



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INESSA FRANCO FERREIRA JOSQUIN

Ativismo Judicial

Rio de Janeiro

2009

INESSA FRANCO FERREIRA JOSQUIN

Ativismo Judicial

Artigo Científico Jurídico apresentado como exigência final da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Orientadora:

Prof^ª. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro

2009

Ativismo Judicial

Inessa Franco Ferreira Josquin

Graduada pela Universidade Candido Mendes.

Advogada.

Resumo: O presente artigo tem por fim analisar o ativismo, seu conceito, os fatores que o propiciam, seus aspectos positivos e negativos, bem como os benefícios e riscos de sua manutenção no ordenamento. O trabalho indica que institutos como neoconstitucionalismo e judicialização da política criam ambiente que possibilitam o ativismo, mas que a sua causa é, em verdade, a inércia dos poderes executivo e legislativo. Desta feita, o ativismo caracteriza-se como uma decisão do poder judiciário em atuar para suprir as lacunas geradas pelos outros dois poderes. Sendo assim, é o reflexo de uma mudança de postura dos órgãos jurisdicionais. Como exemplo de adoção do ativismo tem-se as seguintes decisões do STF: as que decidiram sobre células tronco; nepotismo; e demarcação de terras indígenas: Raposa Serra do Sol. Da mesma forma, a súmula vinculante torna-se expressão fática do ativismo. Conquanto possua aspecto positivo que é trazer uma resposta à sociedade, tutelando seus direitos fundamentais e concretizando previsões constitucionais, possui também uma face sombria que é apontar para um enfraquecimento dos demais poderes que não o poder judiciário. Desta sorte, embora tenha legitimidade democrática, essa corre o risco de ser abalada pela manutenção do ativismo. Por outro lado, a politização da justiça implementada pela ativismo traduz um risco ao ordenamento jurídico como um todo, já que direito e política se distinguem para o bem da democracia e da justiça. Portanto, é necessário haverem mecanismos de contenção do ativismo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Expansão e Ascensão do Poder Judiciário. Constitucionalização. Neoconstitucionalismo. Judicialização da Política. Contenção Judicial.

Sumário: 1. Introdução; 2 A Expansão e Ascensão do Poder Judiciário. 3. Em que Consiste o Ativismo Judicial. 4. Hipóteses de Ativismo no Supremo Tribunal Federal. 4.1 Relação do Ativismo Judicial com o Mandado de Injunção. 4.2 A Questão Decidida Pelo Supremo Sobre a Fidelidade Partidária. 5. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. 6. Perigos Trazidos pelo Ativismo Judicial. 7. Ativismo Judicial e Contenção; 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar em que consiste o ativismo judicial, fazendo um exame dos fatores que o possibilitam diferenciando-os dos fatos que o causam.

O ativismo judicial somente é possível em virtude da expansão do poder judiciário bem como pela sua ascensão, tendo em vista que é a posse de determinados poderes e o seu exercício que dão a fisionomia do ativismo, caracterizada por uma intromissão do judiciário na atuação dos demais poderes.

Assim, verificar-se-á que a legitimidade do ativismo deriva da constituição de 1988 cuja base fundamental é o regime democrático de direito.

Sob esse prisma se concluirá que a intervenção judicial em searas próprias de atuação dos poderes legislativos e executivos não só é validamente possível em virtude de fatores que garantem a expansão do judiciário como: a supremacia da constituição, o reconhecimento de sua força normativa e o sistema de controle de constitucionalidade; como também por fatores que garantem a ascensão e o fortalecimento do judiciário como a constitucionalização do direito que foi responsável pela institucionalização de cláusulas abertas; pela evolução do constitucionalismo para o neoconstitucionalismo e para a judicialização da política, todos esses também responsáveis pela possibilidade de implementação do ativismo judicial.

O Estado Democrático de direito exige a implementação da constituição e consequentemente dos direitos fundamentais. Destarte, numa República federativa onde vigora o princípio da separação dos poderes, todos eles devem atuar para resguardar os interesses sociais.

Ao se verificar que um determinado poder está atuando de maneira abusiva, o sistema de freios e contrapesos permite que outro poder atue para conter o abuso.

O ativismo é exatamente essa atuação para a contenção do abuso, entretanto, visa conter um abuso derivado de uma conduta omissiva.

Assim, quando o poder legislativo deixa de editar uma lei exigida pela constituição ou pelo regime dela decorrente, anteriormente o judiciário ao argumento de respeito à separação dos poderes nada fazia. Entretanto, o aumento das demandas judiciais intentadas pela população no desespero de verem seus direitos constitucionais respeitados exigiram do judiciário uma revisão dos seus limites de atuação passando, então, em hipóteses em que o

abuso extrapolou os limites da razoabilidade a atuar como legislador positivo suprindo a omissão do poder legislativo.

Outra sorte não teve o poder executivo que no vazio de sua atuação tentou durante muitos anos justificar a sua inércia embasando sua tese na discricionariedade do mérito administrativo.

Contudo, também aqui o judiciário teve de mudar o seu entendimento pressionado que foi pela enxurrada de demandas jurisdicionais suscitando a implementação de políticas públicas.

Desta feita, verifica-se que o ativismo caracterizado por ser uma invasão jurisdicional nas áreas de atuação direta do executivo e legislativo, foram uma exigência social, determinada pelo fenômeno da judicialização da política.

O que se questiona são os limites dessa atuação para que não se dê o agigantamento do judiciário, com a sobreposição de poderes. Sobre esse tema fala-se dos poderes de contenção.

O ativismo, conquanto possua um aspecto positivo de dar uma resposta à sociedade, cujos poderes dela emanam, retratam o desprestígio dos demais poderes, sendo esse agregado aos riscos para democracia, bem como os riscos da judicialização do direito o ponto nefrágico desse instituto, cujo equilíbrio deve ser buscado enquanto a necessidade da sua existência, mas que o objetivo maior seja a sua extinção pela inutilidade, leia-se falta de causa que justifique, sua utilização.

Dessa forma, o objetivo geral do trabalho é demonstrar a importância e o caráter constitucional e legal desse instituto como uma via transitória de superação de uma crise dos poderes legislativo e executivo.

Por sua vez, cabe ressaltar que são poucas as obras jurídicas que analisam os pontos a respeito do ambiente em que se dá o ativismo, razão pela qual a pesquisa empreendida se reveste de um caráter exploratório e inovador.

A importância desse artigo justifica-se pela expansão e ascensão do poder judiciário acarretada por uma demanda social que procura a tutela de seus direitos constitucionais.

Assim, deve-se fazer uma reflexão sobre os limites de atuação dos três poderes para que haja o respeito por todos eles do Princípio Constitucional Paradigmático da Dignidade da Pessoa Humana. Deve-se também conjecturar sobre os aspectos positivos e negativos do ativismo, para ao final concluir pela sua inevitabilidade no cenário atual, mas com vistas a pugnar pela sua extinção face ao caráter provisório de sua existência, criado tão somente para responder a uma situação de crise.

Deve-se destacar, ainda, que a metodologia empregada foi pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico prospectivo. E, no que tange ao tipo de pesquisa, método qualitativo parcialmente exploratório

Ao final do trabalho será possível concluir que o ativismo judicial é uma realidade necessária devendo, entretanto, ser identificado para que sejam superados seus fatores de causação para que ele seja eliminado do ordenamento, haja vista, sua natureza de remédio para uma doença no sistema dos três poderes.

2. A Expansão e Ascensão do Poder Judiciário

A origem do Ativismo remonta ao Direito Norte-Americano, em face da postura adotada pela Suprema Corte no julgamento de determinados casos, como por exemplo no caso *Lochner VS. New York*, 1945, que julgou inconstitucional uma lei que estabeleceu jornada de trabalho de no máximo 10 horas diárias durante a semana e de 6 horas diárias aos finais de semana, ao argumento de que feria a liberdade contratual dos empregados; e no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 1954, que pôs fim aos ideais dos Estados sulistas de segregação racial desde 1896, e determinou que os filhos de negros pudessem estudar em escolas públicas destinadas aos brancos.

No Brasil o Ativismo é uma decorrência de um conjunto de fatores que permitiram a expansão e ascensão do judiciário, permitindo-o lançar mão quando necessário do instituto do ativismo.

Dentre os fatores que propiciaram a expansão e ascensão do judiciário vale destacar: a supremacia da constituição, a constitucionalização do direito, o neoconstitucionalismo, a judicialização da política e a redemocratização.

No que se refere à supremacia da constituição, constata-se que sob o aspecto material, supremacia da constituição significa que as leis e os atos normativos não podem contrariar a constituição, e sob o aspecto formal significa que a constituição fixa a estrutura, o modo de organização, competências e atribuições dos Poderes. Resulta daí que nenhum ato jurídico terá validade se não estiver de acordo com as normas constitucionais, sendo necessário mecanismos de controle para aferir tal validade.

Destarte, é o controle de constitucionalidade que garante a supremacia da constituição, tendo em vista que através deste controle é verificada a adequação da norma e do ato jurídico com a constituição, a fim de extirpar aqueles que com ela estejam incompatíveis.

No que se tange aos métodos de controle de constitucionalidade o Brasil adota o sistema misto, em que se verifica tanto um método de controle difuso e incidental de constitucionalidade, proveniente do direito norte-americano, como também um método concentrado e direto, proveniente do direito europeu.

Através do método difuso e incidental qualquer juiz pode se manifestar sobre a constitucionalidade das normas, e verificar sua adequação com a constituição. Já o modelo concentrado é exercido pelo STF, que é único com atribuição para analisar direta e abstratamente a norma, a fim de verificar sua compatibilidade com a constituição.

Todos os poderes podem e devem realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, entretanto, é o poder judiciário que concentra o poder para realizar esse controle, pois somente ele pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma, já que no ordenamento vigora o princípio de presunção de constitucionalidade das normas. Esse fato constitui um grande agregador de prestígio do poder judiciário, pois a constituição, norma suprema do ordenamento, tem como sua guardiã o poder judiciário.

Outro fator que vale destacar como fator de expansão e ascensão do poder judiciário foi a constitucionalização do direito.

A constitucionalização que aqui se menciona se refere ao aspecto da abrangência e influência que a Constituição tem sobre o ordenamento jurídico através da função paradigmática com força normativa. Sob esse prisma a constituição constitui fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais.

No âmbito legislativo tal influência limita a liberdade de formação das leis e impõe deveres de atuação.

Com relação à Administração Pública limita a liberdade de atuação e impõe deveres e fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da constituição.

Relativamente ao Poder Judiciário serve de parâmetro de constitucionalidade e condiciona a interpretação das normas.

E finalmente para o particular subordina a autonomia da vontade aos respeito de valores constitucionais especialmente no que se refere à liberdade de contratar e o uso da propriedade privada.

Com constitucionalização do direito a constituição passou a ocupar o centro material do sistema jurídico em oposição ao lugar antes ocupado de centro formal.

Sendo assim os diversos ramos do direito passaram por uma releitura para se adequarem à visão constitucional. Passou a ocorrer a denominada filtragem constitucional, segundo a qual o ordenamento jurídico como um todo deve ser visto através do filtro da constituição, resultando na reinterpretação dos institutos sob a ótica constitucional.

Foi sobre o direito civil que a constitucionalização causou maior impacto. Esse ponto merece uma nota pois a alteração da posição ocupada pelo direito civil no ordenamento foi alterada justamente em virtude da constitucionalização, o que acabou por afetar o ordenamento jurídico como um todo.

Desta feita, inicialmente o Código Civil era a grande referência do ordenamento privado, com a preeminência da autonomia da vontade individual e privada. Em um segundo momento, ocorreu o fenômeno denominado “publicização do direito civil” em que a autonomia da vontade começou a ceder espaço à solidariedade social e às funções sociais das instituições, passando permitir a introdução do sistema do dirigismo contratual.

Com a constitucionalização, o direito civil incorpora como pilar fundamental o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que promove a sua despatrimonialização, bem como sua repersonalização e passa a admitir a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.

Embora haja divergência sobre as formas de aplicação das normas de direitos fundamentais, se se dariam de forma indireta e mediata através de cláusulas abertas ou, se se dariam através da ponderação entre os Princípios Constitucionais da Livre Iniciativa e da Autonomia da Vontade de um lado e os Direitos Fundamentais de outro, o fato é que tanto as Cláusulas Abertas como a Ponderação de Princípios são fatores determinantes da expansão do poder judiciário.

As cláusulas abertas, também denominadas conceitos jurídicos indeterminados ou gerais, são aquelas que exigem do aplicador a valoração dos termos ou expressões para que se garanta significado à sua aplicação.

Desta forma elas colocam o poder judiciário como um co-participante do processo legislativo. Elas retiram o juiz da posição de mero aplicador da norma, com atribuição de subsumir o fato ao preceito normativo, para colocá-lo na posição de garantidor de valores abstratos. Percebe-se, portanto que tais cláusulas atribuíram aos juízes novos poderes e fortaleceram a instituição.

Tem-se, contudo, que essa posição de garantidor de valores abstratos e co-participante do processo legislativo não é decorrente apenas da existência de Cláusulas Abertas, mas decorre também da aplicação e interpretação dos Princípios Constitucionais.

No que pertine a esse tema é necessário que se faça uma breve análise do Constitucionalismo ao Neoconstitucionalismo.

O Constitucionalismo Positivista, teve Kelsen como o maior teórico, e defendia que a constituição seria o conjunto de regras que rege a produção do Direito, independentemente de qualquer conteúdo. A Constituição era norma jurídica pura, entendendo-se como norma apenas as regras, excluindo-se os princípios, ao argumento de que esses, por expressar valores que não são unívocos em uma sociedade plural, deveriam ser afastados, apartando-se qualquer conteúdo moral, valorativo, político e ideológico da análise jurídica.

Nesse contexto, a constituição era considerada norma pura pautada em um critério positivo do dever ser sem qualquer comprometimento com a fundamentação política, filosófica ou sociológica.

Tal concepção partia da idéia de que somente as regras eram normas jurídicas, de forma que os princípios eram despidos de força normativa, sendo considerados apenas como fonte subsidiária do direito, aplicando-se somente no caso de ausência de lei.

O pensamento que se tinha era no sentido de que o ordenamento jurídico-positivo não apresentava lacunas, uma vez que se houvesse vazio normativo, o intérprete deveria buscar nos princípios o critério de julgamento.

Destarte, no constitucionalismo positivista os princípios eram considerados sem eficácia normativa por inexistência de positivação, alegando-se habitualmente a sua programaticidade lhes retirar o matiz eficaz.

A partir da segunda metade do século XX, o positivismo jurídico entrou em crise, principalmente em razão das atrocidades promovidas pelo nazismo na Alemanha, em que os nazistas tinham condutas compatíveis com o direito positivo, mas contrárias a valores mínimos de cunho universal.

A crise do positivismo levou ao retorno às idéias de valores, moral e ética no direito. Surgiu, então, a reflexão sobre a aproximação do direito com conteúdos morais e éticos, buscando-se preservar através do direito valores fundamentais da sociedade.

Por tais razões, os princípios ligados que estão aos valores, ganharam normatividade constitucional.

Surgiu, pois, o constitucionalismo pós-positivista ou neoconstitucionalismo, pelo qual a constituição é um sistema de regras e princípios, ou seja, os princípios passam a ser considerados autênticas normas jurídicas.

Se o ordenamento jurídico fosse constituído apenas por regras, a lei deveria reger exaustivamente a vida em sociedade sem que sobrasse espaço para a ponderação de valores, interesses, ideais de justiça. Seria um ordenamento defeituoso, pois a normatização seria estática, contrariando a própria dinâmica da vida. As regras, por serem fechadas, precisas, matemáticas não se coadunariam com a complexidade e heterogeneidade dos problemas de uma sociedade pluralista. Por outro lado, se se adotasse um ordenamento apenas com princípios, faltaria a segurança e precisão de direitos que são imprescindíveis no seio da coletividade.

Em decorrência, para se contrabalancear a certeza e a segurança das regras com os valores encarnados pelos princípios, o ordenamento jurídico os engloba. Logo a constituição é um sistema aberto de princípios e normas.

Foi Dworking quem melhor estabeleceu a distinção entre as regras e princípios ao mencionar que as regras são aplicáveis pelo tudo ou nada, ou seja, ou se aplicam ou não se aplicam – sistema do “all or nothing”. Já os princípios são mandamentos de otimização, maleáveis, plásticos, flexíveis. E, conforme preceituado por Alexi, se aplicam mediante uma dimensão de peso, podendo ser ponderado diante do caso concreto, sem que se afaste totalmente a incidência de um quando em conflito com outro.

Portanto, a partir da breve apreciação da evolução do constitucionalismo para o neoconstitucionalismo pode-se apurar que o neoconstitucionalismo ao trazer força normativa aos princípios fortaleceu o poder judiciário a medida que lhe atribuiu poderes de interpretação e valoração das normas. Pois, sendo os princípios dotados de plasticidade, cabe ao juiz implementar-lhes o significado quando da sua aplicação através de sua valoração consideradas as circunstâncias do caso concreto, o contexto social, dentre outros fatores que denotam a fluidez jurídica da norma e a discricionariedade do magistrado.

Não só sob esse aspecto, mas também, porque havendo colisão entre princípios caberá ao aplicador da lei aplicar os Princípios Instrumentais da Proporcionalidade de Razoabilidade, e realizar uma ponderação dos bens em conflito. Sob esse prisma caberá ao juiz decidir a favor daquele que à luz da sua interpretação deva preponderar sem que se invalide o outro bem jurídico tutelado através da aplicação das concessões recíprocas.

Deste modo, examinados a carga valorativa e normativa dos princípios e a função jurisdicional do poder judiciário de intérprete e aplicador das normas, concluí-se pela ascensão do judiciário na era pós-positivista.

Outro fator que contribuiu para o fortalecimento do poder judiciário, tendo sido, inclusive, fruto do neoconstitucionalismo foi a judicialização da política.

A politização da justiça ou, como preferem outros, a judicialização da política é um fator propiciador do ativismo que com ele não se confunde.

A judicialização significa que questões de repercussão política e social estão sendo levadas ao judiciário para serem por ele decididas. Perceba-se que a judicialização é um fato: as pessoas estão levando ao judiciário questões políticas e sociais.

A responsabilidade pela judicialização pode ser atribuída à constitucionalização abrangente na medida em que questões antes deixadas ao legislador passaram a ser tratadas pela constituição, gerando a expansão da jurisdição constitucional.

Assim, temas que antes eram tratados por leis ordinárias passaram a ser tratados pela constituição havendo uma constitucionalização de determinada matéria. Constitucionalizar a matéria significa transformar política em direito, na medida em que há uma norma que possibilita a defesa daquele bem constitucionalmente tutelado.

Outro fator que contribuiu para a judicialização da política foi a redemocratização uma vez que colocou o judiciário como um poder político contendor dos abusos cometidos pelos demais poderes e com a responsabilidade de preservar a aplicação da constituição e seus valores. Insta salientar também foi ela quem reavivou a cidadania concedendo mais consciência e informação à população acerca de seus direitos e garantiu ainda, o fortalecimento de instituições como o Ministério Público e Defensoria que tiveram suas atuações dilatadas, o que favoreceu a demanda por justiça na sociedade.

De forma resumida é possível apontar que a ascensão e expansão poder judiciário, no Brasil, foram implementadas pela supremacia da constituição, pela constitucionalização do direito, pelo neoconstitucionalismo, e finalmente pela judicialização da política que teve a redemocratização não só como fator determinante e cujo fenômeno deve ser também considerado como causa direta do fortalecimento do poder judiciário.

Verificar-se-á que o ativismo somente é possível em virtude do fortalecimento do Poder Judiciário.

3. Em que Consiste o Ativismo

O que se procurou fazer até aqui foi demonstrar o ambiente em que é possível se verificar o ativismo judicial. Apurou-se que graças ao fortalecimento, a expansão e a ascensão do poder judiciário é hoje existe esse instituto.

Mas, em que consiste o ativismo?

Foi visto acima que a judicialização se caracteriza pelo fato de questões políticas serem levadas ao judiciário, viu-se quais os diversos fatores que convergem para possibilitar tal fato. Resta saber então, o que faz o judiciário quando instado a se manifestar sobre tais questões.

Antes, porém, é necessário que se diga que as questões políticas estão sendo remetidas ao judiciário possibilitadas por todo esse ambiente constitucional, mas infelizmente as suas causas não expressam essa faceta de nobreza e evolução, mas sim uma omissão de atuação dos poderes legislativo e executivo.

Assim, a forma como o judiciário vai responder a essas questões e atuar é que vai caracterizar ou não o ativismo.

O ativismo é a decisão do poder judiciário em responder à demanda trazendo uma solução que poderia ter sido dada pelo legislativo ou executivo que optaram por se manterem inertes. Ele traduz a vontade do poder judiciário em atuar para suprir a retração do legislativo ou do executivo e dar uma resposta efetiva ao pleito social.

Perceba-se sob esse aspecto que o ativismo é uma solução para uma questão que estava em aberto, sendo esse seu aspecto positivo.

Por outro lado demonstra uma necessidade de intervenção judicial em matérias que, originariamente, não lhe caberia implementar pois eram da área de atuação dos demais poderes.

Portanto, o ativismo é a expansão do judiciário representada pela interferência deste poder em atividades de outros poderes.

Ele é uma face do sistema de freios e contrapesos, anteriormente vinculado apenas à idéia de conter uma conduta comissiva abusiva, hoje ele é mais do que isso, porque os abusos que ele visa conter são os omissivos.

4. Hipóteses de Ativismo no Supremo Tribunal Federal

Levando-se em consideração a evolução substancialmente havida nas decisões da corte, decorrentes de uma sempre esperada efetivação constitucional, para um país como o Brasil que não possuía uma tradição constitucional sedimentada, sim, o STF está devidamente cumprindo o seu papel, em evolução.

Deve-se neste ponto destacar algumas decisões importantes por ele adotadas que demonstram a sua atuação ativista.

Cumpra-se inicialmente mencionar a instituição das súmulas vinculantes. Referidas sumulas, foram criadas quando da Reforma do Poder Judiciário, através da EC 45 de 2004, cujo intuito foi de criar celeridade e evitar o inchaço do Supremo ocasionado por demandas repetitivas em face principalmente da Administração Pública.

O artigo 103-A prevê a possibilidade do Supremo Tribunal Federal poder de ofício aprovar súmulas que terão efeito vincualnte em em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A faceta ativista dessas súmulas decorrem de seu caráter vinculativo o que espelha seu aspecto normativo colocando o Supremo como uma função por assim dizer, legislativa.

Atente-se, contudo, que as súmulas foram criadas para atender à crise do judiciário, mas que poderá eventualmente atender à uma crise do legislativo. Conquanto permitam essa atuação, não é conveniente, nem oportuno, nem saudável que o STF lance mão das súmulas para suprir as lacunas legislativas. Desta forma, embora espelhem um viés ativista, não devem as súmulas serem efetivamente utilizadas para atingirem o caráter mais puro do ativismo, pois aí estará se colocando em alto risco a ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Verifica-se, portanto, que a criação do instituto da Súmula Vinculante responde a uma necessidade indiscutível em nosso sistema judiciário assoberbado pela multiplicação de processos repetidos, e que essa finalidade não pode ser revertida para fortalecer o ativismo.

No que tange às decisões judiciais que merecem destaque por revelar vertente ativista do Supremo, ressalte-se a decisão a respeito das células tronco; do nepotismo; e da demarcação de terras indígenas: Raposa Serra do Sol.

A decisão a respeito das células tronco se deu em ADIN, ano, proposta pelo Procurador Geral da República na qual se questionava a constitucionalidade do artigo 5º da

Lei 11.105/05, conhecida como lei de biossegurança, que permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia.

O Supremo declarou a constitucionalidade do artigo. Prevaleceu o voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que não havia, na hipótese, violação ao direito à vida, nem tampouco ao princípio da dignidade da pessoa humana. Fundamentou a decisão com base na Teoria Natalista segundo a qual a personalidade começa a partir do nascimento com a vida; aduzindo que no aborto se tutela a vida intrauterina a partir do transbordamento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Preceituou ainda que nos termos do artigo 226 CF cabe ao casal deliberar sobre o planejamento familiar, inexistindo o dever jurídico deles de utilizar todos os embriões ainda que se revelem geneticamente viáveis. Ressaltou ainda que se nos termos da lei nacional considera-se morte a morte encefálica para fins de transplante de órgão, sendo os embriões um conjunto de células sem possibilidade de identificação de vida encefálica, afastada estaria a idéia de morte. Por fim, destacou o direito fundamental a saúde como *ratio* das pesquisas.

O ativismo resta caracterizado pela atuação do judiciário em demanda extremamente politizada, onde a norma embora exista é pouca, ou seja, a questão não está suficientemente normatizada, os debates políticos e sociais a respeito do tema não foram exaustivos, de forma que a questão precisou se levar ao judiciário para lá ter sido instada a realização de audiências públicas para discussão do tema, que culminou com a decisão do judiciário.

Na ADC 12/2008, o STF julgou procedente pedido para declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ — que veda o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito do Poder Judiciário. O fundamento da decisão foi no sentido de que a resolução atende aos princípios do art. 37 CF, em especial os da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, que são dotados de eficácia imediata. O STF sustentou também que não há que se falar em violação ao princípio da separação dos Poderes, nem ao princípio federativo, porquanto o CNJ não usurpou o campo de atuação do Poder Legislativo, limitando-se a exercer as competências que lhe foram constitucionalmente reservadas.

Aqui, o ativismo está ainda mais presente do que na decisão anterior, porque embora a vedação ao nepotismo decorra de uma conclusão lógica da interpretação dos preceitos constitucionais, não há norma específica sobre o tema, é bem verdade que num país civilizado

tal norma sequer é necessária, pois que consequência lógica, entretanto, no Brasil, onde os cargos públicos viram cabide de emprego de familiares e amigos é evidente a necessidade de norma deste tipo, a fim de se impedir a farra do abuso dos cargos públicos.

Com efeito, a atuação do judiciário não neste ponto invasiva, pois legitimada pelo ordenamento constitucional e pelos valores sociais vigentes. Entretanto, a legislação teria uma adequação aos valores sociais ainda maior se proviesse do poder legitimado para criação das leis e através do qual mais se comete referido abuso. A falta de atuação legislativa nesse sentido não retira de forma alguma a legitimidade judicial para a implementação dos direitos fundamentais preceituados na constituição, todavia, macula a imagem do poder legislativo e fortalece a imagem do poder judiciário, gerando uma aparência de desequilíbrio das forças. A essa aparência, no entanto, deve-se estar atento para que não se transforme em realidade.

A última decisão se pretende aqui mencionar foi a respeito da demarcação das terras indígenas.

Em março de 2009 o STF concluiu julgamento em que julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação popular ajuizada por Senador da República contra a União, que impugnava o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator, que assentou a condição indígena da área demarcada. O Ministro Menezes Direito prescreveu 19 medidas para a implementação da demarcação contínua que serão supervisionadas pelo Ministro relator.

Dos três casos trazidos a baila, verifica-se especialmente neste último um ativismo sem precedentes do STF, em razão de ter criado normas para regular a situação que encontrase sem previsão legal.

4.1 Relação do Ativismo Judicial com o Mandado de Injunção

O mandado de injunção tem sua origem no ordenamento brasileiro com a CF de 1988. Está previsto no Art. 5º, LXXI da CF que estabelece que se concederá Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Verifica-se que a função desse remédio constitucional é dar efetividade a direitos que carecem de regulamentação para seu regular exercício.

Destarte, esse instituto é inerente ao Estado Democrático de Direito e a democracia, de sorte que qualquer direito fundamental, ou garantias inerentes a nacionalidade, a soberania e a cidadania ficarão a salvo de exclusões que tentem aniquilá-los.

Embora tenha sido criado para garantir a efetividade de tais direitos, conforme se depreende da simples leitura da constituição, nem sempre atingiu sua finalidade. Isso porque o STF responsável por dar feição ao instituto agia timidamente no que tange sua implementação e atingimento de seus objetivos precípuos.

Assim, durante muito tempo vigorou no STF a posição não concretista, segundo a qual o judiciário reconhece formalmente a inércia do poder legislativo e apenas decreta a sua mora. Esse posicionamento sofria severas críticas tendo em vista que a eficácia desse remédio constitucional era a mesma da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, impedindo a implementação dos direitos fundamentais quando quase sempre persistia a mora legislativa. Destarte, a atuação do poder judiciário tornava-se inócua.

Em momento posterior o STF adotou em algumas hipóteses a posição concretista individual intermediária. De acordo com essa posição uma vez julgado procedente o pedido o poder judiciário determina um prazo para que o poder legislativo elabore a norma regulamentadora, e transcorrido o prazo permanecendo a inércia do legislativo, o autor passa a ter seu direito assegurado nos termos preceituados pelo STF.

A doutrina começou, então, a criticar tal posicionamento nas hipóteses em que já tivesse transcorrido um lapso de tempo desarrazoado para que o legislativo suprisse seu silêncio, argumentando que nessas hipóteses o STF poderia de pronto regular o direito violado, independentemente da concessão de prazo.

O STF, então, no julgamento do MI 695/MA, 2007, proferiu decisão no sentido de que se o pedido não tivesse sido limitado a requerer a comunicação ao órgão competente para imediata regulação da norma, poderia rever seu posicionamento em relação a eficácia do mandado de injunção.

Finalmente, no julgamento dos MI 670, 708 e 712, 2007, ajuizados respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores Em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), nos quais se buscava assegurar o direito de greve para seus filiados, tendo em vista a inexistência de lei regulando o artigo 37, VII, da constituição, o STF em importante decisão, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de

greve vigente que regula o setor privado, Lei 7.783/89. Nessa situação verifica-se que o STF adotou a posição concretista geral, segundo a qual o STF legisla no caso concreto, produzindo a decisão efeito *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa pelo poder legislativo.

Foi a evolução do ativismo judicial que garantiu que o STF atuasse dessa forma, antes atuava timidamente, hoje atua normatizando no vazio legislativo a fim de garantir a tutela dos direitos fundamentais.

A atitude do STF conquanto receba críticas pela demora em sua evolução até se chegasse a esse patamar, respeitou o Princípio da Separação dos Poderes.

Ressalte-se que aqui o ativismo está em sua mais pura harmonia com o sistema, vez que foi necessário que a mora legislativa ultrapassasse além do razoável; foram necessárias inúmeras demandas; e milhões de pessoas desamparadas por anos para que o STF finalmente se posicionasse no sentido de tutelar os interesses do povo que buscaram no judiciário a implementação da justiça.

4.2 A Questão Decidida Pelo Supremo Sobre a Fidelidade Partidária

Entende-se por Regime Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo.

Assim, a base do regime democrático são os direitos políticos que representam o direito de participação no processo político que é exercido através do direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, bem como através da autonomia da organização do sistema partidário e à igualdade de oportunidade dos partidos.

Os partidos políticos exercem a função de mediação entre o povo e o Estado no processo de formação da vontade política na medida em que apresentam lideranças pessoais e programas para eleições e procuram organizar as decisões do Estado consoante as demandas da sociedade.

Existem dois sistemas de eleição no Brasil: o majoritário e o proporcional. Os ocupantes dos cargos majoritários – poder executivo e senadores – são escolhidos segundo a quantidade de votos: o candidato que mais tiver votos é eleito.

No sistema proporcional, primeiramente, totalizam-se todos os votos, aplicada a regra também utilizada no sistema majoritário de excluir votos em branco e nulos. Posteriormente, divide-se esse número pelo número de vagas à casa legislativa em questão, saindo daí o coeficiente eleitoral, cujo número já determina a exclusão dos candidatos do partido que não

o alcançou. Por exemplo, se tiverem 10.000 votos válidos e 10 vagas a preencher, teremos um quociente eleitoral de 1.000 votos (10.000 votos divididos por 10 vagas), assim, o partido que não tiver totalizado ao menos 1.000 votos não elegerá nenhum dos seus candidatos.

A partir daí, conhecido o quociente eleitoral, a divisão das vagas se dá pelo número de votos do partido, dividido pelo já conhecido quociente eleitoral, determinando o número de vagas que o partido ocupará, por exemplo, usando os números mencionados, se o partido X teve 4.000 votos válidos, ocupará 4 vagas, dividindo-se o número de votos do partido (4.000) pelo quociente eleitoral (1.000) e aí sim a divisão das 4 vagas será pelos 4 candidatos mais votados.

A divisão do número de votos recebidos pelo partido pelo quociente eleitoral denomina-se quociente partidário.

Dar mais importância ao partido que ao candidato se justifica a medida em que se pretende fortalecer os partidos políticos, pois a idéia de tal sistema é que a população possa identificar claramente a tendência do partido, suas ideologia, seu posicionamento frente às discussões nacionais, assim, teoricamente qualquer candidato eleito daquele determinado partido tomaria as mesmas decisões, votaria da mesma forma, buscaria as mesmas soluções para os problemas públicos. Também se justifica para dar oportunidade a todas as correntes da sociedade, as mais diversas, representadas por um partido político, já que os deputados e vereadores representam a população de seu estado/município.

Na democracia, é importante a oportunidade de manifestação de idéias, a diversidade, a igualdade de condições de qualquer pessoa que se disponha a defender uma idéia e se candidate a um cargo público.

O sistema proporcional facilita a representação de todos os interesses e opiniões políticas no parlamento, tendo em conta seu peso relativo no eleitorado. Ou seja, as minorias também serão representadas, porém de acordo com sua força quantitativa.

O artigo 45 estabelece que a representação popular é obtida por meio do sistema eleitoral de caráter proporcional, concebendo uma verdadeira democracia partidária.

No contexto de uma democracia partidária e do sistema eleitoral proporcional, o valor constitucional da fidelidade partidária tem uma densidade ainda maior.

No regime da democracia partidária os candidatos recebem o cargo tanto dos eleitores como dos partidos políticos.

Desta feita, a manutenção das vagas conquistadas no sistema proporcional caracteriza um direito dos partidos políticos.

Deste modo, a constituição assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura partidária e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade de disciplina partidária.

Levando-se em consideração a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, conclui-se que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito é condição *sine qua non* para a manutenção do próprio mandato, tendo em vista em vista o modelo proporcional adotado para as eleições parlamentares.

Assim é que o abandono da legenda deve ensejar a extinção do mandato. Ressalte-se, contudo, que não se abrange aqui as hipóteses em que o partido tenha quebrado com seus compromissos programáticos; ou hipóteses de perseguições políticas.

Sob esse prisma não parece legítimo que o eleito possa sair do seu partido e carregar o mandato obtido em um sistema em que o voto foi atribuído ao partido.

Nesse mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 3999, reiterando seu entendimento proferido quando do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 onde reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária.

Na Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que tratam da perda do cargo eletivo e do processo de justificação da desfiliação partidária, o Supremo decidiu que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito, tem como consequência jurídica a extinção do mandato.

A fidelidade partidária condiciona o próprio funcionamento da democracia, pois impõe normas de preservação dos vínculos políticos e ideológicos entre eleitores, eleito e partido.

O fato dos eleitos ficarem trocando de partido contamina o processo democrático e corrompe o funcionamento do Congresso.

A decisão do STF representa a mais pura expressão do ativismo judicial, na medida em que atuou num vácuo legislativo visando consolidar a democracia e dar efetivação aos direitos políticos fundamentais, cuja fundamentação foi no sentido de que as resoluções impugnadas situam-se em contexto excepcional e transitório, e atuam como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.

Verifica-se, portanto, que práticas de ativismo judicial como essa tornam-se uma necessidade institucional, tendo em vista ser o Supremo o guardião da constituição, devendo atuar quando a omissão do legislativo reflete uma ofensa ao regime democrático.

5. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática

Apesar do papel político desempenhado pelo judiciário, seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários, justamente para que haja a imparcialidade sem a impregnação de ideais políticos, o que intenta atender ao Estado Democrático, ou seja, o exercício se dá em nome do povo e para o povo.

Assim, no judiciário a discussão que se tem levantado é sobre a legitimidade democrática da função judicial e seus limites de atuação.

O fundamento dessa legitimidade democrática está calcada na constituição, enquanto manifestação soberana da vontade do povo. Cabe ao juiz assegurar os valores instituídos na constituição e atuar pela preservação da democracia.

A origem do debate decorre de discussões acerca do poder da Suprema Corte Americana onde de um lado estão os progressistas favoráveis ao judicial review e algum grau de ativismo judicial e de outro, os conservadores defendem a auto-contenção judicial.

Nos Estados Unidos há os interpretativistas que defendem que o juiz deve aplicar a constituição, tanto o que está expresso como o que está implícito. O judiciário deve verificar qual a vontade do legislador constituinte. Afirmam que não existem valores substantivos na constituição, pois cada indivíduo possui seus próprios valores e se o judiciário começar a inovar em valores, ele estará inovando na constituição.

Já os não-interpretativistas americanos defendem que o judiciário deve ir além do que está escrito e implícito. O judiciário tem força normativa e não devem se ater apenas à vontade do legislador, pois a constituição tem vontade própria.

A questão, entretanto, é atual e universal e deriva da relação entre constitucionalismo e democracia.

O fundamento daqueles que pregam que o ativismo ofende a democracia é a falta de legitimidade democrática do judiciário por não terem seus membros sido eleitos pelo povo.

Tal fato embora seja verdade não retira a legitimidade do judiciário em decidir tais questões, pois é ele o órgão responsável pela Tutela dos Preceitos Constitucionais, e tal atribuição foi conferida pela própria constituição cujos membros foram eleitos pelo povo com poderes de criação da carta política. Sendo assim, resta configurada a legitimidade democrática do judiciário.

É preciso que se diga que em verdade o ativismo somente é possível graças a maturidade democrática.

Então, tem-se que o ativismo judicial só é possível em razão do reconhecimento da democracia e do pluralismo político.

Isso porque são as pressões sociais que exigem uma resposta efetiva do judiciário, não se contentando com uma declaração formal dos direitos.

A sociedade democrática tem demandado o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; bem como as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política.

Nesse aspecto pertine mencionar ainda que é a constitucionalização do direito que garante a legitimidade do judiciário.

Sob o prisma da democracia ressalte-se que esta não está circunscrita ao governo da maioria. De sorte que há direitos de minorias e outros princípios a serem preservados, já que a lógica democrática se inspira em valores que poderão ser resguardados pela intervenção judicial, vez que o papel do judiciário é o de resguardar o processo democrático.

6. Perigos Trazidos pelo Ativismo Judicial

Dentre os riscos trazidos pelo ativismo pode-se destacar a legitimidade democrática e a politização da justiça.

No que tange a legitimidade democrática há que se dizer que conquanto ela dê legitimidade de atuação ao judiciário ela também o limita de forma que não pode ele extrapolar os limites dessa legitimidade sob pena de subvertê-la.

A legitimidade da atuação do judiciário em invalidar ou desconsiderar decisões e atitudes do executivo e legislativo se consubstancia na constituição, que determina os limites

dessa atuação na contenção dos abusos, visando fazer prevalecer a vontade constitucional, que nada mais é do que a vontade do povo.

Sob o aspecto filosófico, algumas vezes, pode-se identificar pontos de conflito entre a limitação de poder e respeito aos direitos fundamentais, face à democracia, que é o poder caracterizado para atender aos interesses da maioria.

Neste ponto, o papel da constituição é assegurar a participação das minorias e garantir a todos a tutela dos direitos fundamentais.

Logo, a função constitucional do poder judiciário é acima de tudo uma garantia. Sendo assim, a constituição não pode suprimir o governo por maioria e destituir de poder o legislativo, sua atuação deve se dar para preservar a democracia e os direitos fundamentais.

Com relação ao risco de politização da justiça, o que pode ser dito é que embora haja um viés de política no direito, tendo em vista o fato de ser a constituição fruto da vontade majoritária; o fato de que as decisões são tomadas levando-se em consideração o momento histórico e político, bem como pelo fato de juízes serem dotados de experiências, vivências e sentimentos pessoais, não se pode dizer que direito é política pois não podem prevalecer decisões pontuais e particularizadas.

Desta feita, atribuir poderes demais ao juiz poderá ocasionar a politização da justiça. Assim, os limites de atuação do judiciário devem ser a constituição e as leis, que somente em hipóteses excepcionais poderão ser afastadas – quando ferirem direitos fundamentais seja por condutas comissivas ou omissivas.

7. Ativismo Judicial e Contenção

A constituição concedeu ao judiciário poder de decidir as questões levadas a ele, através da aplicação das leis e da constituição. Conferiu também poderes de contenção em relação a si mesmo e aos demais poderes.

No que se refere aos poderes de contenção em relação aos demais poderes é que se vislumbra o ativismo, que tem por fim impedir o abuso dos poderes legislativo e executivo exercidos mediante a inércia de atuação, ou suas omissões quando constitucionalmente impelidos a atuar.

Há, entretanto, que se reconhecer que cabe ao judiciário também exercer a contenção de seus próprios poderes sob pena de violar a ordem constitucional quando extrapola seus limites de atuação.

Desta feita, o ativismo deve sofrer contensões pelo judiciário a fim de atender única e exclusivamente determinado fato levado a ele, que por questões outras não foram solucionadas pelos poderes competentes no tempo oportuno previsto constitucionalmente como justo, razoável e eficaz. Destarte, não restando configurada a demora exagerada na solução por parte dos órgãos competentes, o que é o ensejador da ilicitude da conduta e da legitimação da atuação judicial, não cabe o judiciário avocar para si, questões com o simples argumento de cumprir a constituição, pois estaria por fim violando-a.

Sob esse prisma é possível se identificar alguns dos métodos de auto-restrição judicial trazidos pela doutrina como os limites processuais, através dos quais haverá a instituição de barreiras formais nos processos judiciais da jurisdição constitucional; os limites hermenêuticos, no sentido de prevalecer o princípio da presunção da constitucionalidade das leis; os limites funcionais que se desdobram em respeito aos postulados da discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa, bem como os limites temáticos consistentes na inevitabilidade de tratar de forma jurídica das questões políticas.

Outro aspecto da contenção que o judiciário deve exercer sobre si mesmo é a argumentação.

A fim de legitimar suas escolhas interpretativas quando da aplicação de cláusulas abertas, de princípios e da ponderação, o juiz deve se utilizar da argumentação.

Isso porque não está apenas sujeitando um fato a uma determinada regra produzida pelo legislativo. Sendo assim, com o intuito de preservar o princípio da separação de poderes deve sempre fazer referência a uma norma que sirva de fundamento, bem como trazer uma dose de abstração e generalidade à decisão, extirpando a possibilidade de casuísmo. Por fim, deve considerar os efeitos e conseqüências dessa decisão no âmbito social.

8. CONCLUSÃO

A partir deste estudo se pôde concluir que o ativismo judicial é uma realidade, e somente está sendo possível graças à Constituição Federal de 1988 que trouxe pela primeira

vez um sentimento constitucional. Ou seja, foi possível se falar em Ativismo Judicial a partir do momento que a sociedade abraça de fato, de direito e de forma politizada a Constituição, como sua ordem fundamental vigente, com força normativa e estrutural de Tutela da Sociedade frente aos Direitos Fundamentais, e garantidora da Separação dos Poderes através de instrumentos de limitação e contensão de abusos.

Verificou-se, portanto, o papel relevante ocupado pelo judiciário através de sua expansão e ascensão propiciada por fatores como a constitucionalização do direito que trouxe, por exemplo, as cláusulas abertas, que garantem poder de criação e elaboração das leis a esse poder; como o neoconstitucionalismo que trouxe força normativa aos princípios que permitem também uma participação normativa desse poder; como também a judicialização da política através do qual se caracteriza a vontade social de que o judiciário decida questões pendentes nos demais poderes.

Esse ambiente de fortalecimento do poder judiciário foi o responsável pela mudança de sua atuação, optando neste momento por uma postura mais atuante e interveniente para garantir a efetividade da constituição e dos preceitos nela contidos.

Constatou-se que judicialização e ativismo não se confundem, uma vez que a judicialização corresponde ao movimento social de levar questões políticas para serem decididas pelo judiciário; e o ativismo corresponde a forma com que o judiciário responde a essas demandas suprindo lacunas deixadas pelos poderes legislativo e executivo.

A atuação jurisdicional derivou das excessivas demandas sociais que buscavam a aplicação dos preceitos constitucionais. Outra alternativa não teve o judiciário que não se adequar à nova realidade de conter os abusos omissivos dos poderes executivo e legislativo.

Sua legitimidade democrática de atuação resta resguardada na medida em que a previsão dessa atuação encontra-se consagrada na constituição federal de 1988 que é fruto da vontade popular. Não só por esse viés, mas também porque a democracia para ser legítima deve permitir também a manifestação dos interesses das minorias. Da mesma forma, há de se considerar que direitos fundamentais não podem ser violados ainda que essa seja a vontade da maioria, devendo prevalecer aqui os interesses ainda que contra-majoritários de tutela da dignidade da pessoa. São esses, pois os argumentos que legitimam a atuação do poder do judiciário quando da implementação do instituto do ativismo judicial.

Apurou-se que o Supremo Tribunal Federal atingiu um nível de maturidade de forma a atender aos pleitos sociais, atuando mais do que nunca de forma ativista.

Essa postura do STF possui o aspecto positivo de implementar a constituição, mas denota um aspecto negativo na estrutura dos três poderes, pois retrata um enfraquecimento dos poderes legislativos e executivo. Desta feita, referido instituto deve ter a vida curta, já que sua existência deve servir para mostrar a falha no sistema que deverá ser rapidamente corrigida.

A delonga na solução pode acarretar o agigantamento do judiciário, sendo esse um dos principais perigos do ativismo. Nessa hipótese, a atuação deixará de ser legítima, principalmente pelo aspecto democrático, já que os juízes conquanto possam excepcionalmente solucionar questões pontuais não poderá solucionar o todo por não terem sido eleitos pelo povo. Ademais, direito não deve se confundir com política, de forma que a reiteração da intromissão de uma no outro poderá trazer sérios riscos para o ordenamento jurídico.

Destarte, o ativismo deve ser um remédio provisório para uma doença momentânea.

Apesar da sua temporariedade deve ser contido para não sobrepor os limites da sua legitimidade democrática e constitucional.

Por tudo, conclui-se que o ativismo é um mal necessário de forma que se deve agradecer a possibilidade de sua existência na medida em que sua ausência poderia deixar desolada uma sociedade, afastada que estaria da sua ordem constitucional e da implementação, tutela e garantia dos direitos fundamentais.

Entretanto, deve-se rechaçá-lo a fim de tê-lo unicamente como instrumento provisório de sinalização de um problema que exige atenção e precisa ser solucionado o mais rápido possível, visando evitar o máximo possível os males que dele possam provir, quais sejam: o autoritarismo judicial.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Riscos Não Previstos da Súmula Vinculante**. Disponível em: < <http://aguillar.blog.terra.com.br/2008/09/18/riscos-nao-previstos-da-sumula-vinculante/>>, Acesso em: 02 jun. 2009.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **Súmula Vinculante**. Disponível em: < <http://br.monografias.com/trabalhos908/sumula-vinculante/sumula-vinculante.shtml>>, Acesso em: 02 jun. 2009.

ANGELIM, Augusto Sampaio. **A Nova Fidelidade Partidária**. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3860/A-nova-fidelidade-partidaria>>, Acesso em: 02 jun. 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>, Acesso em: 20 fev. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>, Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>, Acesso em: 20 fev. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Súmula Vinculante**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

CAMPINHO, Heitor Carvalho. **Ativismo Judicial e Mandado de Segurança: uma análise da jurisprudência do tribunal de justiça do rio de janeiro**. Disponível em <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Bancas/2004/HeitorCarvalhoCampinho.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **STF: ativismo sem precedentes**. Disponível em: < http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090530/not_imp379413,0.php>, Acesso em: 03 jun 2009.

LAMY, Marcelo. **Reflexões sobre a Fidelidade Partidária**. Disponível em: < http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_fidelidadepartidaria.htm>, Acesso em: 02 jun. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. **Fidelidade Partidária: um panorama institucional.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao/texto9%20%20fidelidade%20partidaria.pdf>, Acesso em: 20 fev. 2009.

MARTINS, Farlei. **Análise sobre o Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em < <http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/08/anlise-sobre-o-ativismo-judicial-ou.html>>, Acesso em: 15 mar. 2009.

MELLO, Celso. **Celso Mello Defende Ativismo Judicial do Supremo e Pesquisas Científicas.** Disponível em: < <http://www.direito2.com.br/stf/2008/abr/23/celso-mello-defende-ativismo-judicial-do-supremo-e-pesquisas>>, Acesso em: 15 mar. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Luiz Fernando. **Súmula Vinculante: seus defensores e seus opositores.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, no 74. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=246>> Acesso em: 02 jun. 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Ativismo e Protagonismo Judicial em Xequê: argumentos pragmáticos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: < jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12587 >, Acesso em: 20 fev. 2009.

REINA, Cláudia Regina. **Judicialização da Política.** Disponível em: <<http://www.amaerj.org.br/index.php?option=content&task=view&id=320>>, Acesso em: 20 fev.2009.

SAMPAIO, Jose Adercio Leite . **A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição Ou Barbárie: a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito.** Disponível em: < http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=12.>, Acesso em: 20 fev. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/verConstituicaoCompleta.asp>>, Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>, Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>, Acesso em: 20 fev. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.