

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**ATIVISMO JUDICIAL: UM ESTUDO COMPARADO DAS SUAS
PRÁTICAS NO DIREITO LUSO E NO BRASILEIRO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Adalberto Imbroisi Oliveira

Orientadora: Professora Doutora Maria João Ferreira Duarte da Guia

Número do candidato: 20161207

Dezembro de 2023

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico à minha esposa e companheira, Andréa e a meus filhos Caio Roberto e Gabriela, por toda compreensão, paciência e ajuda que sempre prontamente demonstraram para a conquista da obtenção desse meu título de Mestre.

Dedico ainda aos meus pais, Waldir (em memória) e Valdina, a quem tanto devo por ter chegado aonde cheguei, que certamente foi pela excelente formação de valores que me foi por eles passadas.

Dedico também a todos os demais membros da família, que, ainda que de forma indireta, deram o seu contributo para essa minha conquista.

AGRADECIMENTOS

Um agradecimento especial a minha orientadora, Professora Doutora Maria João Guia, pessoa que, pelo pouco tempo que tive de convívio na Universidade Autónoma de Lisboa como docente, demonstrou um grande apreço e interesse pelo nosso sucesso na jornada pela UAL para que atingíssemos o nosso objetivo, bem como pelas orientações para a elaboração desse trabalho de pesquisa.

Deixo ainda os meus agradecimentos a todos os demais docentes, discentes e servidores da Universidade Autónoma de Lisboa que sempre foi uma instituição muito acolhedora.

"Não é função do juiz, nem está dentro de seu poder alargar, melhorar ou mudar a lei." Elihu Root - Advogado, Nobel da Paz em 1912.

RESUMO

A observância frequente da travessia do limite jurisdicional das funções dos poderes pelos judiciários do Brasil e de Portugal representou a principal motivação para o desenvolvimento do estudo comparado das práticas ativistas judiciais, à luz das doutrinas de ambos os países. Corrobora essa afirmativa o jurista português Jorge Miranda, ao destacar em entrevista à TV Migalhas, no VI Fórum Jurídico de Lisboa, que a prática do ativismo judiciário “não é problema isolado do Brasil, mas também está imposto em Portugal, na Alemanha, EUA e outros países.” No caso brasileiro, os tribunais, em maior medida, a exercem pela via da judicialização. Essa disfunção jurisdicional, além de prejuízo às doutrinas do direito, submete o processo democrático a um elevado risco de ruptura. Esse perigoso radicalismo judicial é caracterizado pela transgressão das normas legais cabíveis, diante de casos que envolvem impacto social mais amplo. Geralmente, é entendido como termo depreciativo, implicando dizer que os magistrados decidem tendo em conta suas próprias agendas políticas, valendo-se do arbítrio judicial, em vez de precedentes. A inquietação deste autor em face do contexto até aqui apresentado, fez suscitar a seguinte questão de partida: quais as causas principais das decisões proferidas pelo poder judiciário luso e brasileiro, com viés ativista concernentes à judicialização? Visando a resposta, objetivou-se identificar as decisões com viés ativista, praticadas pelo judiciário português e brasileiro, oriundas da judicialização. No intuito de alcançá-la, foi utilizada a revisão bibliográfica como método, nomeadamente nas literaturas publicadas, nos portais dos tribunais de Portugal e do Brasil, em publicações e mídias brasileira, europeia e estadunidense, cujas fontes de busca basearam-se nas práticas ativistas judiciais, com ênfase nas luso e brasileira. O resultado dos quatro casos selecionados por esta pesquisa permitiu constatar que: nos dois primeiros, a transgressão à juridicidade se apresentou latente, tendo sido corrigida adequadamente pelos Tribunal Constitucional (TC) e Supremo Tribunal Federal (STF), cortes máximas judiciais de controle de constitucionalidade instadas a manifestarem-se em relação aos atos dos governos português e brasileiro; e, nos dois últimos, ainda que corrigidas nas esferas jurídicas superiores, Tribunal da Relação (TR) português e Tribunal Regional Federal (TRF-1) brasileiro, as decisões dos juízes de primeira instância demonstraram-se arbitrárias e fatidicamente desprovidas de legalidade. A partir do resultado, pode-se concluir a assertividade do enquadramento normativo de ambas as cortes máximas judiciais portuguesa e brasileira em relação aos dois primeiros casos, afastando a

característica ativista de suas decisões; no giro oposto, as sentenças proferidas pelos juízes das varas judiciais de primeira instância portuguesa e brasileira em relação aos outros dois casos caracterizam-se como ativistas.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Judicialização política, Jurisdição dos poderes e Processo democrático.

ABSTRACT

The frequent observance of the crossing of the jurisdictional limit of the functions of the powers by the judiciaries of Brazil and Portugal represented the main motivation for the development of the comparative study of judicial activist practices, in the light of the doctrines of both countries. This statement is corroborated by the Portuguese jurist Jorge Miranda, who highlighted in an interview with TV Migalhas, at the VI Legal Forum in Lisbon, that the practice of judicial activism “is not an isolated problem in Brazil, but is also imposed in Portugal, Germany, the USA and other countries.” In the Brazilian case, the courts, to a greater extent, exercise it through judicialization. This jurisdictional dysfunction, in addition to harming the doctrines of law, subjects the democratic process to a high risk of rupture. This dangerous judicial radicalism is characterized by the transgression of applicable legal norms, in the face of cases that involve a broader social impact. It is generally understood as a derogatory term, implying that judges make decisions based on their own political agendas, relying on judicial discretion rather than precedent. This author's concern in the face of the context presented so far, raised the following starting question: what are the main causes of the decisions handed down by the Portuguese and Brazilian judiciary, with an activist bias regarding judicialization? Aiming at the answer, the objective was to identify decisions with an activist bias, practiced by the Portuguese and Brazilian judiciary, arising from judicialization. In order to achieve it, a bibliographical review was used as a method, namely in the published literature, in the portals of the courts of Portugal and Brazil, in Brazilian, European and American publications and media, whose search sources were based on the practices of judicial activists, with emphasis on the Portuguese and Brazilian ones. The result of the four cases selected for this research showed that: in the first two cases, the transgression of legality was latent, having been properly corrected by the Constitutional Court (TC) and the Federal Supreme Court (STF), the highest judicial courts of constitutionality control urged to manifest themselves in relation to the acts of the Portuguese and Brazilian governments; and, in the last two, although corrected in the higher legal spheres, the Portuguese Court of Appeal (TR) and the Brazilian Regional Federal Court (TRF-1), the decisions of the first instance judges proved to be arbitrary and fatefully devoid of legality. From the result, one can conclude the assertiveness of the normative framework of both the Portuguese and Brazilian highest judicial courts in relation to the first two cases, removing the activist characteristic of their decisions; in the opposite direction, the sentences

handed down by the judges of the Portuguese and Brazilian courts of first instance in relation to the other two cases are characterized as activist.

***Keywords:* Judicial Activism, Political Judicialization, Jurisdiction of Powers and Democratic Process.**

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	2
AGRADECIMENTOS	3
RESUMO	4
ABSTRACT	6
SUMÁRIO	8
LISTA DE ABREVIATURAS	10
LISTA DE TABELAS	11
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - CONTEXTUALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIÁRIO NUMA ABORDAGEM CONCEITUAL E HISTÓRICA	16
1.1. Conceituação e características	16
1.2. O Ativismo Judicial nos Estados Unidos	18
1.2.1. Morbury V. Madison – caso 1	20
1.2.2. Scott V. Sandford (dred scott) – caso 2	24
1.2.3. Brown V. Board of Education – caso 3	26
1.3. O Ativismo Judicial em Portugal, à luz da teoria de Waldron	28
1.3.1. Jurisprudência da Crise em Portugal (Econômica e Financeira) entre 2010 e 2014	33
1.3.2. Crise na saúde (2019-2022)	34
1.4. O Ativismo Judicial no Brasil	35
CAPÍTULO 2 - A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA, A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES: A SUA RELEVÂNCIA NA ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIÁRIO	42
2.1. Origem histórica do estado democrático de direito	44
2.2. Tribunais constitucionais e modalidades de controle de constitucionalidade	46
2.3. Princípio da separação dos poderes	48
2.3.1. Poder Executivo	51
2.3.2. Poder Legislativo	51
2.3.3. Poder Judiciário	52
CAPÍTULO 3 – O ATIVISMO JUDICIAL, A JUDICIALIZAÇÃO E O CONTROLE CONSTITUCIONAL	54
3.1. O Ativismo Judicial	54
3.2. A Judicialização	55

3.2.1.	Ausência de critérios de controles	56
3.2.2.	Omissão do Legislativo	57
3.2.3.	Ingerência Executiva	59
3.2.4.	Descrédito político-jurídico	60
3.3.	Ativismo judicial e as teorias balizadoras da magistratura	62
3.3.1.	Teoria procedimentalista	62
3.3.2.	Teoria substancialista	63
3.4.	O controle de constitucionalidade	64
3.4.1.	O controle de constitucionalidade português	65
3.4.2.	O controle de constitucionalidade brasileiro	69
CAPÍTULO 4 - DISCUSSÃO E ANÁLISE DO RESULTADO DA INVESTIGAÇÃO		71
4.1.	Síntese das decisões com viés ativista, proferidas pelo judiciário luso e brasileiro, casos 1 e 2.	71
4.1.1.	Caso 1 - Acórdão TC - 464/junho-2022	71
4.1.2.	Caso 2 - Acórdão STF - Referendo na Medida Cautelar na ADI 6.341 – DF/ novembro - 2020	73
4.1.3.	Síntese dos pareceres judiciais dos casos 1 e 2.	77
4.2.	Síntese das decisões com viés ativista, proferidas pelo judiciário luso e brasileiro, casos 3 e 4.	77
4.2.1.	Caso 3 - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa/fevereiro de 2021 - Processo 3463/19.7T8VFX	78
4.2.2.	Caso 4 - Tribunal Regional Federal da 1ª Região/TRF-1- Abril/2020	80
4.2.3.	Síntese dos pareceres judiciais dos casos 3 e 4.	84
4.3.	Interpretação das causas dos casos analisados.	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS		87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		90

LISTA DE ABREVIATURAS

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República de Portugal

EUA – Estados Unidos das Américas

FMI – Fundo Monetário Internacional

LOE – Lei de Orçamento do Estado

MP – Medida Provisória

PEC – Plano de Estabilização de Crescimento

SciELO – Scientific Electronic Library Online

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRF-1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região

TSE - Tribunal Superior Eleitoral

UE – União Europeia

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Principais características presentes nos conceitos sobre Ativismo Judicial (AJ), pelos autores considerados nesta seção. _____	17
Tabela 2 - Casos 1 e 2 - Síntese das questões que deram causa a decisões com viés ativista, proferidas pelo judiciário luso e brasileiro. _____	76
Tabela 3 – Casos 3 e 4 - Síntese das questões que deram causa a decisões com viés ativista, proferidas pelo judiciário luso e brasileiro. _____	83
Tabela 4 - Justificativa e interpretação da classificação das causas que deram origem à judicialização _____	85

INTRODUÇÃO

Contextualização

A partir da Segunda metade do século XX, mais especificamente após a Segunda Guerra Mundial, o Direito, de forma peculiar, passou por muitas transformações. Essas mudanças começaram a ocorrer em torno do que se chamou de Constitucionalismo Dirigente, também conhecida por Constituição programática (diretiva ou dirigente), caracterizada pelo teor normativo de tarefas e programas de ação planejadas a serem executados pelos poderes públicos (NOVELINO, 2009, p. 113).

Em concomitância as mudanças decorrentes dos planos de ação citados, o poder Judiciário começou a se destacar pela autonomia dentro da concretização desses direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente positivados. O que ocorreu é que se inverteram questões antigas, onde no passado imperava o Positivismo Exegético, no qual o papel do juiz era representação de um instrumento de aplicação da lei (BIGOLIN, 2014, p. 1-2).

À medida em que as tarefas e programas eram executados pelo poder público, a figura do juiz passou a valorar os princípios jurídicos, e com a consolidação da força normativa da Constituição, os magistrados assumiram um papel de construção do Direito e transformação da realidade social, sendo atores ativos na propagação da Democracia.

Trata-se de fenômeno que alcançou praticamente todos os países, inclusive Portugal e Brasil. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) é um exemplo latente de uma Constituição dirigente e programática, que é extremamente garantista. No entanto, a letra da lei seria fria e vazia se aplicada fora da realidade social, o que inviabilizaria o poder de ser aplicada de forma automática (BERCOVICI, 1999, p. 36).

A interferência que a lei possui na vida dos brasileiros necessita da atuação conjunta dos três Poderes do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário. Os dizeres constitucionais, igualmente, dependem da mesma harmonização, a fim de que a lei maior não se transforme em mero pedaço de papel.

Nesse sentido, vale salientar que o poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), a partir das nuances da CRFB de 1988, ganhou um destaque enorme dentro do cenário brasileiro, que o consolidou como um verdadeiro Tribunal Constitucional, responsável pelo zelo e guarda da CRFB, promulgada em 05 de outubro de 1988. Ocorre que o papel proativo e direto assumido pelo STF na defesa e concretização dos ditames constitucionais tem interferido nas funções jurisdicionais dos outros Poderes, caracterizando o fenômeno chamado de Ativismo Judicial (LEITE, 2021, p. 32).

A prática constante da invasão funcional jurisdicional do poder judiciário, em especial o STF, nas atribuições funcionais dos demais poderes, questionada por juristas e advogados, além da insegurança jurídica decorrente da incerteza do Direito, produz angústia e medo sociais e elevado risco à democracia (SPÍNOLA, 2017, p. 1; e FERNANDES e FREITAS, s.d., p. 12).

A flagrante ocupação jurisdicional citada foi analisada e interpretada por Ivis Gandra, um dos maiores juristas brasileiros, em entrevista concedida por ele ao programa Pingos nos Is, da TV Jovem Pan. Ao final, o eminente jurista concluiu ser necessária a aplicação do Art. 142 da CRFB de 1988 que trata da intervenção das Forças Armadas, visando à atuação pontual delas para barrar às contínuas interferências do STF sobre as funções dos demais poderes, atuando, pois, como um poder moderador.

A atuação do judiciário brasileiro, bem como do português sofrem muitas críticas, dentre as quais, o desrespeito à separação de poderes e a ausência de legitimidade democrática desse poder judicante para atuar de tal forma (BARROSO, 2012, p. 7).

A abordagem temática, que visa comparar as práticas judiciais ativas no direito luso e brasileiro foi escolhida, principalmente, porque o estudo das experiências constitucionais realizadas pelos Tribunais auxilia na identificação e análise das causas das práticas ativistas dentro do ordenamento jurídico pátrio de ambos os países, possibilitando caracterizá-las e compreendê-las com vistas ao alcance do objetivo proposto por esta pesquisa, identificar as decisões com viés ativista, praticadas pelo judiciário português e brasileiro, oriundas da judicialização.

Vale salientar que o objeto de estudo desta pesquisa teve por definição as práticas ativistas judiciais no âmbito do Direito brasileiro em confronto com o português, pelo fato de ambos os países pertencerem à mesma família romano-germânica, terem ordenamentos jurídicos similares e, dentro do sistema lusitano, viger um controle misto de constitucionalidade, espécie pouco recorrente de apresentação desse instituto, também presente no Brasil (MIRANDA, 2013, p. 133-137).

A questão de partida pode ser entendida como o motivo originário de inquietação do pesquisador, no sentido de motivá-lo a buscar respostas a partir da investigação. Nesse sentido, LAKATOS & MARCONI (2003, p. 97) preconizam que toda investigação tem origem de algum óbice teórico/prático sentido. Este nos guiará no que é relevante observar, no sentido de escolher os dados que devemos selecionar para a análise. Nesse giro, as contínuas invasões do judiciário sobre as competências dos demais poderes, citadas anteriormente, fizeram suscitar a seguinte questão principal de partida: quais as causas principais das

decisões proferidas pelos poderes judiciários luso e brasileiro, com viés ativista concernente à judicialização?

Na intenção de responder à questão supra, objetivou-se identificar as causas das decisões com viés ativista, praticadas pelo judiciário português e brasileiro, oriundas da judicialização. Com vista ao alcance do horizonte objetivado, estabeleceram-se os seguintes objetivos específicos: estudar e descrever a evolução do Ativismo Judicial; caracterizar a origem da democracia e os limites balizadores jurisdicionais da separação dos poderes, consoante a doutrina luso e brasileira; apresentar as controvérsias jurídicas em face dos controles de constitucionalidade; e identificar, selecionar e comparar as causas das decisões judiciais luso e brasileira com viés ativista, à luz da judicialização política.

A partir das pesquisas e estudos das fontes relacionadas à questão de partida citada anteriormente, buscar-se-á identificar e descrever as causas das decisões judiciais luso e brasileira com viés ativista, atentando para o alcance dos objetivos geral e específicos, oportunizando fundamentar a explanação em favor da solução da questão (LAKATOS & MARCONI, 2003, p. 247).

No sentido de viabilizar a consecução do objetivo, os mecanismos de coleta de dados desta investigação se valeram da combinação dos instrumentos estudos de casos e pesquisas bibliográficas, os quais, consoante RODRIGUES (2007, p. 7), possibilitam a recuperação de conhecimentos já sistematizados em determinada área. Em linha similar, VERGARA (2016, p. 55) preconiza que materiais publicados em livros e trabalhos acadêmicos são capazes de sustentar pesquisas, tendo como premissa o modo de acesso a fontes secundárias. Destaca-se, finalmente, que a pesquisa bibliográfica possibilita um estudo mais amplo sobre o tema, pois utiliza-se de uma grande quantidade de fenômenos, diferentemente da pesquisa realizada de maneira direta (GIL, 2008, p. 50).

Apoiado nos instrumentos metodológicos, a revisão literária desta investigação teve por demarcação o período imediatamente anterior e vigente da pandemia do coronavírus – SARS-CoV-2 (covid19), designadamente 2019-2020, devido às polêmicas e discussões acerca da atuação do judiciário nesse período de enfrentamento pandêmico. Em maior medida, a verificação da literatura teve lastro em conteúdos oriundos de fontes primárias de obras associadas ao tema, e, em menor nível de consulta, em fontes secundárias vinculadas às primárias (LUBISCO; VIEIRA, 2013, p. 25).

Estabelecido o conjunto de procedimentos que dará suporte a esta investigação, mister se torna descrever o processo estruturante do estudo que deu sustentabilidade à aprendizagem dos conteúdos específicos.

Considerando o fato de as controvérsias e debates acerca das funções e jurisdição dos poderes datarem da fundação da república americana, inicialmente, o estudo se aterá à contextualização histórica do ativismo judicial daquele país, deslocando-se, na sequência, para Portugal e Brasil.

Sequencialmente, o estudo terá por pauta a origem do estado democrático de Direito, a criação dos tribunais constitucionais, os princípios da separação dos poderes e as causas da necessidade de independência e soberania dos três poderes. Para tanto, as pesquisas e os estudos se debruçarão sobre a jurisdição constitucional e a separação dos poderes luso e brasileiros.

Ato contínuo, os procedimentos e os controles de constitucionalidade dos poderes judiciários luso e brasileiro serão contemplados, tendo como foco a análise da ativação judicial pela via da judicialização política, à luz do controle de constitucionalidade em ambos os países.

Finalmente, transposta a trajetória de investigação alinhada ao que se objetiva, o estudo se aterá à comparação das decisões judiciais luso e brasileira com viés ativista, selecionadas dentro do período demarcado, com vista a identificar as causas possíveis das transgressões normativas de ruptura jurisdicional, decorrentes da judicialização política.

Espera-se que o resultado dessa pesquisa contribua para com o aprimoramento e a melhoria da consciência da sociedade lusa e brasileira, no que concerne ao risco potencial de ruptura do sistema democrático e da degradação do Direito incitada pela prática ativista, quando exercida de maneira exacerbada e desproporcional pelo poder judiciário sobre a jurisdição funcional dos demais poderes.

O interesse pessoal provém de um conjunto de fatores, dentre os quais destacam-se, inicialmente, o interesse do autor em identificar as principais causas das contínuas e crescentes invasões funcionais jurisdicionais dos poderes judiciários luso e brasileiro, sobre as atribuições funcionais dos demais poderes. Sequencialmente, pelo fato de atuar por muitos anos em áreas correlatas ao direito, pela atualidade e relevância do tema e pelo contributo científico da pesquisa. Vale frisar que, além dos citados, o aprofundamento do estudo sobre o tema e suas implicações conduziram à questão de partida desta investigação, que gerou expressivo entusiasmo motivacional.

Enfim, concluída a apresentação geral da pesquisa, dos objetivos e metodologia de trabalho, a partir desta etapa introdutória, a seguir passa-se à abordagem do capítulo I.

CAPÍTULO 1 - Contextualização do ativismo judiciário numa abordagem conceitual e histórica

Inicialmente, a ênfase foi atribuída aos elementos característicos do ativismo judicial e a conceituação do termo. Sequencialmente, a abordagem migrou para o aspecto histórico, preliminarmente, em face do pioneirismo, reportando-se ao ativismo exercido pelo Poder Judiciário americano, que, devido à extensão teve seu estudo segmentado em casos. Na sequência, o estudo histórico deslocou-se para os judiciários luso e brasileiro.

1.1. Conceituação e características

Antes de adentrarmos no aspecto histórico, mister se faz compreendermos o conceito e caracterizarmos o termo Ativismo Judicial. Nesse sentido, TESHEINER (2008, p. 23) assevera tratar-se simplesmente do antônimo de contenção.

No mesmo norte, trata-se da ingerência que o Poder Judiciário possui dentro dos outros poderes, com o objetivo claro de intensificar os valores e os objetivos constitucionais. A sua percepção ocorre na declaração de inconstitucionalidade de normas oriundas do Poder Legislativo (CAPPELLETTI, 1999, p. 121-132).

Na ótica de TASSINARI (2013, p. 38), trata-se de uma abordagem para o exercício de revisão judicial ou uma descrição de uma decisão judicial específica, na qual um juiz é, geralmente, considerado mais disposto a decidir questões constitucionais e a invalidar ações legislativas ou executivas. Embora os debates sobre o papel adequado do judiciário datem da fundação da república americana, o termo ativismo judicial foi cunhado pelo historiador americano Arthur M. Schlesinger, Jr., no artigo *The Supreme Court: 1947*, escrito para a revista *Fortune* (CAMPOS, 2014, p. 12).

O papel do judiciário, segundo SILVA (2017, p. 119), seria o de guarnecer o estado democrático constitucional por meio de uma análise do conceito de ativismo judicial. Desse modo, existe uma teoria composta do papel do judiciário, baseando-se e desenvolvendo a análise de CANON (1982, p. 385-419) do ativismo judicial e as abordagens multidimensionais mais recentes para a avaliação da produção judicial.

No que concerne à visão tradicional do judiciário como agente da lei, existem duas direções: a primeira, com base no paradigma 'diálogo constitucional / interdependência constitucional', na qual o judiciário é participante de uma rede *multiplayer* de interações constitucionais, integrada por outros poderes do governo, indivíduos e órgãos públicos, que participam do processo de tomada de decisão; a segunda, refere-se a argumentos acerca da

onipotência do judiciário, que são substituídos por um modelo de interdependência e interação (LORENZETTO & CLÈVE, 2015, p. 17).

Quanto ao aspecto caracterizador, LUÍS ROBERTO BARROSO (1996, como citado em Vale, s.d., p. 15) preconiza que o ativismo judicial apresenta os seguintes elementos constitutivos: “a) pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

No mesmo giro, WILLIAM P. MARSHALL (2002, como citado em Vale, s.d., p. 14) traça outras características do ativismo judicial: “a) o contramajoritarismo; b) o não originalismo; c) a ausência de deferência perante os precedentes judiciais; d) o ativismo jurisdicional; e) a criatividade judicial; f) o ativismo remedial; g) o ativismo partidário.”

Na ótica de MARTINS (2019, p. 1), o ativismo judicial é “um termo técnico para definir a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário ao interferir em decisões de outros poderes.”

A partir do conjunto conceitual contextualizado, as características mais preponderantes na ótica dos conceituadores foram destacadas no quadro esquemático a seguir.

Tabela 1 - Principais características presentes nos conceitos sobre Ativismo Judicial (AJ), pelos autores considerados nesta seção.

Principais características do AJ	Autoria
Contra-majoritismo; não originalismo; ausência de deferência perante os precedentes judiciais; ativismo jurisdicional; a criatividade judicial; o ativismo remedial; ativismo partidário.	William P. Marshall (2002, como citado em Vale, s.d., p. 14)
Ingerência do Poder Judiciário sobre os outros Poderes	Cappelletti (1999)
Exercício de revisão judicial	Campos (2014)
Interações constitucionais em formato de rede <i>multiplayer</i>	Lorenzetto e Clève (2015)
Aplicação direta da Constituição a situações não expressas por ela; declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador[...], e ostensiva violação da Constituição; imposição de condutas e abstenções ao Poder público [...].	Luís Roberto Barroso (1996, como citado em Vale, s.d., p. 15)
Proatividade do Poder Judiciário sobre decisões de outros poderes.	Martins (2019)

Fonte: elaborado pelo autor com base nos estudos abordados anteriormente.

Concluída essa seção inicial, cuja tônica teve por fim apresentar algumas conceituações e características acerca do termo Ativismo Judicial passaremos à abordagem das práticas ativistas exercidas pelo poder judiciário americano, país onde o termo foi cunhado¹, e, na sequência, às operadas pelos poderes judiciários português e brasileiro.

1.2. O Ativismo Judicial nos Estados Unidos

No início do século XXI, segundo STRECK (2007, p. 68.), uma das decisões mais criticadas pela Suprema Corte nos Estados Unidos foi em *Kelo v. City of New London* (2005). Na ocasião, o tribunal permitiu que a cidade exercesse seu poder de domínio eminente para transferir propriedade de proprietários para um desenvolvedor privado. Como os juízes podem ser chamados de ativistas por derrubar ou permitir a ação do governo (em Kelo eles permitiram) e porque o ativismo no uso político é sempre considerado errado, esse senso de ativismo não é o antônimo de contenção.

Uma decisão judicial também pode ser chamada de ativista no sentido processual, se resolver uma questão jurídica desnecessária à decisão do caso. Um exemplo contestado de suposto ativismo processual extremo é a controversa decisão da Suprema Corte em *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010), que acabou derrubando as disposições da lei eleitoral federal que limitavam os gastos corporativos e sindicais em anúncios políticos (VERISSIMO, 2008, p. 409).

Na sequência de alegações orais, onde o Tribunal apelou ao reargumento do caso com base em novas questões, porque previu que uma decisão correta sobre as questões originalmente apresentadas teria deixado as disposições em vigor e frustrado a sua convicção de que “esta corporação [Citizens United] tem o direito constitucional de falar sobre este assunto”.

O ativismo processual, segundo TEIXEIRA (2012, p. 112), é geralmente considerado impróprio em nível federal tanto nos Estados Unidos da América (EUA), como naqueles países que adotam o mesmo s e em países que seguem o método dos EUA (por exemplo, o Quênia e a Nova Zelândia), com o fundamento de que a função do judiciário é resolver disputas concretas entre as partes adversas, e não emitir pronunciamentos jurídicos em resumo.

¹ A doutrina norte-americana reconhece que o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na *Revista Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947.

Noutro giro, em estados cujo sistema de ordenamento jurídico difere do federal estadunidense, a exemplo dos da Áustria, França, Alemanha, Coreia do Sul, Espanha e, até mesmo, o de alguns estados dos EUA, o judiciário têm permissão para decidir as questões na ausência de disputas ou partes adversas.

Reclamações sobre ativismo surgiram na maioria dos países onde o judiciário exerce revisão judicial significativa, particularmente dentro dos sistemas de direito consuetudinário (predominante nos níveis federais da Austrália, Canadá e Índia), conceituado por FACHINI (2021, p. 1) como aquele “formado por um conjunto de práticas aceitas socialmente, de forma costumeira e lícita, por um determinado povo. Por não estar positivado, é preciso compreender suas características e requisitos, bem como a forma como ele é aplicado no Brasil e internacionalmente”.

Ainda no contexto americano, TEIXEIRA (2012, p. 112-113) assevera que as alegações mais recentes de ativismo têm sido levantadas mais por conservadores do que liberais; o autor salienta ainda que as práticas ativistas têm por característica determinante o posicionamento político do judiciário em relação a outros atores governamentais.

Em meados do século XX, a Suprema Corte tendeu a ser mais conservadora do que as legislaturas e foi criticada pelos liberais por derrubar a legislação econômica progressista com base na suposta liberdade dos juízes - Vistas de mercado, segundo TEIXEIRA (2012, p. 112-113).

Na segunda metade do século XX, segundo TASSINARI (2013, p. 180), especialmente sob o presidente do Supremo Tribunal Earl Warren (1953-1969), a Suprema Corte era frequentemente mais liberal do que o Congresso e as legislaturas estaduais por anular as leis estaduais e federais sobre a base da suposta política liberal dos juízes, conduta, frequentemente, criticada pelos conservadores. No início do século XXI, a Suprema Corte voltou-se para o lado conservador e foi criticada por nulificar leis como a reforma do financiamento de campanhas (*Citizens United vs. Federal Election Commission*).

Destaca-se que, apesar de não expressarem conivência com decisões judiciais baseadas na política, os debates entre conservadores e liberais fundam-se em acusações entre si de práticas ativistas (TORRES, 2023, p. 7).

A persistente diferença entre estudiosos do direito e juízes acerca da hermenêutica jurídica da Constituição põe em xeque a credibilidade da isenção política nas decisões dos casos controversos julgados. (CARNEIRO, 2016, p. 24). Por efeito, caracterizar uma decisão como ativista tem por conotação principal indicar a convicção do orador de que o julgador não está agindo de boa-fé (REZENDE, 2011, p. 144).

Assim, segundo KMIEC (2004, p. 1441-1478), nos Estados Unidos da América o ativismo judicial apresenta o perigo de ser governado pelo judiciário, que produziu algumas das decisões mais vilipendiadas da Suprema Corte, como *Lochner v. New York* e *Dred Scott v. Sandford*, mas também algumas das mais célebres, como *Brown v. Board of Education*.

Duas décadas após o início da república, segundo FRANCO & COSTA FILHO (2015, p. 157), há cerca de duzentos anos, a Suprema Corte dos Estados Unidos emergiu como um poderoso ator político. Entretanto, entre 1950 e 1960, o Tribunal corajosamente empreendeu uma nova missão que resultou na formulação de políticas judiciais de alcance e impacto sem precedentes.

O Tribunal e suas políticas polêmicas, segundo BARROSO (2009, p. 91), provocaram uma reação política que contribuiu para cinco vitórias do Partido Republicano nas seis eleições presidenciais subsequentes. No entanto, apesar dos esforços dos presidentes republicanos, que desde 1968 substituíram sete dos nove juízes da Suprema Corte, o ativismo do Tribunal diminuiu apenas ligeiramente e, de igual importância, infiltrou-se na hierarquia judicial até os tribunais federais e estaduais inferiores de apelação e tribunais de primeira instância. O papel adequado do poder judicial em uma democracia continua a ser uma das questões políticas contemporâneas mais contenciosas nos EUA, ao mesmo tempo em que o ativismo de seus tribunais é emulado por cada vez mais nações democráticas em todo o mundo (BARROSO, 2008, p. 258-301).

Concluída essa breve abordagem histórica, em que se buscou apresentar algumas práticas ativistas do judiciário americano, esta investigação, no ímpeto de ampliar e aprofundar o estudo, vale-se do estabelecido pela metodologia desta investigação e serve-se dos casos selecionados a seguir.

1.2.1. Morbury V. Madison – caso 1

Esta subseção se pauta no caso Marbury v. Madison (1803), que, segundo STRECK (2016, p. 128) representou o marco declaratório da Suprema Corte dos EUA contra um ato do Congresso, julgando-o inconstitucional². A opinião de John Marshall, Chefe de Justiça, baseou-se quase exclusivamente na linguagem específica da Constituição, dizendo que era a "lei suprema da nação" e que restringia as ações de todos os três ramos do governo nacional.

² O caso dizia respeito a uma seção da Lei do Judiciário de 1789.

O objetivo de uma Constituição escrita, afirmou Marshall, seria a de garantir que o governo permanecesse dentro de seus limites prescritos: “Os poderes do Legislativo são definidos e limitados; e [para] que esses limites não sejam errados ou esquecidos, a Constituição está escrita”. Nos casos em que uma lei entra em conflito com a Constituição, o autor finaliza asseverando que “a própria essência do dever judicial” era seguir a Constituição (STRECK, 2016 p. 129).

Os tribunais têm a responsabilidade de entender e articular o significado da Constituição, que, ainda de acordo com Marshall “É enfaticamente a província e o dever do departamento judicial dizer o que é a lei”, ressaltando, ainda, que “uma lei repugnante à Constituição é nula, e os tribunais, bem como outros departamentos, estão vinculados por esse instrumento”.

A Suprema Corte não declarou outro ato do Congresso inconstitucional até derrubar o Compromisso de Missouri em *Dred Scott v. Sanford* (1857). O poder de revisão judicial, segundo SILVA (2017, p. 134), foi usado com moderação nas décadas seguintes. A partir do início do século XX, no entanto, o Tribunal começou a anular as leis federais com mais frequência.

Os defensores da revisão judicial apontaram a decisão do Chefe de Justiça John Marshall em *Marbury* (1803) como uma fonte de apoio à visão de que a Suprema Corte tem a palavra final sobre o que a Constituição significa. Desde então, segundo HEYWOOD (2010, p. 71), à medida que os poderes do governo nacional se expandiram e mais e mais leis estaduais ficaram sujeitas à revisão federal (como resultado da Décima Quarta Emenda e da incorporação das proteções da Declaração de Direitos contra os estados), o Supremo Tribunal teve oportunidades frequentes de exercer seu poder de revisão judicial.

Pode-se dizer que a revisão judicial da constitucionalidade da legislação deu-se originalmente a partir da Constituição estadunidense de 1787, bem como com a impugnação da sentença proferida pelo Juiz Marshall nos autos do processo *Marbury vs. Madison* julgado no ano de 1803, que estabeleceu a doutrina da revisão judicial. Embora sem o enfoque atual, essa fase marcou uma época significativa em termos jurisprudenciais da Suprema Corte dos Estados Unidos, colaborando para ratificar o princípio da supremacia do judiciário na verificação da constitucionalidade das leis.

Em síntese, a questão trata da tentativa de William Marbury, mediante mandado de segurança impetrado junto à Suprema Corte, garantir sua nomeação como juiz de paz, cargo para o qual fora indicado, em 1801, ao final do mandato presidencial de John Adams, tendo em vista a recusa de James Madison, secretário de estado da nova gestão, em nomeá-lo. Da

análise empreendida, concluiu-se que a ação de Madison não tinha amparo legal, o que a impedia de ser validada à luz da lei máxima, conforme decidido pelo juiz John Marshall, que buscou priorizar a conformidade aos princípios constitucionais, ainda que motivado politicamente (GEORGE, 2000, p. 17 - 49).

A contribuição dos Estados Unidos para o *Constitutional Control Institute of Law* é relevante, pois não há relatos de um instituto semelhante na Europa ou em qualquer outro local do mundo. Também é importante destacar que a Constituição dos EUA de 1787 ensejou a era do constitucionalismo e da cultura de que as Constituições são soberanas frente à legislação infraconstitucional.

De acordo com TAVARES (2018, p. 276), as normas em Atenas já faziam distinção entre *nomos*, a lei no sentido estrito, e *pséfima* (decreto ou norma inferior), que possuía um caráter mais específico. O *nomos* (lei ou norma superior) só poderia ser modificado em situações extremas e quando de fato necessário. O autor destaca que a assembleia popular (*Ecclesia*) tinha autonomia para propositura de leis com características de *pséfismata*, sempre em consonância com a norma superior, qual seja *nomos*.

No caso de decretos inadequados ou ilegais, ainda segundo o autor, seus criadores ficavam sujeitos à responsabilidade, avaliada por meio da ilegalidade da ação pública (Grafe paranómon), e o ato normativo estaria sujeito a não ser convalidado, em função da supremacia da norma *nomos* sobre a *pséfima*.

Na sociedade medieval, é crucial mencionar a justa e predominante interferência da doutrina do direito natural sobre as leis de controle, difundindo a ideia de que o direito natural estava acima da norma e de onde seriam emanadas todas as demais normas. Isso exigia do juiz obediência e até mesmo a "desaplicação" quando entrava em conflito ou violava um preceito da lei natural. Nessa linha, segundo Cappelletti, "a concepção medieval estava então em sua formulação, mais difundida na distinção entre dois padrões de ordens: o *jus naturale*, norma superior e inderrogável; e o *jus positum*, obrigado a não estar em contraste com o primeiro" (CAPPELLETTI, 1999, p. 63).

Ressalta-se, ainda, que era viável apenas ter o controle do legislativo por meio de definir os contornos do próprio direito. Os princípios do direito natural se difundiram com as obras de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, refletindo os ideais da Revolução Francesa e influenciando pensadores como Montesquieu. Vale destacar que a independência americana 1776 precedeu a constituição de 1787, consagrando os princípios da lei natural na doutrina do Estado Constitucional. Esta concretizou os direitos inatos do homem, tanto civis

quanto políticos, ao mesmo tempo em que delineava os limites dos poderes, incluindo o legislativo e a revisão judicial.

O constitucionalismo americano e seu sistema de controle originaram-se de concepções como as de Edward Coke, que advogavam pela supremacia da lei sobre a legislação estatutária e pelo papel dos juízes em preencher lacunas na lei. Assim, conforme SILVA (2017, p. 142-147), incumbia aos juízes o poder de supervisionar os excessos do Parlamento e do Rei, firmando a superioridade do direito comum.

Essa doutrina, que já vigorou por muitos anos na Inglaterra, foi alterada a partir da Revolução de 1688 passando a vigorar a supremacia do Parlamento em detrimento do poder prevalente anterior do judiciário de controlar as leis. Na legislação americana, por outro lado, a trajetória se deu de maneira inversa, porque as colônias, a partir da Declaração da Independência de 1776, passaram a estar sujeitas às suas constituições, que não poderiam ser contrariadas por outras leis, mantendo o poder dos juízes de "desaplicar" uma lei contrária à lei fundamental que constituiu o estado.

Ao contrário, RODRIGUES (1992, p. 98-101) argumenta que o estudo dos modelos tradicionais de revisão judicial de leis e atos normativos começa com a distinção entre controle legal ou judicial e controle político. O controle judicial é realizado pelos órgãos judiciários, visto que todos os juízes têm o direito de examinar a constitucionalidade da lei ou ato normativo quando envolve matéria de competência exclusiva do Judiciário. Esse modelo de controle pode ser incidental ou concentrado, dependendo se o juiz decide sobre o caso apresentado ou se o poder está centralizado em um único órgão do Judiciário. Assim, há dois modelos tradicionais de controle judicial: o americano ou difuso e o austríaco ou concentrado.

Outro modelo que é mencionado na doutrina IACYR de AGUILAR VIEIRA (1999, p. 39) é o político, exercido por órgãos não incluídos na estrutura judiciária, como os franceses. O modelo difuso, também conhecido como concreto ou americano, tem suas origens em 1803, quando o caso *Marbury v. Madison* foi levado à Suprema Corte dos EUA. Aquela instância deliberou que tanto a lei federal quanto a estadual submetem-se à revisão judicial, marcando uma distinção significativa em relação à lei inglesa.

O caso anterior representa um marco de supremacia atribuída à Constituição, uma vez que a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América “compete, não como mero intérprete, mas como efetivo criador do direito” (USERA, 1988, p. 82-87).

Atualmente, por meio da revisão judicial, qualquer magistrado, independentemente da instância, seja na esfera estadual ou federal, pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei

ou ato normativo ao deliberar um caso em que há confronto entre a legislação infraconstitucional e a norma constitucional.

Nesse contexto, a norma constitucional prevalece sobre a ordinária, impondo que o Estado observe as normas prescritas na Constituição em função da sua supremacia. Além disso, a norma constitucional exige consistência na hermenêutica das disposições constitucionais, adotando o princípio do *stare decisis*, que implica a revogação do direito definitivo de forma *erga omnes* e retroativa, embora já não seja aplicado pelos tribunais sem gerar não aplicação em outros casos, sendo tratado como direito em desuso ou letra morta (USERA, 1988, p. 90-93).

A revisão judicial concentrada, abstrata ou austríaca (curso de ação), ao contrário da difusa ou americana, concentra a constitucionalidade do controle a um órgão específico do Poder Judiciário, o qual tem jurisdição exclusiva sobre a totalidade das demandas sobre revisão judicial concentrada (USERA, 1988, p. 95-102).

No caso da norma ser apreciada por qualquer magistrado, apenas as partes seriam afetadas pela decisão, mas a lei se aplicaria às demais situações, incluindo-se aquelas nas quais o julgador entender pela constitucionalidade da matéria. Além disso, uma vez declarada a anulação da lei, implicando na sua invalidação, a decisão terá efeito constitutivo legal e não declaratória, com efeitos retroativos ao início de sua vigência (KELSEN, 1999, p. 380-387).

Extinta a apresentação do primeiro caso, *Marbury v. Madison* (1803), cuja tônica consubstanciou-se na prática ativista da Suprema Corte dos EUA caracterizou-se pelo jugado de inconstitucionalidade de um ato do Congresso, a seguir é apresentado o segundo caso, *Dred Scott v. Sandford* (1857), cuja essência funda-se no jugado da mesma Suprema Corte contra uma lei federal.

1.2.2. Scott V. Sandford (dred scott) – caso 2

A abordagem deste caso visa destacar as exigências marcadamente conservadoras do modelo americano de controle judicial e evidencia a evolução do direito em torno dos grupos minoritários, tendo em vista a sua quase inexistência à época do precedente estabelecido pela Suprema Corte dos EUA no caso *Dred Scott v. Sandford*, no ano de 1857.

Na ocasião, decidiu aquela Corte que os afro descendentes escravizados não poderiam ser considerados cidadãos estadunidenses, tampouco a eles seria autorizado ingressar, como autores, em tribunais federais. Outrossim, o *decisum* assentou que o Congresso não detinha autoridade para coibir a escravidão nos territórios daquele País, demonstrando a nítida divisão ideológica sobre o tema da escravidão nos EUA.

No caso em questão, o então escravo Dred Scott buscara alcançar judicialmente sua liberdade com base no fato de ter sua residência em território no qual a escravidão era proibida (Missouri), tendo-lhe sido negado o pedido, ensejo o citado recurso à Suprema Corte (BASTOS, 2009, p. 61).

Ressalte-se que a opinião do Chief Justice, Juiz Roger B. Shadow, que representa a maioria dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, foi justificada de forma fortemente original, conforme segue:

A questão é simplesmente esta: pode um homem negro, cujos ancestrais foram importados para este país, e vendidos como escravos, tornar-se membro da comunidade política formada e trazida à existência pela Constituição dos Estados Unidos e, como tal, passa a ser titular de todos os direitos e privilégios e imunidades, garantidos (sic) por este instrumento ao cidadão? Um dos direitos é o privilégio de processar um tribunal dos Estados Unidos nos casos especificados na Constituição. Achamos que ... [os negros] ... não estão incluídos, e não foram destinados a serem incluídos, sob a palavra “cidadãos” na Constituição e, portanto, não podem reivindicar nenhum dos direitos e privilégios que este instrumento fornece e assegura cidadãos dos Estados Unidos. Ao contrário, eles eram então considerados como subordinados e uma classe inferior de seres, que eram subjugados pela raça dominante e, emancipados ou não, ainda permaneciam sujeitos à sua autoridade, e não tinham direitos ou privilégios, mas sim como aqueles que detidos e o Governo pode optar por concedê-los. Não cabe ao tribunal decidir sobre justiça ou injustiça, a política dessas leis.

No caso em tela, a votação concentrou-se na separação entre jurisdição constitucional e política. Houve uma tentativa de diferenciar jurisdição de política. Para tanto, foi utilizada a perspectiva de origem dos legisladores constituintes, a qual não permitiria o exame da pretensão.

Nessa linha, considerando-se a intenção do legislador originário, e os aspectos textuais que ensejaram a elaboração da Constituição americana, não se verificou menção alguma relativa à escravidão, em razão do que a decisão deixou de apontar expressamente referência à aludida norma, considerada isoladamente, sob o risco de transformar a própria conclusão numa premissa (DWORKIN, 2005, p. 46).

Diante do exposto anteriormente, a votação resultou na anulação do Compromisso do Missouri, por meio do qual fora banida a escravatura nos territórios federais. Essa decisão foi justificada sob a alegação de que o Congresso americano carecia de competência para abordar tais questões, ao argumento de que ninguém, sem o devido processo legal, pode ser privado de seus bens (BASTOS, 2009, p. 61).

Todavia, afirmar simplesmente que a intenção dos constituintes seria reconhecer a Constituição como a Lei Maior não é suficiente, pois a questão está centrada na sua supremacia e na importância das diretrizes nela inseridas (DWORKIN, 2005, p. 47),

conquanto o originalismo busque tal hermenêutica também sob o viés textual, impulsionado pela análise da intenção original dos autores do texto constituinte (BREST, 1990, p. 227-228).

Tem-se, portanto, que a concepção da vontade originária está longe de ser o fundamento da revisão judicial, pois, conforme DWORKIN (2005, p. 52-56): “a) a intenção original é um conceito aberto e não existe determinação da melhor escolha; b) não existe sequer conceito compartilhado sobre o que seja intenção individual; c) não existe um conceito de intenção de grupo; e d) não existe uma convenção do que vem a ser intenção original”.

Chegado ao final deste caso, pode-se concluir que cabe ao legislativo a missão de determinar as transformações, como verdadeiramente ocorreu em vista da promulgação das Emendas XIII e XIV à constituição americana, pois o processo de criação das normas é competência própria daquele Poder (HABERMAS, 1997, p. 122).

Extinta a apresentação do segundo caso, *Dred Scott v. Sandford* (1857), cuja predominância argumentativa fundou-se no julgado da Suprema Corte americana contra uma lei federal. O terceiro e último caso apresentado a seguir, *Brown vs. Board of Education* de Topeka, tem sua ênfase lastreada na controvérsia jurídica quanto à análise de constitucionalidade de lei.

1.2.3. Brown V. Board of Education – caso 3

No litígio *Brown vs. Board of Education*, ocorrido em 1954, decidiu-se pela inconstitucionalidade da separação entre brancos e negros, tendo sido o julgamento resultado da análise de ações judiciais distintas, porém consolidadas, envolvendo cinco casos que comungavam de uma questão crucial: a segregação racial envolvendo especialmente crianças nas escolas dos EUA. Sob a liderança de Oliver Brown, pai de uma das crianças, a discussão foi levada a Suprema Corte, resultando em decisão favorável ao fim da segregação.

Dentre os casos citados, o *Brown vs. Board of Education* de Topeka tratou exatamente da reivindicação do Sr. Oliver Brown acerca das dificuldades impostas a sua filha, que para frequentar a instituição de ensino destinada aos negros, precisava percorrer longas distâncias. Assim, ao ter negado o direito de matriculá-la em uma escola mais próxima, destinada exclusivamente aos brancos, Brown insurgiu-se judicialmente contra o Conselho de Educação de Topeka, no Kansas.

A decisão inicial, por juízes distritais, não obstante tendo consignado os prejuízos atinentes à segregação nas instituições públicas de ensino, rejeitou o pedido ao argumento de que as escolas para negros e brancos seriam substancialmente iguais em instalações, transporte, currículo e qualificação dos docentes.

O assunto chegou à Suprema Corte que, decidindo à luz da 14ª Emenda, a qual prevê a igualdade de todos perante a lei, assentou que não obstante estruturalmente iguais as escolas, aos negros era imposta a sensação de inferioridade, o que os colocaria em situação desfavorável e violaria o tratamento igualitário. Segue a decisão:

U.S. Supreme Court BROWN v. BOARD OF EDUCATION, 347 U.S. 483 (1954) 347 U.S. 483 BROWN ET AL. v. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA ET AL. APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF KANSAS. No. 1. Argued December 9, 1952. Reargued December 8, 1953. Decided May 17, 1954. Segregation of white and Negro children in the public schools of a State solely on the basis of race, pursuant to state laws permitting or requiring such segregation, denies to Negro children the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment - even though the physical facilities and other "tangible" factors of white and Negro schools may be equal. Pp. 486-496. (a) The history of the Fourteenth Amendment is inconclusive as to its intended effect on public education. Pp. 489-490. (b) The question presented in these cases must be determined, not on the basis of conditions existing when the Fourteenth Amendment was adopted, but in the light of the full development of public education and its present place in American life throughout the Nation. Pp. 492-493. (c) Where a State has undertaken to provide an opportunity for an education in its public schools, such an opportunity is a right which must be made available to all on equal terms. P. 493. (d) Segregation of children in public schools solely on the basis of race deprives children of the minority group of equal educational opportunities, even though the physical facilities and other "tangible" factors may be equal. Pp. 493-494. (e) The "separate but equal" doctrine adopted in Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, has no place in the field of public education. P. 495. [347 U.S. 483, 484] (f) The cases are restored to the docket for further argument on specified questions relating to the forms of the decrees. Pp. 495-496.³

O julgado teve efeito determinante na questão dos direitos civis estadunidense, ao eliminar a segregação racial nas escolas e, a partir daí, em diversas outras instituições públicas daquele País, apoiada na 14ª Emenda. Dada a importância desses argumentos, apresento o conteúdo da votação:

MR. CHIEF JUSTICE WARREN delivered the opinion of the Court. These cases come to us from the States of Kansas, South Carolina, Virginia, and Delaware. They are premised on different facts and different local conditions, but a common legal question justifies their consideration together in this consolidated opinion. In each of the cases, minors of the Negro race, through their legal representatives, seek the aid of the courts in obtaining admission to the public schools of their community on a nonsegregated basis. In each instance, they had been denied admission to schools attended by white children under laws requiring or permitting segregation according to race. This segregation was alleged to deprive the plaintiffs of the equal protection of the laws under the Fourteenth Amendment. In each of the cases other than the Delaware case, a three-judge federal district court denied relief to the plaintiffs on the so-called "separate but equal" doctrine announced by this Court in Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537. Under that doctrine, equality of treatment is accorded when the races are provided substantially equal facilities, even though these facilities be separate. In the Delaware case, the Supreme

³<https://www.coursehero.com/file/124738254/Brown-v-Board-of-Ed-and-Plessy-v-Ferguson-with-annotationpdf/>

Court of Delaware adhered to that doctrine, but ordered that the plaintiffs be admitted to the white schools because of their superiority to the Negro schools.⁴

Como se constata, a conclusão precedente da votação contemplou os seguintes pontos:

- a) Defesa dos direitos das minorias estadunidenses;
- b) Ruptura com a análise literal da Constituição norte-americana;
- c) Aplicação do princípio da igualdade, ou seja, todos têm o mesmo direito frente ao contido na 14^a Emenda;
- d) Adoção de pesquisas científicas acerca dos prejuízos provocados pela sistemática segregatória sobre as crianças negras; e
- e) Interpretação mais abrangente e construtiva do texto constitucional, focada mais nos princípios do que em aspectos políticos.

Concluída a seção do estudo acerca da abordagem temática no contexto estadunidense, o estudo da seção que segue passa à abordagem das práticas ativistas do poder judiciário português.

1.3. O Ativismo Judicial em Portugal, à luz da teoria de Waldron

Preambularmente, cabe registrar que nessa última década foi possível observar múltiplas invasões funcionais jurisdicionais do poder judiciário sobre as dos legisladores e administradores, notadamente a partir da intervenção do Fundo Monetário Internacional no país por ocasião da crise de 2011, propulsora da prática ativista das decisões da Corte Magna Portuguesa (FONSECA, 2021, p. 12), bem como em razão de várias medidas governamentais tomadas para garantir direitos fundamentais à vida e à saúde, por efeito da pandemia do Covid-19 a partir de 2019, que fizeram intensificar a demanda por discussões e deliberações do poder judiciário.

Nesse caso, a pesquisa visa ao longo do trabalho investigar como o judiciário lida com os direitos sociais durante as crises em geral (econômicas, de saúde pública etc.) principalmente diante das políticas de austeridade que tendem a reduzir a parcela efetiva desses direitos. Em outras palavras, queríamos analisar se, em caso de crise, os tribunais

⁴ <https://www.archives.gov/milestone-documents/brown-v-board-of-education>

atuariam para manter o nível de efetivação dos direitos sociais, ou se as decisões sobre a efetivação desses direitos ainda existem na esfera política.

A par da abundância de investigações que se valem da mesma metodologia e métodos, possibilitando comumente notabilizar a correspondência, fixar os pontos de ancoragem que respaldem o desenvolvimento de uma pesquisa nem sempre se torna tarefa simples, tendo em vista os caminhos diversos possibilitados pelos princípios e teoria definidos.

Nesse norte, o ponto de ancoragem teórica desta pesquisa funda-se nas restrições aos direitos sociais durante a pandemia da Covid 19, notadamente àquelas ligadas à integridade humana, princípio que norteia a moral em maior medida do que as normas impostas por consenso político, conforme salienta COELHO (2015) “Para efetivação desta ‘leitura moral’ necessário se faz os cidadãos abandonem a visão meramente utilitarista típica do juspositivismo e se tornem defensores também dos interesses dos demais indivíduos da comunidade, num verdadeiro ‘Compromisso Moral Coletivo’, sem que isso afete sua autonomia individual”.

Ainda segundo a autora, “durante a atividade hermenêutica, o intérprete pode vir a optar por diversas teorias. Entre elas, está o perfeccionismo de Dworkin. Consoante esta teoria, a Constituição é vinculante e deve-se buscar aprimorá-la por meio da interpretação das normas abstratas e de suas cláusulas vagas, intentando captar seus ideais da melhor forma possível” COELHO (2015).

Considerando o exposto, e o fato da teoria de Dworkin indicar com precisão a ligação entre o direito e a moral, reconhecendo que não apenas as normas impostas por consenso político ligam as pessoas, mas, sobretudo, os princípios comuns, com ênfase ao da integridade humana, que se alinha à teoria proposta por Jeremy Waldron (2014).

No que se refere ao cerne de atuação, Waldron destaca-se pelo reconhecimento crítico do sistema legislativo e do controle judicial, elaborando estudos e comparações entre os poderes judiciário e legislativo.

Antes de fazer iniciar a exposição dos enunciados teóricos de Waldron, que guiará a investigação em maior medida, torna-se relevante realçar o conceito de referencial teórico, que, consoante GUSTIN E DIAS (2002, p. 53-56), pode ser entendido como uma medida de onde os dados empíricos são analisados. Nesse norte, EPSTEIN E KING (2002, p. 80-81) asseveram que “é um ato de mensuração: comparar um objeto de pesquisa (por exemplo, um evento, assunto ou processo do mundo real) a algum critério, como o número, habilidade ou categoria de existência”.

Neste estudo, portanto, a teoria definida servirá como medida de análise dos dados empíricos recolhidos junto ao judiciário português, aqui incluso o Tribunal Constitucional, tomando-se por critério a comparação jurisprudencial portuguesa de crise e/ou a situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, com os padrões estabelecidos por Jeremy Waldron para a revisão judicial da legislação (GUTIN, DIAS, 2002, p. 53-56).

A adoção da jurisprudência como critério para fins comparativos ganha relevância a partir do ensinamento de MARXIMILIANO (1981, citado por CARVALHO, 2015, p.1), no sentido de que “a jurisprudência assumiu seu grande papel, que até hoje desempenha, de esclarecedora dos códigos, reveladora da verdade ínsita em normas concisas, [...] a fonte natural e extensa da exegese, indica soluções adequadas às necessidades sociais, é a causa mais geral da formação dos costumes jurídicos nos tempos modernos”.

No que concerne à revisão judicial, o professor WALDRON (2006, p. 126-150) tem posicionamento contrário devido à natureza supostamente antidemocrática da jurisdição constitucional. Todo seu trabalho gira em torno de proposituras que enfatizam a prevalência do poder das eleições democráticas em face das decisões judiciais, principalmente quando se trata dos preceitos fundamentais, por não se vislumbrar nos magistrados o comprometimento com a conformidade democrática congraçada pelo sufrágio popular.

Por consequência, trabalha para desconstruir a visão mais conservadora usualmente considerada sobre a atuação dos magistrados de que, por exemplo, restringem-se à observância e aplicação das leis. Isso porque, segundo Waldron, as funções judiciárias também são políticas, de modo que conceber as decisões por eles proferidas como imparciais e neutras, seria uma visão completamente ingênua e equivocada.

O citado professor publicou dois importantes livros em 1999, notadamente “Direito e Diferença” e “A Dignidade da Legislação”, traduzidos para o português em 2003. No que se refere ao primeiro título, continua sendo uma crítica à revisão judicial, argumentando que as diferenças entre autores sobre questões éticas devem ser resolvidas por decisão majoritária e não pelo judiciário.

No entanto, como apontado pelo próprio autor, a obra não pretendia ser uma crítica ao controle de constitucionalidade, o que foi feito em diversas outras publicações, dentre elas “Lei e Discordância”, daquele mesmo ano. Seu objetivo era contribuir para “uma compreensão clara do que é valioso e importante na filosofia do legislador, e a dignidade e autoridade que a legislação pode comandar” (WALDRON, 2006, p. 5).

Buscando melhor aprimorar sua análise acerca da revisão judicial, novo artigo intitulado “*The Core of the Case Against Judicial Review*” foi por ele publicado em 2006, visando o autor trazer à baila proposições argumentativas originárias em face da revisão judicial, tendo em vista elucidar possível falta de clareza em relação às obras já publicadas anteriormente (WALDRON, 2006, p. 1352 -1353).

Ainda, de acordo com WALDRON (2006, p. 1354), a revisão judicial é dividida em revisão judicial forte e revisão judicial fraca. Em se tratando de uma revisão judicial fraca, tem-se como característica a inviabilidade do magistrado em não aplicar determinada norma quando tida por inconstitucional.

A fraca revisão judicial não tirou a capacidade do Judiciário de analisar toda a legislação, mas as decisões proferidas não são vinculantes e só podem ser alteradas ou revogadas por poderes eleitos. Por outro lado, a revisão judicial robusta é aquela em que um tribunal não pode aplicar uma lei ou modificar seu efeito se a considerar inconstitucional, a exemplo do modelo de revisão judicial instituído, a partir do tradicional modelo americano, pela Nova Zelândia e Reino Unido, que, segundo RAMOS, ROSÁRIO e VIANA (2019, p. 13): “traduz-se basicamente em uma forma de controle de constitucionalidade onde existem mecanismos de respostas da população àquelas decisões que lhes parecem erradas, visando com isso diminuir a tensão natural relativa a legitimidade democrática do judicial review.”.

Na mesma conexão, NEME (2018, p.8) salienta que “devem-se ponderar sempre com extrema cautela as teorias que aparentemente transferem ao Judiciário certa possibilidade de agir sem provocação, fora dos limites da provocação, ou além dos limites de sua competência orgânica. [...] urge registrar que o ativismo do Judiciário tem sido a maior causa de críticas por parte de positivistas e, da mesma forma, é o fator precípua que tem feito emergir a discussão sobre soberania dos Tribunais quando confrontada com a do Parlamento, já que o ativismo desenfreado tem provocado diversas incursões, inconstitucionais, de Tribunais nas competências legislativas”.

Ante ao exposto, e pelo fato de Portugal empregar um forte sistema de fiscalização jurisdicional, tendo o TC português o poder de revogar leis ou modificar os seus efeitos, este estudo visa analisar o papel do judiciário bem como do TC quando instado a realizar uma verificação de constitucionalidade jurídica, na perspectiva de Jeremy Waldron.

Portanto, é necessário aprofundar o conceito de controle forte de constitucionalidade e suas consequências, conforme fez Waldron em um artigo apresentado em uma conferência em Lisboa em 2014. O autor salienta que continua a ser um opositor do modelo do *judicial review*

utilizado tanto nos EUA como em Portugal. Contudo, busca ele compreender a relação entre a revisão judicial e a concepção da predominância judiciária (WALDRON, 2014, p. 4-5).

Assim, ainda que mantida sua oposição à sistemática forte de controle, o autor examina as peculiaridades desse tipo de controle, podendo, este, simplesmente representar um controle de constitucionalidade das leis ou uma predominância judiciária.

Nesse sentido, significativo se torna salientar que a revisão judicial forte difere do que se entende como predominância judiciária, podendo, contudo, ser considerada um indicador, no âmbito dos sistemas que a utilizam. Assim, pode ela ocorrer ou não, ficando condicionada à forma como é realizado o controle de constitucionalidade.

Quanto à intenção, WALDRON (2014, p. 28) afirma que seu propósito não é atacar os dispositivos atinentes ao direito social na norma constitucional, porém enfatizar que estes não são suficientes para permitir ao judiciário priorizar, como finalidade, o alcance da justiça social.

Especialmente neste sentido, e pelas razões e critérios já citados, a teoria de WALDRON (2014) realça a forte oposição do autor sobre a forma como o controle de constitucionalidade da legislação portuguesa é exercido, conduzindo-o a adaptar sua crítica tradicional a situações mais significativas da realidade portuguesa.

Na contemporaneidade, as crises econômicas e políticas ocorrem com frequência, e acredita-se amplamente que são próprias do sistema capitalista: bem, pode-se até dizer que desde a década de 70 vivemos uma crise contínua de Sociedades ocidentais e movimentos de reforma. Em vista disso, o estado natural da regulação sociopolítica ocidental é representado por essa dinâmica entre conflitos e mudanças. Por isso, as reformas vêm e vão, fazendo com que, pela dinâmica de sua trivialidade, nenhuma delas seja o que está acontecendo agora (FERREIRA, 2013, p. 53).

Nesse sentido, tomando o entendimento de FERREIRA (2013, p. 54), uma crise é concebida como um caso especial de determinada sociedade quando um fato ou conjunto de fatos desencadeia uma mudança na lógica habitual de uma determinada sociedade. Tais mudanças podem ocorrer dentro dos limites das instituições legais, econômicas e morais, dependendo do tipo de exceção enfrentada.

Nessa mesma linha, CORREIA (2022, p. 131) preconiza que “o Tribunal Constitucional em Portugal esclareceu que as medidas anti-crise são de extrema necessidade para que o Estado volte a desenvolver suas atividades em seu aspecto natural, mas esse fato, por si só, não pode servir como fundamento para violar princípios sensíveis do Estado de Direito”.

O autor assevera que “Ainda que haja certas restrições, que são desencadeadas pela própria crise, como é o caso da necessidade de respeitar, em certa medida, o princípio da justiça ou da solidariedade intergeracional e a teoria da reserva do possível, é apenas o órgão judicial que terá condições técnicas de desenvolver uma interpretação jurídica capaz de adequar o princípio e a teoria ao caso sub judice”. (p. 131)

Concluída a síntese da abordagem teórica, na qual se buscou delinear em maior medida o cerne da linha de questionamento do principal teórico citado, Jeremy Waldron, cujo foco centrou-se na revisão judicial de crise, notadamente a econômica (2011-2014) e, mais recentemente e foco desta pesquisa, a de saúde (2019-2022), especificamente a provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e a doença COVID-19, esclarecedor se torna aproximar a teoria aos casos pertinentes a ambas as crises, conforme a seguir.

1.3.1. Jurisprudência da Crise em Portugal (Econômica e Financeira) entre 2010 e 2014

Caso 1: normas de redução salarial dos funcionários públicos editadas pelo Governo Federal.

Questão: requerimento de declaração de inconstitucionalidade de um grupo de Deputados ao TC.

Decisão: em síntese:

o TC asseverou que não existiria um direito fundamental assegurado a não redução do salário, mas uma mera garantia contra a “diminuição arbitrária do quantitativo da retribuição sem adequado suporte normativo”. Diante da crise econômica e financeira que se apresentava, não se vislumbrava uma redução arbitrária para o caso vertente. Em outras palavras, decidiu ser proporcional à redução das remunerações do setor público, visto que a norma respeitava o critério da necessidade, na proporção que, sopesada as possíveis medidas alternativas, em especial, as que produziriam efeitos de abrangência pessoal mais alargada, as reduções remuneratórias não seriam “excessivas, em face das dificuldades a que visam fazer face. Justificam esta valoração, sobretudo, o seu carácter transitório e o patente esforço em minorar a medida do sacrifício exigido aos particulares, fazendo-a corresponder ao quantitativo dos vencimentos afectados”. Desta forma, entendeu constitucionais as medidas restritivas adotadas, fundamentando que a necessidade de se contornar a crise econômica possuiria prevalência sobre os direitos sociais mitigados. (Acórdão n.º 396/2011)

Caso 2: normas orçamentárias infringentes à CRP, editadas pelo Governo Federal

Questão: requerimento de declaração de inconstitucionalidade de um grupo de Deputados ao TC

Decisão: Na linha da postura ativista, o TC proferiu a seguinte sentença: “a) a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade,

consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012); e b) Ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, determina-se que os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade não se apliquem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012” (Acórdão nº 353/2012).

Chegado ao final dos dois primeiros casos, cuja tônica de abordagem teve por foco o ativismo judicial no contexto de crise econômica, sequencialmente o estudo passa à abordagem das práticas ativistas no âmbito do poder judiciário relativas aos casos da crise de saúde, que representa o foco desta investigação.

1.3.2. Crise na saúde (2019-2022)

Caso 1 - Privação de liberdade individual no período da pandemia

Questão: Normas editadas pelo Governo Federal, acerca de privação de liberdade individual na pandemia, regulada por declaração de situação de calamidade.

Decisão: “Por configurarem um estado de exceção constitucional decretado administrativamente pelo Governo, as referidas normas foram afastadas e consideradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional (TC) do ponto de vista material e orgânico, uma vez que tais restrições individuais, a exemplo das prisões domiciliárias, condicionam-se ao estabelecido pelo artigo 19.º da CRP, que prevê a suspensão do exercício de direitos individuais somente por meio da decretação dos institutos jurídicos do estado de sítio ou de estado de emergência” (Acórdão TC - 464/junho-2022); e

Caso 2: Procedimento especial de despejo no período da pandemia

Questão: Lei 1-A/2020, de 19/03, versão actualizada - Medidas excepcionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19.

Decisão: “As acções de despejo não ficam suspensas por força da legislação Covid-19; tal condição sujeita-se a um despacho judicial que declare verificados os pressupostos da previsão da suspensão do artigo 6-A/6-c da Lei 1-A/2020 na redacção agora em vigor” (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa/fevereiro de 2021).

Chegado ao final desta seção, cuja temática de abordagem teve por foco o ativismo judicial no contexto português à luz da teoria de WALDRON, o estudo da seção final deste

primeiro capítulo passa à abordagem das práticas ativistas no âmbito do poder judiciário brasileiro.

1.4. O Ativismo Judicial no Brasil

A história nos mostra que o evoluir da justiça fica evidenciado em duas fases distintas, sendo a primeira, notadamente do fim do século XIX até o período que antecedeu a CRFB de 1988, marcada pela existência de funções e garantias claramente definidas, com ênfase na resolução de conflitos, ocupando o fiador do atual ordenamento jurídico (RAMOS, 2010, p. 87); no segundo, parte da doutrina passa a extrapolar a mera função jurisdicional de aplicar um sistema normativo a casos concretos, transposição cunhada por ativismo judicial.

A melhoria significativa no desempenho do judiciário brasileiro deve-se, em especial, ao aumento do sistema de revisão judicial. Como ponto de partida, cabe citar as lições encontradas nas obras de autoria de Pedro Lessa, intitulada “Do Poder Judiciário”, datada de 1915, e de João Mendes de Almeida Junior, sob o título “Direito Judiciário Brasileiro”, de 1918, sendo certo que o conceito de Poder Judiciário trazido pelo último autor, é muito semelhante aos conceitos liberais do século XVIII (SARMENTO, 2009, p. 88).

A distinção entre os poderes judiciário e legislativo decorre do fato daquele aplicar a lei aos casos concretos, lei, esta, produzida pelo legislativo.

Difere do poder executivo na medida em que, embora o poder judiciário não seja mais o poder executivo em sentido amplo: difere do poder executivo restrito nos seguintes aspectos do Estado, sua relação com o indivíduo, não pode alcançar imediatamente outra coisa senão o interesse geral, exceto pela decifração; como o poder executivo tem um *continuum* de ação no que diz respeito às demandas sociais, enquanto ao judiciário não cabem tais iniciativas, devendo agir quando acionado. Suas ações estão subordinadas aos direitos provocativos, desconhecidos ou ameaçados de indivíduos que exigem a reintegração e proteção do violado.

O judiciário geralmente exerce sua função, ou seja, jurisdição, apenas quando provocado, enquanto aos demais poderes, suas funções podem ser exercidas de modo espontâneo ou provocativo (RAWLS, 2011, p. 74).

Nesse sentido, pode-se constatar que o Poder Judiciário está proibido de entender o caso em abstrato, quanto menos aos princípios, o que está em consonância com a atuação de nossos tribunais, especialmente o STF, intérprete dos princípios consagrados na CRFB e protagonista na interpretação desses postulados, os quais repercutem no campo político e social (SALDANHA, 1987, p. 881).

Em um dos primeiros escritos brasileiros dedicados à constituição no início do século XX, o professor Herculano de Freitas parece ter vislumbrado a evolução do judiciário, à medida que se expandiu e mais intervenção estatal em larga escala, o que se refletiu na expansão das funções do poder executivo e, finalmente, na execução das funções do judiciário.

Na época, o debate nacional estava um tanto incipiente, claro que pelo fato de nossos tribunais superiores ainda serem tímidos em relação às questões de controle constitucional, e o mais importante, a nosso ver, porque com a Constituição de 1988 o advento que influenciou o caráter de norma constitucional, bastante ampliado pela divulgação de princípios e conteúdos morais como blocos de constitucionalidade.

Em meados da década de 60, consoante FERREIRA (2016, p. 48) “destacam-se as obras de Antonio de Sampaio Doria, o qual trouxe observações importantes sobre a atuação do Poder Judiciário, que podem ser contrastadas com o quadro atual de nossa Corte Suprema, e, Aliomar Baleeiro, na célebre obra "Supremo Tribunal Federal, Esse outro desconhecido".

Mesmo diante desse contexto, que ainda está contido na atuação no STF, o curso de Sampaio Doria é atual e importante para um exercício crítico sobre o assunto. Já em meados da década de 1960, Aliomar Baleeiro vislumbrava o futuro do STF e seu significativo avanço nos temas até então longe da esfera judicial (ROCHA, 2008, p. 13).

No início deste século, o perfil do Judiciário estava claramente delineado, de reconhecida importância, especialmente em seus freios e contrapesos sobre outros poderes, porém, como revelado no início deste capítulo, fica claro, ao menos na experiência nacional, que a saída para o problema da tempestade, fazendo com que sua atuação hoje seja fortemente criticada pela doutrina.

No domínio reservado às funções legislativas, dentro dos limites da supremacia representativa democrática, os resultados vêm da atividade legislativa em termos de normas eleitorais e normas que refletem o ato volitivo dos cidadãos no momento do voto. Se esses são os contornos da justiça brasileira, então, à luz dos ensinamentos do doutrinador supra, justo indicar, mesmo que resumidamente, a evolução desse poder em termos de sua atuação como controlador judicial constitucional (REALE, 2002, p. 224).

Curiosamente, o sistema da época conferia controle concreto sobre a constitucionalidade, afastando qualquer intrusão no âmbito normativo do controle abstrato.

De acordo com o jurista e doutrinador Gilmar Ferreira Mendes, pode-se identificar uma vinculação à norma clássica da repartição do poder mesmo quando se está alicerçado em um sistema de controle constitucional.

Do exame da Constituição Federal de 1934, o citado jurista identificou traços da evolução dos mecanismos de controle, apesar de ainda distantes de serem observados na atuação do STF. Destaca-se que no referido texto constitucional constava restrição expressa à judicialização de temas políticos.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, a evolução do Judiciário brasileiro deu um grande passo na direção mais potencial de nosso sistema de controle constitucional, influenciando diretamente no denominado ativismo judicial, bem como a consolidação da ação direta de inconstitucionalidade.

Não obstante tenha a ação direta de inconstitucionalidade sido influenciada por representação interventiva, aquela possui como características ter efeitos gerais e retroagindo seus efeitos ao início de vigência da norma questionada (DUTRA, [s.d.], p. 15).

No que diz respeito à CRFB de 1967, tem-se que esta deixou de imprimir alterações na sistemática de controle constitucional, com a possibilidade de ingresso no STF mantida através de controles incidentais de recursos especiais.

No que tange às chamadas jurisdições conjuntas, tem-se que estas representam importantes fatores de análise à compreensão das mudanças no ativismo judicial, haja vista que, consoante SOUZA E LEITÃO (2002, p. 2) “nos últimos anos o Brasil tem vivenciado um aumento progressivo do discurso de combate à criminalidade. De acordo com o argumento em voga em debates políticos e midiáticos, parcela significativa dos problemas nacionais está relacionada com uma cultura de desrespeito à lei que prospera diante da leniência das instâncias repressoras estatais no combate à corrupção e à violência. A propagação desse diagnóstico tem ampliado o clamor popular por reformas institucionais que tornem os instrumentos de controle penal mais céleres e efetivos, associando – inclusive as garantias constitucionais – como óbices ao processo de moralização que supostamente tem ocorrido no país”.

Uma visão geral e apresentação dessas situações comuns, sob a influência dos fenômenos até aqui discutidos. Como reflexão, se essa questão por vezes é problemática em determinados contextos, ela está indiscutivelmente mais preparada técnica e materialmente para enfrentar esse novo bloco de constitucionalidade, sua abertura conceitual e a incerteza são a maior tônica, imaginem os problemas causados por essa dispersão de controle, e até mesmo os julgamentos ponderados feitos em nossa ampla federação, muitas vezes na forma da real profundidade e complexidade que o problema exige (ZAGREBELSKY, 2011, p. 66).

A crescente utilização da ação direta de inconstitucionalidade vem propiciando que a prestação jurisdicional avance em áreas antes inexploradas, principalmente em decorrência de

leis que julgam a ação direta inconstitucional e acusam o descumprimento de regras básicas em todas as áreas do Poder Judiciário e do governo, além de permitir adequar o impacto dessas decisões. Essas características configuram um modelo de Estado em que o Judiciário assume maior relevância e amplia a sua ação a cada dia.

Sendo essa nova realidade um fato concreto que não podemos negar, cabe analisar se essa abordagem de equilíbrio de poder se mostra prejudicial às normas democráticas, pilar fundamental de nossa sociedade, e até mesmo ao próprio desenvolvimento das funções judiciárias, uma vez que, consoante TRINDADE (2016, p. 7) “no Brasil, é comum encontrar juristas que rapidamente aderiram ao ativismo judicial, levantando sua bandeira. Observa-se, igualmente, que a expressão ativismo judicial vem empregada das mais diversas formas e sem qualquer compromisso no sentido de delimitar seu significado, alimentando a falácia de que o ativismo é imprescindível para a implementação dos direitos fundamentais”.

Para a compreensão do assunto, é preciso melhorar criticamente as condições para o desenvolvimento dessa nova realidade. A noção de preconceito, indiscutivelmente pessimista, contra essas novas normas de funcionamento judicial surge entre os críticos da doutrina sob o nome de ativismo judicial (VALLINDER, 1995, p. 84).

No foco do estudo, essa abordagem corresponde às limitações processuais da ação direta, quando assumimos que é nesse caminho que ocorrem as discussões de maior relevância social. Em se tornando realidade o ativismo judicial, tem-se que além de razões técnico-jurídicas, como as duas premissas acima, é notável a expansão desse judiciário (GALVÃO, 2012, p. 47).

Uma razão óbvia é que a própria democracia é enfraquecida pelo viés representativo que quase todos os países ocidentais experimentam. O judiciário avançou nas trincheiras do poder legislativo e executivo em grande parte devido à ineficiência dessas instituições em alcançar os objetivos herdados de geração de direitos sociais e interesses nacionais, estabelecidos por meio de constituições escritas como lei normativa (ALFONSIN et al., 2016, p. 1).

Temas como reforma previdenciária, política e tributária por vezes são submetidos a decisões judiciais, embora não contemplados em ampla reforma, mas em questões que se mostraram contraproducentes no debate político partidário. Sob esse aspecto, observa-se o avanço da função judiciária para áreas que antes pertenciam a outras esferas de deliberação, confirmando sua atuação invasiva (FERREIRA, 2014, p. 72).

Como se depreende dos excertos compilados, o ponto de vista da aplicação dos princípios constitucionais abre espaço para uma atuação tão radical por parte de nossos

tribunais, que entrarão na esfera legislativa por decisão, buscarão a legitimidade nestes termos públicos, que tomarão conta do legislativo e mesmo, decidiria violar o sistema normativo.

Em linha com o sobredito, RAMOS, ROSÁRIO e ALMEIDA (2021, p.3) salientam que “em países diferentes, a judicialização da política tem sido vista como uma solução para compensar a ausência ou a omissão dos poderes Legislativo e Executivo. Apesar disso, no entanto, deve-se atentar para as consequências da expansão do poder Judiciário sobre os demais poderes do Estado, entre os quais estão os riscos para a legitimidade democrática e o respeito ao princípio da separação dos poderes”.

Salienta-se que essa mesma linha de entendimento se revela ajustada ao ponto de vista de CASTRO (1977, citado por Gregório, 2021, para. 63), ao asseverar que a “judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse público’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’.

À vista disso, ainda consoante o autor, “pode-se compreender que a judicialização da política ocorre no momento em que questões vinculadas às atribuições típicas do Legislativo e do Executivo são examinadas pelo Judiciário”.

Dessa maneira, é de referir que atividade legislativa ou executiva contribui para a possível desconstrução dos métodos de interpretação e aplicação da lei, dando lugar a padrões subjetivos e voluntários (HABERMAS, 2012, p. 99). As críticas ao tratamento desses princípios abertos, em maior medida, se devem à forma como a atividade judiciária os trata, sem o uso de parâmetros claros e objetivos, o que deixa o núcleo essencial da função judiciária passível de transbordamento (FERREIRA, 2014, p. 74).

Dentro do quadro que adotamos, concluímos que empurrar o Judiciário para os limites do chamado ativismo judicial, termo que empregamos aqui, tanto com viés pejorativo quanto com aqueles que veem esse gesto como uma ferramenta necessária e desejável as promessas constitucionais herdadas de nossa constituição se devem à combinação de dois fatores, um é o amplo desenvolvimento do sistema judicial que controla a constitucionalidade e o outro são as características de nossa constituição

O robustecimento dos meios de controle da constitucionalidade tem ampliado o nível de abstração e centralização em nosso modelo, assumindo que a principal característica repressiva judicial da constituição é a constitucionalidade, embora permaneça a possibilidade de controle por meios descentralizados, e o STF com os meios necessários de, além de

exercer o controle de constitucionalidade, atuar no próprio cenário do sistema político.

Além dos fatores acima, as características analíticas da CRFB de 1988, na qual o seu conteúdo incorpora o mais diverso conjunto de diretrizes que representam múltiplos interesses e representam múltiplos valores, visa alcançar a ampla democratização dos direitos, expressos como parâmetros normativos soltos, contendo princípios e termos de conteúdo semântico aberto, estrutura rica e regras de baixa densidade de conceito, levam a uma expansão da interpretação sem precedentes, criando dificuldades para refinar as restrições interpretativas do Estado de Direito.

A combinação desses dois fatores, sendo de um lado as extensas ferramentas empregadas pelo STF para a sua função de controle de constitucionalidade e, de outro, a elasticidade e falta de precisão da CRFB de 1988, possibilitou ao Judiciário evoluir para a competência do processo político democrático (HIRSCHL, 2005, p. 32).

As correntes ditas moralistas jurídicas ou os parâmetros hermenêuticos de interpretação constitucional propostos pelos neoconstitucionalistas, em suas visões mais radicais, em suas tentativas de justificar suas decisões no âmbito moral e filosófico, extrapolam os limites das interpretações possíveis dos textos normativos (LOCKE, 2005, p. 33).

O processo deliberativo desses temas suplanta o próprio processo político democrático. Nesse contexto, pode-se perceber que o judiciário tornou-se um fórum deliberativo para a questão central mais ampla das discussões sociais. Assim, considerando-se a sistemática de controle adotada somada a essa natureza normativa permissiva, levou-se às questões na área de processo a deliberação de crescimento e deslocamento indo além da mera função do ato de controlar outros poderes ser consistente com a legitimidade constitucional (MAUS, 2000, p. 185-198).

Concluída a síntese da abordagem teórica, na qual se buscou delinear em maior medida a evolução histórica do poder judiciário, com destaque no controle de constitucionalidade, esclarecedor se torna aproximar a teoria aos casos ativistas do judiciário pertinentes, a seguir. Senão vejamos:

Caso 1: Medidas do governo para enfrentamento da emergência de saúde pública, decorrente do coronavírus.

Questão: Regulação de medidas do Governo Federal por declaração de situação de calamidade.

Decisão: Garantia de autonomia a prefeitos e governadores para determinarem medidas para o enfrentamento ao coronavírus (Acórdão STF - Referendo na Medida Cautelar

na ADI 6.341 – DF/ novembro -2020); e

Caso 2: bloqueio dos fundos eleitoral e partidário em favor de campanhas para o combate à Pandemia de Coronavírus – Covid-19, ou a amenizar suas consequências econômicas.

Questão: liminar concedida em Ação Popular.

Decisão: cassação de liminar pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região/TRF-1, pelo motivo de interferência em atos de gestão e de execução do orçamento público e no exercício de competências constitucionalmente reservadas ao Executivo e ao Legislativo.

Chegado ao final do capítulo inicial desta pesquisa, passa-se ao capítulo dois, que, em linhas gerais, visa percorrer sobre a origem da democracia e caracterizar os limites balizadores jurisdicionais da separação dos poderes, consoante a doutrina luso e brasileira.

CAPÍTULO 2 - A construção da democracia, a jurisdição constitucional e a separação dos poderes: a sua relevância na análise do ativismo judiciário

Inicialmente, após a síntese descritiva acerca do sistema político, dos processos jurídico-legislativos e da constituição, o estudo migrará para análise da origem da democracia e dos limites balizadores jurisdicionais da separação dos poderes, consoante a doutrina luso e brasileira.

A formação e preservação da unidade política e do sistema jurídico são as duas funções essenciais destinadas à convivência em sociedade no território de soberania do Estado e também nas relações extraterritoriais por ela desenvolvidas. A unidade política pressupõe a pluralidade de vontades para a construção de um processo político que será a expressão dos objetivos sobre os quais o Estado se tornará robusto, à medida que garante “vontade uniforme de um povo soberano ou de um líder de classe” (HESSE, 2009, p. 3-25).

O Estado terá êxito em seu propósito, segundo DAVID (1996, p. 85) na medida em que pode determinar "uma junta vinculativa vai" e definir e entregar, por meio do entendimento ou das decisões da maioria, políticas objetivos”. No entanto, deve-se notar que esses objetivos só podem ser realizados pela Organização do Estado, estabelecendo atribuições aos seus órgãos, por meio de um ordenamento jurídico, processo que será objeto de adesão de toda a comunidade que vive sob sua égide, à medida que se estabelecem os direitos fundamentais desse agrupamento social, determinando o âmbito da finalidade constitucional, que é promover a integração do Estado por meio do sistema jurídico, que não só organiza a estrutura política e administrativa, mas é provido por argumentos “moralmente correto e, portanto, legítimo”. (HESSE, 2009, p. 3-25).

Na ótica de EHRLICH (1986, p. 169), o valor moralmente correto é o conteúdo dos chamados cânones, que, de acordo com Hesse, são "os modelos para configurar o presente e o futuro da geração atual." Para ele “a função norteadora da Constituição é levar esses cânones e, sobretudo, os direitos fundamentais fornecem-lhes força vinculativa para todo o sistema jurídico”.

A Constituição não é apenas a lei fundamental do Estado, mas também para a comunidade sob esta ordem assentada, e para quem as decisões devem garantir. Nessa linha, consoante HESSE (2009, p. 3-25), a inviolabilidade humana, como princípio da ordem constitucional, associada à República e à democracia, postulados da justiça social, aliados à

organização territorial, se alinham para a perfeita convivência, estando essas interligadas à ordem política.

Destarte, a Constituição é o plano estrutural básico, pautado por certos princípios que dão sentido à forma jurídica de uma comunidade. Portanto, ainda na visão do autor: “a validade e eficácia da Constituição não dependem apenas de sua unidade política e jurídica, mas também da ordem de configuração e formação de uma realidade histórica viva, e [...] comportamento das pessoas envolvidas na vida constitucional, a disponibilidade dos líderes políticos e dos governados em aceitar como moralmente conteúdo imperativo da Constituição.” (2009, p. 3-25).

Na ótica de GEORGE (2000, p. 95-97), a Constituição só pode manter sua validade e eficácia quando submetida a "mudança histórica", aceito como processo natural de ocorrência através dos fatos sociais, sem destruir a identidade e a continuidade, seja por tornar o conteúdo dos preceitos constitucionais, classificado como abertos, respeitando os limites das reformas das normas constitucionais, a fim de manter intactas as decisões fundamentais que moldam a identidade da Constituição.

Visando a proteção da Constituição, o legislativo, segundo GODOY (2004, p. 75), instituiu instrumentos que garantem o equilíbrio com as normas da Constituição e a preservação do essencial núcleo, ou as chamadas pedras fundamentais de mudanças. As normas constitucionais, que são balizas para as demais normas, sofrem a revisão judicial, instituto, este, onde um órgão do judiciário atesta ou não a constitucionalidade das leis, verificando se os diplomas legislativos infraconstitucionais estão de acordo com a Constituição.

Quanto à distinção terminológica entre jurisdição constitucional e revisão judicial, CAPPELLETTI (1999, p. 2-7) assevera que: "as leis de revisão judicial não podem certamente identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional". Prossegue o autor, sustentando que "ela, no contrário, não é apenas um dos vários aspectos possíveis da chamada 'justiça constitucional', apesar de um dos aspectos mais importantes" (CAPPELLETTI, 1999, p. 2-7).

Observe que a justiça constitucional tem a primazia de manter a democracia e o Estado de direito com todas as suas consequências, a exemplo do respeito pelos direitos humanos fundamentais, independente de prazo. Visando cumprir esse apontamento, lança mão para manter a supremacia da Constituição, emanando seu alcance normativo e impedindo choques de princípios.

Exemplificando, cita-se a recepção, nos países originários do direito romano germânico, do instituto do controle constitucional das normas. Na mesma linha, o artigo 20 da Constituição alemã, o qual assegura o direito à resistência em face de eventuais ameaças ao arcabouço jurídico (DAVID, 1996, p. 93-94).

Nesse diapasão, a Constituição é "a norma das normas, a lei fundamental do Estado" (BOBBIO, 1995, p. 162), à qual todas as demais estão subordinadas, configurando um escalonamento hierárquico, que reconhece a Lei Maior como base da elaboração das demais normas. No direito brasileiro, consta do texto constitucional o detalhamento tanto da sistemática de produção normativa, como do procedimento legislativo, o qual se apresenta no modelo centralizado e verticalizado, em vista da competência específica e hierarquização das normas.

Segundo BOBBIO (1995, p. 162-163), há paridade no ordenamento jurídico, na medida em que “existem várias fontes colocadas no mesmo plano, o que significa, sem metáfora, vários padrões que têm o mesmo valor; e um hierárquico ou escalonado, em que no sistema existem várias fontes não colocadas no mesmo plano, mas colocadas em planos diferentes, ou seja, não têm o mesmo valor, mas um valor maior ou menor, pois são hierarquicamente subordinados entre si”. Também diferencia os sistemas em simples e complexos, por possuírem fonte única ou fontes múltiplas sempre hierárquicas, admitindo que, historicamente, as pesquisas sobre os sistemas jurídicos sempre conduzem a um sistema complexo.

2.1. Origem histórica do estado democrático de direito

O Estado Democrático de Direito não é consequência de uma origem natural ou de uma forma própria de autocriação. Ele é resultado direto de dois conceitos, quais sejam o de Estado Liberal e o de Estado Social de Direito, segundo RANIERI (2013, p. 189-191). Acrescenta, ainda, o autor que a origem do Estado liberal deu-se com as transformações advindas do fim do absolutismo e o novo espaço ocupado pela sociedade burguesa, ensejando a revolução capitalista e o fim do sistema mercantilista (2013, p. 189-191).

A partir do novo ponto de partida, iniciou-se a era conhecida por Estado liberal, que, possuía como objetivo de políticas públicas, assegurar, de forma primordial, o princípio da legalidade, que, em seu interim, obrigava o Estado a não se sobrepor às leis, o que em regra limitaria o seu poder (RANIERI, 2013, p. 114-116).

No que concerne à origem, RANIERI (2013, p. 118-119) é enfática ao afirmar que o Estado Liberal surgiu como uma clara limitação aos poderes do Estado. Antes desse período,

reinava o conceito de Estado Absolutista, um estado em que não havia limitação de observância obrigatória dos direitos e garantias fundamentais do homem. Regras essas, que só passaram a ser observadas após a instituição do Estado Liberal, antes do surgimento do Estado Social de Direito.

Num mergulho mais profundo, no entanto, é importante ressaltar que o fato de a origem dos direitos fundamentais ter sido atribuído de forma muito latente ao surgimento do estado liberal, não implica dizer que tais direitos e garantias fundamentais seja entendida como obrigação de garantia desse Estado (ALEXY, 2011, p. 69).

Na ótica de Volken, a transição de Estado Absolutista para Estado Liberal pode ser entendida como aquela em que a sociedade migra de uma superlativa condição de aprisionamento moral e social para um status em que o cidadão passa a ter a opção de usufruir ou não desses direitos. Ao fazer essa escolha, o cidadão pode optar por lutar pelo que é seu por direito, sem que tenha a oposição do Estado, intervindo de maneira contrária (VOLKEN, 2016, p. 227).

Segundo o entendimento de BOBBIO (1988, p. 162), a doutrina de cunho liberal se limita a entender que o direito do Estado possui limites, e está regulado sob normas gerais e positivas. Essas são as chamadas Normas Fundamentais ou Normas Constitucionais. O autor ainda expõe que o povo se sujeita a essas normas, porém não apenas e somente ele, o próprio Estado está adstrito à observância dessas normas.

Vale ressaltar que a passagem do Estado Absolutista para o Liberal, ocorreu em um período crucial à própria confecção dos valores sociais atuais. Como pressuposto da sua ocorrência, o estado precisou passar por uma quebra formal de direitos formais, neutros e individualistas, base da própria origem do Estado Liberal de Direito.

Ainda na mesma linha, o Estado Liberal priorizava como beneficiários do seu sistema parte minoritária da população. Mesmo diante de uma evolução social tremenda, que deflagrou conceitos importantes para a Democracia, o Estado Liberal ainda priorizava o bem-estar da burguesia, ou seja, aos mais ricos. Desse fato decorreu preementemente a passagem para o Estado de bem-estar social (VOLKEN, 2016, p. 229).

Dentro desse contexto, ligeiramente caótico e revolucionário, BOBBIO (1988, p. 88-96) assevera que o principal dogma correspondente ao Estado Social de direito decorria diretamente da busca pelo bem-estar social, se munindo de parâmetros que visassem a busca pela justiça e paz social. A ótica prevalente nessa época, de que o estado servia o cidadão em sua individualidade, deu lugar à visão de atendimento à sociedade em forma de grupos social.

A transição do Estado Liberal para o Social, por maior que tenham sido as mudanças, as conquistas anteriores foram mantidas. O importante de se observar é que, na realidade, as conquistas foram aprimoradas e acopladas aos demais conjuntos de direitos que o estado passou a garantir (RANIERI, 2013, p. 282-284).

O foco se alterou quando o Estado Social de Direito incorporou o Estado como um todo, e passou a dar maior visibilidade aos indivíduos como integrantes de um todo. Nesse novo modo de se organizar, a intervenção econômica direta e indireta dentro da produção, circulação e distribuição de riquezas e rendas geradas, começou a ser regra. Segundo RANIERI (2013, p. 282-284), nesse período, desponta a justiça social, com destaque para as garantias individuais, em especial, no que diz respeito às conquistas sociais.

Ainda que mais social e benéfico que o Estado Social de Direitos se revele, vale salientar que, como qualquer sistema, não é perfeito. Tanto é que, consoante RANIERI (2013, p. 282-284), foi baseado nesse modelo que os movimentos extremistas e desumanos, como o nazismo, se pautaram.

O doutrinador SILVA (1988, p. 115-118) pondera que esse sistema de estado é o mesmo no qual se baseia a CRFB/88, que logo em seu artigo 1º, assim determina: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (CRFB, 1988).

O autor destaca, ainda, algumas Constituições europeias para demonstrar que a Constituição brasileira percorreu a mesma trajetória, incorporando-se à tendência legislativa de adotar os direitos fundamentais, bem como consagrando o Estado Democrático de Direito.

2.2. Tribunais constitucionais e modalidades de controle de constitucionalidade

A criação dos Tribunais Constitucionais, segundo VOLKEN (2016, p. 228), é uma criação do sistema de controle de constitucionalidade. Esse poder é exercido por meio dos Tribunais Constitucionais, que são instrumentos de controle do próprio Estado. É o sistema mais difundido no mundo atualmente, valendo-se do modelo jurisdicional para exercer esse controle de constitucionalidade, que é difundido pelo poder judiciário.

Segundo SLAIBI FILHO (2008, p. 287-295), esse controle de constitucionalidade ocorre por meio de duas modalidades, muito distintas entre si, e que são adotadas

isoladamente em variados locais do mundo: Controle Difuso de Constitucionalidade e Controle Concentrado de Constitucionalidade.

No que se refere à primeira, qual seja o controle difuso de constitucionalidade, este teve sua origem nos EUA, mais precisamente no julgamento da demanda judicial *Marbury v. Madison*, no século XIX. O caso ficou notório por colocar em voga um conflito de lei ordinária em face de garantia constitucional, em razão do que foi submetido à Suprema Corte dos Estados Unidos. No julgado, restou consignado a prevalência hierárquica do direito fundamental, previsto na Constituição estadunidense, sobre a legislação ordinária (SLAIBI FILHO, 2008, p. 286-287).

O controle concentrado de constitucionalidade, segunda modalidade, se deu cerca de um século mais tarde, e teve como ponto de partida a inovadora Constituição Austríaca de 1920, no qual o referido instituto foi inserido, sob liderança do doutrinador Hans Kelsen. O pensamento de KELSEN (2003, p. 55-56) se pauta na ideia de que, o fundamento do Estado, se encontra dentro da Constituição, e a sua ideologia foi o que originou esse sistema de controle.

O pensamento de KELSEN (2003, p. 55-56) defende que, da mesma forma que fora instituído, o controle de constitucionalidade, por questões de segurança jurídica, caberia ser exercido por órgão distinto e independente do judiciário, bem como deveria ser, igualmente, autônomo em relação ao Legislativo e ao Executivo.

O sistema austríaco, criado a partir dos ensinamentos de KELSEN (2003, p. 55-56) foi inovador, primeiro pela sua própria mecânica, mas também por ser opositor ao modelo americano de controle. O sistema proposto é concentrado, e não analisa casos práticos, mas apenas se debruça sobre a análise de normas e leis. A sua finalidade, com isso, é afastar a aplicação de uma lei que confronte matéria constitucional.

KELSEN (2013, p. 55-56) é de longe o maior influenciador desse sistema, cuja teoria observava o direito a partir de uma “pirâmide hierárquica” entre as normas e texto constitucional, sempre ocupando o topo, e a classificação das demais leis, sendo sobrepostas em ordem decrescente de forma gradativa.

Num primeiro momento, foi identificado muitos contrapontos entre ambas as modalidades de controle. O sistema de origem austríaca e o sistema de origem americana são, de fato, adotados de modo misto por várias nações, consoante os ensinamentos de STAMATO (2005, p. 90).

No Brasil, de acordo com VOLKEN (2013, p. 230), é utilizado o sistema de controle de constitucionalidade misto ou híbrido, denominação que se justifica pelo fato de caber ao

Supremo Tribunal Federal (STF) a incumbência de deliberar, nos casos concretos, com base na Carta Magna, o que caracteriza o sistema difuso. No que diz respeito à competência do STF, por sua vez, para analisar a constitucionalidade das leis e atos normativos, em abstrato, opera-se o sistema concentrado.

O STF, também conhecido como guardião da CRFB, foi criado por meio do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Atualmente, a sua função é originária e recursal. É Órgão que compõe a estrutura do Judiciário, ocupando o topo, sendo, pois, última instância de recurso (VOLKEN, 2016, p. 229-233).

Em Portugal, de acordo com PINHEIRO (2011, p. 1), a Corte Constitucional portuguesa começou a funcionar em 1983. O sistema judiciário tem como corte maior judicial o TC, cuja função se restringe a análise de constitucionalidade de determinada norma, acumulando, em período eleitoral, a função de tribunal eleitoral (CRP c/c Lei 28/82, de 15 de novembro - Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional).

2.3. Princípio da separação dos poderes

O princípio constitucional da separação dos poderes surge para coibir as arbitrariedades e tiranias que possam surgir por parte do Estado. E foi como instrumento que a separação dos poderes pôde prevenir em relação aos excessos indiscriminados e o controle das ações estatais. Isso pode ser observado, a partir da própria evolução histórica do sistema tripartite de poderes.

Segundo TAVARES (2008, p. 219- 221), o tripartição dos poderes é sistema adotado por maior parte das nações ocidentais. No Brasil, após implementado, o sistema foi aprimorado a partir da inserção do Art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, que expressa: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário”.

Para entender como o ativismo judicial afeta de forma bastante latente o princípio do Estado Democrático de Direito, é preciso, inicialmente, identificar que pilar é esse e qual sua função junto à democracia. Nesse giro, ele representa o princípio da separação dos poderes, sendo o cerne da questão que permite a manutenção do atual estado democrático de direito. Serve de base, inclusive, para que a Constituição retire fundamento de validade.

O supracitado princípio sofreu influências diretas nos modelos constitucionais, já consolidados na Europa, em especial do sistema alemão, de acordo com o jurista, filósofo e doutrinador alemão, ALEXY (1997, p. 49).

Apesar de figurarem de forma frequente na doutrina, bem como na jurisprudência, os princípios podem ou não ser positivados, sendo considerados conceitos balizadores que devem ser paradigmas. Isso tanto no seu processo de criação, quanto no que diz respeito às leis. Os princípios se diferem das normas, justamente porque estas, podem ou não ser satisfeitas (BERTONCINI, 2002, p. 106).

Além do apontamento anterior, outras duas divergências distintivas podem ser destacadas entre as normas e os princípios: a natural rígida e o aspecto fechado. As normas são instrumentos que impõem, proíbem, porém também são utilizadas no intuito de demonstrar a permissão do direito. Os princípios servem como conceito flexibilizadores do direito para com as normas, consoante os estudos de BERTONCINI (2002, p. 106-107).

Ainda segundo o autor, um sistema formado integralmente de regras teria como consequência um ordenamento muito rígido e fechado. Um sistema assim, seria inviabilizado de nascimento pela exigência superlativa de comandos, para que pudesse atender às necessidades dinâmicas da sociedade (BERTONCINI, 2002, p. 106).

Por fim, o autor complementa seu pensamento preconizando que essa mesma problemática foi notada pelo doutrinador Canotilho, que asseverou que um ordenamento nessas condições, pautando-se exclusivamente de modo principiológico, seria responsável por fomentar a insegurança, isso por conta do alto nível de abstração que reveste os princípios, os quais se destinam à descrição de condutas (BERTONCINI, 2002, p. 106).

Assim, se de um lado é inviável que um sistema que se baseie apenas em normas, de modo que seria muito rígido e impreciso, por outro, adotar um sistema baseado apenas em princípios, tende à insegurança demais pelo fato de tratar das questões no plano abstrato. Ambas as pressuposições tornam claro que a harmonia entre regras e princípios é um interesse da própria democracia.

Segundo o doutrinador ALEXY (1997, p. 57), outra diferença se manifesta nos momentos de conflitos e colisão. Quando o judiciário é colocado defronte com um conflito de regras, se mune de instrumentos legais para dirimir a questão e ponderar sobre a possibilidade mais razoável, considerando-se os parâmetros da prevalência da lei especial sobre a geral e da regra mais recente sobre a anterior.

Opostamente, no entanto, essa mesma lógica não pode ser aplicada em conflitos que envolvam os princípios. Isso, porque um princípio não sobrepõe a outro. Quando há a ocorrência de um conflito, e não uma colisão, é possível a aplicação de mais de um princípio para dirimir o caso concreto. Nesse sentido, os princípios são “mandamentos de otimização” do direito (ALEXY, 1997, p. 59).

O fomento à discussão sobre princípios e normas serve de base para o entendimento do próprio surgimento da separação dos poderes, e a evolução histórica que a consagrou, tal qual, é conhecida hoje. Como uma breve introdução à evolução histórica, é importante mencionar que a necessidade de limitação de poder político já despontava na Grécia, pautada por diversos pensadores da época. Segundo FREIRE (2016, p. 12) ao analisar a Polis, Platão conseguiu conceber a perfeita ideia de divisão de obrigações e funções dentro da sociedade. O filósofo, portanto, é conhecido como o precursor da divisão dos poderes.

A ideia de Platão, apesar de muito necessária, serviu como marco teórico, posteriormente aperfeiçoado por Aristóteles, que acoplou a ideia inicial de Platão à teoria dos Três Poderes e a divisão tripartite do poder. Vale salientar que ambas as teorias representam atualmente modelos distantes dos concebidos (FREIRE, 2016, p. 12).

Muitos autores serviram de base para entrelaçar a teoria da tripartição dos poderes, como hoje se apresenta, a exemplo de Locke, pensador que introduziu a ideia de que o Estado precipuamente exerce três funções essenciais: a federativa, a executiva e a legislativa.

No entanto, segundo o filósofo FREIRE (2016, p. 13), o sistema apresentado por Locke não era totalmente trifásico; nele, as funções executivas e federativas teriam deveras verossimilhanças, e não seriam autônomas. Além disso, sua teoria, também não concebia como autônomo o Poder Judiciário.

Montesquieu, por sua vez, em “O Espírito das Leis”, apresentou um formato de separação de poderes (tripartite), que é, inclusive, a base da atual CRFB. Segundo suas ideias, seria necessário a coexistência de três poderes: legislativo, executivo e judiciário.

Ainda de acordo com Freire, quem executa as leis não pode participar do processo de elaboração delas dentro do poder legislativo, pois, dessa forma, poderiam surgir medidas extremistas pelo executivo (FREIRE, 2016, p. 13-15). Em relação ao judiciário, o filósofo pondera que, se porventura viesse a imiscuir-se no legislativo, as possibilidades de ocorrerem excessos quando da decisão dos julgadores criarem suas próprias leis.

Na ótica de CUNHA JR. (2010, p. 184-186), em específico sua obra de Direito Constitucional, os três poderes podem ser desempenhados por organizações diferentes, cada qual com suas atribuições e poderes, evitando-se, assim, a interferência de um no outro.

No que concerne a Constituição da República de Portugal (CRP), expressa em seu art. 2.º que a “República é um Estado de direito democrático, constituída com base na separação e interdependência de poderes”. Ainda na esteira da CRP, na Parte III - Organização dos poderes políticos, título I - Princípios gerais, Art 111- Separação e interdependência -, vale destacar que “os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência

estabelecidas na Constituição (nº1); e “Nenhum órgão de soberania, de região autónoma ou de poder local pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei (nº 2).

2.3.1. Poder Executivo

Segundo TAVARES (2008, p. 231), a função do Executivo é administrar e, de forma secundária, legislar. O autor esclarece que a função secundária de legislar é caracterizada tanto pela utilização das medidas provisórias (o art. 62 da CRFB/88), empregadas em caso de urgência e relevância, quanto pela propositura de projetos de lei. É importante mencionar, que as MP são situações excepcionais, ou pelo menos deveriam ser, e a extrapolação dessa necessidade, se enquadra nos excessos cometidos pelo Executivo (VOLKEN, 2016, p. 237).

No que concerne a CRP, SOUSA (2020, p. 3) destaca que, nos termos do art.º 120.º “o Presidente da República representa a República Portuguesa, garante a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas e é, por inerência, Comandante Supremo das Forças Armadas”, sendo ele, portanto, o fiel garantidor do “regular funcionamento das instituições democráticas”.

2.3.2. Poder Legislativo

Está previsto no Art. 44 e seguintes da CRFB/88, que a função originária do Poder Legislativo é legislar. É de responsabilidade do Poder Legislativo a elaboração da maioria das leis, cuja finalidade precípua visa regular a população e, por efeito, o governo. Em âmbito estadual, o poder legislativo é exercido e gerenciado pelas Assembleias Legislativas Estaduais. Na esfera federal, ele se divide em um sistema bicameral: o Senado, representando as unidades da Federação, por intermédio de seus senadores; e os deputados, representando o povo junto a Câmara (VOLKEN, 2016 p. 240).

No que concerne à Assembleia da República Portuguesa, a página da assembleia, do site do Parlamento Português, esclarece que o Parlamento é organizado por uma Câmara de Deputados que representa todos os portugueses. É um dos dois órgãos de soberania eletivos previstos na Constituição, além do Presidente da República, cabendo-lhe o papel constitucional de "assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses". Os Deputados são eleitos por sufrágio universal direto e secreto. A Assembleia da República representa todos os cidadãos portugueses, age em seu nome e é responsável perante estes. Esta representação inclui os não eleitores, os eleitores que não votaram e aqueles que não deram suporte eleitoral aos Deputados eleitos. (site do parlamento.pt)

No que tange à elaboração de projetos de lei, vale ressaltar que, assim como no Brasil, tanto os parlamentares, quanto o governo, tem competência para elaborá-los, fato que caracteriza a interdependência entre Governo e Assembleia da República.

2.3.3. Poder Judiciário

O Poder Judiciário possui especial importância, pois nele se concentra o objeto de estudo desta investigação. Segundo SILVA (2006, p. 34), é preciso identificar qual é a função jurisdicional e sua importância para entender o ambiente complexo em que o ativismo judicial encontrou abrigo.

A jurisdição é o Poder que é dado ao Judiciário de resolver as lides que ocorrem dentro dos interesses no caso concreto. A jurisdição consiste na conduta do estado “mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar as pacificações do conflito que os envolve com justiça”.

O Poder Judiciário foi delineado e pensado a partir dos Escritos de Montesquieu, historicamente falando. Sua função originária é dirimir e julgar, conforme predizem as leis. O Poder Judiciário atua em função das leis emanadas pelo Poder Legislativo, visando a Resolução de Conflitos e a harmonização social (VOLKEN, 2016, p. 250).

No Brasil, o Judiciário é munido com Poderes especiais relacionados ao Controle de Constitucionalidade, que, de forma bem resumida, representa o Controle exercido pelo STF de maneira repressiva ou preventiva. Também é do Judiciário o Poder de Arguir mecanismos que legitimem fatos sociais que se consolidam em consonância com a Constituição Federal, mas que em regra seriam impedidos.

A Constituição da República Portuguesa, em seu art.º 202º inciso 1, estabelece que os “tribunais são órgãos de soberania com competência para Administrar a justiça em nome do povo”. Segundo RAMOS (2010, p. 3) “o poder judicial português é dividido por sectores (especialização) e por categorias (grau), quer dizer, com diversos níveis de decisão e com tribunais especializados para certos tipos de casos concretos que constituem as bases do pleito sub-judice. A competência reparte-se pelos tribunais judiciais segundo a matéria, a hierarquia, o valor e o território. [...] Portugal detém um poder judicial independente, a cujo poder se submetem todas as entidades nacionais, nos termos das leis em vigor, sob a tutela imediata da Constituição da República Portuguesa”.

Ainda de acordo com o autor, o sistema judiciário português apresenta as seguintes peculiaridades distintivas, quanto ao grau e especialização:

- 1) Numa posição especial, superior, está um tribunal que administra a justiça num grau máximo, analisando fenómenos directamente relacionados com a lei fundamental da República: trata-se do Tribunal Constitucional, composto por 13 juízes;
- 2) Depois, temos os tribunais da jurisdição ordinária, enquadrados no complexo organizatório da Magistratura. Estes possuem à cabeça o Supremo Tribunal de Justiça, seguido pelos Tribunais Judiciais de Segunda Instância, e tendo na base os Tribunais Judiciais de Primeira Instância;
- 3) Como tribunais formais diferentes dos de jurisdição comum, temos o Supremo Tribunal Administrativo, seguido pelos Tribunais Administrativos e Fiscais; e
- 4) Finalmente, temos tribunais especiais, como os Tribunais Militares (em vias de extinção) ou o Tribunal de Contas que tratam de assuntos específicos em função da sua vocação particular (RAMOS, 2010, p. 2).

Finalizado este capítulo dois, cuja tônica teve lastro na origem da democracia e nos limites balizadores jurisdicionais da separação dos poderes consoante doutrina luso e brasileira, passa-se ao capítulo três que, em linhas gerais, tem sua abordagem focada na descrição das controvérsias jurídicas em face dos controles de constitucionalidade, tendo por lastro a judicialização, o ativismo judicial e o controle constitucional.

CAPÍTULO 3 – O ativismo judicial, a judicialização e o controle constitucional

3.1. O Ativismo Judicial

O ativismo judicial é um fenômeno observado tanto no âmbito da Jurisdição doméstica, quanto no âmbito internacional. Está diretamente relacionado com a estrutura do sistema jurídico adotado e as funções atribuídas ao Estado e seus poderes formais.

O Poder Judiciário foi provocado a examinar e decidir o impacto das questões sociopolíticas no Estado e no mundo, devido ao reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direitos no âmbito da Jurisdição Nacional e Internacional, que levou à mudança de Estados Autoritários por Democráticos com a constitucionalização abrangente; o movimento dos direitos fundamentais consagrado na constituição, o estabelecimento de cartas de direitos humanos no meio das Constituições e a jurisdição constitucional pela defesa da Constituição, por meio de mecanismos como a Revisão Judicial (BARROSO, 2014, p. 4).

Ressalta-se que, simultaneamente à garantia do direito à dignidade humana tenha ocasionado as questões de legalização, que antes eram responsabilidade dos poderes Executivo e Legislativo, deu-se o acesso ao Judiciário. Daí o crescimento atual da tensão entre os Poderes constituídos por Estados Democráticos e a discussão sobre as decisões dos Tribunais Internacionais ou Organizações Internacionais, criadas por meio de tratados multilaterais a serem observadas no sistema interno.

A constituição alemã, desencadeada a partir da derrota deste país na Segunda Guerra Mundial, representou o marco da estruturação do sistema regulatório de proteção à dignidade da pessoa humana, dos mecanismos de revisão das leis judiciais e da possibilidade de integrar um "sistema de segurança coletiva mútua, aceitando as limitações dos direitos soberanos, a fim de criar e garantir uma ordem pacífica duradoura na Europa e entre as nações do mundo" (GODOY, 2014, p. 2).

As funções do Estado, segundo BARROSO (2009, p. 91), foram diversificadas e ampliadas com o desenvolvimento do Estado de Direito, ocasionando intensa atividade judiciária, voltada para a proteção dos direitos individuais e a legalização de questões que, de outra forma, seriam competência do Executivo ou Legislativo. Internacionalmente, a proliferação de tratados deu origem a Tribunais Internacionais, criados com características complementares aos sistemas judiciários nacionais do Estado. Ainda que o acesso à justiça

internacional e ao rápido desenvolvimento da Jurisprudência dos Tribunais tenha sido favorecido, em certa medida, algumas decisões locais apresentaram dissonâncias.

Assim, o Ativismo Judiciário também pode ser entendido como fruto da legalização oriundo do modelo constitucional adotado. No Brasil, a legalização encontra sua causa no processo de democratização do país, culminado a partir da Constituição Federal de 1988, a qual, além de recepcionar amplo rol de direitos fundamentais, criou um sistema de revisão judicial para proteger a constituição, garantindo o estado de direito, ou seja, sua unidade política e a base jurídica para a dignidade da pessoa humana (HESSE, 2009, p. 3-25).

Por outro lado, a judicialização se mostra como contrapartida ao ativismo judicial. Enquanto o Ativismo, em síntese, é caracterizado por práticas do tipo: 1) necessidade de provocação do Poder Judiciário, 2) entendimento criativo na interpretação da lei por um tribunal, 3) interpretação nova do direito, muitas vezes precedente a uma lei, 4) atuação do judiciário além da legislação, sem respaldo legal; na Judicialização, além da provocação do Poder Judiciário, as decisões têm conotação política, com a interferência em outros poderes valendo-se de princípios e regras, indo além da legislação (ABREU, 2013, p. 75-78).

3.2. A Judicialização

As demandas políticas levadas ao Poder Judiciário são as principais causas do Ativismo Judicial, afirma MARTINS (2021, p. 1). Ainda nesse contexto, o autor assevera que o excesso dessas demandas “faz com que os juízes atuem de maneira expansiva, ultrapassando o limite da lei, tornando-se um juiz legislador”.

Ainda consoante o autor, a “judicialização é um fenômeno contemporâneo, oriundo da quantidade de demandas que têm sido levadas ao judiciário para que seja dada uma sentença de mérito, resolvendo o caso concreto. Trata-se de um aumento de demandas que buscam o judiciário para resolver questões que, primordialmente, deveriam ser resolvidas no âmbito dos outros poderes (legislativo e executivo).” (MARTINS, 2021, p. 1).

Na ótica de LOPES (2016, p. 1), “De forma clara, pode-se dizer, enfim, que a judicialização ocorre quando uma decisão judicial interfere em questões cuja tomada de decisão caberia, a princípio, às instâncias de representação política (legislativo e executivo).”

O processo de judicialização da vida, consoante SILVA et. al. (2015, p. 3) “compreende um movimento no qual o Poder Judiciário se torna a instituição mediadora do viver. Essa ampliação do domínio jurídico tem se estendido por espaços antes habitados por outros saberes e práticas, capilarizando a função do tribunal às diversas esferas do cotidiano.

A judicialização se dá porque se acredita e se teme a lei e porque se busca pautar a vida pela vingança sustentada na retribuição de danos”.

Em síntese, preconiza MARTINS (2021, p. 1) que a “judicialização significa que uma parcela do Poder Político está sendo transferido das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário. Significa dizer que a última palavra sobre questões econômicas, sociais ou morais de largo alcance, estão tendo a sua instância final de decisão perante o Poder Judiciário”.

Concluída a breve síntese introdutória acerca da judicialização, a seguir passa-se a discorrer sobre algumas prováveis causas indutoras de ações ativistas praticadas pelo poder judiciário.

3.2.1. Ausência de critérios de controles

Esta subseção contempla algumas questões relativas à ausência de parâmetros fronteiriços para atuação do servidor público dotado de autoridade, um dos principais estímulos à judicialização e, por efeito, a ativação judiciária.

i. Da discricionariedade

A discricionariedade pode ser entendida como a liberdade de atuação que o Estado, na pessoa do servidor público, tem para decidir a conduta a ser tomada, em função da margem mais ampla, ou restritiva, concedida pela norma. Difere do ato vinculante, porque, ao contrário da discricionariedade, a legislação não dá margem de ação para o agente público decidir fora do parâmetro vinculante.

No que concerne às políticas públicas, a discricionariedade deve ser utilizada com a observação da reserva do possível, do mínimo existencial e da previsão constitucional, não sendo dada ao Poder Judiciário nenhuma margem de interferir na zona discricionária dos demais poderes.

A distinção que ocorre entre discricionariedade e vinculação passa dar espaço agora para uma graduação inversamente proporcional entre si, pois os atos administrativos serão classificados em uma escala na qual a discricionariedade deles será cada vez mais crescente, à medida em que eles vão se desvinculando da norma.

Por efeito, conclui-se que, à medida que as restrições dos atos administrativos praticados pelos agentes públicos vão se expandindo, reduzindo o poder discricionário dos agentes públicos, aumenta a possibilidade desses atos serem submetidos a um controle judicial. Essa gradação é descrita por Santos (2018, p. 156), sob o entendimento de que “deflui do próprio direito constitucional brasileiro a gradação do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação a atos praticados pelos demais Poderes (ou por ele próprio, em matéria

administrativa) refletindo- se, ademais, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O que urge fazer explicitá-la, com o intuito de sistematização, criando-se desse modo, valiosos instrumentos para se aferir o caráter ativista ou não de determinada decisão judicial”.

A discricionariedade não mais de torna um espaço com liberdade de decisão, mas, sim, um campo de fundamentação dos atos e políticas públicas, adotados através dos parâmetros jurídicos determinados pela Constituição e pela lei, em vez de intermediadas por escolhas baseadas em critérios de conveniência e oportunidade.

Na ótica de DI PIETRO (2017, citado por Ridolphi e, 2018, p. 1), a rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou a fronteira limitrofe concedida pela lei.

ii. A juridicidade

Atualmente, a denominada teoria da juridicidade rege a aplicação do direito público, fazendo acarretar na necessitando de mudar o paradigma visonário acerca da margem de ação dos agentes públicos, cujo vínculo, anteriormente limitado à legislação, expandiu-se a todo ordenamento jurídico, incluindo o respeito aos princípios inseridos no texto constitucional (DI PIETRO, 2012, p. 187).

Um maior controle jurisdicional dos atos praticados pelos agentes públicos vem sendo revisto e expandido, mormente com o aumento do grau de insatisfação em relação aos poderes instituídos, que não conseguem, em variados campos, executar suas atribuições constitucionais. No Estado Democrático de Direito os agentes públicos devem observar o princípio da legalidade, razão pela qual estão limitados ao que prescreve a lei e por isso somente poderão atuar quando houver uma norma permissiva.

Pelo fato de não existir um espaço para apreciação dos atos da administração pública, mas sim uma atuação vinculada em maior ou menor grau à juridicidade, se pode construir a possibilidade de exercício de controle jurisdicional por parte do Supremo Tribunal, estimulando, por efeito, a prática ativista judicial.

Neste contexto os atos dos Poderes Públicos possuem graus que impossibilitam seu controle por parte do poder judiciário, razão pela qual qualquer tentativa de controle deste poder sobre os citados atos caracterizará uma decisão ativista.

3.2.2. Omissão do Legislativo

No Brasil pós-redemocratização, apesar de toda a preocupação do legislador

originário, o que realmente ocorre é que a efetivação dos direitos fundamentais “sofre há tempos com inércia e omissão do Poder Legislativo, diante das necessidades de efetivação dos valores dos conteúdos materiais da constituição” (SANTOS; NETO, 2018, p. 3).

Ao se fazer uma leitura da Constituição, fica claro que o legislador originário, quando da sua elaboração, se preocupou e “deixou patente a marca teleológica do documento parido em 1988, fundamentalmente o objetivo de construir uma sociedade solidária voltada para o bem comum” (COURA, QUENYA, 2018, p. 67).

No caso de Portugal, na linha de entendimento de Almeida (2016, p. 71) “a omissão legislativa é tida por inconstitucional pela inobservância por parte do legislador do dever de legislar, que é constitucionalmente instituído em normas não exequíveis por si”.

Salienta-se que este mesmo norte se revela ajustado o ponto de vista de Canotilho (2007, citado por Almeida, 2016, 71) “esta omissão legislativa fere o que ao legislador é imposto pela constituição: o dever de legislar. Não se trata de um simples não fazer. Trata-se de não fazer aquilo a que estava constitucional e explicitamente obrigado. Não se trata também, apenas, de uma ausência de lei. A inação deve gerar um dano que exija reparação”. Vale realçar que o Poder Legislativo exerce importante papel na construção de uma sociedade mais pluralista, igualitária. A função da legislatura é fixar mais precisamente as regras e as distribuições que já existem de forma tosca no direito e no estado de natureza “e esta seria uma função valiosa porque é justamente nessas questões de detalhe que é mais provável que as pessoas entrem em conflito” (WALDRON, 2003, p. 81).

A Constituição de 1988 prevê que todo poder advém do povo e em seu nome é exercício por meio dos seus representantes políticos, no caso o Legislativo executivo e também representantes argumentativos por meio do Judiciário, sendo que “com isso a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento” (OLIVEIRA, 2008, p. 5446).

O Legislativo brasileiro, apesar de possuir em suas mãos o poder de mudar os desígnios da nação, até mesmo para pior se considerarmos que nenhuma instituição esta alheia a falhas, em vez de espelhar uma imagem de uma instituição alinhada com os anseios da sociedade, atua com o olhar corporativo partidário, haja vista a omissão sobre discussões de questões polêmicas, a exemplo de homoafetividade, interrupção de gravidez, etc., deixadas a cargo do judiciário.

A prevalência da visão corporativa partidária em detrimento do compromisso social decorre do sistema político deturpado de sua essência criadora, tendo em vista o fato de que maioria dos parlamentares que compõem as casas legislativas, em razão de critérios de

divisão de vagas proporcionais por meio de coeficiente eleitoral, favorecer a posse de candidatos menos votados, descompromissados com a maioria dos eleitores de suas comunidades.

Esta ausência de propósito social do Legislativo acaba abrindo espaço para a interferências do STF.

3.2.3. Ingerência Executiva

No Brasil, o Poder Executivo, para ver suas propostas caminharem no Congresso Nacional, tem adotado um modelo coalizão administrativa, nomeadamente “presidencialismo de coalizão”, prática que se vale de uma série de barganhas, muitas das vezes carentes de transparências, que vão desde de nomeações para cargos no governo até a liberação de emendas a grupos seletos de parlamentares.

Pautas como a das reformas administrativas, tributárias e políticas estão há anos atravancadas no Congresso nacional, por vários interesses fatiados: parte por acabar com privilégios de uma casta que insiste no paternalismo governamental, parte por afetar direitos que a classe dominante não admite perder, parte por uma classe política que não quer abrir mão dos seus interesses e principalmente pelos membros de casa, que preferem não se envolver em casos polêmicos e “sujar a barra” junto ao eleitor.

Em Portugal, consoante ALMEIDA (2016, p. 34) “a responsabilidade civil do Estado encontra-se especialmente disciplinada no citado Artigo 22º da Constituição da República, nos Artigos 500º e 501º do Código Civil, bem assim na Lei n. 67/2007”. O mesmo autor, no sentido de melhor esclarecer, lança mão do entendimento jurisprudencial, contido no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça em 08 set. 2009, nos autos do Processo n. 368/09, de relatoria do Juiz Conselheiro Dr. Sebastião Póvoas, no qual o merítíssimo assevera que “ainda na vigência do Decreto-Lei n. 48051/1967, a doutrina passou a se inclinar no sentido de que o Artigo 22º da Constituição Portuguesa abrange a responsabilidade do Estado por danos resultantes do exercício das três funções estatais: administrativa, legislativa e jurisdicional. Isso porque inexiste qualquer restrição; porque o referido artigo constitucional revogou eventuais preceitos daquele Decreto-Lei que pudessem impedir essa interpretação e é uma norma de aplicação direta e também porque cumpre aos tribunais a sua implementação tendente a assegurar a reparação dos danos resultantes de atos lesivos dos interesses dos cidadãos juridicamente protegidos” ALMEIDA (2016, p.36).

No que pertine à constituição brasileira, a liberdade concedida, aliada a fraca legislação que trata da fidelidade partidária, têm gerado uma enorme quantidade de partidos

políticos no Brasil ⁵, fato assim expresso por Vieira (2008, p. 454) “Como reação a essas características do sistema representativo brasileiro, muitas vezes responsabilizadas pela fragilização da representação parlamentar, o parlamento e o próprio judiciário vêm tomando decisões voltadas a reorientar o sistema representativo. Comentarei abaixo apenas a decisão tomada no MS 26.603/DF que cuida da questão da perda de mandato por infidelidade partidária, deixando para outra ocasião a análise dos casos da verticalização das coligações partidárias e das cláusulas de barreira”.

Com um número exacerbado de partidos qualquer governança fica ameaçada, principalmente quando há um emaranhado de ideologias que podem chegar ao poder. Nos Estados Unidos por exemplo, apesar do pluripartidarismo, somente dois partidos se sobressaem no cenário nacional, permitindo que se tenha uma ideia clara de ideologia vigente no Congresso Nacional, num cenário onde se digladiam conservadores (republicanos) e progressistas (democratas) de maneira que o governo possa ter uma ideia de como agir.

Entregando também ao executivo poderes intensos de interferência na política de distribuição de recursos, deu a esse poder capacidade de aglutinação em torno de si de um sistema partidário fragmentado, fundando as condições para o nosso chamado “presidencialismo de coalizão”, em que o executivo central passa a ter, simultaneamente, enorme predominância na determinação da pauta legislativa, além de altas taxas de sucesso na aprovação de seus projetos (VERÍSSIMO, 2008, p. 409).

Pautas de importância para sociedade são “travadas” pelo Congresso Nacional (CN), aguardando por tratativas entre líderes de partidos com o Executivo, abrindo espaço para que o Judiciário, quando demandado, venha a interferir, atuando e executando as funções que seriam dos dois outros poderes.

3.2.4. Descrédito político-jurídico

Conforme bem descreve OLIVEIRA (2008, p. 5448), a opinião pública tem sobre o Legislativo brasileiro a imagem de uma instituição atrasada e desgastada. Em primeiro lugar, a referência à corrupção nas instituições abertamente políticas é, há muito, recorrente na imprensa e nos diálogos públicos, o que acaba por estimular um sentimento de rejeição da política que tende a abranger de modo difuso os partidos políticos, as instituições parlamentares e o poder executivo.

⁵ No Tribunal Superior Eleitoral (TSE) atualmente estão registrados trinta e três partidos políticos, com uma lista de setenta e nove ainda em formação no país. Se for feito um exercício hipotético de que todos fossem deferidos imediatamente, as próximas eleições atingiriam a incrível marca de cento e doze partidos disponíveis aos eleitores! (ELEITORAL, 2021)

Não se trata de cobrar dos deputados e senadores a prestação de contas a seus eleitores, mas que tenham pulso firme para assumir a discussão das causas polêmicas, a exemplo do aborto, que precisam ser discutidas e avançar, mesmo que os resultados não agradem um dos lados, mas que, pelo menos, impeça que Judiciário tenha que assumir essa tarefa.

No que concerne ao controle político sobre as normas constitucionais portuguesa, no entendimento de Canotilho (2001, citado por Almeida, 2016, p.63) “possibilita ao cidadão induzir os membros do Parlamento ou do Governo a tomarem a iniciativa de lei, mas não há qualquer direito subjetivo que permita a obtenção de uma reparação pecuniária a título de compensação pelos danos derivados de uma omissão legislativa inconstitucional, pois existem imunidades parlamentares sufocadoras das garantias fundamentais. Esse fato seria uma barreira para que um direito subjetivo do cidadão possa se sobrepor ao silêncio do poder encarregado de legislar”.

Na contraposição a Canotilho, Caupers (2013, citado por Almeida, 2016, p.63) assevera que “baseado em casos frequentes no plano do Direito da União Europeia, quando não se dá a transposição oportuna de diretivas do Tribunal da União Europeia.¹⁴⁷ Tal ilícito enseja a responsabilidade do Estado claudicante. O administrativista português ressalta que a responsabilidade civil do Estado pela omissão de um ato legislativo não pode ser descartada, sobretudo quando a omissão se configura ilícita. E isso acontece quando resulta do incumprimento do dever de legislar”.

O Congresso brasileiroa prefere ficar à margem de decisões polêmicas frente a uma sociedade predominantemente conservadora brasileira a se ver desgastado politicamente, ficando mais cômodo transferir a incumbência ao STF, onde os Membros não estão tão vulneráveis a terem seus cargos subtraídos por cidadãos descontentes com as decisões tomadas.

Diante da caótica credibilidade do legislativo brasileiro junto à sociedade, quanto aos padrões de moralidade dos parlamentares para atuarem no alcance de metas-objetivos anseados por ela, a esperança dos cidadãos em efetivar seus direitos fundamentais, previstos na Constituição, desloca-se para o Judiciário.

Ultimamente, quando os cidadãos precisam ver defendido alguns de seus direitos, tem sido mais fácil procurar o judiciário, principalmente através dos juizados especiais, do que o legislativo. Nesse contexto, os juízes acabam por ser encarados por uma grande parcela da sociedade civil como “parcialmente responsáveis pela consolidação das instituições democráticas e pela atuação direta no combate à corrupção” (OLIVEIRA, 2008, p. 5448).

RAMOS, Elival da Silva (2010, p. 21) em sua obra *Ativismo Judicial* parâmetros dogmáticos, descreve bem a situação a qual se encontra o poder legislativo, frente a constante posição ativista assumida pelo STF. Ao Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal é dado o poder de interpretação das normas e princípios nelas contidos, buscando assim dar um sentido às mesmas.

A concepção de um Poder Judiciário com uma aura impoluta frente a um legislativo, por ações indecorosas aos poucos vai se modificando por culpa de um Supremo Tribunal que cada vez mais adentra no campo político.

Chegado ao final da seção, *mister* se faz salientar os destaques abordados em seu estudo, relativos às principais causas da judicialização, quais sejam: ausência de critérios de controles, omissão do legislativo, ingerência executiva e descrédito político-jurídico.

3.3. Ativismo judicial e as teorias balizadoras da magistratura

Existem duas correntes que tratam das condutas dos magistrados dentro da terminologia do ativismo judicial, nomeadamente: teoria procedimentalista; e teoria substancialista.

3.3.1. Teoria procedimentalista

Segundo TAVARES (2007, p. 338), se defende a ideia de separação entre direito e política. Nesse sentido, defende a teoria que a Lei Maior de um país não deve possuir nenhum tipo de tendência de valor, descabendo, pois, viés ideológico de qualquer natureza. O autor afirma no seu artigo “A constituição é um documento valorativo?”, publicado na Revista de Direito Constitucional o seguinte: “De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas” (TAVARES, 2007. p. 338).

A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes (TAVARES, 2007, p. 338-339).

Os doutrinadores que seguem a corrente procedimentalista, defendem a teoria de que os julgados advindos de juízes e tribunais devem observar, principalmente, os princípios e a moralidade. O que significa dizer que, portanto, deve ser feita uma crítica ao sistema positivista puro. Seguindo o raciocínio dos doutrinadores, é entendido, por exemplo, que caso

o juiz venha a interpretar um caso, extrapolando o limite do texto legal, ele estará invadindo a seara do legislador, e deixará de ser apenas julgador.

Alguns exemplos de juristas que coadunam com essa teoria: Marcia Carla Pereira Ribeiro^I e Vivian Amaro Czelusniak^{II} no artigo “Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista”, publicado na revista científica Scielo.

Pode-se dizer que não compete aos juízes, em sentido amplo, interpretar dicotomicamente o objetivo da norma. Isso daria a norma uma interpretação diversa da que foi a intenção do legislador. Isso se mostra muito coerente, pelo fato de que o poder das decisões de cunho político e legislativo, dentro de uma democracia, caber única e exclusivamente aos eleitos pelo seu povo, no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, excluindo-se o Judiciário.

Segundo ELY (2010, p. 27), em sua obra intitulada “Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade”, os magistrados devem abster-se em seus julgados de formularem valores substanciais. Deveriam apenas se atentar para a possibilidade de interferência na parte processual do direito.

Ainda segundo a teoria do autor, a única interferência possível, promovida por meio do judiciário, está muito além da interpretação processual, pois tem como principal meta, fazer a justiça perquirida dentro de um processo justo num estado democrático de direito.

Na ótica de ALEXY (1997, p. 129-130), a corrente procedimentalista se autointitula como pós-positivista. O referido autor é um dos grandes simpatizantes e ícone dessa corrente, que defende a distinção entre princípios e normas, asseverando para isso que necessário se faz a instituição de um procedimento que possa determinar a validade de todas as normas, inclusive as normas constitucionais.

No contraponto da conduta da magistratura procedimentalista, tem-se a conduta da corrente substancialista, cujo estudo passa a ser abordado a seguir.

3.3.2. Teoria substancialista

Essa teoria substancialista estimula a prática do ativismo judicial. Corroborar essa afirmação o entendimento dos juristas BALESTRIN & SANTOS (2011, p. 476) no sentido de que “o Poder Judiciário por meio de suas decisões possa criar direito, ou seja, usando-se de uma interpretação construtiva (Dworkin), havendo assim de se analisar que tanto o processo legislativo, quanto ao judiciário detém natureza substancial, onde ambos são legitimados para com a atividade construtivo-criadora de direito, onde a criação de direito por parte do judiciário nasce de suas decisões”.

Ainda de acordo com os autores, o filósofo Dworkin, um dos pilares que sustenta a mesma teoria substancialista, entende que o Poder Judiciário é tão competente quanto o Legislativo para estabelecer e interpretar as leis em sentido amplo. Apoiados nas ideias de Kelsen, os autores asseveram que a origem de um direito através do Poder Judiciário se conduz por meio de precedentes e jurisprudências. Tanto um, quanto o outro não possuíam muita relevância dentro de um sistema *civil law*, adotado no Brasil (BALESTRIN & SANTOS, 2011, p. 479). Destaca-se que, a partir da vigência do novo código de processo civil incorporado a esse sistema, surgiu também uma nova série de precedentes, vinculando as jurisprudências de casos repetitivos, resultando o sistema misto *civil law* e *commom law*.

Por fim, ressalta-se que a diferença entre as teorias substancialista e a procedimentalista reside no fato de que: na teoria procedimentalista, a magistratura não tem espaço para interpretar a lei fora da letra constitucional; na substancialista, por sua vez, o Poder Judiciário tem autonomia para interpretar a lei e decidir ideologicamente.

3.4. O controle de constitucionalidade

Tomando por base o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, mister se torna, inicialmente, conceituarmos as características relativas a esse sistema, cujo objetivo, consoante LELIS (2017, p. 3): “é aferir a compatibilidade de atos ou normas (tais quais leis, atos administrativos, tratados internacionais) com as disposições elencadas na Constituição.”. Ainda de acordo com LELIS, as características sistêmicas do controle de constitucionalidade assim são classificadas: quanto aos órgãos que exercem o controle de constitucionalidade, quanto ao momento de realização do controle, quanto à forma (modo) de aplicação do controle e quanto à ocorrência do controle por ação ou omissão.

Assim, quanto ao fato de ser exercido por múltiplos órgãos, ou por um deles, o controle de constitucionalidade se classifica em “difusa quando é realizada por uma diversidade de órgãos (por exemplo, por diversos tribunais comuns), enquanto será classificada como concentrada aquela fiscalização exercida exclusivamente por apenas um órgão (ou pouquíssimos órgãos), a exemplo dos ordenamentos que confiam tal responsabilidade puramente a seus tribunais constitucionais”.

Quanto ao momento de realização do controle, LELIS (2017, p. 3) destaca que a classificação se desdobra em “controle preventivo e o controle sucessivo. Será preventivo quando realizado sobre atos ou normas ainda em processo de criação e sem consumação de efeitos. Por outro lado, exerce-se o controle sucessivo apenas sobre atos ou normas já criados, eficazes e já passíveis da produção de efeitos”.

Quanto à forma (modo) de aplicação da fiscalização, ainda de acordo com LELIS, o controle pode ser classificado como abstrato e concreto:

A fiscalização será concreta quando a declaração ou constatação da inconstitucionalidade advier em virtude da aplicação da norma em casos concretos (como em lides em disputas nos tribunais). Dessa forma, a partir da análise de um caso específico, constatar-se-á a inconstitucionalidade de uma norma ou um ato, gerando efeitos apenas para aquele caso em disputa. Em contraste, a fiscalização abstrata se dá quando é feita a análise da constitucionalidade levando-se em consideração apenas a norma e sua compatibilidade com a Constituição, independente de sua aplicação em qualquer caso específico. Nessa forma de controle os efeitos são gerais, aplicando-se a quaisquer casos que sejam tocados pela norma em questão. (p. 3-4)

Por fim, LELIS (2017, p. 4) salienta que a classificação do controle de constitucionalidade pode ocorrer por ação ou omissão o “primeiro caso (por ação), como parece ser sugerido pelo próprio nome, caracteriza-se como uma violação positiva da Constituição, ou seja, a prática de um ato que total ou parcialmente viole o texto constitucional. Por outro lado, a inconstitucionalidade por omissão possui um caráter negativo, consistindo na violação da Carta Magna mediante a inércia de algum órgão, gerando situação que impeça o cumprimento de preceitos constitucionais”.

No que concerne ao controle da constitucionalidade das leis pelos tribunais, RAMOS, ROSÁRIO e VIANA (2019, p. 31) asseveram que, em Portugal “foi apenas com a Constituição de 1976, no bojo de um Estado de Direito democrático, que tal fiscalização viria a ter pleno desenvolvimento, vez que conjugaria os “poderes [revisoriais] de todos os tribunais (artigo n. 204 da Constituição Portuguesa) e do Tribunal Constitucional (artigo n. 280 da Constituição Portuguesa)⁴⁴ – ao qual pertence sempre a última palavra”.

Concluída a breve síntese conceitual, a seguir a abordagem terá por foco o estudo específico de controle constitucionalidade.

3.4.1. O controle de constitucionalidade português

Temporalmente, a fiscalização da constitucionalidade das leis portuguesa pelos tribunais, de acordo com MIRANDA (s.d., p. 2), foi consagrada pela Constituição de 1911, primeira Constituição republicana portuguesa, e, em larga medida, sob direta influência da Constituição republicana brasileira de 1891 e do pensamento de Rui Barbosa.

No que tange ao controle de constitucionalidade português, o TC, segundo GUERRA (2017, p. 3), “é marcado pela autocontenção em seus julgados, ao contrário do Supremo Tribunal Federal, que possui o ativismo judicial como característica presente em seus acórdãos. Analisamos as características de cada sistema, bem como as controvérsias mais marcantes em relação à fiscalização concreta. Por fim, abordamos como a sociedade brasileira interferiu no modelo de justiça constitucional, fazendo com que o ativismo fosse uma característica presente no ordenamento jurídico brasileiro, além de apresentar soluções para a prevenção do ativismo, com base no ordenamento luso”.

A mesma autora (2017, p. 27) assevera que, “o sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade português, surgido com a revisão constitucional de 1982, apresenta quatro características fundamentais: a conjugação da fiscalização judicial concreta e difusa com a fiscalização abstrata e concentrada; a possibilidade de fiscalização não apenas por ação, mas também por omissão; a existência do mecanismo de fiscalização preventiva, de inspiração francesa; e, por fim, o instituto de fiscalização da legalidade das leis, o qual não tem paralelo em nenhum outro sistema jurídico”.

Vale ressaltar que o controle de constitucionalidade, consoante MONÇÃO (2015, p. 1), “nada mais é do que aquele efetuado pelos órgãos do Poder Judiciário, dentre os quais o Tribunal Constitucional (Portugal) e o Supremo Tribunal Federal (Brasil), a quem as respectivas Constituições pátrias, atribuem precipuamente a função de Guardiã da Constituição”.

O controle preventivo português, ainda segundo o autor, “possui previsão constitucional no artigo 278.º e é realizado nos moldes do sistema francês: o ato normativo é enviado ao Tribunal Constitucional, antes da promulgação, para que avalie sua constitucionalidade, sendo legitimados para propor esse controle o Presidente da República, Ministros da República, Primeiro-Ministro e 1/5 dos deputados da Assembleia da República”. (p.1-2)

No ordenamento português, o controle de constitucionalidade encontra-se envolto em um sistema bastante peculiar, tanto no que se refere ao órgão responsável pela aplicação, como pela forma em que se dá a fiscalização.

Não obstante a complexidade e os inúmeros detalhes que envolvem a sistemática de aferição e garantia da constituição lusitana, tem-se, em termos gerais, a existência de um sistema misto em suas formas abstratas e concretas, exercido conjuntamente pelo TC e pelos tribunais comuns.

A fiscalização de constitucionalidade está prescrita na Constituição da República Portuguesa, especificamente nos artigos 277 a 283, os quais tratam da matéria, estabelecendo balizas e procedimentos de atuação. Sendo certo, contudo, não se deixar perder de vista os artigos 204 e o 221 a 224 pelas suas grandes relevâncias no bojo do sistema lusitano de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos.

O texto constitucional prevê, ainda, a fiscalização preventiva da constitucionalidade, em seu artigo 278, além de tratar da inconstitucionalidade por ação e por omissão em seus artigos 277 e 283, respectivamente. Noutro giro, relativamente à fiscalização sucessiva, encontrar-se-á a sua previsão nos artigos 280 e 281 que tratam da fiscalização de constitucionalidade concreta e abstrata, nessa ordem.

i. O controle concreto de constitucionalidade

De acordo com o artigo 204 da Constituição lusitana, os tribunais, em suas decisões, não podem contrariar as normas constitucionais, impondo-se, assim, o controle concreto da constitucionalidade, a fim de se preservar a supremacia constitucional.

Não obstante, vale registrar que o TC se insere no rol dos tribunais indicados no já citado artigo 204, do qual se infere que pode analisar, de igual modo, concretamente, a constitucionalidade de normas.

Já no que diz respeito aos tribunais comuns, tem-se que esses detêm competência para conhecer e decidir acerca da constitucionalidade das normas, sem afastar a possibilidade de recurso ao TC.

Quando da fiscalização concreta por parte dos tribunais, a decisão fica adstrita ao caso julgado, tendo efeito *inter partes*. Nesse sentido, cita-se o entendimento de MIRANDA (2013, p. 241-242), segundo o qual independente do tribunal, *a quo* ou Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade da norma deve ser conhecida e aplicada somente ao caso que está sendo julgado.

Nesse tipo de fiscalização, prescreve o artigo 280 da Carta Magna que: "l. cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo" (CRP, 1976). Vê-se, ainda, a possibilidade de recurso nas situações em que aplicadas normas pelos tribunais comuns, previamente tidas por inconstitucionais pelo TC. Em tais casos, tem-se como obrigatória a interposição de recurso em se tratando do Ministério Público.

No caso da fiscalização concreta observa-se, ainda, que a análise do juiz independe

de manifestação das partes ou de qualquer outra provocação acerca de eventual inconstitucionalidade. Isso porque, no caso, compete ao magistrado examinar, de ofício, a não violação da norma à Constituição Portuguesa.

ii. O controle abstrato da constitucionalidade

A fiscalização abstrata da constituição revela-se outra ferramenta fundamental de controle da garantia constitucional no direito lusitano. Segundo MIRANDA (2013, p. 290-295), a fiscalização abstrata está atrelada a um poder funcional de iniciativa, que se traduz na capacidade de requerer à corte constitucional o exame da constitucionalidade de determinada norma. Conforme cita o autor, trata-se de poder funcional vinculado à competência de determinados órgãos, sob uma perspectiva de interesse público e objetivo e não, propriamente, ao simples direito de iniciativa particular.

De acordo com o artigo 281, número dois, da Constituição lusitana, em sede de fiscalização sucessiva, a capacidade de postular junto à Corte Constitucional fica adstrita aos órgãos ou frações de órgãos a seguir elencados: o Presidente da República; o Presidente da Assembleia da República; o Primeiro-Ministro; o Provedor de Justiça; o Procurador-Geral da República; um décimo dos deputados da Assembleia da República; e, nos casos em que se refira a violação de direitos das regiões autónomas: os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados da respectiva Assembleia Legislativa.

Com relação à fiscalização preventiva da constitucionalidade, o artigo 278, por sua vez, confere capacidade postulatória: ao Presidente da República, aos Representantes da República (de decretos regionais), o Primeiro-Ministro ou um quinto dos deputados da Assembleia da República. De tal modo, fica o direito de requerer a fiscalização abstrata da constitucionalidade adstrito aos mencionados órgãos, afastando-se, no caso, a capacidade postulatória dos particulares.

Diametralmente distinta da fiscalização concreta de constitucionalidade, na qual o efeito se dá somente para o caso que está sendo submetido a apreciação judicial e valendo somente para as partes envolvidas na contenda, a fiscalização abstrata realizada pela Corte Constitucional emana obrigatoriamente efeitos erga omnes, ou seja, vale contra todos. Noutras palavras, declarada uma norma inconstitucional, ela é expurgada do mundo jurídico e, com isso, o Tribunal age na qualidade de legislador atípico negativo (KELSEN, 2003, p. 244-250).

Nessa linha, toda contenda apreciada sobre norma em sede de controle abstrato pelo TC, que for declarada inconstitucional, torna-se uma vedação absoluta aos tribunais sua reapreciação, fato esse que no controle de constitucionalidade concreto já não ocorre, pois, podem os demais tribunais ou tribunais comuns, continuarem a aplicar a lei declarada inconstitucional pela Corte constitucional.

3.4.2. O controle de constitucionalidade brasileiro

O Controle de Constitucionalidade brasileiro, consoante a Constituição da República Brasileira de 1988, é exercido por meio de sistema misto: parte estadunidense, nomeado como concreto, incidental ou difuso; parte austríaco, nominado como concentrado, direto ou abstrato.

Quanto ao exercício do controle, LIMA (2021, p. 53) assevera que este é exercido por todos os poderes, cada qual dentro de sua jurisdição, sendo que, quando “exercido por órgãos do Poder Judiciário, é chamado de controle jurisdicional. Também pode ser político, se exercido por órgãos estatais sem poder jurisdicional. Via de regra, os Poderes Legislativo e Executivo exercem o controle preventivo de constitucionalidade, enquanto o Poder Judiciário exerce o controle repressivo”.

No Poder Judiciário, esse controle é realizado pelo STF, órgão considerado guardião da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)/1988, cabendo a ele fazer a análise e a interpretação dos preceitos constitucionais, assegurando que não afrontem a lei Maior.

No contraponto do sobredito, ainda que afirmando a conscientização sobre o animus de permanência, BARROSO (2012, p. 97) sustenta que as constituições sejam passíveis de mutações nas seguintes situações:

- 1 - Mutação constitucional, pela atuação do legislador;
- 2 - A mutação constitucional por meio da interpretação, e
- 3 - A mutação por via dos costumes.

No primeiro caso, mutação constitucional por atuação do legislador, está intimamente relacionada à alteração do significado da norma constitucional, sem, no entanto, a ocorrência de modificação do texto legal, ou utilização de mecanismos constitucionais para emendas ao texto original (BARROSO, 2012, p. 97-98).

A mutação constitucional, de acordo com SILVA (2009, citado por VASCONCELLOS e MACIL, 2016, p. 16), “consiste num processo não formal de mudança das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas pela

interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado”.

Quanto ao segundo, a mutação constitucional por meio da interpretação, LENZA (2001, p. 53) assevera que a mutação do texto constitucional por meio da interpretação, vertente informal, pode ocorrer diante de uma alteração na interpretação acerca de um dispositivo da Constituição. Noutra forma de se dizer, tal ocorrência somente se dá na hipótese de alteração do normativo em razão de novel interpretação.

O terceiro, mutação manifestada pelos costumes, é controverso em relação à doutrina, pois a Constituição, positivada e rígida, mesmo diante de práticas reiteradas (costumes), enfrenta a difícil aceção de que possa ser alterado no corpo da constituição.

Todas as formas supracitadas de mutações são válidas de alguma forma, porém é importante salientar a análise de STRECK (2008, p. 104), citando o Ministro Eros Grau, constitucional e o ativismo judicial. Portanto, é preciso analisar cautelosamente a distinção entre mutação constitucional e ativismo judicial, sobretudo pelo fato da suprema corte brasileira, por diversas vezes, romper a fronteira constitucional. Nesses casos, em vez dos julgados focarem o direito, lastreiam-se na política (STRECK, 2008, p. 105).

CAPÍTULO 4 - Discussão e análise do resultado da investigação

Neste capítulo, almeja-se discutir sobre o resultado alcançado acerca do objeto de estudo e análise, com o fito de embasar a conclusão da investigação.

Em leitura preliminar, constatou-se intensa demanda pelas atividades da justiça luso e brasileira no período de pandemia. Visando a coerência e igualdade de parâmetros, o levantamento das decisões da justiça de ambos os países se limitou ao recorte das principais ações judiciais relacionados às decisões com viés ativista, ocorridas nesse período.

Assim, inicialmente, se buscará identificar e agrupar as principais ações com viés ativista, consoante o critério da judicialização, ocorridas no período da pandemia do coronavírus – SARS-CoV-2 (covid19), designadamente 2019-2020, devido às polêmicas e discussões acerca das decisões da justiça luso e brasileira, por ocasião do enfrentamento pandêmico.

Sequencialmente, as decisões identificadas e selecionadas serão analisadas.

4.1. Síntese das decisões com viés ativista, proferidas pelo judiciário luso e brasileiro, casos 1 e 2.

Nesta Seção serão apresentados os casos contemplados pelas práticas jurídicas identificadas com viés ativista, conduzidas ao TC e ao STF, no sentido de subsidiar o desenvolvimento da Seção seguinte, na qual se procederá à análise das decisões dos casos selecionadas.

Inicialmente, é de referir os parâmetros condutores da descrição do caso, nomeadamente: origem, decisão, argumento e causa.

4.1.1. Caso 1 - Acórdão TC - 464/junho-2022

Quanto à origem, o caso sob exame enseja a norma editada pelo Governo Federal acerca da Regulação de limitações à liberdade individual por declaração de situação de calamidade.

No tocante ao aspecto decisório, foi expresso por meio de Acórdão TC 464 de junho de 2022.

No que concerne a argumentação, pautou-se na inconstitucionalidade do ponto de vista material dos confinamentos gerais e das quarentenas decretadas, por configurarem verdadeiras privações de liberdade, a exemplo das prisões domiciliárias, pelo que não são admissíveis sem ser decretado estado de emergência ou sem uma decisão judicial que as sustentem.

No que tange à causa propulsora da ação ativista praticada pelo poder judiciário, conclui-se que o estímulo à judicialização decorreu da ausência de critério de controle, especificamente quanto à Juridicidade.

Concluída a síntese em referência aos parâmetros do caso, ininterrupta relata-se os aspectos relevantes relacionados à decisão, para, sequencialmente, adentrar-se na sua interpretação.

Diante da situação de calamidade no âmbito da pandemia da doença COVID-19, o TC foi instado a se pronunciar sobre os seguintes pontos, analisados no Processo n.º 638/21: confinamento obrigatório, direito à liberdade e à segurança, inconstitucionalidade, reserva relativa de competência legislativa e tráfego aéreo, trazidos à baila por meio da vigência da Resolução do Conselho de Ministros n.º 59- B/2021, de 13.05.

Com base nos fundamentos abaixo, deliberados no Acórdão n.º 464/2022, o TC julgou os pontos analisados do processo n.º 638/21 improcedentes por inconstitucionalidade.

Nesse contexto, a Ordem dos Advogados (OA, 2022) abrigou em sua página a citada decisão do TC, cuja fundamentação centrou-se em: “a) norma do artigo 25.º, n.ºs 1 e 4, do Regime anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-C/2021, de 30.04, na redação conferida pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 59-B/2021, de 13.05, por violação do disposto no artigo 27.º (n.ºs 1, 2 e 3) e 165º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa” (Publicado no Diário da República. - Série II-D - n.º 180 (16-08-2022), p. 113).

Em face do exposto, cabe transcrever os incisos relacionados aos pontos dos artigos 27º e 165º da CRP que serviram de base para a fundamentação do acórdão supra do TC, bem como a norma afrontadora constante do artigo 25º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-C/2021, de 30 de abril/Presidência do Conselho de Ministros, para fins de cotejamento; senão vejamos:

Artigo 27.º

(Direito à liberdade e à segurança)

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança;
2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança; (...)

Artigo 165.º

(Reserva relativa de competência legislativa)

1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: a) Estado e capacidade das pessoas; b) Direitos, liberdades e garantias; (...).

Artigo 25.º

(Regras aplicáveis ao tráfego aéreo em matéria de confinamento obrigatório)

- 1 - Os passageiros dos voos com origem em países que integrem a lista a definir nos termos do n.º 4 devem cumprir, após a entrada em Portugal continental, um período de isolamento profilático de 14 dias, no domicílio ou em local indicado pelas autoridades de saúde, não se considerando origem, para efeitos da presente norma,

uma escala aeroportuária em qualquer desses países. [Redação do n. 02 da Resolução do Conselho de Ministros n. 0 59-B/ 2021, de 14 de maio];

2 - O disposto no número anterior é ainda aplicável aos passageiros de voos com origem inicial na África do Sul, no Brasil e na Índia, que tenham feito escala ou transitado noutros aeroportos, e aos passageiros de voos, independentemente da origem, que apresentem passaporte com registo de saída da África do Sul, do Brasil ou da Índia nos 14 dias anteriores à sua chegada a Portugal;

3 - Estão excecionados do disposto nos números anteriores, devendo limitar as suas deslocações ao essencial para o fim que motivou a entrada em território nacional, os passageiros que:

a) Se desloquem em viagens essenciais e cujo período de permanência em território nacional, atestado por bilhete de regresso, não exceda as 48 horas;

b) Se desloquem em viagens essenciais no âmbito dos eventos organizados pela Presidência Portuguesa do Conselho da União Europeia, independentemente do período de permanência;

c) Se desloquem exclusivamente para a prática de atividades desportivas integradas em competições profissionais internacionais, constantes de lista a definir nos termos do número seguinte, desde que garantido o cumprimento de um conjunto de medidas adequadas à redução máxima de riscos de contágio, nomeadamente evitando contactos não desportivos, e a observância das regras e orientações definidas pela DGS. (Biblioteca da Ordem dos Advogados, 2022, p.1)

Vê-se que o TC, diante da situação de calamidade decretada pelo governo, na prática, vislumbrou uma suspensão de direitos fundamentais, previstos unicamente nos estados de exceção constitucional, sendo o estado de emergência precisamente adequado às crises sociais de calamidade pública.

4.1.2. Caso 2 - Acórdão STF - Referendo na Medida Cautelar na ADI 6.341 – DF/ novembro -2020

Quanto à origem, o caso em estudo concerne à norma editada pelo Governo Federal acerca da Regulação de limitações à liberdade de prefeitos e governadores na tomada de ações em face da pandemia.

No tocante ao aspecto decisório, se deu por meio de Acórdão STF - Referendo na Medida Cautelar na ADI 6.341 – DF/ novembro -2020.

No que tange à argumentação, pautou-se na autonomia a prefeitos e governadores para determinarem medidas para o enfrentamento ao coronavírus, com o argumento de que havia sido violada a autonomia dos entes federados de acordo com os artigos 23 (competência comum), 24 (competência concorrente) e 198 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Relativamente à causa propulsora da ação ativista praticada pelo poder judiciário, conclui-se que o estímulo à judicialização, assim como no caso de Portugal, decorreu da ausência de critério de controle, especificamente quanto à Juridicidade.

Concluída a síntese em referência aos parâmetros do caso, ininterrupta relata-se os aspectos relevantes relacionados à decisão, para, sequencialmente, adentrar-se na sua interpretação.

No seu bojo, a Medida Provisória (MP) 926/2020, editada pelo Presidente da República, dentre outras prescrições, restringia a liberdade de prefeitos e governadores na tomada de ações em face da pandemia.

À vista disso, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) contestou a MP por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341, instando o STF a se manifestar sobre a questão.

Na análise da questão, os ministros do STF posicionaram-se favoráveis ao contestado pelo PDT, por entenderem que a competência jurisdicional do governo federal se limita a definição de serviços e atividades de interesse nacional, cabendo aos prefeitos e governadores, portanto, disciplinarem a situação em suas respectivas zonas de circunscrição.

Salienta-se que o ministro-relator, Marco Aurélio, em março de 2020, já tinha deferido uma medida cautelar, acolhendo o questionamento do PDT, com o argumento de que havia sido violada a autonomia dos entes federados de acordo com os artigos 23 (competência comum), 24 (competência concorrente) e 198 da Constituição da República Federativa do Brasil; senão vejamos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo. (Agência do Senado Federal, 2020, p.1)

A exceção do aspecto jurisdicional acima, os demais pontos da medida provisória continuaram válidos, visto que os ministros não viram irregularidade no restante do texto.

Visando favorecer a interpretação e a análise comparada das causas que deram origem aos casos apresentados, a tabela estruturada a seguir tomou por base os mesmos parâmetros dos casos judiciais selecionados, objetos das decisões do judiciário português e brasileiro.

No sentido de elucidá-la, cabe esclarecer os parâmetros tabelados, assim retratados: 1.1. e 2.1. Origem da questão, caracterizado pela ação que deu causa à judicialização precursora da decisão judicial; 1.2. e 2.2. Decisão, qualificada pelo tipo e numeração do

processo; 1.3. e 2.3. Síntese argumentativa, caracterizada pelo resumo da decisão expressa no processo; e 1.4 e 2.4. Classificação da causa que deu origem à judicialização (capítulo anterior: 3.2.1 a 3.2.4).

Tabela 2 - Casos 1 e 2 - Síntese das questões que deram causa a decisões com viés ativista, proferidas pelo judiciário luso e brasileiro.

Caso 1. PORTUGAL - Privação de liberdade na Pandemia				Caso 2. BRASIL – Descentralização do poder executivo central			
1.1. Origem da questão	1.2. Decisão	1.3. Síntese argumentativa	1.4. Causa que deu origem à judicialização	2.1. Origem da questão	2.2. Decisão	2.3. Síntese argumentativa	2.4. Causa que deu origem à judicialização
Governo Federal – Regulação de limitações à liberdade individual por declaração de situação de calamidade.	Acórdão TC - 464/junho-2022	Confinamentos gerais e as quarentenas decretadas inconstitucionais do ponto de vista material, por configurarem verdadeiras privações de liberdade, a exemplo das prisões domiciliárias, pelo que não são admissíveis sem ser decretado estado de emergência ou sem uma decisão judicial que as sustentem.	Judicializado por ausência de critério de controle – Juridicidade.	Governo Federal – MP 926/2020 - enfrentamento da emergência de saúde pública, decorrente do coronavírus.	Acórdão STF - Referendo na Medida Cautelar na ADI 6.341 – DF/ novembro -2020	Garantia de autonomia a prefeitos e governadores para determinarem medidas para o enfrentamento ao coronavírus.	Judicializado por ausência de critério de controle – Juridicidade.

Fonte – Elaborada pelo autor, a partir das decisões judiciais luso e brasileiras

4.1.3. Síntese dos pareceres judiciais dos casos 1 e 2.

Entendeu o Tribunal Constitucional que a situação de calamidade decretada pelo governo, na prática, evidenciaria uma suspensão de direitos fundamentais, previstos unicamente nos estados de exceção constitucional, sendo o estado de emergência precisamente adequado às crises sociais de calamidade pública.

Ora, é isso o que sucede porque a situação de calamidade, ao envolver a suspensão dos direitos fundamentais de circulação, de liberdade de trabalho e de propriedade privada, configura um estado de exceção constitucional decretado administrativamente pelo Governo, que será sempre inconstitucional – tanto material como organicamente – porque decidido fora do condicionalismo estabelecido pelo artigo 19.º da CRP, o qual prevê a suspensão do exercício de direitos, somente por meio da decretação dos institutos jurídicos do estado de sítio ou de estado de emergência.

Já no Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, o STF, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator) no sentido de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, acrescida de interpretação conforme à Constituição, nos termos do inciso I do art. 198, bem como aos ditames do § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo na Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

4.2. Síntese das decisões com viés ativista, proferidas pelo judiciário luso e brasileiro, casos 3 e 4.

Nesta Seção serão apresentadas as práticas jurídicas identificadas com viés ativista, conduzidas ao Tribunal da Relação de Lisboa e ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região/TRF-1.

Inicialmente, destacam-se os parâmetros condutores da descrição do caso, nomeadamente: origem, decisão, argumento e causa.

4.2.1. Caso 3 - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa/fevereiro de 2021 - Processo 3463/19.7T8VFX

Quanto à origem, o caso em tela remete-se à Lei 1-A/2020, de 19/03, versão actualizada - Medidas excepcionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, aplicada em decorrência de ação de despejo movida por arrendante em face do inadimplemento de renda de seus arrendatários.

No que concerne ao aspecto decisório, foi proferido por meio do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa/fevereiro de 2021 - Processo 3463/19.7T8VFX.

A síntese argumentativa tivera por pauta o fato de que as ações de despejo não ficam suspensas por força da legislação Covid-19; para que a suspensão ocorra tem que haver um despacho judicial que declare verificados os pressupostos da previsão da suspensão do artigo 6-A/6-c da Lei 1-A/2020 na redação agora em vigor.

Relativamente à causa indutora da ação ativista praticada pelo poder judiciário, conclui-se que o estímulo à judicialização decorreu da ausência de critério de controle, em específico à discricionariedade concedida pela norma no que concerne à liberdade de atuação do Estado, na pessoa do servidor público dotado de autoridade.

Concluída a síntese em referência aos parâmetros do caso, ininterrupta relata-se os aspectos relevantes relacionados à decisão, para, sequencialmente, adentrar-se nos interpretativos.

Numa ação de despejo (artigo 14/1 da Lei 6/2006 de 27/02) movida pelo arrendante em face do inadimplemento de renda de seus arrendatários, datada de 12 de novembro de 2019, período da infecção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, o juízo proferiu a sentença com base nas medidas excepcionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica.

Na presente ação movida pelo autor contra os réus, com vista a obter a entrega do locado, objeto de contrato de arrendamento para fins habitacionais, bem como o pagamento das rendas vencidas e não pagas, os réus mostram-se citados sem que tenham deduzido contestação. Prevê o art. 6-A da Lei 1-A/2020, de 19/03, versão actualizada, sob a epígrafe Regime processual transitório e excepcional (i.e. em vigor até ser revogado ...), no seu n.º 6 que “Ficam suspensos no decurso do período de vigência do regime excepcional e transitório: (...) c) As ações de despejo, os procedimentos especiais de despejo e os processos para entrega de coisa imóvel arrendada, quando o arrendatário, por força da decisão judicial final a proferir, possa ser colocado em situação de fragilidade por falta de habitação própria ou por outra razão social imperiosa; (...)”. Em face do alegado pelo autor na petição inicial, confessado pelos réus dada a não oposição, encontrarem-se reunidos os pressupostos vertidos no mencionado preceito legal e que determinam a suspensão *ope legis* da presente ação, nos termos do disposto no art. 269/1-d) do CPC, o que obsta à prática de quaisquer atos no processo que não sejam urgentes e determina que não corram

os prazos judiciais - cfr. art. 275, nºs 1 e 2, do CPC. Assim e até revogação da referida situação excepcional e transitória, mantém-se a suspensão da ação de despejo, pelo que se indefere o que vem requerido. (IGEF - Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça – IGEF -, 2021, p. 1)

Irresignada com a decisão que lhe fora desfavorável, a parte autora recorre ao Tribunal da Relação de Lisboa, e, ao final, requer que o despacho recorrido deva ser revogado e ser ordenado o prosseguimento do processo de despejo. Diante disso, o Tribunal assim se posiciona:

Questão que importa decidir: se o despacho é nulo por falta de fundamentação; se a ação não se deve considerar suspensa e se, por isso, o processo deve prosseguir. Os factos que interessam à decisão desta questão são as ocorrências descritas no relatório deste acórdão.

Da nulidade

(...) Assim, não se verifica nenhuma das duas nulidades arguidas; os factos que justificam a decisão constam do despacho e os fundamentos invocados são coerentes com o entendimento do tribunal de que a instância está suspensa.

Da suspensão - despacho errado pelos seguintes motivos:

1) Suspensão do Processo não pode depender somente da lei sendo a melhor exegese não a automaticidade da suspensão decretada na legislação covid-19, mas sim o da necessidade de um despacho judicial que pondere a situação em que os arrendatários podem ser colocados perante a cessação do contrato e a condenação da entrega da fracção arrendada;

2) Por outro lado, os factos que se podem considerar admitidos por acordo - que são só: i/ o arrendamento foi para habitação dos réus; ii/ os réus não pagam as rendas - não permitem a conclusão de que o prosseguimento do processo poderá colocar os réus em situação de fragilidade, pois podem ter uma outra habitação para onde possam ir morar, sendo, pois estes que devem alegar a situação que se encontrarão caso seja decretada a resolução do e a entrega da fracção.

Logo, depreende-se do texto legal que, ao contrário do que se defende na decisão recorrida, a suspensão do processo não decorre da própria lei, mas sim de uma decisão judicial que, perante a prova produzida de forma contraditória de factos oportunamente alegados pelos arrendatários, considere preenchida a supra referida previsão legal da suspensão do processo. (...).

Por outro lado, os factos que se podem considerar admitidos por acordo - que são só: i/ o arrendamento foi para habitação dos réus; ii/ os réus não pagam as rendas - não permitem a conclusão de que o prosseguimento do processo poderá colocar os réus em situação de fragilidade: desde logo não é possível afastar a hipótese de que os réus tenham, quando tal acontecer, uma outra habitação para onde possam ir morar. Daqui decorre que são os réus que, naturalmente, saberão qual é a situação em que serão colocados perante a execução de uma decisão final que declare a resolução e condene na entrega da fracção arrendada, pelo que serão eles que terão de alegar os factos respectivos. Tendo em conta o texto da lei, transcrito pela decisão recorrida, e o que antecede, entende-se, pois, ao contrário do que se defende na decisão recorrida, que a suspensão do processo não decorre da própria lei, mas sim de uma decisão judicial que, perante a prova produzida de forma contraditória de factos oportunamente alegados pelos arrendatários, considere preenchida a supra referida previsão legal da suspensão do processo. (...). Assim sendo, não tendo havido qualquer decisão judicial que tenha considerado preenchida a previsão legal da suspensão do processo prevista na legislação covid-19, e sendo ela necessária, tem que se concluir que o processo não estava suspenso quando foi proferido o despacho que indeferiu o prosseguimento do processo requerido pelo autor. E não estando suspenso o processo, não tem sentido, nem efeito, o despacho que mantém uma suspensão inexistente, pelo que o despacho de indeferimento do requerido pelo autor deve ser revogado.

Pelo exposto, julga-se procedente o recurso, revogando-se o despacho recorrido, devendo, por isso, o processo prosseguir a sua sequência legal normal (já que o processo não está suspenso). (IGEF - Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça – IGEF -, 2021, p. 1)

4.2.2. Caso 4 - Tribunal Regional Federal da 1ª Região/TRF-1- Abril/2020

Quanto à origem, trata-se de liminar concedida em Ação Popular para o bloqueio dos fundos eleitoral⁶ e partidário⁷ em favor de campanhas para o combate à Pandemia de Coronavírus – Covid-19, ou a amenizar suas consequências econômicas.

No que concerne ao aspecto decisório, foi proferido por meio de Decisão de Cassação emanada pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região/TRF-1.

A síntese argumentativa pautou-se no fato de que houve interferência em atos de gestão e de execução do orçamento público e no exercício de competências constitucionalmente reservadas ao Executivo e ao Legislativo.

Relativamente à causa indutora da ação ativista praticada pelo poder judiciário, conclui-se que o estímulo à judicialização decorreu da ausência de critério de controle, em específico à discricionariedade concedida pela norma à liberdade de atuação do Estado, quanto à atuação do servidor público dotado de autoridade.

Concluída a síntese em referência aos parâmetros do caso, ininterrupta relata-se os aspectos relevantes relacionados à decisão, para, sequencialmente, adentrar-se na sua interpretação.

Cidadão impetrou Ação Popular que fora distribuído para 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (PROCESSO: 1020364-92.2020.4.01.3400), visando o bloqueio dos fundos eleitoral e partidário para utilização desses valores nos gastos a favor de campanhas para o combate à Pandemia de Coronavírus – COVID19 bem como mitigar suas consequências econômicas.

Diante disso, assim decidiu o juiz, Itagiba Catta Preta Neto, em 07/04/2020:

⁶ O Fundo Eleitoral foi criado em 2017 pelas Leis nº 13.487 e 13.488, aprovadas pelo Congresso Nacional. Com a proibição de doações de pessoas jurídicas estabelecida por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de 2015, o Fundo Eleitoral tornou-se uma das principais fontes de receita para a realização das campanhas eleitorais.

⁷ O Fundo Partidário (FP), por sua vez, é mais antigo. Instituído em 1995 pela Lei nº 9.096 (Lei dos Partidos Políticos), ele foi durante muito tempo a única fonte de recurso público dividida entre os partidos. Além de poderem ser usados para financiar campanhas eleitorais, os valores do Fundo Partidário são utilizados para custear atividades rotineiras das legendas, como o pagamento de água, luz, aluguel e passagens aéreas, entre outros.

Com efeito, o pedido nestes autos é claro: “que a União e o Congresso Nacional destinem as verbas do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas ao enfrentamento do coronavírus ‘COVID-19’”. (...). A pandemia que assola toda a Humanidade é grave, sendo descabidas, aqui, maiores considerações sobre aquilo que é público e notório. Que tem afetado de forma avassaladora a vida do país. Além da pandemia, e por causa dela, a crise econômica não é mais uma perspectiva. É concreta, palpável. Milhões de trabalhadores informais, autônomos e vários outros, em todo o país, já passam por dificuldades de ordem alimentar inclusive, fechamento da maioria dos segmentos do comércio, nas maiores cidades brasileiras, tem gerado quebra e desemprego em massa. (...) Nesse contexto a manutenção de fundos partidários e eleitorais incólumes, à disposição de partidos políticos, ainda que no interesse da cidadania (Art. 1º, inciso II da Constituição), se afigura contrária à moralidade pública, aos princípios da dignidade da pessoa Humana (Art. 1º, inciso III da Constituição), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, inciso IV da Constituição) e, ainda, ao propósito de construção de uma sociedade solidária (Art. 3º, inciso I da Constituição). (...). Nesse contexto, inclusive em vista da plausibilidade do provimento final, decorrente do estado de necessidade para o qual caminha a Nação, é de ser deferida a medida antecipatória. Assim, DEFIRO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA para, por hora, suspender a eficácia do Art. 16-C, § 2º da Lei Nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.487/17. Determino, em decorrência, o bloqueio dos fundos eleitoral e partidário, cujos valores não poderão ser depositados pelo Tesouro Nacional, à Disposição do Tribunal Superior Eleitoral. Os valores podem, contudo, a critério do Chefe do Poder Executivo, ser usados em favor de campanhas para o combate à Pandemia de Coronavírus – COVID19, ou a amenizar suas consequências econômicas. (Alves, 2020, p. 1-6).

Inconformada com a decisão, a Advocacia Geral da União impetrou recurso de SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA (PROCESSO: 1009299-18.2020.4.01.0000) junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no que fora sucedida pelo deferimento da suspensão dado pelo Presidente do TRF-1, Desembargador Carlos Moreira Alves, nos seguintes termos:

Trata-se de pedido formulado pela União Federal com propósito de obter a suspensão dos efeitos de tutela antecipada por meio da qual o Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação popular nº. 1020364-92.2020.4. 01.3400. (...)

Argumentando, em síntese, com a ocorrência de grave lesão à ordem pública e à ordem administrativa, com interferência sensível na separação dos poderes da República, alude à usurpação de competência de Juízo preventivo, como modalidade de grave lesão à ordem jurídica, sustentando violação aos princípios do juiz natural, da segurança jurídica e do devido processo legal. (...)

O deferimento do pleito suspensivo, na linha da legislação de disciplina, está assim condicionado a que se faça plenamente caracterizada ocorrência de grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia públicas, diante do caráter de excepcionalidade da medida, impondo-se à requerente demonstrar, de forma cabal, que a produção dos efeitos da deliberação questionada trará grave consequência à coletividade, nos parâmetros antes indicados. (...)

O ato jurisdicional aqui questionado, na perspectiva de proteção à saúde física e econômica da população brasileira, sem indicar nenhuma omissão dos Poderes constituídos da República, no âmbito de suas respectivas esferas de competência, interfere em atos de gestão e de execução do orçamento público, da mesma forma como interfere no exercício de competências constitucionalmente outorgadas a autoridades dos Poderes Executivo e Legislativo, impondo, efetivamente, grave lesão à ordem pública, sob viés da ordem administrativa. (...)

Pelo exposto, defiro o pedido de suspensão formulado na peça inicial. (Alves, 2020, p. 1-6)

Visando favorecer a interpretação e a análise comparada das causas que deram origem aos casos apresentados, a tabela estruturada a seguir tomou por base os mesmos parâmetros dos casos judiciais selecionados, objetos das decisões do judiciário português e brasileiro. No sentido de elucidá-la, cabe esclarecer os parâmetros tabelados, assim retratados: 1.1. e 2.1. Origem da questão, caracterizado pela ação que deu causa à judicialização precursora da decisão judicial; 1.2. e 2.2. Decisão, qualificada pelo tipo e numeração do processo; 1.3. e 2.3. Síntese argumentativa, caracterizada pelo resumo da decisão expressa no processo; e 1.4 e 2.4. Classificação da causa que deu origem à judicialização (capítulo anterior: 3.2.1 a 3.2.4).

Tabela 3 – Casos 3 e 4 - Síntese das questões que deram causa a decisões com viés ativista, proferidas pelo judiciário luso e brasileiro.

Caso 3. PORTUGAL – Procedimento Especial de Despejo				Caso 4. BRASIL – Bloqueio de Fundo Eleitoral			
3.1. Origem da questão	3.2. Decisão	3.3. Síntese argumentativa	3.4. Causa que deu origem à judicialização	4.1. Origem da questão	4.2. Decisão	4.3. Síntese argumentativa	4.4. Causa que deu origem à judicialização
Lei 1-A/2020, de 19/03, versão actualizada - Medidas excepcionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19	Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa/fevereiro de 2021 - Processo 3463/19.7T8VFX	As acções de despejo não ficam suspensas por força da legislação Covid-19; para que ocorra a suspensão, tem de haver um despacho judicial que declare verificados os pressupostos da previsão da suspensão do artigo 6-A/6-c da Lei 1-A/2020 na redacção agora em vigor.	Judicializado por ausência de critério de controle – Discricionariedade	Liminar concedida em Ação Popular para o bloqueio dos fundos eleitoral e partidário em favor de campanhas para o combate à Pandemia de Coronavírus – Covid-19, ou a amenizar suas consequências económicas.	Decisão de cassação emanada pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região/TRF-1	Houve interferência em atos de gestão e de execução do orçamento público e no exercício de competências constitucionalmente reservadas ao Executivo e ao Legislativo.	Judicializado por ausência de critério de controle – Discricionariedade

Fonte – Elaborada pelo autor, a partir das decisões judiciais luso e brasileir

4.2.3. Síntese dos pareceres judiciais dos casos 3 e 4.

Entendeu o Juízo Local Cível de Vila Franca de Xira na Ação de Procedimento Especial de Despejo - Leis COVID 19, sentenciada no Processo 3463/19.7T8VFX que não caberia, com base no art. 6-A da Lei 1-A/2020, de 19/03, o despejo dos réus em virtude de encontrarem-se reunidos os pressupostos fáticos previstos nos textos legais e, portanto, os efeitos suspensivos decorrer-se-iam automaticamente do texto normativo. Contudo, o Tribunal da Relação de Lisboa reformou a decisão, pois o texto da lei é claro, prevê que tal medida em face da lei de enfrentamento as medidas excepcionais e temporárias de resposta à pandemia da doença COVID-19, não se dá automaticamente, sendo imprescindível de um despacho judicial que analise a situação em que os arrendatários podem ser colocados perante a cessação do contrato e a condenação da entrega da fracção arrendada e, com isso, virem a se encontrar em situação de fragilidade por falta de habitação própria ou podendo ainda ser colocado numa situação de fragilidade por outra razão social imperiosa.

Já no caso brasileiro, o Juízo da 4ª Vara Cível da Justiça Federal em Brasília, na sua decisão liminar, prescreveu, em função do país estar em pleno convívio com a pandemia da COVID-19, e apesar de não haver previsão na norma legal, que “a manutenção de fundos partidários e eleitorais incólumes, à disposição de partidos políticos, ainda que no interesse da cidadania (Art. 1º, inciso II da Constituição), se afigura contrária à moralidade pública, aos princípios da dignidade da pessoa Humana (Art. 1º, inciso III da Constituição), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, inciso IV da Constituição) e, ainda, ao propósito de construção de uma sociedade solidária (Art. 3º, inciso I da Constituição)”. Decisão liminar essa que foi cassada pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região/TRF-1, pois vislumbrou ter havido interferência em atos de gestão e de execução do orçamento público e no exercício de competências constitucionalmente reservadas aos poderes Executivo e Legislativo.

Certamente a liminar cassada visava à preservação da garantia dos direitos fundamentais (direitos individuais e coletivos) como a saúde, o trabalho e a vida, o que já seria fundamentos suficientes, na visão do magistrado, para determinar o bloqueio de verbas destinadas aos partidos políticos (fundos eleitoral e partidário) com o fito de serem utilizados em favor de campanhas para o combate à Pandemia de Coronavírus – Covid-19, ou a amenizar suas consequências econômicas.

4.3. Interpretação das causas dos casos analisados.

Nesta Seção será elaborado um arrazoado fundamentalista, acerca da definição da classificação das causas que deram origem à judicialização. Para tanto, como suporte didático, a tabela a seguir agrupará os quatro casos e os parâmetros considerados:

Tabela 4 - Justificativa e interpretação da classificação das causas que deram origem à judicialização

Origem da questão	Justificativa de classificação da causa	Interpretação
1.1. (Caso 1) – Governo Federal - Regulação de limitações à liberdade individual por declaração de situação de calamidade; e 2.1 (Caso 2) - Governo Federal –Medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, decorrente do coronavírus.	Juridicidade Um maior controle jurisdicional dos atos praticados pelos agentes públicos vem sendo revisto e expandido, mormente com o aumento do grau de insatisfação em relação aos poderes instituídos, que não conseguem, em variados campos, executar suas atribuições constitucionais. No Estado Democrático de Direito os agentes públicos devem observar o princípio da legalidade, razão pela qual estão limitados ao que prescreve a lei e por isso somente poderão atuar quando houver uma norma permissiva.	A ausência de critério de controle de alçada jurisdicional, da parte dos governos emissores de ambos os decretos, anuncia-se latente, uma vez que nos dois casos a inobservância dos preceitos constitucionais ficou demonstradas com maestria de enquadramento pelos órgãos judiciais incitados a manifestarem-se sobre as decisões que deram causa à judicialização.
3.1. (Caso 3) - Ação de Procedimento Especial de Despejo - Leis COVID 19 (Suspensão das ações de despejo sob a epígrafe do regime processual transitório e excepcional); e 4.1. (Caso 4) - Liminar concedida por Juiz da 4ª Vara Cível da Justiça Federal em Brasília	Discrecionariedade A discrecionariedade não mais se torna um espaço com liberdade de decisão, mas, sim, um campo de fundamentação dos atos e políticas públicas, adotados através dos parâmetros jurídicos determinados pela Constituição e pela lei, em vez de intermediadas por escolhas baseadas em critérios de conveniência e oportunidade.	Assim como nos casos anteriores (1 e 2), a ausência de critério de controle de alçada se repete nesses dois outros casos (3 e 4); só que, agora, em termos de limite de discrecionariedade. Aqui, denota-se claramente que as decisões de ambos os juízes foram emanadas ao arrepio da lei, que é o limite da alçada discrecionária de suas respectivas atuações funcionais.

Fonte – Elaborada pelo autor, a partir interpretação das causas que deram origem à judicialização.

Em síntese, observa-se que: enquanto nos casos 1 e 2 a transgressão à juridicidade se apresentou latente, tendo sido corrigida adequadamente pelos TC e STF, cortes máximas judiciais de controle de constitucionalidade instadas a manifestarem-se em relação aos atos de ambos os governos; nos casos 3 e 4, ainda que corrigida nas esferas jurídicas superiores, Tribunal da

Relação (TR) português e Tribunal Regional Federal (TRF-1), as decisões dos juízes de primeira instância demonstraram-se arbitrárias e fatidicamente desprovidas de legalidade.

Em face do exposto, conclui-se que:

Casos 1 e 2 - a assertividade do enquadramento normativo de ambas as cortes máximas judiciais portuguesa e brasileira (casos 1 e 2), afasta a característica ativista de suas decisões; e

Casos 3 e 4 – as sentenças proferidas pelos juízes das varas judiciais de primeira instância portuguesa e brasileira caracterizam-se como ativistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se valeu do estudo comparado das ações com viés ativistas praticadas pelos juízes de Portugal e do Brasil.

Para tanto, inicialmente, o estudo buscou suporte nas conceituações doutrinárias acerca do tema ativismo judicial, contextualizando-o com base na evolução histórica, visando elucidar e favorecer sua compreensão, inicialmente balizada em três casos norte-americanos, até mesmo pelo fato de ser o país onde se originou a expressão ativismo judicial, cujas abordagens possibilitaram observar práticas ativistas por causas relacionadas à inconstitucionalidade contra ato do congresso, ausência de especificidade do texto constitucional americano e inconstitucionalidade por violação ao princípio consagrado na Décima Quarta Emenda da Constituição; sequencialmente, passou-se ao estudo do ativismo judicial português, no qual constatou-se que a causa relacionada tem por foco a comparação jurisprudencial de crise com os padrões revisionais da legislação; e, finalmente, no tocante a prática ativista judicial brasileira, na qual a causa principal, considerando os aspectos argumentativos referendados, ateve-se a inércia e omissão do Poder Legislativo.

Avançando, o estudo migrou do contexto histórico do ativismo judicial para o da origem do processo democrático, passando pela jurisdição constitucional e separação dos poderes, com o fito de pavimentar a aprendizagem do tema, diante das mudanças da organização político-jurídica dos Estados atuais, em especial Brasil e Portugal, intencionando o alcance do objetivo proposto por esta investigação. Por efeito, a pesquisa e estudo no contexto deste capítulo dois proporcionaram constatar que os Tribunais Constitucionais exercem o controle de constitucionalidade por meio do modelo jurisdicional, cuja fiscalização se dá por meio das seguintes modalidades de Controle de Constitucionalidade: Difuso, no qual o direito fundamental se sobrepõe a legislação ordinária; e Concentrado, pautado na ideia de que o fundamento do Estado se encontra no âmbito da Constituição, na sua Unidade e Supremacia, condições fundamentais à criação de um sistema de controle hígido. Permitiu, ainda, constatar que a teoria da separação dos poderes em legislativo, executivo e judiciário, concebida pelo político, filósofo e escritor Montesquieu, prevalece na maioria dos países ocidentais modernos.

Consolidada a aprendizagem dos conteúdos anteriores, o estudo passou para a compreensão da relação intrínseca das prováveis práticas ativistas, potencializadas pela ineficiência de controle constitucional, omissão do legislativo, ingerência do executivo,

descrédito político-jurídico, critérios utilizados para classificar as causas que deram origem à judicialização.

A partir dos estudos anteriores, a análise frontal do resultado comparado das principais causas que encadearam a manifestação das cortes superiores do judiciário brasileiro e português, tendo por base a ruptura jurisdicional pela via da judicialização política, permitiu constatar:

1 - Insatisfação em relação aos poderes instituídos, decorrente do desprovimento da execução de suas atribuições constitucionais; A inobservância dos preceitos constitucionais em razão da ausência de critério de controle de alçada jurisdicional, incitando os órgãos judiciais a manifestarem-se sobre as decisões que deram causa à judicialização; e

2 - Ausência de um ambiente propício para apreciação dos atos da administração pública que fragilizou a legalidade e potencializou a ação ativista do STF no exercício do controle jurisdicional.

Posto isso, nas decisões dos casos de Privação de liberdade na Pandemia em Portugal e descentralização do poder executivo central no Brasil, não se vislumbrou a prática de ativismo judicial, uma vez que as cortes máximas de ambos os países, TC e STF, julgaram e decidiram em conformidade com a constituição de cada país, apontando os dispositivos constitucionais que deveriam ter sido observados na feitura de cada norma correspondente. Nesse sentido, conclui-se que a causa que deu origem a judicialização de ambos os casos decorreu da ausência de critério de controle de constitucionalidade – juridicidade.

Já nas decisões dos casos de Procedimento Especial de Despejo e Bloqueio de Fundo Eleitoral, ambos ocorridos no período de Pandemia, respectivamente Portugal e Brasil, observou-se, pois, que enquanto o juiz português agiu contrariamente à norma prevista na letra da lei, o juiz brasileiro fundamentou sua decisão com base em ação inovadora em relação à legislação em vigor. Em ambos os casos, portanto, a prática ativista judicial fica constatada por ausência de critério de controle de alçada, em termos de limite de discricionariedade. Assim, infere-se inequivocamente que as decisões de ambos os juízes foram emanadas ao arrepio da lei, âncora limítrofe da alçada discricionária de suas respectivas atuações no exercício do cargo de magistrado.

Noutro giro, quanto à questão de partida, a fundamentação teórica, lastreada nas fontes pesquisadas e estudadas, permitiu constatar que parte significativa das causas das práticas ativistas judiciais portuguesa e brasileira se relaciona à ruptura jurisdicional decorrente da

judicialização da política e/ou de decisões inconstitucionais. Essa constatação permitiu comprovar a relevância contributiva da questão de partida

Por fim, em face de todo o exposto, em especial da abordagem inerente à análise comparada das causas diversas indutoras das decisões judiciais com viés ativista, as quais foram robustamente abordadas, dá-se por concluída esta investigação.

Limitações da Investigação

Para além das limitações pessoais, a grande limitação encontrada no decorrer desta investigação pode ser caracterizada pela variedade de causas possíveis identificadas, como fator motivador da judicialização. Dentre as quatro contempladas neste estudo, a análise comparada dos casos selecionados dentro do período de corte de estudo permitiu identificar a ausência de critérios de controles como causa da judicialização que motivou as decisões com viés ativistas proferidas pelo judiciário luso e brasileiro.

Recomendações

Diante da limitação sobredita, sugere-se a avaliação da ocorrência de casos noutra corte temporal, com vistas a identificar as causas que deram origem à judicialização, distintas às dos casos analisados por esta investigação, quais sejam: omissão do poder legislativo, ingerência executiva e descrédito político-jurídico.

Finalmente, vale salientar o expressivo esforço associado à investigação de um mestrado, bem como o comprometimento com o estudo visando a compreensão da relevância da aprendizagem acerca dos métodos de pesquisa e dos conteúdos ligados à temática. Apesar da significativa limitação pessoal, compensadas pelas correções, esclarecimentos e orientações de minha orientadora, valeu muito a pena manter a determinação, lastreada na crença de crescer continuamente, fazendo valer o ensinamento de Santo Agostinho: “A esperança tem duas filhas lindas, a indignação e a coragem; a indignação nos ensina a não aceitar as coisas como estão; a coragem, a mudá-las”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FONTES DOCUMENTAIS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.

BRITO, Paula Maria Dias. **A Fiscalização preventiva da constitucionalidade de leis e decretos-leis na constituição de 1976**. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-políticas, policopiada, Coimbra, 1997.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito. Tese de doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas do ativismo judicial e da dogmática dos direitos fundamentais**. Texto preparado para apresentação e discussão em 5 de junho de 2014, junto ao Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais, no Uniceub, Brasília. p 1.

ORDEM DOS ADVOGADOS. (2022). **Jurisprudência no âmbito da pandemia**. Acórdãos do Tribunal Constitucional. Lisboa: Biblioteca da Ordem dos Advogados, p.1.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional, 2005. Lisboa: Assembleia da República, 2005.

SENADO FEDERAL. (2020). **Decisão do STF sobre isolamento de estados e municípios repercute no Senado**. Brasília: Agência do Senado, p.1.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS/INTERNET

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **The Federal Constitutional Court: organization. Berlim: BverfG, c2011**. [Em linha]. [Consult. 23 de novembro de 2021]. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/organization.html>>.

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA: Portugal em tempos de europeização e Covid-19**. [Em linha]. [Consult. 27 de março de 2023]. Disponível em:

<<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/5155/1/UAL%20Dissertac%cc%a7a%cc%83o%20Daniel%20Blume.pdf>>.

ALVES, Carlos Moreira. **Decisão do TRF-1**. [Em linha]. [Consult. 19 de abril de 2023]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/B6CF5D680F8C09_%C2%B7JusticaFederalda1%C2%AARegiao.pdf>.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Ativismo judicial: Um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípio da Separação dos Poderes?** [Em linha]. [Consult. 13 de abril de 2020]. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468>.

BARCELLOS, Logan Caldas. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial. Brasília, 2011. [Em linha]. [Consult. 24 de maio de 2021]. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1222>>.

BARROSO, Luís Roberto. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. [Em linha]. [Consult. 10 de fevereiro de 2023]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>>.

BARROSO, Luís Roberto. **O momento institucional brasileiro e uma agenda para o futuro**. Luís Roberto Barroso Jurisdição Constitucional e Debates Públicos, 2017. [Em linha]. [Consult. 22 de junho de 2021]. Disponível em: <<http://luisrobertobarroso.com.br/materias-jornalisticas/oxfordmomento-institucional-brasileiro-e-uma-agenda-para-o-futuro/>>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Em linha]. [Consult. 07 de abril de 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Informativo STF n. 345/2004. [Em linha]. [Consult. 29 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF-54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio Melo. Julgamento em 12.04.2012. [Em linha]. [Consult. 24 de junho de 2021]. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf>>.

CAMPOS, Bruna Villas Boas. **AS RAÍZES HISTÓRICAS DO ATIVISMO JUDICIAL NA TRADIÇÃO JURÍDICA NORTE-AMERICANA E SUA REPERCUSSÃO NO DEBATE HERMENÊUTICO CONSTITUCIONAL: o império dos homens sobre o direito**. [Em linha]. [Consult. 17 de fevereiro de 2023]. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-9K9VW7/1/disserta_o_completa_final.pdf>.

CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares. **O caráter político da interpretação constitucional: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. [Em linha]. [Consult. 08 de março de 2023]. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11122020-020628/publico/7813906_Dissertacao_Original.pdf>.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **O Juiz e a Jurisprudência - Um desabafo crítico**. [Em linha]. [Consult. 24 de março de 2023]. Disponível em: <[file:///C:/Users/Windows/Downloads/revista67_54%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Windows/Downloads/revista67_54%20(1).pdf)>.

COELHO, Fernanda Soares Ferreira. **Ativismo judicial à luz da teoria de Ronald Dworkin**. [Em linha]. [Consult. 13 de março de 2023]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45321/ativismo-judicial-a-luz-da-teoria-de-ronald-dworkin>>.

COMPARATO, Fábio Konder. **Significado e perspectivas da crise atual**. 2015. [Em linha]. [Consult. 29 de abril de 2020]. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Estado-Democratico-de-Direito/Significado-e-perspectivas-da-crise-atual/40/34933>>.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: [Em linha]. [Consult. 12 de maio de 2021]. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/Constituicaouearecdidapessoaljneto.pdf>>.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin (s.d.). **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E SEU PAPEL NO SÉCULO XXI**. [Em linha].

[Consult. 18 de março de 2023]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470_arquivo.pdf>.

FELIPIAK, L. R. M. **A divisão dos Três Poderes no Brasil**. 2016. [Em linha]. [Consult. 13 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://geografianaminhavidablogspot.com/2016/11/a-divisao-dos-tres-poderes-no-brasil.html>>.

FERES JÚNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. **Liberalismo igualitário e ação afirmativa: da teoria moral à política pública**. Rev. Sociol. Polit. vol.21. no.48. Curitiba, 2013. [Em linha]. [Consult. 23 de maio de 2021]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782013000400005&lang=pt>.

FERNANDES, Manuela Braga; FREITAS, Lorena de Melo. **A insegurança jurídica e suas consequências práticas para o direito do desenvolvimento econômico**. [Em linha]. [Consult. 10 de fevereiro de 2023]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=428365de6e004c61>>.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; e BORGES, Alexandre Walmott. **Experiências de ativismo judicial na Europa continental**. [Em linha]. [Consult. 19 de julho de 2022]. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242930/000936210.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judicial, Ativismo Judicial e Democracia**. [Em linha]. [Consult. 17 de março de 2023]. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf>.

FONSECA, Thiago Câmara. **A separação de poderes e o ativismo judicial do ponto de vista das Cortes Constitucionais do Brasil e de Portugal**. [Em linha]. [Consult. 21 de julho de 2022]. Disponível em : <[file:///C:/Users/Windows/Downloads/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20A%20separa%C3%A7%C3%A3o%20de%20poderes%20e%20o%20ativismo%20judicial%20Brasil%20e%20Portugal%20-%20Set%20de%202021%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Windows/Downloads/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20A%20separa%C3%A7%C3%A3o%20de%20poderes%20e%20o%20ativismo%20judicial%20Brasil%20e%20Portugal%20-%20Set%20de%202021%20(1).pdf)>.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**, de 26 de agosto de 1789. [Em linha]. [Consult. 22 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentosanteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homemedocidadao-1789.html>>.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. 1789. In: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. [Consult. 24 de junho de 2021]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

GANDRA, Ivis (2022, maio). Entrevista. Ivis Gandra. **Entrevista concedida ao programa Pingos nos I's da TV Jovem Pan**. Exclusivo: **Ives Gandra fala sobre uso do Art. 142 para barrar interferência do STF**. [Em linha]. [Consult. 24 de junho de 2021]. Recuperado a partir de <<https://www.youtube.com/watch?v=fUPs3dcb2mQ>>.

GIRÃO, Eduardo. **Senadores e juristas criticam “ativismo” do STF em debate da CTFC**. [Em linha]. [Consult. 07 de julho de 2022]. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/07/05/senadores-e-juristas-criticam-201cativismo201d-do-stf-em-debate-da-ctfc>>.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. [**Voto proferido no MI 670**]. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>.

GONÇALVES, Pedro et. al (coord). **A crise e o Direito Público**. VI Encontro de professores portugueses de Direito Público. Lisboa: ICJP, 2013. [Em linha]. [Consult. 25 de maio de 2021]. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>.

GOULART, Michel. **Sócrates e a democracia grega**. [Em linha]. [Consult. 13 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://www.historiadigital.org/artigos/socrates-na-construcao-da-democracia-grega/>>.

GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. **O ativismo judicial e o Princípio da Separação das funções - A atuação do Judiciário no Estado Democrático de Direito**. [Em linha]. [Consult. 27 de março de 2023]. Disponível em: <<https://giovanni-vilaca6585.jusbrasil.com.br/artigos/1208029620/o-ativismo-judicial-e-o-principio-da-separacao-das-funcoes>>.

GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 49-74. [Em linha]. [Consult. 22 de junho de 2022]. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/uc6foq97/R097c5s79R7Hket4.pdf>>.

GUERRA, Áila Souto. **A fiscalização concreta de constitucionalidade sob a ótica do direito luso-brasileiro: do texto da Constituição à prática jurisprudencial**. [Em linha]. [Consult. 02 de agosto de 2022]. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/81105/1/Tese-%c3%81ila.-Vers%c3%a3o-Final.pdf>>.

KAUFMANN, Roberta Fragoso. **O início da Era da Segregação Racial nos EUA – O caso Dred Scott v. Standford**. [Em linha]. [Consult. 29 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/artigos/o-inicio-da-era-da-segregacao-racial-nos-eua-o-casodred-scott-v-standford/>>.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"**, [Em linha]. [Consult. 27 de junho de 2021]. California Law Review, v. 92, n. 5, 2004. Disponível em: <<file:///C:/Users/rober/Downloads/fulltext.pdf>>.

LIMA, Bárbara Goniadis. **O Controle de Constitucionalidade Brasileiro**. [Em linha]. [Consult. 11 de julho de 2022] Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/91211/o-controle-de-constitucionalidade-brasileiro>>.

LIMA, Lucas Rodrigues de. **O ativismo Judicial e a Separação dos Poderes**. [Em linha]. [Consult. 29 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://webartigos.com/artigos/ativismo-judicial-e-a-separacao-dospoderes/142531>>.

LOPES, Nairo José Borges. **O QUE É A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA?** [Em linha]. [Consult. 15 de fevereiro de 2023]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50237/o-que-e-a-judicializacao-da-politica>>. Acesso em: 30 julho 2022>.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade**. [Em linha]. [Consult. 09 de abril de 2022] Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rinc/a/4m6g6DbMwXn6sRM37f6vPxD/?lang=pt&format=pdf>>.

LOURTIE, Pedro. **Portugal no contexto da crise do euro**. Relações Internacionais, n. 32, Lisboa, dez. 2011. p. 061-105. [Em linha]. [Consult. 25 de maio de 2022]. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ipri.unl.pt/images/publicacoes/revista_ri/pdf/ri32/n32a05.pdf>.

MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos**. [Em linha]. [Consult. 30 de julho de 2022]. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>>.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de. **O Ativismo Judicial No Supremo Tribunal Federal**. [Em linha]. [Consult. 29 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>>.

MIRANDA, Jorge (2018, abril). **Entrevista. Jorge Miranda. Entrevista concedida à TV Migalhas. Ativismo judiciário não é problema só brasileiro**. [Em linha]. [Consult. 27 de junho de 2022]. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/amp/quentes/277614/jurista-portugues-assegura--ativismo-judiciario-nao-e-problema-so-brasileiro>>.

MONÇÃO, André Augusto Duarte. **O controle difuso da constitucionalidade sob a ótica do direito luso-brasileiro**. [Em linha]. [Consult. 02 de agosto de 2022]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45562/o-controle-difuso-da-constitucionalidade-sob-a-otica-do-direito-luso-brasileiro/2>>.

MOREIRA, Vital. **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: 2013, p. 815-816. [Em linha]. [Consult. 14 de junho de 2021]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1388>.

MUNGUBA, Filipe Ferreira. **Controle Preventivo de Constitucionalidade: uma análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português**. [Em linha]. [Consult. 24 de maio de 2021]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/28456>> .

NEME, Pedro Campana. **Soberania do parlamento ou soberania dos tribunais – Aspectos subjetivos e objetivos dos direitos fundamentais**. [Em linha]. [Consult. 26 de março de 2023]. Disponível em:

file:///C:/Users/Windows/Desktop/backup/Desktop/DAL/Apenas%20a%20disserta%C3%A7%C3%A3o/Dal%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O%20FINAL%20-%2029-09-22/0%20-%20Orienta%C3%A7%C3%A3o%20final%20MJG%2022-03%20e%20Indic.%20de%20Referencias/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20-%20SOBERANIA-DO-PARLAMENTO-OU-SOBERANIA-DOS-TRIBUNAIS-%E2%80%93-ASPECTOS-SUBJETI.pdf>.

NUNES, A. L. T; COUTINHO, N. C; LAZARI. R. J. N. **Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limite de atuação**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, p 208-222, 2015. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2020]. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3119>>.

OLIVEIRA, Cláudio L. **Direito e integridade e ativismo judicial**. Brasília-DF, 2008. [Em linha]. [Consult. 23 de agosto de 2021]. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/44217404/artigo-cientifico-oliveira-claudio-ladeira-direito-e-integridade-e-ativismo-judi>>.

PALASSI FILHO, Arlindo. **A separação dos poderes: evolução teórica**. [Em linha]. [Consult. 22 de abril de 2021]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17505&revista_caderno=9#_ftn1>.

PINHEIRO, Aline. **CRISE EM PORTUGAL: Presidente do STJ defende fim do Tribunal Constitucional**. [Em linha]. [Consult. 23 de julho de 2022]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-out-31/presidente-stj-portugal-defende-fim-tribunal-constitucional>>.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 334/1994**, Relator: Conselheiro Sousa e Brito. [Em linha]. [Consult. 24 de maio de 2021]. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940334.html>>.

RAMOS, Joaquim. **Os tribunais e o ministério público**. [Em linha]. [Consult. 25 de julho de 2022]. Disponível em: <<https://www.instituto->

camoes.pt/images/stories/tecnicas_comunicacao_em_portugues/portugues_institucional_e_comunitario/Os%20Tribunais%20e%20o%20Ministerio%20Publico.pdf.>.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; ROSÁRIO, Pedro Trovão do; e VIANA, Pedro Nilson Moreira. **Uma abordagem conceitual da teoria do diálogo institucional na jurisdição constitucional portuguesa**. [Em linha]. [Consult. 24 de março de 2023]. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4289/1/RG_XX1_UmaAbordagem1.pdf>.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; ROSÁRIO, Pedro Trovão do; e ALMEIDA, Natalie Maria de Oliveira de. **Breve análise teórica da judicialização da política na américa latina: aspectos comparados no brasil e no chile**. [Em linha]. [Consult. 25 de março de 2023]. Disponível em: <file:///C:/Users/Windows/Downloads/ArtigoUNIJUI.pdf>.

REALE apud FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O problema das lacunas e a filosofia Jurídica de Miguel Reale**. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, São Paulo, 15 ago. 2006. [Em linha]. [Consult. 07 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/10>>.

REZENDE, Matheus Ribeiro. **A iniciativa instrutória do juiz: reflexões em torno da definição de sua natureza jurídica**. [Em linha]. [Consult. 08 de março de 2021]. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4774/1/arquivo6702_1.pdf>.

RIDOLPHI, Alencar Cordeiro; e RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Limites do exercício do poder discricionário**. [Em linha]. [Consult. 28 de julho de 2022]. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/4180/limites-exercicio-poder-discionario>>.

RODRIGUES, W. C. **Metodologia Científica**. FAETEC/IST, 2007. [Em linha]. [Consult. 28 de maio de 2021]. Disponível em: <https://www.academia.edu/11590616/Metodologia_Cient%C3%ADfica_Prof_William_Costa_Rodrigues_FAETEC_IST_Paracambi_2007>.

SILVA, Cristiane Freitas da; LEMOS, Flávia Cristina Silveira; NETO, José de Araújo Brito; CÔRREA, Michelle Ribeiro; CRUZ, Amanda Pereira de Carvalho; OLIVEIRA, Paulo de Tarso Ribeiro de. **Reflexões a respeito dos processos de judicialização e criminalização no controle**

da contemporaneidade. [Em linha]. [Consult. 31 de julho de 2022]. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/4054>>.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 1988. [Em linha]. [Consult. 07 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>.

SOUSA, António Francisco de. **A separação dos poderes em Portugal, em especial o semipresidencialismo.** [Em linha]. [Consult. 24 de julho de 2022]. Disponível em: <<https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/download/12/14/45>>.

SOUSA, Andréia Carvalho de; e LEITÃO, Macell Cunha. **DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ATIVISMO JUDICIAL: Uma Análise do Entendimento do Supremo Tribunal Federal Sobre Prisão em Segunda Instância.** [Em linha]. [Consult. 25 de março de 2023]. Disponível em: <[file:///C:/Users/Windows/Downloads/10101-Texto%20do%20artigo-49745-1-10-20201113%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Windows/Downloads/10101-Texto%20do%20artigo-49745-1-10-20201113%20(3).pdf)>.

SPÍNOLA, Diego. **A teoria da separação dos poderes e a invasão de competência do judiciário nos processos legislativos. Limitações constitucionais e a legitimidade do ativismo judicial.** [Em linha]. [Consult. 10 de fevereiro de 2023]. Disponível em: <<https://diegosspinola.jusbrasil.com.br/artigos/575885274/a-teoria-da-separacao-dos-poderes-e-a-invasao-de-competencia-do-judiciario-nos-processos-legislativos>>.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo, o justo, o legal e a lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo.** Consultor Jurídico-Conjur, São Leopoldo/RS, 2014. [Em linha]. [Consult. 29 de abril de 2020]. Disponível em: <<http://http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legallesao-esforco-pistemico-repetitivo>>.

TORRES, Cristiane Batista Bezerra. **Ativismo judicial do STF e implicações políticas em face do Executivo e Legislativo.** [Em linha]. [Consult. 08 de março de 2023]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/97425/ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal-e-implicacoes-politicas-em-face-dos-poderes-executivo-e-legislativo>>.

TRINDADE, André Karam. **O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul.** [Em linha]. [Consult. 24 de março de 2023]. Disponível em: <<file:///C:/Users/Windows/Downloads/119-Texto%20do%20Artigo-372-1-10-20210325.pdf>>.

UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Dred Scott v. Sandford, 1856.** [Em linha]. [Consult. 15 de maio de 2021]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>>.

VALE, Ionilton Pereira do. **O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação.** [Em linha]. [Consult. 15 de fevereiro de 2023]. Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>>.

VOLKEN, R. A. de A. **Ativismo Judicial: Limites Frente ao Estado Democrático de Direito com base no princípio da Separação dos Poderes.** Centro Universitário UNIVATES, Curso de Direito. 2016. [Em linha]. [Consult. 12 de junho de 2022]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10737/1542>>.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review.** In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 93-157. [Em linha]. [Consult. 18 de junho de 2022]. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/11773/9225>>.

REVISTAS E PERIÓDICOS

ALFONSIN, Betânia de Moraes et al. **A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário.** Revista direito & práxis: vol. 07, n. 14 (2016, p. 421-453). ISSN: 2179-8966.

ARAÚJO, ANTÔNIO. **Construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional** - in Revista Análise Social, vol. xxx, 1995, p. 881-946. ISSN: 0003-2573.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 13, Madrid (2009), págs. 17-32. ISSN: 1138-4824.

BARROSO, Luis Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo.** Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais, v. 2, n. 9 (2008), p. 258-301. ISSN: 1678-2933.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro.** Revista de informação legislativa: v. 36, n. 142 (abr./jun. 1999), p. 35-51. ISSN: 0034-835X.

BIGOLIN, Rochele Vanzin. **Do positivismo jurídico ao neoconstitucionalismo/pós-positivismo.** Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 19, n. 4117, 2014, p. 1-2. ISSN: 1518-4862.

DALL'AGNOL, Darlei. **O igualitarismo liberal de Dworkin.** **Kriterion:** Revista de Filosofia. vol.46. no.111 Belo Horizonte Jan./June 2005. ISSN: 2178-1036.

DWORKIN, Ronald. **Constitutionalism and democracy.** European Journal of Philosophy, n.3, v.1, p. 2-11, april, 1995.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **The rules of inference.** The University of Chicago Law Review. Chicago, n. 1, v. 69, 2002. ISSN: 0041-9494.

FREIRE, António. **A Pólis ideal segundo Platão.** Revista Portuguesa de Filosofia. 2016. ISSN: 0870-5283.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. ISSN: 1518-4862.

GRAIEB, Carlos. **A calma é só aparente... Agora adeptos do "ativismo judicial", os ministros do STF ocupam espaços do Legislativo e assumem seu papel político.** Revista Veja, Edição 2075, de 27 de agosto de 2008. ISSN: 1982-8004.

HORBACH, Carlos Bastide. **A nova roupa do Direito Constitucional, pós positivismo e outros modismos.** In: Revista dos Tribunais, v. 859, ano 96, p. 81-91, maio de 2007 ISSN: 0034-9275.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. ISBN: 8522433976.

LEITE, Gisele. **Judicialização da política ou ativismo judicial em face da pandemia de Covid-19.** Revista de Direito da Administração Pública, Rio de Janeiro, ano n. 6 – volume n. 1 – edição n. 2 - Jul/Dez 2021, p. 21-59. ISSN: 2595-5667.

LELIS, R. C. **Controle de Constitucionalidade, Ativismo Judicial e Ameaças à Legitimidade Democrática: uma Análise Comparada entre Brasil e Portugal.** Revista do CAAP, n. 1, V. XXXII (2017), p. 55-80. ISSN: 1415-0344.

MAFFESOLI, Michel apud SILVA, Juremir Machado da. Michel Maffesoli: **por uma política da transfiguração**. Revista FAMECOS, Porto Alegre, n. 10, p. 17-23, jun. 1999. Semestral. ISSN: 1980-3729.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade, O papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”**. In: Novos Estudos CEBRAP. São Paulo n. 58, nov. 2000, p. 185-198. ISSN: 0101-3300.

MENDES, Leonardo Castanho. **Recurso Especial: e o controle difuso de constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. ISSN: 0034-9275.

MICHAEL, Andréa. **STF amplia participação no debate público**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 10 de agosto de 2008. ISSN: 1414-5723.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. ISSN: 0102-8413.

SILVA, Juremir Machado da. Michel Maffesoli: **Por uma Política da Transfiguração**. Revista FAMECOS, Porto Alegre, n. 10, p. 17-23, jun. 1999. ISSN: 1415-0549.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 284-319, 2002. ISSN 1415-4951.

TATE, C. Neal. **Why the expansion of judicial power?** In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **A constituição é um documento valorativo?** In: Revista brasileira de direito constitucional. n. 09 – jan./jun. 2007. ISSN: 1678-9547.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, On-line version ISSN: 2317-6172.

TEIXEIRA, Anderson. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV vol.8 no.1 São Paulo jan./jun. 2012. ISSN: 2317-6172.

TELES, Miguel Galvão. **A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis**, in O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e Administração Pública, ano 103.º, 1971, p. 193. ISSN: 1518-0719.

TESHEINER, José Maria Rosa Tesheiner. Juiz bouche de la loi – Em Defesa de Montesquieu. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 788. 2008. ISSN: 19811578.

VALLINDER, Torbjörn. **When the courts go marching in.** In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição De 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “À Brasileira”.** Revista Direito GV, São Paulo 4(2) | p. 407- 440 | JUL-DEZ 2008. p. 409. ISSN: 2317-6172.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar, **O controle da Constitucionalidade das Leis: os Diferentes Sistemas,** Rev. De Informação Legislativa, Brasília, n. 141, p. 39 ss, jan./mar.1999. ISSN: 0034-835x.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review.** The Yale Law Journal, Yale, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006. ISSN: 0044-0094.

LIVROS

ABREU, João Paulo Pirôpo. **A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos Poderes.** Brasília: CEJ, 2013. ISBN: 9788582960066.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN: 9788539200733.

AMARAL, Maria Lúcia e PEREIRA, Ravi Afonso. **Um tribunal como os outros. Justiça Constitucional e Interpretação da Constituição.** In Estudos em homenagem ao conselheiro presidente Rui Ramos Moura. Vol. I. Coimbra: Editora Almedina, 2016. ISBN: 978-9724065786.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros. **Judicialização da Política no Brasil: Influência sobre ato interna corporis do Congresso nacional.** 2012. (Tese em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. ISBN 9788540201125.

ARAUJO, Luiz Alberto David.; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014. ISBN: 9788561996987.

ARISTÓTELES. **Política.** 1. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2000. ISBN: 9788573213140.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. - 2ª tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012. ISBN: 9788502133600.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. – 3ª tiragem: São Paulo, Saraiva, 2014. ISBN: 9788502075313.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da Constituição Brasileira: análise e propostas para seu aprimoramento**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. ISBN: 9788530930295.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN 9788574203775.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. ISBN: 8527403285.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. Vol I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. ISBN: 8523003096.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. ISBN: 9788539204366.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019. ISBN: 9788539204342.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina - Coimbra, 2003. ISBN: 9724005178.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **“Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”**. In: FARIA, José Eduardo (org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN: 9788574200217.

CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2014. ISBN: 9788530956653.

CANAS, Vitalino. **Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional**. 2.ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CANON, B. C. (1982). **A Framework for the Analysis of Judicial Activism**. Estados Unidos: (n.p.).

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.^a ed. Coimbra: Editora Almedina, 2018. ISBN: 9789894000488.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Volume II. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 9789723222876.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. ISBN: 9788588278288.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das Leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. ISBN: 8575251406.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000. ISBN: 978-8571101326.

CHICARINO, Tathiana. **Teorias políticas, estado e sociedade**. 1 Ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014. ISBN: 9788543005294.

CINTRA, Antônio Carlos De Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 2009. ISBN: 9788574209319.

CLÉVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CRUZ, Luis M. **Estudios sobre el neoconstitucionalismo**. México: Porrúa, 2006. ISBN: 9789700765808.

DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502103752.

DAVID, René. **Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 5 ed. São Paulo. MARTINS Fontes. 2014. ISBN: 9788580631357.

DE CAMARGO, Daniel Marques; ROSSETO, Fernanda Cristina. **Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional. Ativismo Judicial: limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos e fundamentais**, Birigui, 2012.

DINIZ, A. Monteiro. **A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional - o sistema vigente e o ir e vir dialético entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais**, in **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**, Coimbra Editora, Coimbra, 1995. ISBN: 9723206811.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2002. ISBN: 8502039423.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN: 9788522469208.

QUARESMA Regina; OLIVEIRA Maria L. P. **Direito Constitucional Brasileiro. Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas**. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2006. ISBN: 8530922441.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. ISBN: 9788578278373.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ISBN: 9788578274023.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. ISBN: 9780691138725.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017. ISBN: 9788578272517.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana**. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ISBN: 9788546902460.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN: 9788580631265.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ISBN: 9788533621114.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1967. ISBN: 8523000186.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ISBN: 9788578271565.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro**. In: MIRANDA, Jorge (org). Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 9723207524.

FERREIRA, Antônio Casimiro. **Exercício de funções públicas em tempos de crise. Trabalho em funções públicas em tempos de crise: que direito(s)?**: Atas das I Jornadas de direito do emprego público. Braga: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2013. ISBN 9789899840102.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001. ISBN: 848164434x.

FONSECA, Guilherme. **Fiscalização concreta da Constitucionalidade e da Legalidade: Breves noções**, in *Scientia Iuridica* – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo XXXIII, 1984. ISBN: 9780000072238.

FRANCO, Aline Fonseca. COSTA FILHO, José de Oliveira. **Pode O Judiciário Agir Concretamente Além Dos Limites De Sua Competência – Ativismo Judicial E Judicialismo Da Política**. *Colloquium Humanarum*, Presidente Prudente, v. 12, n. 1, jan/mar 2015.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010. ISBN 9788576745051.

GEORGE, Robert P. **Great Cases in Constitutional Law**. Princeton University Press: New Jersey, 2000. ISBN: 9780691049526.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª edição - São Paulo: Atlas, 2008. ISBN: 9788522451425.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, São Paulo: Manole, 2004. ISBN: 8520421024.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2005. ISBN: 9724026205.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Repensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. ISBN: 857308474x.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**, Volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. ISBN: 8528200914.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2ª. ed. Flávio Beno Siebeneichler (Trad). V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. ISBN: 9788528200911.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN: 9788502081475.

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: **The origins and consequences of the new constitutionalism**. Massachussets: Harvard University Press, 2005. ISBN: 9780674025479.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2009. ISBN: 9788572327626.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura - Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1987. Volume I. ISBN: 8535107703.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. ISBN 9789723109528.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. ISBN: 9788578276461.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. ISBN: 8533613989.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN: 8533609507.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado. (Trad.). 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. ISBN: 9788578272050.

LARENZ apud LEMKE, Nardim Darcy. **Lacunas no sistema jurídico e as concepções não positivistas da norma**, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2001. ISBN: 8536100990.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Julio Fischer (Trad). 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ISBN: 8533622244.

LUBISCO, N. M. L.; VIEIRA, S. C. **Manual de estilo acadêmico: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses**. 5. ed. rev. e ampl. Salvador: EDUFBA, 2013. ISBN: 9788523211103.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba: Juruá, 2001. ISBN: 9788536252667.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. ISBN: 9788544206676.

MENDES, Gilmar Ferreira **Curso de Direito Constitucional**, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 9788502155060.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. Trad. Henrique de Araújo Mesquita. 3ed. São Paulo: É Realizações, 2014. ISBN: 9788580331714.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2022. ISBN: 9789894003090.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Cit., p. 128. MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. ISBN: 9789725400050.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN: 9789723221.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado. 6ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN: 9789723218039.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN: 9723213087.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das leis**. Edson Bini (Trad.). São Paulo: Edipro, 2004.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo I e II, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN: 9789723219234.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo VI, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN: 9789723219234.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. ISBN: 9789723219234.

MOTA, Pedro Vieira. Introdução. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 9^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 9788502066441.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009, 3. ed. ISBN: 9788530928926.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis nº 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. ISBN: 8520320333.

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. ISBN: 9788587002648.

PEREIRA, Joana Duro. “**Da necessidade da (in)constitucionalidade?**” – A redução salarial na Lei do Orçamento do Estado. Trabalho em funções públicas em tempos de crise: que direito(s)?: Atas das I Jornadas de direito do emprego público. Braga: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2013. ISBN: 9789899840102.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. ISBN: 9788533620650.

PINA, Antonio López (Org.) **Division de Poderes e Interpretacion. Hacia uma Teoria de La Praxis Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1987. ISBN: 8430914943.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015. ISBN: 9788502622265.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN: 9788502085800.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 1 ed. São Paulo: Manoele, 2013. ISBN: 9788520433522.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. ed. ampl. Álvaro de Vita (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. ISBN: 9788578273828.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. ISBN: 9788580632675.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN: 9788502041479.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. ISBN: 9788502014053.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. **Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. ISBN: 9788574209005.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991. ISBN: 852000072X.

RODRIGUES. Leda Boechat. **A Corte suprema e o Direito Constitucional Americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. ISBN: 8520000916.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987. ISBN: 9788576744665.

SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete**. In BINENBOJM, Gustavo (coord); SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN: 9788537504246.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. ISBN: 9788539203574.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. ISBN: 8573877472.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. ISBN: 9788573488807.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Tradutores: Manasses Teixeira Martins e Rafael Triginelli, Belo Horizontes, Del Rey, 2009. ISBN: 9788573089875.

TALLARICO, Rafael; BRITO, Sirlei. **História da Filosofia Ocidental: da Pólis Grega ao Estado de Direito Contemporâneo**. São Paulo: D'Plácido, 2014. ISBN: 9788567020266.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. ISBN: 9788573488395.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN: 9788547227838.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991. ISBN: 8521800568.

USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion Constitucional y Fórmula Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. ISBN: 9788425907869.

VALLE, Vanice Regina Lório (Org.). **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. ISBN: 9788536224176.

VALLE, Vanice Regina Lório do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá. 2009. ISBN: 9788536224176.

VECCHIO, Giorgio Del. **História da Filosofia do Direito**. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2010. ISBN: 85884663331.

VERGARA, S. C. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN: 9788597006759.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina. 2001. ISBN: 9724016048.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Estado Constitucional**. In: HORBACH, Carlos Bastide et al (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.