

O ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES EM MONTESQUIEU: UMA RELEITURA NECESSÁRIA NO BRASIL

André Cambuy Ávila

Graduando em Direito pelo UNICEUB. Aluno do XII Curso de Formação em
Teoria Geral do Direito Público.

RESUMO

A pesquisa versa sobre teoria da separação dos poderes, sua aplicação ao longo do tempo e a possível ameaça que o ativismo judicial impõe a essa separação. Analisa casos de uma postura ativista no Brasil e aponta alguns reflexos que essa posição tem apresentado.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Separação dos Poderes. Teoria da Tripartição. Montesquieu. Constituição de 1988. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The research deals with the separation of powers theory, its implementation over time and the possible threat that the judicial activism causes to this separation. Also, the research analyzes cases of an activist approach in Brazil and points out some consequences that this position has presented.

KEYWORDS: Judicial Activism. Separation of Powers. Theory of Tripartition. Montesquieu. Brazilian Constitution of 1988. Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
ANTECEDENTES DA TEORIA	3
O MODELO PROPOSTO POR MONTESQUIEU	6
SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	11
O ATIVISMO JUDICIAL.....	13
O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	15
CONCLUSÃO	21
BIBLIOGRAFIA	22

INTRODUÇÃO

O debate envolvendo a postura do Poder Judiciário como órgão originário de políticas públicas e fonte de normas jurídicas tem causado grande polêmica no cenário brasileiro. Se por um lado o Poder Legislativo não tem atendido as demandas sociais elencadas na Carta Maior, por outro o Judiciário não pode se omitir a questões levadas ao seu crivo, especialmente quando se trata da aplicação casuística de deveres normativos decorrentes de princípios constitucionais.

Bom ou ruim, a verdade é que esse tema tem dividido opiniões e por vezes causado certo espanto entre os meios midiáticos, principalmente quando o Supremo toma uma decisão de uma causa controversa, como é possível observar em Graieb “[...] o STF pode se ver na posição de legislar. Os ministros se mostram dispostos a realizar essa tarefa, e acreditam ter uma boa razão para isso”¹. No entanto, para

1 GRAIEB, Carlos. A calma é só aparente... Disponível em <http://veja.abril.com.br/270808/p_060.shtml>, acesso em 25/01/2012. O artigo conclui: “uma certa dose de ativismo judicial talvez seja impossível evitar num sistema constitucional como o brasileiro. O essencial é que ele seja informado pela razão jurídica, e não pela ideologia ou pelas crenças particulares de cada ministro. Isso, a sociedade precisa vigiar.”

muitos juristas, diferente não poderia ser.²

É nesse quadro que se mostra imprescindível rever a clássica separação dos poderes proposta na sua origem, por Montesquieu, os imperativos teóricos que a suscitam e sua adequação com a realidade brasileira atual. Compreender o momento histórico e os objetivos pelos quais a tese foi lançada na obra *Do Espírito das Leis* poderá dar indicações claras e razoáveis que a absoluta separação dos poderes não é capaz de subsistir. Porém, as razões para os entes institucionais serem “independentes e harmônicos entre si”, nos moldes do art. 2º da CRFB, não devem ser olvidadas.

A concentração de competências em sede de um só corpo coletivo ou de uma pessoa não seria compatível com um Estado moderno. Tal é a sua imprescindibilidade que o constituinte originário erigiu o citado princípio como cláusula pétrea no art. 60, §4º, III da Constituição.

Dessa forma, é possível observar que o ativismo judicial no Brasil decorre de uma ordem constitucional que instala um novo Estado Democrático de Direito, proclamado ante a um passado autoritário e marcado pela supressão de liberdades, e por sua vez, tem-se mostrado atualmente necessário a fim de conferir concretude aos seus princípios. O que pode causar um desconforto, sem dúvida é o seu crescente uso.

2 ANTECEDENTES DA TEORIA

Preliminarmente, cumpre ressaltar que os doutrinadores da matéria são uníssomos ao revelarem que não foi Montesquieu o primeiro autor a tratar da tripartição de poderes. Pedro Lenza³ comenta que Aristóteles, em sua obra *Política*, conjecturava a existência de três funções distintas exercidas pelo soberano, a saber, a função de editar normas gerais oponíveis a todos, a de aplicar essas normas e a de dirimir conflitos oriundos da execução dessas no caso concreto.

2 Nesse respeito, em entrevista, Mendes pontua com propriedade: “Se queremos ter controle judicial de constitucionalidade, porém, temos de estar preparados para aceitar atos intrusivos do Tribunal sobre o legislador e sermos capazes de discutir, com mais proveito, a consistência e coerência desses atos.” – Carvalho, Luiz Marklouf. Conrado Hubner Mendes: “O Supremo ainda é Obscuro”. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0EMI243786-15223,00-CONRADO+HUBNERMENDES+O+ SUPREMO +AINDA+E+MUITO+OBSCURO.html>>. Acesso em 25/01/2012.

3 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 433.

Ademais, como mostra o autor, Aristóteles contribuiu no sentido de revelar a existência de três entes estatais específicos⁴, apesar de, por força do momento histórico de sua teorização, descrever a concentração delas à disposição do soberano ou de apenas um único órgão.

Ainda que haja esses vestígios na literatura antiga, é, no entanto, na Inglaterra no final da Idade média, que encontramos a prática da divisão das funções do Estado e da separação dos poderes.

Anteriormente, a Europa passava por um processo de formação de monarquias centralizadas e fundamentação do absolutismo pelo direito natural. Nesse momento, o soberano concentra cada vez mais poderes e territórios passam a ser definidos. A providência divina recai sobre o rei. Luís XIV personificou bem o significado desse período, quando atingiu o auge, na célebre frase: *L'Etat c'est moi*.

Ocorre que, tempos depois, a autoridade do monarca não fazia tanto contraste ao do senhorio feudal. A nobreza percebe aos poucos a sua decadência e a crescente ascensão social da classe burguesa não lograva o espaço político necessário. Nesse ínterim, Bonavides⁵ explica:

Com efeito, observa-se em quase toda a Europa continental, sobretudo na França, a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos.

A Inglaterra se destacava na Europa visto que experimentou a limitação do poder real desde cedo por um documento escrito, a imposição da Magna Carta (1215) ao então impopular João Sem Terra, a qual cominou com a criação independente do Parlamento, restringindo o poder monárquico. Mais tarde, com a Revolução Puritana e a instalação do novo governo (Commonwealth), a idéia de separação dos poderes se tornou prática com a delimitação do Poder Legislativo representando o povo, a administração do governo cabendo ao Lorde Protetor e a firme disposição de independência do Poder Judiciário na Constituição do Protetorado⁶. Logo após a Revolução Gloriosa (1688), a *Bill of Rights* consolidou as mudanças ora trazidas pelo

4 *Ibidem*.

5 BONAVIDES, PAULO. Ciência Política. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 134.

6 RIBEIRO JUNIOR, João. Teoria Geral do Estado e Ciência Política. Bauru, SP: Edipro. 2001, p. 276.

regime de Cromwell.

Esse último contexto inspirou John Locke a publicar o *Segundo Tratado sobre o Governo*. Nessa obra, ele discrimina o Estado em três grandes esferas, com as suas respectivas competências: o Poder Legislativo deve se ocupar em descrever as ofensas, prever a reparação e a pena; o Executivo deve fazer cumprir as leis e tudo que lhe convenha para a proteção dos interesses particulares; o Federativo é o responsável de promover a paz ou a guerra.

Por que se mostra necessária essa separação? Apesar de nessa divisão Locke chegar a afirmar que o Legislativo é o Poder supremo, ele declara:

O Poder Legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros. [...] E como pode ser tentação demasiado grande para a fraqueza humana, capaz de tomar conta do poder, para que as mesmas pessoas que têm por missão elaborar as leis também tenham nas mãos a faculdade pô-las em prática, ficando dessa maneira isentas de obediência às leis que fazem, e podendo amoldar a lei, não só quando a elaboram como quando a põem em prática, a favor delas mesmas, e assim passarem a ter interesse distinto do resto da comunidade, contrário ao fim da sociedade e do governo, [...] desse modo, os Poderes Legislativo e Executivo ficam frequentemente separados⁷.

É digno de nota que nesse contexto o poder judiciário, na forma como é retratado, parece ser uma extensão do poder legislativo. Na Inglaterra esse era atrelado ao executivo e Locke manteve-se fiel a isso. Em Montesquieu é que se torna individualizado como um Poder autônomo e independente.

Mesmo assim, tanto Locke quanto Montesquieu elaboraram suas teses tendo como principal alicerce a Constituição inglesa. Porém, em Montesquieu “tem-se a impressão de um certo apriorismo, que de um lado nos faz pensar em estudos feitos, pelo autor, da doutrina aristotélica e de outro a falta de semelhança do quadro que traçou do governo da Inglaterra”⁸. A este último, sua obra é consagrada por descrever as linhas mestras da teoria da tripartição⁹, que veio a ser aplicada posteriormente como ideário da liberdade civil e instituto indispensável do Estado liberal.

⁷ *Ibidem*.

⁸ RIBEIRO JUNIOR, op. cit., p. 277.

⁹ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 49.

3 O MODELO PROPOSTO POR MONTESQUIEU

Pode-se perceber pelos fatos narrados acima que *Do Espírito das Leis* surgiu com a principal pretensão de prevenir os governos do regime absolutista que, a essa altura, estava em irremediável processo de decadência pela Europa e contribuir com novo regime que o seguirão, o liberal. O controle sobre a atuação do Estado já era presente em diversas nações, o que o levou a descrição no capítulo VI do Livro XI.

Primeiramente, o barão de La Brède descreve os três poderes como existentes em cada Estado: o poder legislativo, o poder executivo e o poder de julgar. Ao primeiro cabe fazer as leis, corrigi-las ou anular as que foram feitas. Ao segundo impõe-se garantir a segurança e tratar da política externa. Ao último compete julgar as lides dos particulares e punir os crimes.

A inteligibilidade de sua teoria é decorrente da análise. Todo homem que concentra diversas competências em suas funções tende historicamente abusar dos privilégios que elas concedem. Assim é imprescindível que, para frear essa natural tendência egoísta, que o desenho estatal seja moldado de tal forma que não exista nenhum poder cujo exercício que não possa ser controlado por outro poder.

Nessa assertiva, Montesquieu menciona o perigo real caso essas competências não sejam limitadas:

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 opressor¹⁰.

Dessa citação infere-se que a divisão dos poderes surgiu com o propósito de evitar a tirania e limitar a atuação estatal sobre os direitos individuais. Tendo essa separação estabelecido o devido controle entre esses órgãos, afasta-se a possibilidade

10 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do Espírito das Leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010, p. 168-169.

de regimes ditatoriais¹¹, ‘despóticos’ na obra do francês, das quais emanam a insegurança política, o que significa a elaboração e execução de leis opressivas à população.

Além do mais, a lucidez do pensamento de Montesquieu reside na teorização que essas três funções estatais seriam mais bem administradas em órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Não poderia haver liberdade quando essas se encontravam nas mãos únicas do soberano. Nem é preciso dizer que tal teoria serviu de base estrutural de diversos levantes sociais e políticos, como as revoluções americana e francesa.

A doutrina de Montesquieu na parte de equilíbrio entre os entes estatais por meio do controle e da distribuição clara de competências foi a essência para Hamilton, Madison e Jay elaborarem a doutrina exposta no *Federalist* de limitação do poder pelo próprio poder, a qual denominaram de sistema de freios e contrapesos¹².

Esses pressupostos motivaram os constitucionalistas a inserirem nas novas Cartas Políticas dos Estados liberais uma exagerada separação dos poderes, declarando inclusive que um poder não deve “exercer jamais” as atribuições de outro¹³. A Constituição Francesa de 03 de setembro de 1791, na parte concernente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no art.16, de igual modo reza: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação dos poderes, não possui constituição”.

Nesse íterim, é importante assentar que não é exata a ideia que a separação de poderes a que Montesquieu se referiu deve ser entendida de modo absoluto, tal como foi aplicada no início do estabelecimento dos Estados modernos. A doutrina mostra que a plena independência e autonomia dos três clássicos entes institucionais foram mais uma interpretação dos seus visionários a que a exposição de Montesquieu, como foi aplicado o princípio pelos teóricos do chamado presidencialismo puro norte-americano. Para contrapor a essa ideia, fala-se hoje inclusive não em

11 GAMA, Ricardo Rodrigues. *Ciência Política*. Campinas: LZN Editora. 2005, p. 186.

12 SAHID, Maluf. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva. 2007. 226-227

13 *Ibidem*.

separação do Estado ou dos poderes, mas em *separação de funções*¹⁴.

Sabe-se que o poder estatal é uno e indivisível, manifesta-se através de órgãos que exercem atividades independentes e complementares. A proposta apresentada pelo barão de La Brède e de outros pensadores, antes e após ele (Platão, John Locke, David Hume, entre outros), era a de impedir a concentração de todo o poder nas mãos de uma única pessoa ou de um órgão, o que inevitavelmente levaria ao abuso e a violência, como a história registrou. Logo, como ensina Zippelius, “a distribuição das funções estatais entre diferentes órgãos do mesmo Estado não coloca os diversos poderes numa relação de independência absoluta entre eles, mas sim numa relação de coordenação juridicamente regulada”¹⁵. De fato, resume Maluf “a divisão é formal, não substancial. O poder é um só; o que se triparte em órgãos distintos é o seu exercício”¹⁶¹⁷.

É nesse sentido que Kant declara que o Estado é uno e trino ao mesmo tempo, em paródia a Trindade da Igreja. Assim ele compara os três poderes às proposições de um silogismo: o legislativo é a premissa maior e contém a *lei* de uma vontade. O executivo é a menor e contempla a *ordem* de atuar conforme a lei. O judiciário é a conclusão, pois a *sentença* decide o que é justo na conjugação da hipótese normativa com o fato à mostra¹⁸. A essência do princípio da separação dos poderes significa, como observa Silva Filho, que as três funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária) sejam distribuídas entre os órgãos especializados de tal forma que pela atuação de um deles, haja impedimento para a atuação abusiva de outro. De modo que qualquer que exerça algum dos poderes, mostra-se limitado pela

14 Exposto esse entendimento, este trabalho continuará a utilizar as expressões Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo, pois se comunga do mesmo pensamento de Uadi Lammêgo Bugos, que explica que, ao utilizar essas expressões, está-se apenas “qualificando a natureza da função exercida por ele, seja Legislativa, Executiva ou Jurisdicional.” – BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 89.

15 ZIPPELIUS, Reinhold. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein. 1997, p. 410.

16 MALUF, op. cit. ibidem.

17 Em função disso, muitos acham equivocada a expressão “poder judiciário”, preferindo se referir a este como “função judiciária” ou mesmo de “serviço judiciário”, acentuando o noção que o Estado é único e indivisível e deve agir de modo harmônico. – ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Trad. Juarez Tavares. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, ps. 83-87.

18 RIBEIRO JUNIOR, op. cit. p. 280.

existência dos demais¹⁹.

Nesse sentido, não é de estranhar, com base na teoria clássica da tripartição, que o judiciário ou qualquer outro poder exerça funções atípicas ou residuais, pois “não há em Montesquieu qualquer expressão que exclua a possibilidade dos controles recíprocos, nem que afirme uma absurda compartimentalização que acabe em algo parecido com ‘três governos’ [...]”. Suas palavras foram mais (mal) interpretadas em sentido dogmático, fugindo do seu caráter inicial, sociológico e político, visto que o verdadeiro sentido da observação de Montesquieu é a necessidade de evitar a concentração de poder político²⁰.

Concordemente, a clássica teoria da separação coloca a estrutura organizacional do Estado de tal forma que o legislativo termina por assumir uma clara posição de supremacia sobre os demais ao mesmo tempo em que o judiciário acaba por se tornar um poder nulo, “a boca da lei”, mero aplicador do silogismo *fato versus norma* em razão do princípio da legalidade, a par das referências sociais, éticas ou políticas²¹, ou vinculado a qualquer sentido de justiça como se espera atualmente dos magistrados na atuação do seu *múnus público*²².

Hoje já se entende que a interpretação e aplicação direta dos textos de Montesquieu não combinam com um Estado Constitucional. Realmente, como se poderia aplicar integralmente a clássica separação num arranjo institucional em que é possível existirem projetos de lei de iniciativa reservada do Presidente da República, ou mesmo do Supremo Tribunal Federal, ou o uso do instituto normativo da medida provisória, ou ainda, com a instituição de poderes ao Legislativo para julgar crimes de responsabilidade²³?

Pode-se perceber, conforme ensina Zaffaroni, citando Otto Bachof, que “não

19 SILVA FILHO, Derly Barreto. Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo. Malheiros. 2003, p. 34.

20 *Ibidem*.

21 VIDIGAL, Erick. Protagonismo político dos juízes: risco ou oportunidade? Prefácio à magistratura da pós-modernidade. 2003, p. 67.

22 Cabe citar que a moderação no uso da lei para Montesquieu deveria caber ao próprio Parlamento que a emitiu, pois os juízes “são seres inanimados que não podem moderar a força nem o rigor dessas palavras”. – MONTESQUIEU, op. cit., p. 175. Como a história irá mostrar, cabe aos magistrados à interpretação e a aplicação das leis em defesa da própria separação de poderes, como se verá adiante.

23 VIDIGAL, op. cit, *ibidem*.

existe qualquer esquema patenteado de separação de poderes que possa funcionar em todas as épocas e sob as mais diversas circunstâncias sociais”²⁴. Assim, os limites impostos a cada país pelo princípio da separação irá depender das exigências sociais e políticas a que eles se estrutura. Ele se materializa e assume forma de acordo com a época em que é empregado.

Feita essas considerações, o princípio da separação dos poderes, como se depreende, foi transposto às constituições com o intuito de criar um Estado respeitoso de liberdades, no qual exercício de suas elevadas funções fosse devidamente contido, estabelecendo-se um sistema de freios e contrapesos capaz de impedir que um poder se sobreponha ao outro.

Ferraz observa com lucidez que a aplicação moderna do princípio nas constituições presidencialistas se faz com a previsão de uma formação independente ou uma especialização funcional, isto é, uma disposição clara que cada poder se estabelece sem a interferência do outro, com uma “organização e estruturação interna básica independente” e de “um mínimo de competências próprias e exclusivas”²⁵.

Para José Afonso da Silva, a aplicação moderna da divisão dos poderes se fundamenta em dois elementos: a *especialização funcional* e a *independência orgânica*²⁶. No primeiro, cada órgão é especializado no exercício de uma função, que lhe é peculiar (no executivo, por exemplo, executam-se as prescrições legais). No outro, ocorre à aplicação do chamado princípio da não subordinação, sendo que para a atuação de cada órgão institucional não é necessária a chancela ou a aprovação do(s) outro(s).

²⁴ ZAFFARONI, op. cit., p. 83.

²⁵ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994, ps. 16-19.

²⁶ SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros. 2011, p.109.

4 SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988²⁷

A Constituição Brasileira de 1988 preocupou-se logo no seu art. 2º com a separação dos poderes e o modo de atuação entre eles quando declara que são “independentes e harmônicos entre si”.

A *independência entre os poderes* significa que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos não depende da vontade dos outros e seu exercício é dispensado de qualquer consulta ou autorização prévia desses. Significa também que, na organização dos respectivos serviços, a atuação de cada poder é livre, respeitadas as disposições legais e constitucionais²⁸.

Já a expressão *harmonia entre os poderes* dá um indicativo de respeito mútuo a atuação de cada poder, principalmente no tange às faculdades e prerrogativas à que têm direito. Essa expressão, sabiamente escolhida, revela também um grau de consonância e equilíbrio que deve haver entre esses entes, pois, afinal, os três têm como único fim o interesse social, o bem comum²⁹.

Assim, cabe ao legislativo editar normas gerais e abstratas, mas estabelece-se também que, nesse arranjo, participe o executivo, seja pela iniciativa de leis, seja pela sanção ou veto. Por um lado, a iniciativa deste quanto à propositura de leis é contrabalanceada pela possibilidade a que o Congresso possui de alterar o projeto por emendas ou de rejeitá-lo. Por outro, o poder do veto na qual o executivo detêm, quando exercido, confere maiores embaraços à aprovação da lei, pois para ser rejeitado, necessita de voto da maioria absoluta dos parlamentares, em sessão conjunta das Casas legislativas.

Uma vez que o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos do Congresso, poderá solicitar a urgência de leis de sua propositura, devendo a Câmara

27 Cumpre assinalar que desde a primeira Constituição brasileira, de 1824, já se adotava a tripartição de poderes, porém adaptada na visão de Benjamin Constant, na qual os poderes são divididos não em três mas em quatro, tendo como singularidade o Poder Moderador. A esse competia resolver os conflitos entre os demais poderes e manter o devido equilíbrio entre eles, visto que se nominava como uma autoridade neutra das demais e era exercida na pessoa do Imperador. Essa separação permaneceu até a Constituição republicana de 1891, a qual instituiu no art. 15 apenas os três poderes: o legislativo, o executivo e o judiciário, divisão essa que permaneceu nas Constituições posteriores.

28 SILVA, José Afonso da, op. cit., ps. 109-111.

29 *Ibidem*.

dos Deputados e o Senado Federal, cada qual sucessivamente, manifestar-se sobre a solicitação, sob pena de sobrestar as votações da respectiva casa.

No caso do Judiciário, por questão de foco, cabe aqui uma exposição de sua função de controle de modo um pouco mais extensa.

Sabe-se que se os Tribunais não podem interferir na realização dos trabalhos legislativos, mas poderão, se for o caso, declarar a norma inconstitucional, deixando de aplicá-la. Assim, fundamentalmente cabe ao Judiciário a missão constitucional de controlar os atos emanados dos outros poderes sob o crivo da constitucionalidade à medida que lhe são submetidos e houver uma real contenda. Logo, apesar de esses atos governamentais (leis e atos administrativos) se revestirem de presunção de constitucionalidade, é certo dizer que a palavra final quanto à conformidade deles à Carta Política pertence ao Judiciário. A esse é dado historicamente o controle de constitucionalidade como defendeu com maestria John Marshall, à época, Ministro da Suprema Corte dos EUA, no famoso caso *Madison x Marbury*, consagrado como o início do *Judicial Review*, a qual cabe aqui citar:

É enfaticamente área e dever do departamento judicial dizer o que a lei é. Aqueles que aplicam a norma a casos particulares devem, por necessidade, explicar e interpretar a regra. Se duas leis conflitam entre si, a Corte deve decidir sobre a efetividade de cada uma. Assim, se a lei estiver em oposição com a Constituição, se ambas a lei e a Constituição se aplicarem a um caso particular, assim de um modo deve a Corte decidir, que o caso está conforme a lei desconsiderando a Constituição, ou conforme a Constituição, desprezando a lei. A corte deve determinar qual dessas normas conflitantes governa o caso. Isso é da própria essência do dever judicial. Se as Cortes devem respeitar a Constituição e a Constituição é superior a qualquer ato legislativo ordinário, a Constituição, e não essa lei ordinária, deve governar o caso a qual ambas se aplicam³⁰.

Veja a seguir, outros exemplos da inter-relação que cada poder possui com outro e os controles interorgânicos estabelecidos na Constituição de 1988, como apresentados por Silva Filho³¹:

O Legislativo autoriza o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem no território

30 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, os. 91-93. O autor, por sua vez, utiliza como fonte da citação Baker, Leonard. *John Marshall – A life of the laws*, 1990, v. II, p. 407.

31 SILVA, op. cit., ps. 37-42.

nacional ou nele permaneçam temporariamente (art. 49, VIII), fiscaliza e controla, diretamente ou por qualquer de suas casas os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta (art. 49, IX) e aprova, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a 2.500ha (art. 49, XVII) e exerce atividade judiciária quando concede anistia (art. 48, VIII) e processa e julga o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, II);

O Executivo exerce funções legislativas quando nomeia Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 84, XV) e edita medidas provisórias (art. 84, XXVI) e elabora leis delegadas (art. 68); e judiciária quando concede indulto e comuta penas (art. 84, VII) e dirime conflitos mediante processos administrativos (art. 5º, LV);

O Judiciário exerce funções legislativas quando os tribunais elaboram seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 96, I, “a”); e executiva quando organiza suas Secretarias e Serviços auxiliares e os dos juízes que lhes são vinculados (art. 96, I, “b”)

Como se depreende, a Constituição menciona o princípio da harmonia entre os poderes, diametralmente oposta à ideia de separação absoluta entre eles, como, já mencionado, um sistema de *três governos* no mesmo âmbito da federação. Nesse quadro, os entes estatais somente se desenvolverão de modo pleno e eficaz quando houver entre eles uma necessária e consciente colaboração e controles recíprocos, regidos pelo princípio da harmonia. Ainda assim, José Afonso da Silva adverte: “a desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro” 32.

Havendo essa possibilidade, será exposto o conceito de ativismo judicial e a possível ameaça que esse impõe a separação de poderes no Estado moderno instituído pelo constituinte de 1988. Logo após, é possível visualizar se o Poder Judiciário, especialmente o STF, tem assumido tal posição e o irremediável reflexo que se dá no princípio da soberania popular e da representatividade política.

4 O ATIVISMO JUDICIAL

Antes de qualquer análise específica sobre o tema, necessário se faz estabelecer preliminarmente o que é ativismo judicial, tal como é demonstrado nesse trabalho, uma vez que a doutrina tem divergido de certa forma quanto à definição e

32Op. cit. p. 111.

tomado diferentes posições, o que pode causar certa confusão, principalmente sob um olhar desatento e apressado do fenômeno.

Na lição do Professor Luiz Roberto Barroso, ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”³³. Nessa proposição, observamos que, num primeiro momento, o ativismo judicial não se trata de uma interpretação completamente livre do magistrado ao julgar o caso concreto, fazendo ele uso de fontes desconhecidas ou ainda, com o propósito de afirmar uma posição nitidamente pessoal. Antes, trata-se de uma postura não ortodoxa de aplicação do direito positivo, com base principalmente na força normativa dos princípios constitucionais. Essa postura sem dúvida sinaliza uma maior participação do Judiciário no campo destinado aos outros poderes, notadamente o Legislativo.

Ao prosseguir, é importante assinalar a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política, duas expressões conhecidas e às vezes equivocadamente usadas como sinônimos, mas que não se confundem. Enquanto o primeiro revela mais uma escolha do magistrado ou da Corte, adotando como fonte nas suas decisões uma aplicação direta do Texto Supremo, com a utilização de critérios menos rígidos de interpretação, o último revela que a decisão de políticas públicas são tomadas por aqueles que não foram eleitos para essa importante missão, isto é, o esvaziamento da política pela omissão do Legislativo bem como pela falta de efetividade do Executivo, que não privilegia tais direitos na escolha de políticas públicas. O ativismo se mostra mais uma *atitude* e a judicialização uma *circunstância factual*³⁴.

Feita essa diferenciação, no estudo da matéria o professor Barroso³⁵ ainda assinala que o ativismo judicial se manifesta por diversas condutas, às quais podemos citar:

Aplicação direta da Constituição a situações não taxativamente previstas no texto e independentemente da manifestação do legislador originário;

33 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 23.02.2012.

34 *Ibidem*.

35 *Ibidem*.

Declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do legislador seguindo critérios menos rígidos que os de visível violação ao Texto Magno;

Imposição ao Poder Público com o fim de determinar certas condutas ou a abstenção delas, principalmente no campo das políticas públicas;

O contrário do ativismo é a *auto-contenção judicial*³⁶. Assim se dá ao passo que Judiciário se contém de decidir questões que seriam usualmente atendidas em outros poderes. Isso ocorre quando os juízes dão preferência ao legislador ordinário, somente aplicando a Constituição em situações taxativamente previstas em seu texto supremo, utilizando critérios tradicionais pela doutrina e jurisprudência para a aplicação do controle de constitucionalidade e se abstêm de interferir na definição de políticas públicas.

É importante ressaltar que o ativismo judicial é um fenômeno de âmbito mundial. Essa postura mostra-se presente em todos os países que adotam Cortes constitucionais e possuem a faculdade de declarar a inconstitucionalidade de atos emanados do Legislativo e Executivo.

5 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, há também fatores peculiares que explicam a razão do fenômeno de existir e, por ora, sua necessidade. Num primeiro ponto há de lembrar que já se passaram mais de vinte anos em que a Constituição foi promulgada e mesmo assim muitas de suas proposições encontram-se sem efetividade em função da omissão do Legislativo em criar normas que regulamentam tais direitos, e, em razão disso, a matéria deságua no Judiciário³⁷.

Na maior parte das vezes, o ativismo judicial surge inserido no contexto de direitos fundamentais de 2ª geração, aqueles que ordenam uma conduta positiva do Estado³⁸. A falta de regulação de tais direitos não impede o julgador de reconhecê-los e de determinar, principalmente na conduta de outros poderes, a imperatividade de tais preceitos.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ SAENGER, Gláucia Fernandes Paiva. O Ativismo Judicial na Consecução de Direitos Fundamentais. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/glauciasaenger.pdf>. Acesso em 25/01/2012.

³⁸ *Ibidem*.

É possível visualizar essa assertiva no voto do Ministro Rel. Celso de Melo³⁹ que entendeu que é dever do Estado assegurar creches a crianças de até 05 anos de idade em local próximo de suas residências ou próximo do local de trabalho dos pais. Essa imposição, segundo ele e entendimento acatado pelo Corte, advém da própria Constituição que impõe ao Estado a prestação de educação infantil e ao acesso pleno que deve haver a esse atendimento, pois traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Por vezes, percebe-se que algumas decisões têm sido tomadas em virtude do dever-ser que se impõe em decorrência de determinados princípios constitucionais que comandam a relação.

Foi justamente nesse último ponto que a Corte Suprema entendeu que a vedação do nepotismo, após ser julgada constitucional a Resolução CNJ nº 7/200540, que proibia tal prática no âmbito do Judiciário, se estendia também ao Poder Legislativo e Executivo em virtude do princípio da moralidade e da impessoalidade que devem nortear a Administração Pública. Em resultado da força de tais princípios num Estado Democrático de Direito, rapidamente foi aprovada a Súmula Vinculante nº 13, obrigando toda a Administração Pública a afastar tal prática.

Infere-se que a ilicitude de uma postura nitidamente anti-democrática, o nepotismo, não surgiu por intermédio de lei. Foi por uma Súmula Vinculante que se vedou tal prática nociva a qualquer repartição estatal. Parece que esse anseio social coube a Corte reparar.

Assim, sobre essa postura legislativa que vêm assumindo o Judiciário, pode-

39 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, da 2ª Turma. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=177&dataPublicacaoDj=15/09/2011&incidente=4125954&codCapitulo=5&numMateria=135&codMateria=3>>. Acesso em 28/04/2012.

40 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 579.951. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Município de Água Nova. Brasília, 20 de agosto de 2008. Ministro Rel. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=202&dataPublicacaoDj=24/10/2008&incidente=2600331&codCapitulo=5&numMateria=34&codMateria=1>>. Acesso em 28/04/2012.

se destacar faces positivas e negativas do fenômeno. Cabe ponderar qual dessas corresponde melhor ao atual estágio de democratização do país.

Quanto ao aspecto positivo, é preciso admitir que o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas a contento ou a tempo pelo legislador. A multiplicidade e a inserção de novas relações sociais num tempo de *pluralização da subjetividade jurídica*⁴¹ tornam a tarefa do legislador por vezes sobre-humana, se sua intenção for regular toda e qualquer atividade com implicação jurídica.

Desse modo, alguns temas ressoam no Judiciário e exigem do magistrado uma posição fora do padrão situação-subsunção, uma vez não há na lei (ou não há lei) nem na Constituição parâmetro claro e definido e de aplicação direta. Assim foi nos julgados como greve do serviço público, abrangência da realização do plebiscito para a definição de novos quadros geográficos de estados e municípios, estipulação de um regime jurídico para o exercício do direito constitucional ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Quanto a este último, é importante destacar que, ao ser analisada a matéria na Corte⁴², os Ministros entenderam que deveriam criar um regime temporário em sede do mandado de injunção. Observa-se não só o caráter *atípico* do julgador, mas principalmente a necessidade que se lhe impõe de resolver a questão, especialmente quando o Legislativo se omite de atendê-la. Ora, não havia parâmetro na ordem jurídica interna equivalente. Nesse passo, o julgamento foi suspenso porque a Corte Suprema achou por bem estudar a questão mais a fundo. Nesse meio tempo, rapidamente foi editada pelo Congresso Nacional a Lei nº 12.506/11, que regulamentou

41 Judith Martins-Costa usa essa expressão quando comenta o culturalismo de Reale no Código Civil de 2002, a qual cabe também neste parágrafo o mesmo pressuposto. Significa em outras palavras o tempo da concreção. Os direitos envolvidos na relação já não podem ser regulados unicamente por um Código, dada a multiplicidade que esses constantemente envolvem, mas por princípios que devem ser analisados de acordo com o caso. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20975/culturalismo_experiencia_novo_codigo.pdf?sequence=1>. Acesso em 22.02.2012.

42 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 943. Impetrante: Raimundo Nonato de Almeida. Impetrado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 22 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=146&dataPublicacaoDj=01/08/2011&incidente=2659459&codCapitulo=2&numMateria=17&codMateria=3>>. Acesso em 28/04/2012.

o dispositivo constitucional de aviso prévio proporcional. Especialmente nesse quadro, cabe a pergunta: teria os parlamentares se debruçado sobre a questão se não houvesse a possibilidade de outro órgão legitimado, mesmo que de modo provisório, fazê-lo? Sabe-se que não. A postura do Judiciário provocou de certa forma de modo positivo o legislador a cumprir o seu papel quanto à matéria. Entende-se que essa posição ativista é característica do próprio regime constitucional que foi adotado no país. Por expressa previsão legal e constitucional, nenhum órgão do Judiciário pode se omitir a questões levadas à sua análise por obscuridade ou ausência de lei, ainda mais no uso do *writ* mandado de injunção. Em outra esfera, o conteúdo extenso e analítico e a previsão de normas programáticas contidas na Carta da República permitem que muitos temas tenham um caráter constitucional, sejam levados ao Judiciário e sejam por fim atendidos de acordo com princípios que não podem ser olvidados na aplicação do Texto Supremo.

É possível depreender que esse é o preço a se pagar para que o Estado democrático seja implementado, sendo imprescindível ter mecanismos capazes de assegurar a efetividade de direitos e garantias fundamentais, caso alguns dos poderes não o façam, o que, por sua vez, estimulam a regulamentação desses direitos pela via ordinária.

Interessante é a posição do constitucionalista Uadi Lamêgo Bulgos⁴³, que menciona a possibilidade que o princípio da separação inscrito na Constituição de 1988 deve ser afastado:

A interferência de um poder sobre o outro é apenas admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, caso contrário de nada adiantará a constitucionalização do princípio, porque ele existirá, apenas, nominalmente, sem qualquer relevância prática.

Veja que no caso do ativismo judicial, quando utilizado para preencher o vácuo deixado pelo legislador, supre de modo adequado e provisoriamente a omissão legislativa diante da ameaça ao não reconhecimento de direitos fundamentais na lide. Isso num primeiro momento não significa quebra do princípio da separação. É fato que os tribunais estão mais acessíveis ao cidadão que as demais instâncias políticas,

sendo natural que esse recorra àqueles para a concretização de seus direitos individuais e coletivos. O que não se pode admitir é que o Judiciário negue a aplicação imediata desses direitos em oposição à ordem expressa do constituinte originário, como se conclui da redação do art. 5º, §1º da Constituição de 1988.

Por outro lado, o crescente ativismo judicial revela uma debilidade da democracia jovem do país e mostra que ela ainda tem a se desenvolver e se consolidar, uma vez que o reconhecimento de direitos gerais e abstratos está sendo feito primeiro pelos tribunais que pelo Parlamento. As audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco, no Supremo, por exemplo, despertaram maior interesse, mobilização e posicionamento da sociedade que a discussão de seu projeto no Congresso. Isso por certo ângulo não é bom para a democracia. A falta de credibilidade do Legislativo, acentuada em virtude de graves casos de corrupção, distancia a população de seus debates, diminui caráter representativo de sua atuação. Logicamente, isso não se deve somente às condições atuais do Brasil.

Ao voltar à atenção a história, pode-se inferir que se passou pouco tempo em que a maior parte da comunidade brasileira se achegou a atividade política com a relativa segurança assegurada nos moldes atuais. O despotismo do Poder Moderador, o parlamentarismo-à-brasileira, a oligarquia da política do café-com-leite, o coronelismo, o longo período do populismo e, por fim, os mais de vinte anos de regime militar no país também explicam como as instituições, especialmente o Legislativo, estavam mais afastadas dos verdadeiros anseios populares. Essa ampla carga histórica não se supera da noite para o dia. Com o recente processo de democratização, outros direitos estão sendo questionados e o Legislativo está sendo mais cobrado, indiretamente nesse desenho, pelo cumprimento de seu papel institucional.

O crescente ativismo judicial traz também como ponto negativo a tendência a politizar a atuação jurisdicional. A legitimidade democrática corre risco uma vez que os magistrados não são eleitos para a criação legislativa. Somente os que detêm de cargo eletivo podem dar a direção democrática de certos temas por meio de lei. Como alerta Barroso, “as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o

batismo do voto popular”⁴⁴.

Algumas vezes, por deficiências do próprio Legislativo, o ativismo judicial, infelizmente, acaba preenchendo um vazio legislativo proposital. Pela dificuldade de unificar opiniões ou pelo receio da opinião pública, algumas matérias são deixadas para serem decididas pelo Poder Judiciário.

Foi assim que, no ano de 2011, ao julgar a ADPF 132/RJ e a ADIN 4.277/DF, Rel. Min. Carlos Britto⁴⁵, foi decidido que o reconhecimento da união estável entre “um homem e uma mulher”, como expressa a Constituição no art. 226, §3º e o Código Civil no art. 1.723, fosse estendido às uniões homossexuais. As dificuldades de proporem as alterações legislativas necessárias acabaram culminando em uma interpretação conforme a Constituição dos citados dispositivos. Não foi por acaso que essa postura foi severamente criticada por alguns⁴⁶, visto que a mudança deveria ter partido de um órgão que representasse diretamente a sociedade brasileira, isto é, o Congresso Nacional.

De todo o exposto, entende-se que o crescimento do ativismo judicial, não a sua existência, traz riscos à atividade político-democrática e, por sua vez, o crescimento desse mostra que a sociedade brasileira precisa ocupar o espaço político necessário para que Legislativo seja impelido a agir. Uma vez que as leis se mostrem mais presentes à realidade, ao cotidiano e as necessidades sociais, cumprindo seu nobre papel, o ativismo judicial corresponderá mais a exceção que a tendência a se tornar a regra.

44 BARROSO, Op. cit., *Ibidem*.

45 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimidados: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=198&dataPublicacaoDj=14/10/2011&incidente=2598238&codCapitulo=5&numMateria=155&codMateria=1>>. Acesso em: 28/04/2012.

46 Veja DOUGLAS, William. STF quis reescrever Constituição. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>>. Acesso em 22.02.2011 e MARTINS, Ives Gandra. Ativismo Judicial do STF. São Paulo: Revista Visão Jurídica, n.63, jul/2011.

CONCLUSÃO

Percebe-se que a doutrina da separação dos poderes proposta por Montesquieu foi, antes de tudo, uma resposta ao movimento anti-absolutista que crescia na Europa. Também, esse foi pensado em um Estado Liberal, na qual deveria predominar a função negativa do Estado frente ao indivíduo, diferente do atual Estado Social, com a presença de direitos de 2ª geração, que se confirmou após a Grande Guerra de 1939. Assim, entende-se que não se pode ler a clássica doutrina da tripartição sem levar em conta suas peculiaridades e também que não há evidência que Montesquieu propôs uma absoluta independência entre esses poderes.

No entanto, nota-se que o modelo clássico deve ser observado principalmente quanto à finalidade pelo qual foi criado, qual seja evitar a tirania do poder em virtude da concentração de funções típicas nas mãos de uma pessoa ou de apenas um corpo político. A história da humanidade anterior aos escritos do barão prova que nessas condições os direitos são restritos e a violência do Estado se torna institucionalizada.

Foram assim com boas razões que o constituinte originário da Carta Política brasileira de 1988 manteve os três poderes e estabeleceu a atuação *harmônica e independente* que deve haver entre eles. Foi observado que essas expressões não significam uma completa independência dos órgãos institucionais, mas sim o verdadeiro equilíbrio na atuação deles. O que pode comprometer esse equilíbrio é a completa mudança da agenda política para o Judiciário.

Pelos citados exemplos, observa-se que o Judiciário brasileiro atuou de forma ativista em alguns temas e essa posição tem crescido nos últimos anos. Isso revela no mínimo duas coisas: a primeira, que o Legislativo não tem tido a credibilidade e a rapidez necessária para emitir leis que correspondem aos anseios sociais, além de mostrar-se distante por vezes a realidade social; e a outra, que o ativismo judicial crescente se trata de um sintoma de uma democracia jovem em processo afirmação frente às instâncias propriamente políticas. A *Casa do Povo* ainda necessita ganhar a confiança e o interesse mais efetivo da sociedade, principalmente em virtude do passado histórico nacional.

Na medida em que a sociedade brasileira se mobiliza mais nas instâncias políticas e o Legislativo se mostrar mais presente na vida da população, o Judiciário não será o detentor de criações legislativas. Havendo manifestação expressa do legislador, o campo do ativismo judicial se torna muito limitado, ainda que existente algumas vezes, como deve ser.

O ativismo judicial não rompe por completo a moderna *teoria da separação*. No entanto, deve ser usado com cautela. Antes a criação legislativa pela vontade popular que pela vontade do juiz. O crescente ativismo judicial deve ser superado por uma participação mais atuante da sociedade no processo legislativo.

BIBLIOGRAFIA

GRAIEB, Carlos. **A calma é só aparente...** Disponível em <http://veja.abril.com.br/270808/p_060.shtml>. Acesso em 25/01/2012.

CARVALHO, Luiz Marklouf. **Conrado Hubnes Mendes: “O Supremo ainda é Obscuro”**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI243786-15223,00-CONRADO+HUBNERMENDES+O+SUPREMO+AINDA+E+MUITO+OBSCURO.html>>. Acesso em 25/01/2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2003.

RIBEIRO JUNIOR, João. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. Trad. Roberto Leal Ferreira. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tradução de Juarez Tavares. **Poder Judiciário: crise, acertos e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle Dos Atos Parlamentares Pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIDIGAL, Erick. **Protagonismo político dos juízes: risco ou oportunidade? Prefácio à magistratura da pós-modernidade**. Brasília: América Jurídica, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, **Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ZIPPELIUS, Reinhold. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein. 1997.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (Checks and Balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SAENGER, Glaucia Fernandes Paiva. **O Ativismo Judicial na Consecução de Direitos Fundamentais**. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao_1semestre2009/trabalhos_12009/glauciasaenger.pdf>. Acesso em 25/01/2012.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337**. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=177dataPublicacao=Dj=15/09/2011&incidente=4125954&codCapitulo=5&numMateria=135&codMateria=3>>. Acesso em 28/04/2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 23.02.2012.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 579.951**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Município de Água

Nova. Brasília, 20 de agosto de 2008. Ministro Rel. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=202&dataPublicacaoDj=24/10/2008&incidente=2600331&codCapitulo=5&numMateria=34&codMateria=1>>. Acesso em 28/04/2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20975/culturalismo_experiencia_novo_codigo.pdf?sequence=1>. Acesso em 22.02.2012.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 943**. Impetrante: Raimundo Nonato de Almeida. Impetrado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 22 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=146&dataPublicacaoDj=01/08/2011&incidente=2659459&codCapitulo=2&numMateria=17&codMateria=3>>. Acesso em 28/04/2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimidados: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=198&dataPublicacaoDj=14/10/2011&incidente=2598238&codCapitulo=5&numMateria=155&codMateria=1>>. Acesso em: 28/04/2012.

DOUGLAS, William. **STF quis reescrever Constituição**. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homo-afetiva>>. Acesso em 22.02.2011.

MARTINS, Ives Gandra. **Ativismo Judicial do STF**. São Paulo: Revista Visão Jurídica, n.63, jul/2011.