- FUX, Luiz. Discurso de posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: STF, p. 1-36, 10 setembro 2020.
- GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. Lisboa: Piaget, 1996.
- GOHN, M. G. *Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2003.
- GOHN, M. G. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*. vol. 16 n. 47, p. 333-353, mai/ago de 2011.
- HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C.R. As três versões do neoinstitucionalismo. *Lua Nova*, n. 58, p. 193-223, 2003.
- HIRSCHL, Ran. 'Juristocracia' - Política, não Jurídica. *The Good Society, State College*, vol. 13, n. 3, pág. 6-11, nov. 2004.

- HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, *Annual Review of Political Science*, Palo Alto, v.11, p. 93-118, 2008.
- HIRSCHL, Ran. Rumo à Juristocracia: origens e consequências do novo constitucionalismo. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- PATEMAN, C. Participação e teoria democrática. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- PAULO VERISSIMO, Marcos. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à "brasileira". *Revista Direito GV*, 4, p.407-440, julho de 2008.
- PETERS, B. G. Institutional Theory: Problems and Prospects. Institut für Höhere Studien (IHS), Wien: Viena, 2000.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAMMÊGO BULOS, Uadi. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LIJPHART, A. Modelos de Democracia (tradução de Roberto Franco) Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002.
- MAJOR, M. J.; RIBEIRO, J. A teoria institucional na investigação em Contabilidade. In M. J. Major e R. Vieira (Eds.), *Contabilidade e Controlo de Gestão: Teoria, Metodologia e Prática*. Lisboa: Escolar Editora, p. 35-59, 2008.
- MARCHETTI, Vitor. Poder Judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais. Tese (Doutorado em Ciências Sociais: Política) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2008.
- MARSHALL, Willian P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. In: *University of Colorado Law Review*, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002.
- MATIAS-PEREIRA, J. Democracia direta e poder regulamentar no Brasil: implicações políticas, constitucionais e administrativas (Decreto Nº 8243/2014). *Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana*, p. 1-18, abril de 2018.
- MATIAS-PEREIRA, J. Manual de Gestão Pública Contemporânea. 6. ed. São Paulo: 2020.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEYER, J. W., ROWAN, B. Institutionalised organisations: formal structures as myth and ceremony, *American Journal of Sociology*, 83(2), p. 340-363, 1977.
- MEYER, J. W., ROWAN, B. Institutionalised organisations: formal structures as myth and ceremony. In: POWELL, W. W., DIMAGGIO, P.J. (Eds). *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, p. 41-62, Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

- MIARELLI, Mayra M.; LIMA, Rogério M. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant, Barão de Montesquieu. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- OLIVEIRA, Fabiana L. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011.
- RAUPP, Maurício S. *Ativismo Judicial. Características e Singularidades - Do voluntarismo à concretização de direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- RIBEIRO, Leandro M.; ARGUELHES, Diego W. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista de Direito GV*, Vol. 15, nº. 2, p. 1-21, 2019.
- SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: Uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro. FGV. 2006.
- SANTOS, B. *Direito e democracia: a reforma global da justiça*. Porto: Afrontamento, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- SAYAGO, D. A. V. *A invenção burocrática da participação: discursos e práticas no Ceará*. Tese (Doutorado) Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Brasília, 2000. 210 p
- SCAPENS, R. W. Understanding management accounting practices: a personal journey. *The British Accounting Review*, 38, pp. 1-30, 2006.
- SCHLESINGER JR., Arthur. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, n. 35, p. 73-79, jan. 1947.
- STRECK, Lenio L.; BARRETTO, Vicente de P.; OLIVEIRA, Rafael T. *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte"*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 1, nº2, p. 75-83 jul-dez. de 2009.
- STRECK, Lenio L. *O rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?* In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

- STRECK, Lenio L. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- STRECK, Lenio L. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.
- TAYLOR, Matthew. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados, v. 50, n. 2, 2007. TAYLOR, Matthew. Judging policy: Courts and policy reform in democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- TAYLOR, Matthew; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. Dados, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.
- TEIXEIRA, Anderson V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012.
- THÉRET, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações Lua Nova, núm. 58, p. 225-254, 2003.
- TOLBERT, P.; ZUCKER, L. A institucionalização da teoria institucional. In: CLEGG, S.; HARD, C.; NORD, W. (Org.). Handbook de estudos organizacionais, v. 1, São Paulo: Atlas, 1999.
- TRINDADE, A. K.; OLIVEIRA, R.T. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM 11 (2), 751-772, 2016.
- TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 231-253
- VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. New York : New York University, 1995.
- VERBICARO, Loiane P. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. Revista Direito GV, nº 4, p. 389-406, 2008.
- VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política e das relações sociais. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann (eds.). A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Social, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.
- WHITTINGTON, Keith E. Interpose your friendly hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. American Political Science Review, v. 99, n. 4.

WOLFE, C. The rise of modern Judicial Review. From constitutional interpretation to judge-made law. Nova York: Rowman & Littlefeld, 1994.

ZUCKER, L. G. Institutional Theories of Organization. Annual Review of Sociology, v. 13, p. 443-464, 1987

Sobre el autor/About the author

Jose Matías Pereira é advogado e economista, doutor em ciência política pela Universidade Complutense de Madrid (UCM-Espanha), e pós-doutor em administração pela Universidade de São Paulo (FEA/USP). É professor de administração pública e investigador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Faculdade de Administração, Economia, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas (FACE) da Universidade de Brasília, Brasil. Campus Darcy Ribeiro, Prédio da FACE.

URL estable documento/stable URL

<http://www.gigapp.org>

El Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Públicas (GIGAPP) es una iniciativa impulsada por académicos, investigadores y profesores Iberoamericanos, cuyo principal propósito es contribuir al debate y la generación de nuevos conceptos, enfoques y marcos de análisis en las áreas de gobierno, gestión y políticas públicas, fomentando la creación de espacio de intercambio y colaboración permanente, y facilitando la construcción de redes y proyectos conjuntos sobre la base de actividades de docencia, investigación, asistencia técnica y extensión.

Las áreas de trabajo que constituyen los ejes principales del GIGAPP son:

1. Gobierno, instituciones y comportamiento político
2. Administración Pública
3. Políticas Públicas

Información de Contacto

Asociación GIGAPP.

ewp@gigapp.org