



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Ativismo Judicial e a função contra majoritária do Supremo Tribunal Federal

Erika Gomes de Faria

Rio de Janeiro
2012

ERIKA GOMES DE FARIA

Ativismo Judicial e a função contra majoritária do Supremo Tribunal Federal

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Guilherme Sandoval
Neli Fetzner
Nelson Tavares
Mônica Areal

Rio de Janeiro
2012

ATIVISMO JUDICIAL E A FUNÇÃO CONTRA MAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Erika Gomes de Faria

Graduada pela UNESA – Universidade Estácio de Sá – Campus Tom Jobim. Advogada inscrita na OAB/RJ sob o n. 137064. Juíza Leiga do Poder Judiciário do Estado de Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O Ativismo Judicial é a ferramenta utilizada pelos julgadores nos casos de omissão ou falha na legislação vigente. Esse fenômeno tem sido amplamente difundido no meio forense, notadamente pela necessidade de prestar a tutela jurisdicional adequada aos casos em que a legislação não é suficiente. A ascensão do Ativismo Judicial também foi impulsionada pela crise representativa atravessada em razão dos diversos escândalos políticos acerca da corrupção no Poder Legislativo brasileiro. A concretização do ativismo pode ser feita mediante interpretação da lei no caso concreto ou manuseio dos instrumentos específicos de provocação do Judiciário, quais sejam, Mandado de Injunção e Ações Objetivas. Apesar da necessidade de utilização da ferramenta supramencionada para o julgamento de determinados casos, não pode o Judiciário se imiscuir da função legislativa quando não está legitimado para tanto. Desse modo, o exercício do Ativismo Judicial deve ser feito com parcimônia, cabendo ao julgador se pautar pela razoabilidade a fim de não ultrapassar os limites de sua atuação. Faz-se necessário delinear os limites do ativismo para que não haja a absorção de um poder instituído pelo outro. A essência deste artigo é analisar o desenvolvimento do Ativismo Jurisdicional e apresentar balizas que devem pautar a atuação do juiz nessas questões.

Palavras-chaves: Democracia. Princípio da Separação dos Poderes. Interpretação. Aplicação das Normas. Limites a atuação do Poder Judiciário.

Sumário: Introdução. 1. Ativismo Judicial. 1.1. Relevância do Ativismo no Cenário Jurídico Atual. 1.2. Dificuldade Contra Majoritária. 1.3. Democracia e Risco Democrático. 1.4. Risco de Politização da Justiça. 1.5. Limite Epistêmico. 2. Princípios Norteadores. 2.2. Princípio da Separação dos Poderes. 2.2. Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. 2.3. Princípio da Segurança Jurídica. 2.4. Princípio da proporcionalidade. 3. Os Instrumentos de Concretização do Ativismo. 3.1. Hermenêutica. 3.2. Súmula Vinculante. 3.3. Mandado de Injunção. 3.4. Ações Objetivas. 4. Os Limites do Ativismo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito tem como pilares de sustentação a existência de poderes distintos e harmônicos entre si, cada qual com sua função garantindo o equilíbrio essencial para a proteção desse sistema. No Brasil o Poder Executivo, Legislativo e Judicial representam esses pilares.

O Brasil atravessa um momento de crise representativa, resultado dos escândalos políticos e da descrença popular em relação ao Governo. O povo, afadigado da corrupção política noticiada constantemente nos jornais, deposita cada vez mais sua confiança no Poder Judiciário.

Trata-se de cenário propício ao Ativismo Judicial, fenômeno decorrente de um comportamento proativo dos julgadores que evidencia a fluidez da fronteira entre política e justiça.

Dentro desse cenário social os julgadores têm papel fundamental na pacificação de conflitos.

Os abusos não devem ser tolerados, sendo certo que o limite para o Ativismo está delineado de forma não escrita, balizado pela razoabilidade e legitimidade, esta pesquisa indica limites a serem observados pelos magistrados, fora dos quais a atuação consistiria em arbitrariedade.

Considerando a relevância do tema e a recorrência da prática ativista no dia a dia forense, defende-se o fenômeno como legítimo e necessário para a prestação da tutela jurisdicional adequada, sem olvidar a importância de traçar os limites de sua existência enquanto atividade benigna capaz de suprir as lacunas e corrigir as imperfeições provenientes da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Eis o objetivo dessa monografia.

Para abordar essa temática, a metodologia adotada fixou-se na pesquisa bibliográfica, com base na qual se desenvolveu toda a discussão sobre a legitimidade do Ativismo Judicial e seus limites.

Com efeito, as questões enfrentadas a seguir contribuirão para a construção de um pensamento crítico sobre o tema, além do aprimoramento do conhecimento jurídico acerca da discussão doutrinária e jurisprudencial.

1. ATIVISMO JUDICIAL

Trata-se do fenômeno por meio do qual o Poder Judiciário concretiza o Direito diante da ausência, insuficiência ou imprecisão da norma.

A falta de operacionalidade do Poder Legislativo não pode ser um óbice à resolução das lides apresentadas ao Poder Judiciário, uma vez que não é dado ao julgador deixar de resolver o litígio, por isso, diante da inoperância legislativa, cabe ao julgador assumir uma posição proativa a fim de cumprir seu dever.

O dever ao qual se faz referência tem qualidade de cláusula pétrea e deriva do princípio da inafastabilidade, consagrado no artigo 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição da República, pelo qual não pode deixar de ser dada resposta à questão apresentada.

Na concepção de Luís Roberto Barroso¹:

O Ativismo Judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

¹ Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 3 nov 2010

O fenômeno tem sua origem na corte americana e conquistou espaço no Brasil com a redemocratização promovida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, desde então tem se expandindo cada vez mais no cenário jurídico brasileiro. Até o advento da Constituição de 1988, a auto-contenção judicial era a postura adotada pelo Poder Judiciário, havia restrição da atuação do julgador em favor das instâncias tipicamente políticas.

Com o surgimento de instrumentos de concretização do ativismo a nova carta política teve a importante missão de mudar o comportamento do Poder Judiciário, proporcionando meios para a prestação de tutela jurisdicional adequada e incentivando o alargamento da adoção de posição proativa pelos julgadores.

Vale mencionar que esse fenômeno não existe apenas no Brasil, os órgãos jurisdicionais de todos os países pelo mundo o experimentam, uns com mais, outros com menos intensidade. Isso porque em todos os países o ato de julgar é praticado por pessoas, não por máquinas, o que implica em constatar que a adequação do caso concreto à norma não será mecânica.

Em Portugal, por exemplo, a Constituição é explícita no artigo terceiro sobre o fato de a atividade legislativa estar sujeita ao controle jurisdicional, a Lei Maior de Portugal dispõe que “a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas e do poder local depende de sua conformidade com a Constituição”².

² PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 2 abr. 1976. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art03>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

1.1. RELEVÂNCIA DO ATIVISMO NO CENÁRIO JURÍDICO ATUAL

O Ativismo Judicial é o único instrumento imediato que existe para driblar as consequências advindas da falta de operacionalidade do Poder Legislativo e se mostra indispensável na medida em que o sistema jurídico brasileiro determina que a questão posta não pode deixar de ser apreciada, a resposta à lide apresentada ao Poder Judiciário não pode deixar de ser dada, sendo assim, cabe ao julgador, quando provocado, dar essa resposta, independente de haver ou não a produção legislativa necessária.

Quando o julgador se vê diante de uma problemática que não encontra regulamentação específica na legislação, como é o caso da Biotecnologia, deve buscar respaldo no ordenamento jurídico já existente para construir a fundamentação necessária e dar a conclusão adequada à lide posta. Registre-se que não é rara a ausência de produção legislativa.

Ademais, quando há uma lei editada pelo Poder Legislativo que não se compatibiliza com as demais leis – também editadas pelo Legislativo – cabe ao julgador resolver a antinomia aparente de normas a fim de resguardar a segurança jurídica.

Não significa dizer que a ausência de lei representa requisito para o Ativismo Judicial, por vezes há lei, mas ela se mostra insuficiente para o caso concreto, situação que reclamará a adoção do ativismo. Tem-se por insuficiente a disposição legal que, por si só, não gera uma solução eficaz e justa para a parte, necessitando que o magistrado utilize seus conhecimentos em relação ao ordenamento jurídico para encontrar um instrumento que, conjugado à norma, possa trazer-lhe um resultado prático coerente.

Há ainda situações em que a disposição legal é diretamente responsável pela situação de injustiça, é nesses casos em que o ativismo mostra sua faceta mais louvável, superando a

literalidade da lei para proporcionar à parte uma solução justa com resultado prático coerente com o ordenamento jurídico considerado como um todo.

Nesse passo, ao comentar o avanço do direito constitucional, Luís Roberto Barroso³ aduz o seguinte:

O Direito, consoante conhecimento convencional, pode e deve desempenhar duas grandes funções. A primeira é uma função estabilizadora, de conservação de direitos e de proteção da segurança jurídica. A segunda é uma função promocional, ligada à realização de justiça material e ao avanço social. Em um país como o Brasil, sem desprezo aos valores e aos direitos fundamentais, o papel do direito constitucional deve estar ligado à transformação das estruturas, e não à manutenção do *status quo*.

O ativismo por muitas vezes é o único instrumento que o julgador tem para dar ao Direito essa função promocional exigida, a fim de transformar as estruturas.

1.2. DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

O Brasil adota o princípio da maioria, os membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, são eleitos pelo povo por maioria de votos, democraticamente, para representar seus interesses. Enquanto os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos pelo voto popular.

O que legitima as decisões discricionárias tomadas no âmbito desses dois Poderes é a vontade popular manifestada pelo voto, é o exercício de política majoritária que tem como combustível o voto popular.

O Poder Legislativo tem a função de produzir leis, regrado e impondo limites à sociedade, vinculando toda a coletividade àquelas leis produzidas, o que legitima a atuação desse Poder é o fato de que a própria sociedade o elegeu para isso.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Janela e não Espelho*, in *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 489.

Os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, há, por isso, indagação no sentido de que seria uma forma de elaboração e anulação de textos normativos sem a devida legitimação para essa função, seria correspondente à criação de uma verdadeira República de Juízes, porque juízes não eleitos pelo voto popular teriam a possibilidade de controlar e anular leis elaboradas por um Poder eleito para essa finalidade.

Se assim fosse entendido, seria trocar a discussão, votação e aprovação exercida por um conjunto de pessoas eleitas pelo povo, ou seja, substituir a escolha parlamentar, pela escolha do magistrado, por vezes até, pela escolha de um juiz singular.

No entanto, o ativismo como fenômeno legítimo não comporta o descarte da lei e o julgamento contrário à norma, isso consistiria em arbitrariedade. Ativismo é o julgamento com base na lei, conforme o sentido dela, de forma mais adequada ao caso concreto, em observância ao contexto fático e social.

Ressalte-se que o princípio da razoabilidade permeia toda a atividade jurídica, na medida em que o Ativismo Judicial é exercido com razoabilidade, não restaria caracterizada a elaboração de norma, mas verdadeira aplicação da lei elaborada pelo Legislativo, sempre respeitada a norma extraída da lei.

Em análise aprofundada, percebe-se que os julgadores atuam como representantes indiretos da vontade popular, tendo em vista que atuam com base na Constituição e nas leis, sendo certo que elas são elaboradas pelo poder eleito.

A dificuldade contra majoritária é superada em dois argumentos: a concessão constitucional expressa ao Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis e o dever que lhe foi imposto de zelar pelos direitos e garantias fundamentais.

O primeiro se refere ao fato de ter a própria Carta Maior concedido ao Poder Judiciário a missão de apreciar os conflitos e julgar de acordo com a Constituição, tendo o

poder de controlar efetivamente a constitucionalidade da produção legislativa a ponto de afastar lei inconstitucional, deixando de aplicá-la.

O segundo parte da premissa de que democracia não se resume ao princípio majoritário. A Constituição confere ao Poder Judiciário o papel de proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Apesar de aparentar ousada, mostra-se coerente a concepção de que nesse rol de proteção estariam incluídos os princípios constitucionais implícitos, a fim de englobar direitos inerentes ao homem, em uma visão jusnaturalista dos direitos fundamentais.

Por mais absurdo que possa parecer, se as regiões sul, sudeste e centro-oeste quisessem a escravização de toda a população do norte seria a vontade da maioria, mas não seria possível, porque a liberdade é tida como direito fundamental pela Constituição da República. Essa proteção dos direitos fundamentais, ainda que contrária à vontade da maioria é dever do Poder Judiciário.

Significa dizer que se uma lei é criada, ainda que seja a vontade da maioria (representada pelos parlamentares), ela não deve prevalecer se violar valores e direitos fundamentais.

Cabe aqui registrar o papel da Constituição dentro desse contexto nas palavras de Luís Roberto Barroso⁴:

A Constituição vem cumprindo satisfatoriamente o papel que lhe cabe: limitar o poder político e proteger os direitos fundamentais. (...) O direito constitucional contemporâneo, cuja configuração se deu ao longo das últimas décadas do século XX, tem como traços marcantes: (i) o reconhecimento de força normativa à Constituição, que deixou de ser percebida como um documento estritamente político e passou a ser instrumento de trabalho dos operadores jurídicos em geral; (ii) a expansão da jurisdição constitucional em todo o mundo, na linha da idéia de supremacia constitucional (e não do Parlamento) difundida pelo constitucionalismo americano

Essa tarefa é exercida pelo Poder Judiciário em todas as suas instâncias, mas merece destaque a atuação do Supremo Tribunal Federal.

⁴ BARROSO, op. cit., p. 487-488.

Como intérprete final da Constituição o Supremo Tribunal Federal tem como papel de imprescindível importância zelar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais. O Supremo deve respeitar as deliberações do poder majoritário, com exceção das deliberações que ponham em risco a preservação da democracia e o exercício dos direitos fundamentais.

Nota-se que ao preservar direitos fundamentais, até mesmo aqueles que são inerentes ao homem na visão dos jusnaturalistas, ainda que esses direitos sejam defendidos em face da vontade da maioria, o Poder Judiciário está garantindo a democracia. Como dito anteriormente, não é sempre que se deve prevalecer a vontade da maioria.

De certo que a proteção dos direitos fundamentais não está sujeita à negociação ou tolerância, sob pena de transformar o princípio da maioria em domínio da maioria, conforme leciona Hans Kelsen⁵, que menciona o domínio da maioria como uma causalidade da aritmética⁶.

Insta consignar que, não obstante a legitimidade democrática do Poder Legislativo, fato é que a crise moral em que se encontra no cenário político atual, bem como a deficiência de sua funcionalidade, tem sido principal impulsionador da expansão do Ativismo Judicial no Brasil.

⁵ KELSEN, Hans. *O Problema do Parlamentarismo*, in A Democracia. Trad. Vera Barkow *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 134.

⁶ KELSEN, *ibid.*, p. 27.

1.3. DEMOCRACIA E O RISCO DEMOCRÁTICO

Democracia é um conceito amplamente difundido que tem nas palavras de Abraham Lincoln sua definição mais objetiva como “governo do povo, pelo povo e para o povo”⁷, a expressão define bem o sentido de Democracia, regime de governo adotado no Brasil.

Todavia, é engano pensar que a democracia se resume ao princípio da maioria, a proteção dos direitos fundamentais do homem, ainda que protegido em face da vontade da maioria, também tem o condão de garantir a democracia.

O próprio jogo democrático deve passar pelo crivo da proteção aos direitos fundamentais para garantir seu funcionamento legítimo.

Vale citar o ensinamento de Geraldo Ataliba, que adverte o seguinte:

[...] só há verdadeira república democrática onde se assegure que as minorias possam atuar, erigir-se em oposição institucionalizada e tenham garantidos seus direitos de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação (...) onde, de modo efetivo, a alternância no poder seja uma possibilidade juridicamente assegurada, condicionada só a mecanismos políticos dependentes da opinião pública. (...) Na democracia governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo não pode oprimir a minoria. esta exerce também função política importante, (...) crítica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se à opinião pública como alternativa.⁸

Como apresentado pelo ensinamento exposto acima, para o exercício da “verdadeira democracia” é imprescindível a proteção aos direitos das minorias dentro do próprio jogo democrático. O princípio da maioria não é absoluto e a maioria não pode ser imutável.

Portando, ativismo não consiste em risco democrático, mas verdadeira garantia à democracia plena porque é instrumento para impedir que a maioria delibere contra o acesso da minoria ao poder, evitando a consequência política disso, que seria o engessamento do poder diante da falta de opção que possibilite mudança da opinião pública.

⁷ *government of the people, by the people, for the people*. Discurso proferido por Abraham Lincoln, 16º Presidente dos Estados Unidos, em 19 de Novembro de 1863, na cerimônia de inauguração do Cemitério Militar de Gettysburg, no local onde se tinha dado a batalha do mesmo nome.

⁸ ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e Minorias*, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 24, n. 96, p. 189-194, out./dez. 1987.

1.4 RISCO DE POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Questão que merece ser abordada é o risco de se politizar o exercício da função jurisdicional, o risco de tornar o julgador um protagonista da vida política que, no Brasil, é reservada àqueles que foram diplomados por força do voto popular.

Não se perde de vista que, não obstante a imparcialidade que se exige dos julgadores, não há destituição absoluta das convicções do julgador, sendo certo que a imparcialidade que se exige é o devido distanciamento das partes, não sendo possível esvaziar as convicções do julgador quanto aos fatos envolvidos na causa.

Esse risco é afastado, na prática, pela própria sistemática da atuação do Poder Judiciário.

O julgador não tem iniciativa, ele só age quando provocado pela parte, com a instauração de uma demanda, é o que reflete a expressão em latim: *ne procedat judex ex officio*⁹. Isso quer dizer que o Judiciário não tem poder de regulamentar as questões que não são regulamentadas pelo Poder competente, ou que são regulamentadas inadequadamente. O Judiciário atua apenas dentro das demandas instauradas, nos limites das questões postas dentro daquela demanda.

As convicções do julgador não são impostas à sociedade por sua deliberada escolha e iniciativa, são apenas manifestadas dentro de uma demanda porque houve necessidade de análise para resolver conflito que foi levado à apreciação.

Nesse passo, o risco é afastado também porque as decisões devem ser juridicamente fundamentadas, não é exclusivamente a política que move a decisão judicial, sim a ciência

⁹ A jurisdição não é prestada de ofício.

jurídica, vale ressaltar que a fundamentação jurídica deve ser expressa e é imprescindível em todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Quando um julgador expõe sua convicção dentro de uma demanda, não o faz baseado em sua conveniência pessoal e política, o faz com razões expressas de Direito, dentre as possibilidades que o sistema jurídico lhe confere, ele avalia a que melhor atende o ideal de Justiça e a prestação da tutela jurisdicional adequada.

Em suma, o julgador não tem livre atuação política, está adstrito pela sistemática jurídica que impõe a inércia (artigo 2º e 262 do Código de Processo Civil) e a exigência de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX, da Constituição da República).

1.5 LIMITE EPISTÊMICO

Cabe observar que certas causas demandam um conhecimento específico ou uma experiência aprofundada em determinada área que, às vezes, o julgador não possui, trata-se do limite epistêmico, que deve ser respeitado.

Como forma de driblar esse limite o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº. 3.510, sobre pesquisas com células-tronco, promoveu uma audiência pública com a participação de diversos organismos representando os mais variados seguimentos sociais.

A audiência aconteceu em 20 de abril de 2007 no auditório da 1ª Turma do Supremo e contou com a participação de cientistas, grupos de pesquisas, deficientes físicos que depositam nas pesquisas a esperança de cura, defensores dos direitos humanos e grupos religiosos.

Na ocasião a Ministra Ellen Gracie, presidente do Supremo à época do início do julgamento, disse que julgar é acima de tudo um ato de humildade, por isso se estaria abrindo essa oportunidade para que diversos seguimentos sociais e científicos pudessem expor seus conhecimentos para somar conhecimento, a fim de se chegar ao melhor resultado¹⁰.

Foram ouvidas pessoas com autoridade e experiência na matéria e, ao final, o Supremo, em julgamento emblemático, com direito a participações acaloradas e votos poéticos, decidiu que era constitucional a lei que permitia a pesquisa.

Quando do julgamento do ADPF n°. 54, sobre o aborto no caso de feto anencefálico, sob a condução do Ministro Marco Aurélio, relator do processo, também foi destacada a importância do papel do *amicus curie* como importante mecanismo de ultrapassar o limite epistêmico¹¹. Nesta ocasião o Supremo também abriu o debate com uma série de quatro audiências públicas com a participação de entidades religiosas, médicas, científicas, professores, parlamentares, Ministros de Estado e mulheres que passaram pela experiência de ter uma gestação nessas condições.

A figura do *amicus curie* qualifica-se como fator de legitimação social no processo objetivo de controle de constitucionalidade abstrato.

Outrossim, o julgador deve ter uma visão macro ao proferir suas decisões, pode ser que uma decisão isoladamente considerada seja justa no caso concreto avaliado – visão micro – mas, ao mesmo tempo, amplamente considerada, possa gerar efeitos sistêmicos desastrosos.

Tem-se como exemplo o despejo. O Poder Legislativo trouxe na Lei n°. 8.245/91 hipóteses de concessão de liminar de desocupação independente de audiência da parte contrária, opção política tomada no âmbito parlamentar, não se pode mitigar tal disposição legislativa nos casos em que houver pessoa idosa envolvida por mais que pareça mais justo dentro do caso concreto. Isso porque, em uma visão macro, decisões nesse sentido podem

¹⁰ Programa Grandes Julgamentos do STF, TV Justiça, apresentado dia 13/5/2011, às 20h.

¹¹ BRASIL. STF. RE 597165/DF. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo623.htm>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

causar um colapso no mercado locatício, uma vez que os proprietários não mais terão interesse em locar para idosos.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES

Assim como toda questão jurídica, o Ativismo Judicial passa por uma análise principiológica. Na verdade, a análise da sua própria legitimidade é feita com base em princípios, notadamente com base no princípio da separação dos poderes e no princípio da inafastabilidade da jurisdição. Além disso, observa-se que, quando de sua aplicação, o Ativismo é guiado pelo princípio da razoabilidade e pelo princípio da segurança jurídica.

No contexto jurídico, a palavra “princípio”, como bem observa Luís-Diez Picazo¹², se assemelha à idéia que lhe é empregada pela geometria, na qual “princípio” significa “verdades primeiras”.

Conforme doutrina mais moderna, é de se reconhecer o caráter normativo aos princípios, na concepção de que regras e princípios são normas, sendo que o conflito de regras se resolve na dimensão da validade e o conflito de princípios, na dimensão do valor. Ressalva-se o entendimento de que os princípios teriam caráter meramente programático.

Cumprе ressaltar que nenhum princípio é absoluto, isso porque o ordenamento jurídico é um sistema uno, eventuais antinomias aparentes são solucionadas pela ponderação de valores.

¹²BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 255 *apud* PICAZO, Luís-Diez, *Los principios generales del Derecho em el pensamiento de F. de Castro*, in *Anuário de Derecho Civil*. Espanha, T. XXXVI, fasc. 3, out/dez. 1983, p. 1267-1268.

2.1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A existência de três funções do poder foi sugerida por Aristóteles e consagrada na Inglaterra por John Locke, posteriormente a teoria da separação dos poderes foi desenvolvida por Charles de Montesquieu no livro “O Espírito das Leis”.

Baseado na afirmação de que só o poder freia o poder, Montesquieu afirmava que para coibir abusos era necessário, por meios legais, dividir o Poder de Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário, órgãos políticos distintos.

A noção de separação de poderes consiste em conceber o Poder Judiciário, Executivo e Legislativo como independentes e harmônicas entre si, cabendo a cada qual exercer sua função sem usurpação desta por outro Poder. O princípio da separação dos poderes está consignado no art. 2º da CRFB, que consiste em cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, da CRFB).

A previsão expressa desse princípio consiste em mero capricho da Constituinte Originária porque o Brasil é uma república federativa constitucional presidencialista, forma – escolhida por plebiscito em 1993 – que se caracteriza pela existência da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Isto é, a separação dos poderes faz parte da própria essência da forma de governo escolhida.

A produção das normas é função do Poder Legislativo. Cabe ao Poder Judiciário a solução dos conflitos dentro da sociedade, aplicando as normas produzidas, normas estas que direcionam e limitam a sua atividade.

Inicialmente cabe registrar que não há relação antagônica entre essas funções – legislar e julgar – na medida em que o “Judiciário é o aplicador das leis por excelência. Seu

trabalho consiste, em princípio, na aplicação das leis, leis elaboradas pelo Legislativo (...). O Judiciário é a boca que pronuncia as palavras da lei", conforme Montesquieu¹³.

Também vale registrar que não consiste em usurpação de função legislativa, pois o Ativismo Judicial nasce da ausência do exercício dessa função, ou exercício inapropriado dela.

O princípio da separação dos poderes tem um núcleo essencial, sendo certo que o Ativismo Judicial não viola esse núcleo e sim gravita em torno dele. Não resta violado o núcleo se a atividade jurisdicional, ainda que imiscuída em reestruturação da legislação, não causa desequilíbrio na coexistência dos poderes instituídos.

Conclui-se que não há violação à separação de poderes.

Ademais, cabe acrescentar relevante observação de Oswaldo Luiz Palu¹⁴ quanto ao Estado contemporâneo, no sentido de que o Poder atualmente se divide em cinco, não três funções, como sustenta a doutrina clássica. Cabe citar o seguinte ensinamento:

O Estado contemporâneo revela-se novo e desafiadoramente complexo (...), há que se lembrar que, hoje, muito mais de três funções do Estado (executiva, legislativa, judiciária), há, ao menos, outras duas, que não se localizam entre as citadas, ou seja, além das três funções clássicas, para as quais constituíram-se órgãos específicos, há pelo menos, ainda, a função de governo (*indirizzo* político), que muito pouca relação tem com a função administrativa e a jurisdição constitucional, que pouco contato tem com a função judicial tradicional, pela sua amplitude e vastidão da decisão e pelo seu acentuado e necessário caráter político.

Nota-se que nessa concepção se admite a jurisdição constitucional como função autônoma dentro do Poder, com características próprias que ultrapassam a atividade jurisdicional, reconhecendo a esta função um caráter político.

O Brasil adotou um modelo misto de controle de constitucionalidade, tendo internalizado o controle difuso, conforme modelo americano, e o controle concentrado, conforme modelo adotado nos países europeus.

¹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, o Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 26.

¹⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

No modelo americano, a constitucionalidade das leis é auferida caso a caso, dentro de uma demanda na qual a causa de pedir está fundamentada na inconstitucionalidade de determinada lei.

Nos países europeus – a exemplo de França, Alemanha, Itália e Portugal – há uma Corte Constitucional, especializada e desvinculada. No Brasil o Supremo exerce simultaneamente o papel de Corte Constitucional – controle concentrado com efeitos *erga omnes* – e Tribunal Supremo – controle difuso a partir de questões pontuais.

O ativismo é inerente à jurisdição constitucional, e, tendo em vista o modelo misto adotado pelo Brasil, a jurisdição constitucional é exercida em todas as instâncias, ficando a cargo do Supremo o controle em ambas as modalidades (controle difuso e concentrado).

2.2 - PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

A Inafastabilidade da Jurisdição está consagrada no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna e abarca o direito de ação e o direito de obter do Poder Judiciário a apreciação do pedido posto, sendo certo que é vedado o *non liquet* – não julgar por não saber como decidir – conforme se depreende da conjugação do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com o artigo 126 do Código de Processo Civil e o artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Dentro do sistema jurídico brasileiro a existência dessa obrigatoriedade de se prestar a jurisdição decorre diretamente de ter o Poder Judiciário o monopólio dela. Significa dizer que, se a ordem jurídica confere ao Judiciário – e só a ele – o poder da jurisdição, em contrapartida o impõe o dever de prestá-la, não podendo se omitir ou se esquivar.

Cabe mencionar a necessidade de responder aos anseios da sociedade quando levados à apreciação do Judiciário, isso justifica o Ativismo Judicial tendo em vista que nenhuma questão posta pode ficar sem solução e por vezes a solução não é encontrada na lei.

2.3 - PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Este princípio constitucional possui um aspecto objetivo, que se refere à estabilidade das relações jurídicas, e um aspecto subjetivo, que é a proteção á confiança legítima¹⁵.

Na medida em que se faz necessário zelar pela segurança jurídica das relações o Ativismo Judicial exerce importante função, pois, por meio dele, são superadas aparentes antinomias dentro do ordenamento jurídico.

Sendo uno o Direito não pode haver normas contraditórias entre si, tampouco normas que proíbam determinadas condutas fomentadas por outras. Faz-se imprescindível admitir que haja instrumento imediato capaz de proteger os interesses das partes frente à incoerência entre normas.

Analisando o ordenamento jurídico como um todo e respeitando a hierarquia da pirâmide de Kelsen, o julgador deve definir o alcance da norma, muitas vezes, para isso, é necessário alta dose de Ativismo.

No que se refere ao Ativismo Judicial o princípio da segurança jurídica serve como fundamento para justificar a sua necessidade, sendo certo que a necessidade de solução para a demanda não pode ficar a mercê da vontade da casa legislativa. A solução para o litígio não pode esperar a devida produção legislativa.

¹⁵ BRASIL. STJ. MS 13.669-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

2.4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente deve se consignar que o princípio da proporcionalidade é considerado princípio constitucional implícito. Trata-se de uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito.

Está subdividido em três facetas: adequação, necessidade e razoabilidade.

A adequação significa a conformidade e conveniência dos meios empregados, se são adequados para atingir o fim esperado, devendo-se sempre optar, quando vários forem os meios adequados, pelo melhor possível, ou o mais adequado, ou o menos oneroso. Essa opção retrata a faceta da necessidade.

A última faceta é a da razoabilidade, também denominada como proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde ao meio-termo, ou justa medida. Trata-se de um verdadeiro exercício de bom senso e análise valorativa de equivalência.

O princípio da proporcionalidade deve nortear a atitude proativa dos julgadores sob pena de descaracterizar o Ativismo Judicial, pois uma decisão despida de razoabilidade assume uma feição inconstitucional e arbitrária.

O princípio da razoabilidade no tocante ao tema também tem seu enfoque quanto à atuação do Poder Legislativo. O legislador estaria submetido ao exame dos seus atos sobre os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, trata-se do devido processo legislativo substantivo.

Tem-se por certo que a atividade legislativa despida de razoabilidade pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário, não só por considerar-se princípio constitucional implícito, mas também porque não se tem no Poder Legislativo uma discricionariedade absoluta (como não se tem no âmbito de nenhum dos poderes).

3. OS INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DO ATIVISMO

3.1 - HERMENÊUTICA

Cabe ao julgador interpretar a norma contida no texto legislativo. Entende-se por norma o comando comportamental que se extrai da leitura do texto da lei, um único artigo pode conter vários comandos comportamentais.

Por isso o ilustre jurista Luiz Regis Prado afirma que norma jurídica e lei "são conceitos diversos. A primeira vem a ser o *prius* lógico da lei, sendo esta o revestimento formal daquela"¹⁶.

Quando o caso concreto é apresentado, o julgador deve interpretar a norma e dar solução à lide, ainda que a lei seja omissa, insuficiente ou imprecisa. Daí surge uma das principais formas de expressão do Ativismo Judicial.

O julgador vai interpretar a lei para aplicar o Direito e nem sempre essa interpretação será compatível com a intenção do criador da lei.

Como bem indica Luís Roberto Barroso, citando a reflexão de Umberto Eco sobre o tema, a norma jurídica, como qualquer "texto, depois de ter sido separado do seu emissor e das circunstâncias concretas de sua emissão, flutua no vácuo de um espaço infinito de interpretações possíveis"¹⁷.

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 89

¹⁷ UMBERTO ECO *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

A lei é instrumento, ela guia e limita a atuação do julgador, conforme dispõem os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, isso não significa que o julgador deve fazer interpretação literal do texto.

O Código Geral da Suécia de 1734 já trazia a idéia de que um juiz bom e prudente vale mais que uma boa lei¹⁸. Há espaço para a definição, pelo magistrado, do real alcance da lei, que nem sempre será compatível com a intenção almejada pelo legislador quando da criação.

Nessa função de interpretar a lei se destaca a atividade do Supremo Tribunal de Federal, que, em última análise, interpreta a Constituição da República Federativa do Brasil. Diz-se que o Supremo é o guardião da constituição.

O Ministro Eros Grau – por ocasião da relatoria da ADPF nº. 153-DF – teceu as seguintes considerações sobre o tema:

[...] A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir dos textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso (...). No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal federal está autorizado a reescrever leis de anistia.

A atividade interpretativa do Supremo não é livre e ilimitada, a interpretação à lei é dada de acordo com a Constituição, considerando-a válida ou não mediante análise da compatibilidade dessa lei com a norma constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça também exerce papel importante neste âmbito de interpretação normativa.

Para ilustrar esta atuação no âmbito do STJ, vale mencionar a interpretação que esse Tribunal dá ao artigo 158 do Código Civil de 2002 que trata do instituto da fraude contra credores.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica (você conhece?)*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 159.

O artigo supramencionado dispõe expressamente ser anulável o negócio jurídico, mas a interpretação dada pelo STJ – e aplicada aos casos concretos que são levados ao Judiciário – é no sentido de ser ineficaz o negócio jurídico.

Como precedente, cabe registrar o acórdão proferido no bojo do Recurso Especial nº. 506312 / MS, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO. FRAUDE CONTRA CREDORES. NATUREZA DA SENTENÇA DA AÇÃO PAULIANA. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA SOBRE MEAÇÃO DO CÔNJUGE NÃO CITADO NA AÇÃO PAULIANA. 1. O conhecimento de recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração analítica da divergência, na forma dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ. 2. A fraude contra credores não gera a anulabilidade do negócio — já que o retorno, puro e simples, ao status quo ante poderia inclusive beneficiar credores supervenientes à alienação, que não foram vítimas de fraude alguma, e que não poderiam alimentar expectativa legítima de se satisfazerem à custa do bem alienado ou onerado. 3. Portanto, a ação pauliana, que, segundo o próprio Código Civil, só pode ser intentada pelos credores que já o eram ao tempo em que se deu a fraude (art. 158, § 2º; CC/16, art. 106, par. único), não conduz a uma sentença anulatória do negócio, mas sim à de retirada parcial de sua eficácia, em relação a determinados credores, permitindo-lhes executar os bens que foram maliciosamente alienados, restabelecendo sobre eles, não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas. 4. No caso dos autos, sendo o imóvel objeto da alienação tida por fraudulenta de propriedade do casal, a sentença de ineficácia, para produzir efeitos contra a mulher, teria por pressuposto a citação dela (CPC, art. 10, § 1º, I). Afinal, a sentença, em regra, só produz efeito em relação a quem foi parte, "não beneficiando, nem prejudicando terceiros" (CPC, art. 472). 5. Não tendo havido a citação da mulher na ação pauliana, a ineficácia do negócio jurídico reconhecido nessa ação produziu efeitos apenas em relação ao marido, sendo legítima, na forma do art. 1046, § 3º, do CPC, a pretensão da mulher, que não foi parte, de preservar a sua meação, livrando-a da penhora. 5. Recurso especial provido¹⁹.

Essa conclusão foi fruto de uma interpretação sistemática e finalística, ou seja, considerando a sistemática do direito civil, bem como a finalidade do instituto, que é de proteção ao crédito, entendeu-se que solução melhor seria manter o negócio jurídico considerando-o inoponível (ineficaz) ao credor.

A anulação do negócio jurídico em casos de fraude contra credores inclusive beneficiaria o alienante, fraudador, que teria percebido o proveito econômico da venda do imóvel e veria o bem retornado ao seu patrimônio.

¹⁹ BRASIL. STJ. REsp 506312 / MS, Rel. Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=506312&b=ACOR>. Acessado em: 11 dez. 2012.

A expressão "anulados" contida no artigo 158 do Código Civil de 2002, portanto, é lida como ineficácia relativa, não como anulabilidade, por força do Ativismo Judicial implementado por meio de interpretação do STJ.

Importante ressaltar a importância da hermenêutica em razão do dinamismo social. A sociedade é dinâmica, passa por contínuas mudanças, enquanto a lei deve obedecer a longo processo legislativo para ser alterada, não sendo capaz de acompanhar o ritmo das mudanças sociais.

Quando a lei resta ultrapassada ou eivada do vício da inconstitucionalidade superveniente (progressiva), a hermenêutica é usada para definir os novos contornos que o texto legislativo assume diante do novo quadro social que se apresenta, aguardar o término do processo legislativo implicaria em impedir a prestação da tutela jurisdicional adequada.

Cabe citar o positivismo dialético concebido por José Afonso da Silva, por meio do qual se expressa que o texto normativo (notadamente a Constituição) recebe influxos renovadores da realidade social e a ela confere orientação normativa, em um processo dialético dinâmico. Isso pode resultar em mudanças semânticas no texto normativo, mudança de sentido, ainda que sem alteração do texto normativo.

Segundo a classificação do jurista supramencionado, há uma espécie de forma de interpretação que se denomina Hermenêutica Contextual, ou Hermenêutica do Sentido, que "busca definir o objeto da interpretação – a Constituição – no mundo, assim como a tensão do mundo sobre ela"²⁰.

O sentido do texto deve ser buscado dentro do contexto apresentado, a interpretação não pode ignorar o quadro social contemporâneo, para a aplicação do Direito é necessário observar o texto normativo em afinidade ao contexto em que ele está sendo analisado no momento.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 7. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010. p.18.

A hermenêutica está presente em todos os instrumentos de concretização do Ativismo, porque é da própria natureza da atividade jurisdicional a necessidade de interpretação das leis, todas elas são interpretadas, sendo claras ou confusas, apenas variando o nível de dificuldade dessa interpretação.

3.2 - SÚMULA VINCULANTE

O instituto denominado súmula vinculante surgiu em 30 de dezembro de 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, que adicionou o artigo 103-A à Constituição. Trata-se de um conjunto de verbetes que espelham a interpretação pacífica ou majoritária adotada pelo Supremo tribunal Federal a respeito de temas específicos.

A produção das súmulas vinculantes segue o rito previsto no artigo supramencionado, regulamentado pela Lei n. 11.417/2006, sendo necessária a aprovação de 2/3 dos ministros para a edição do verbe.

A necessidade de edição das súmulas é ditada pela quantidade elevada de demandas sobre tema relevante que possua decisões conflitantes entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública.

Mostra-se como instrumento que se presta à uniformizar a aplicação de norma constitucional a fim de garantir a segurança jurídica, tendo em vista que todas as causas sobre o tema terão o mesmo desfecho, e a celeridade, uma vez que o entendimento do Supremo é aplicado enquanto os processos estão nas instâncias ordinárias, adiantando o resultado que seria obtido se a parte recorresse até a última instância – que é o Supremo Tribunal Federal –, dispensando a demora decorrente da tramitação dos recursos.

Apesar do nome dado ao instituto, cabe registrar que a existência do verbete não vincula o Poder Legislativo, sob pena de macular a Democracia, e também não vincula o próprio Supremo Tribunal Federal que dispõe de procedimento descrito na Lei n. 11.417/2006 para alteração e cancelamento das súmulas vinculantes que cria.

Esse instrumento assume uma conotação quase-normativa, na medida em que não observada cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal para adequar a decisão proferida ao conteúdo da súmula, na forma do artigo 103A, §3º, da Constituição.

Importante observação feita por Hely Lopes Meirelles merece ser exposta, *in verbis*:

É que não se pode substituir a crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações (...). A súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do STF e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante. Do contrário a súmula vinculante perderá seu conteúdo pedagógico-institucional, não cumprindo a função de orientação das instâncias ordinárias e da Administração Pública em geral. Nesse caso, sua eficácia ficará restrita aos processos ainda em tramitação²¹.

Assim, resta claro que, não obstante a importância para a uniformização e celeridade das decisões, o instituto se afasta do propósito para o qual foi criado se a súmula vinculante é editada muito tempo depois da ploriferação de decisões conflitantes, porque o instituto deveria prevenir a ploriferação e não apenas estancá-la.

Esse instituto é um instrumento importante para o Ativismo Judicial porque veicula, no bojo do verbete, uma interpretação jurisprudencial nascida do caso concreto, isto é, o verbete representa a interpretação constitucional que foi dada em razão de inúmeros litígios acerca do tema.

Assim, o verbete materializa uma solução jurídica para o caso concreto apresentado ao Poder Judiciário, solução esta que não estava na lei, ou que não era clara no texto legal, cabendo ao Supremo a tarefa de trazer a solução jurídica mais adequada ao caso concreto e

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. atual. e compl. de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 687-688.

formalizá-la em verbete vinculante para que a mesma solução jurídica seja adotada para as situações assemelhadas àquela apresentada.

Há ainda situações em que texto legal dá azo a interpretações antagônicas entre si, cabendo ao Supremo cotejar princípios e normas do sistema jurídico para definir qual interpretação é a mais coerente, o que se denomina interpretação conforme a constituição, que pode ser objeto de súmula vinculante quando houver a necessidade – pela quantidade de demandas e relevância do tema – de uniformizar a aplicação da lei.

3.3 - MANDADO DE INJUNÇÃO

A Constituição elenca direitos e liberdades tidos como imprescindíveis à realização do Estado Democrático de Direito, por isso, no intuito de impedir que seu exercício fosse obstado pela ausência de regulamentação legislativa suficiente está previsto no artigo 5º, LXXI da Constituição da República o remédio constitucional conhecido como Mandado de Injunção.

Tal remédio constitucional tem como objeto a proteção de qualquer direito ou liberdade constitucional, além da proteção às prerrogativas relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, trata-se de instrumento para viabilizar o exercício desses direitos diante da inação do Poder Público quando não são expedidas as normas regulamentadoras pertinentes.

Em suma, quando a falta de norma regulamentadora impede ou prejudica o exercício das garantias fundamentais constitucionalmente especificadas na Carta Magna caberá Mandado de Injunção para sanar a frustração gerada pela omissão.

A competência para o processo e julgamento do Mandado de Injunção depende sempre do órgão que teria competência para a elaboração da norma regulamentadora faltante, nesse diapasão, a Constituição traça a competência do Supremo Tribunal Federal no artigo 102, I, *alínea q*, e II, *alínea a*, da Constituição da República.

Compete ao Supremo originariamente o processo e julgamento do Mandado de Injunção quando a atribuição for do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das mesas de uma dessas casas legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo.

Em recurso ordinário o Supremo tem competência para processar e julgar o mandado de Injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

O Mandado de Injunção não possui norma regulando seu procedimento, pode-se dizer que o remédio constitucional sofre do mesmo mal que veio corrigir, por essa razão a jurisprudência pacificou o entendimento de que se aplica o procedimento do Mandado de Segurança por analogia.

A aplicação da analogia para suprir a falta de regulamentação do trâmite legal é fruto do fenômeno aqui abordado – Ativismo Judicial – que tem servido bem ao propósito da Magna Carta, notadamente pela relevância e necessidade de se respeitar a auto-aplicabilidade do remédio constitucional previsto no artigo 5º da Constituição.

Cabe destacar trecho da ementa da Questão de Ordem no Mandado de Injunção n. 107, oriundo do Distrito Federal, ocasião em que o Supremo firmou o entendimento de que o Mandado de Injunção é auto-aplicável, *in verbis*:

[...] para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicavel que lhe e analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção.²²

²² BRASIL. STF. MI 107 QO / DF. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673136/questao-de-ordem-no-mandado-de-injuncao-mi-107-df-stf>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

Apesar de ser matéria sedimentada na prática forense a utilização do rito do Mandado de Segurança por analogia, é recomendável a produção legislativa específica sobre o tema, preferencialmente com o aproveitamento de tudo que já foi construído pela jurisprudência acerca do procedimento.

Quanto aos efeitos alcançados com o julgamento do Mandado de Injunção, inicialmente o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a concessão do *writ* implicaria tão-somente na comunicação ao Poder Legislativo da sua mora, com fixação de prazo para que ela fosse sanada.

Essa posição era defendida na doutrina por Hely Lopes Meirelles, como destacam os atualizadores de sua obra, *in verbis*:

Esse alcance um tanto limitado do mandado de injunção, declaratório e ordenatório, porém sem efetiva coerção e sem dar solução prática imediata ao exercício do direito do impetrante prejudicado pela omissão do legislador, foi defendido por Hely Lopes Meirelles desde a criação do instituto com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A afirmativa do parágrafo anterior de que o judiciário não poderia, em hipótese alguma, criar a norma em lugar do Congresso Nacional já constara da 13ª edição da presente obra, publicada em 1989. E, após intensos debates na doutrina e na jurisprudência, foi justamente a linha adotada pelo STF, como configurado no MI n. 107-DF, Rel. Min. Moreira Alces, *RTJ* 135/1, j. 21.11.90.²³

Nessa concepção, o Mandado de Injunção se configuraria apenas como um instrumento de comunicação de mora ao órgão responsável pela carência de produção legislativa, o que retira do remédio constitucional qualquer efeito prático concreto.

Com a contumácia do Poder Legislativo em ignorar as comunicações do Poder Judiciário, o Supremo passou a reconhecer direito de perdas e danos àqueles que fossem vítimas da mora legislativa não sanada após a comunicação.

Para ilustrar se transcreve parte da ementa do mandado de injunção n. 284, oriundo do Distrito Federal, *in verbis*:

O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico "impõe" ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. - Reconhecido o estado de

²³ MEIRELLES, op. cit., p. 268-269.

mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.²⁴

Nota-se que, ainda assim, a solução não era a mais adequada, na medida em que não solucionava o caso, não viabilizava o exercício do direito que estava sendo subtraído do impetrante.

Somente quando do julgamento do Mandado de Injunção n. 721, oriundo do Distrito Federal, houve a adoção de uma posição concretista no que se refere ao remédio constitucional, conferindo a ele natureza mandamental, viabilizando o exercício imediato do direito da parte prejudicado pela mora legislativa.

Na ementa do mencionado julgado ficou clara a mudança de posicionamento da corte, como se observa do seguinte trecho, *in verbis*:

Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.²⁵

A adoção do posicionamento concretista se deu, em parte, por causa da constatação de que a mora legislativa já atingia grau elevado, registre-se que, mesmo passados mais de quinze anos da promulgação da Constituição da República, diversas matérias ainda não haviam sido reguladas pelo legislativo, as comunicações de mora legislativa eram ignoradas e se multiplicavam os Mandados de Injunção.

²⁴ BRASIL. STF. MI 284 / DF. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28284%2E+OU+284%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

²⁵ BRASIL. STF. MI 721 / DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28721%2E+OU+721%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

A mudança na composição do Plenário do Supremo Tribunal Federal também contribuiu para a mudança de posicionamento, visto que, quando do julgamento supramencionado, a composição da corte não guardava semelhança com aquela existente à época do Mandado de Injunção n. 107.

A partir de então, o Mandado de Injunção passou a ser um instrumento para o Ativismo Judicial, possibilitando a regulação provisória do direito, para casos concretos que preencham os requisitos para impetração do *writ*, até que a seja sanada a mora legislativa.

Não se trata de atividade legiferante do Poder judiciário, apenas um mecanismo para salvaguardar as garantias constitucionais e dar eficácia a elas quando violadas pela inércia legislativa.

A adoção de qualquer outra posição – que não a concretista – implica esvaziar o instituto que nasceu com o escopo de impedir seja obstado o exercício de direito fundamental, porque a posição adotada pelo supremo em 1990 não, por si só, não viabilizaria o direito fundamental, ficando o direito constitucional do impetrante ao arbítrio do Poder Legislativo.

Somente adotando a posição concretista o direito fundamental é realmente viabilizado desde já, assim o Mandado de Injunção consegue cumprir sua missão constitucional.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal tem adotado posição concretista no que tange aos efeitos do Mandado de Injunção, portanto, essa ação constitucional tem sido relevante instrumento para o Ativismo Judicial, possibilitando ao Poder Judiciário sanar desde logo a omissão legislativa a fim de viabilizar o exercício de direitos fundamentais, dando ao caso concreto a solução adequada, ainda que não prevista em lei.

3.4 AÇÕES OBJETIVAS

O controle de constitucionalidade no Brasil é híbrido quanto à possibilidade de exercício do controle, ele combina aspectos do sistema americano – incidental e difuso – e do sistema europeu – autônomo e concentrado.

No sistema americano o controle de constitucionalidade é feito caso a caso, no bojo de uma ação subjetiva na qual se argúi incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo legal relativo àquela demanda.

Esse sistema é adotado no Brasil, podendo a inconstitucionalidade de um dispositivo legal ser arguida como causa de pedir no bojo de qualquer ação subjetiva, e, por isso, qualquer magistrado, de qualquer instância, pode ser competente para exercer o controle, basta competir a ele o julgamento da demanda subjetiva proposta. Por isso, se classifica como difuso o controle quanto ao órgão competente para seu exercício.

Cabe lembrar que, em se tratando de órgão colegiado, deverá ser respeitada a cláusula da reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição da República²⁶, por força dessa cláusula a questão quanto à inconstitucionalidade obrigatoriamente será apreciada pela maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial.

Já no sistema europeu a competência para exercer o controle de constitucionalidade fica concentrada na corte constitucional, que no Brasil é o Supremo Tribunal Federal, e o controle é veiculado por meio de ações objetivas.

²⁶ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Nas ações objetivas o controle é feito abstratamente, ou seja, sem estar ligado a um caso concreto, a uma lide entre partes, nessas demandas a declaração de inconstitucionalidade – ou constitucionalidade – é o pedido, não a causa de pedir.

Importante analisar um detalhe, esse sistema é próprio para Estados que têm suas cortes constitucionais fora da estrutura do Poder Judiciário, a semelhança do que ocorre quando são instituídos quatro poderes, Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, este exercendo controle sobre aqueles.

A Corte Constitucional que se localiza fora da estrutura de um dos poderes pode exercer de maneira não censurada o controle abstrato de atos de qualquer dos três poderes, sem se cogitar violação ao princípio da separação dos poderes.

No Brasil, assim como na Europa, a Corte Constitucional com competência para o controle abstrato – Supremo Tribunal Federal – está dentro da estrutura do Poder Judiciário, exigindo extrema cautela no julgamento dessas demandas para não adentrar na esfera de competência de outro poder.

Ações objetivas previstas no ordenamento jurídico brasileiro são: Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Trata-se de instrumento para o Ativismo Judicial na medida em que, instado a se manifestar sobre controvérsia jurídica, o Supremo determina o verdadeiro sentido da norma ou a retira do ordenamento jurídico por considerá-la inconstitucional.

A importância desse instrumento se evidencia quando se analisa o efeito de uma decisão proferida no bojo de uma ação objetiva, quando instado a refletir sobre um dispositivo legal por meio de ação objetiva, a interpretação dada pelo Supremo tem eficácia *erga omnes* e vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Cabe mencionar o artigo 102, § 2º, da Constituição de República²⁷, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, que determina esse efeito vinculante quanto às decisões do Supremo em sede de ações objetivas.

Caso recomendável por questões práticas ou políticas, o Supremo pode determinar que os efeitos da decisão passem a ser observados a partir de determinado momento, trata-se da moderação dos efeitos da decisão, prevista na Lei nº. 9868/99.

O Senado Federal é comunicado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional, conforme expressamente previsto no artigo 52, X, da Constituição da República.

Ao considerar inconstitucional um dispositivo legal, o Supremo atua como legislador negativo porque o retira do ordenamento jurídico. Quanto a isso não há maiores indagações, tendo em vista que é muito forte no Brasil o conceito de que não pode subsistir no ordenamento jurídico comando incompatível com a Lei Maior.

Quando o Supremo interpreta a constitucionalidade de um dispositivo legal, definindo o sentido da norma, por vezes, vai além do que o texto da lei expressamente prevê, e nesses casos há indagação se o Supremo estaria atuando como legislador positivo ou apenas estaria dando sentido constitucional à previsão normativa.

No bojo da ADI nº. 3.510/DF o STF considerou constitucional o art. 5º da Lei nº. 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que permitia a pesquisa em embrião *in vitro*. Nesse julgado se ponderou o direito à saúde, garantido a todos os indivíduos e objetivo principal da pesquisa com embriões, e o direito do embrião.

Definiu-se que o embrião não é forma humana propriamente dita, razão pela qual não merece amparo constitucional de pessoa humana, mas de embrião de pessoa humana.

²⁷ 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

Ressaltou-se que nem todo embrião *in vitro* será fecundado, isso violaria o instituto do planejamento familiar e implicaria em obrigar a mulher a gerar todos os embriões resultantes da fertilização assistida.

Cabe transcrever o seguinte trecho do acórdão:

Mutismo constitucional hermenêuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição²⁸.

Com isso o STF deu alcance ao conceito de pessoa humana contido no artigo 1º, III, da CRFB, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Registre-se que existe a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, que, apesar de se distinguir do mandado de injunção por ser uma ação objetiva, tem semelhança quanto à origem, ou seja, em ambos os casos há uma ausência de produção legislativa.

Essa ação também teve uma evolução jurisprudencial quanto a seus efeitos, vigorando atualmente, como no mandado de injunção, uma posição concretista, já que se vislumbrou que a mera comunicação de mora do legislador não era capaz de sanar a omissão inconstitucional.

²⁸ BRASIL. STF. ADI 3510 / DF. Rel. Min. Ayres Britto. disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%2ENOME%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

4. OS LIMITES DO ATIVISMO

O Ativismo Judicial tem limites que se inferem da própria ciência do Direito, são eles: a razoabilidade, a vedação ao julgamento *contra legem*, a obediência à essência da norma estabelecida pelo Poder eleito para elaborá-la, impossibilidade de invasão no campo da criação livre do Direito e a cláusula do não retrocesso.

A razoabilidade, como anteriormente mencionado, norteia a atividade de julgar em todos os aspectos, sendo certo que o Ativismo Judicial nesta atividade é legítimo, mas o abuso é vedado e deve ser severamente reprimido.

O abuso exercido no bojo da atividade de julgar, que por vezes se apresenta falsamente com pretexto de Ativismo, não passa de atividade legislativa exercida ilegitimamente pelo poder Judiciário que, por ultrapassar o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, é vedado.

Tem-se, portanto, que o Ativismo Judicial tem como limite a razoabilidade de sua existência, ultrapassado esse limite não seria Ativismo, consistiria em violação ao núcleo essencial da Separação dos Poderes.

Outro limite que se apresenta é a vedação ao julgamento *contra legem*, que é quando o julgador profere decisão contrária à norma, conduta proibida no Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil.

Aqui não se fala em julgamento contrário à letra da lei, como visto anteriormente a aplicação do Direito em contrariedade à literalidade da lei é válida sempre que necessária, desde que a aplicação esteja em consonância com a norma – que se extrai da lei – e com a essência do Direito.

Nesse diapasão o magistrado pode fazer uso da interpretação e da construção, desde que não extrapole o sentido da norma, contribuindo para que a norma alcance toda a sua plenitude normativa, já que o papel não é capaz de armazenar detalhadamente cada regra aplicável diante da imensa diversidade de casos concretos que se apresentam ao longo dos anos.

É com acerto que Luís Roberto Barroso, citando Cooley, explica o significado de construção jurídica que ora se transcreve para ilustrar:

Enquanto a interpretação, ensina Cooley, é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas.²⁹

Tem-se que esta é a legítima construção jurídica aplaudida nesta obra, que se coaduna com a norma, extraindo dela conceitos não escritos, mas nela existentes.

O julgamento contrário à norma se caracteriza quando a vontade do legislador – vontade do povo exercida pelo poder eleito – é clara e notória é a essência da regra imposta, devendo ser, impreterivelmente, respeitada.

Desrespeitada a norma, resta ultrapassado limite obrigatório do Ativismo Judicial, razão pela qual não deve ser admitido tal prática que contraria, por via oblíqua, a vontade do povo, consistindo em arbitrariedade jurisdicional, não Ativismo.

Da mesma forma que o Ativismo Judicial não pode desrespeitar norma imposta pelo ordenamento jurídico, também não pode criar norma inexistente nele.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. rev. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

A invasão no campo da criação livre do Direito é verdadeira atuação como legislador positivo que não incumbe ao Poder Judiciário. É bem verdade que na ausência de conteúdo legislativo específico o poder criativo do legislador alcança nível quase normativo, no entanto, se adstrito à motivação jurídica e fundamentação racional, com base na constituição e nas leis próximas, não se trata de atuar como legislador.

Ativismo Judicial está adstrito à atuação proativa com base no ordenamento jurídico, fundamentado em normas e princípios existentes, fora desse limite significa criação livre, conduta proibida no Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil, atingindo por via oblíqua a vontade do povo à semelhança do anteriormente exposto.

Cabe lembrar que a norma implícita não está fora desse limite, uma vez que é extraída a partir da análise das normas explícitas, ou princípios, referentes ao caso.

Na concepção de Gustavo Binbenbojm³⁰ o Ativismo deve observar os seguintes limites:

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

O ativismo é alvo de severas críticas, sob o pretexto de conferir ao julgador poder que ele não detém. Nas palavras de Ives Gandra da Silva Martins³¹, *in verbis*:

Sem entrar no mérito de ser ou não natural a relação diferente entre um homem e uma mulher daquela entre pessoas do mesmo sexo, quero realçar um ponto que me parece relevante e não tem sido destacado pela imprensa, preocupada em aplaudir a “coragem” do Poder Judiciário de legislar no lugar do “Congresso Nacional”, que se teria omitido em “aprovar” os projetos sobre a questão aqui tratada. A questão que me preocupa é esse Ativismo Judicial, que leva a permitir que um tribunal eleito por uma só pessoa substitua o Congresso Nacional, eleito por 130 milhões de brasileiros, sob a alegação de que, além de Poder Judiciário, é também Poder Legislativo, sempre que considerar que o Legislativo deixou de cumprir as suas funções. Uma democracia em que a tripartição de Poderes não se faça nítida (...) corre o risco de se

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 246.

³¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lição do Conselho Constitucional da França*, in *Jornal o Estado de São Paulo*. edição de 17 de maio de 2011. p. 2.

tornar uma ditadura, caso o Judiciário, dilacerando a Constituição, se atribua o poder de invadir as funções de outro. (...) Ora, no caso em questão, a Suprema Corte incinerou o parágrafo 2º do artigo 103, ao colocar sob sua égide um tipo de união não previsto na Constituição, como se Poder legislativo fosse, deixando de ser “guardião” do Texto Supremo para se transformar em “constituente derivado”. Se o Congresso nacional tivesse coragem, poderia anular tal decisão, baseado no artigo 49, inciso IX, da Constituição federal (...). Num país em que os Poderes, todavia, são, de mais em mais, “politicamente corretos”, atendendo ao clamor da imprensa – que não representa necessariamente o clamor do povo –, nem o Congresso terá coragem de sustar a invasão de seus poderes pelo STF, nem o Supremo deixará, nesta sua nova visão de que é o principal Poder da República, de legislar e definir ações do Executivo, sob a alegação de que oferta uma interpretação “conforme a Constituição”. Ao meu ver, desconforme, no caso concreto.

É bem verdade que algumas decisões extrapolam indevidamente a função jurisdicional, mas isso não desabona a importância do fenômeno, apenas demonstra que ele carece de maior aprofundamento, para que possa ser exercido de forma inteligente e legítima.

CONCLUSÃO

De acordo com o que se defendeu até aqui o Ativismo Judicial é um fenômeno legítimo, dada a sua relevância e necessidade na prestação da tutela jurisdicional adequada.

É necessário compreender o fenômeno e perceber que o Ativismo Judicial é aquele praticado dentro dos limites que lhe são inerentes, conforme exposto no presente trabalho, não se confundindo com arbitrariedade. Portanto, dentro dos limites expostos a atuação é legítima.

Diante da falibilidade do trabalho legislativo, é imprescindível que exista um mecanismo jurídico para viabilizar a aplicação das normas em consonância com o ordenamento e em atenção às necessidades práticas do caso concreto.

Daí advém a importância da manutenção do Ativismo Judicial. E a legitimidade do julgador para tanto se extrai da própria Constituição, que confere ao Poder Judiciário o papel de proteger valores e direitos fundamentais.

Os membros do Poder Judiciário exercem função contra majoritária, na medida em que devem proteger os direitos fundamentais das pessoas, ainda que sua preservação contrarie a vontade da maioria, ou seja, a lei (vontade da maioria editada pelos representantes do povo) não deve prevalecer a todo e qualquer custo.

Além disso, não seria viável esperar a edição e publicação de lei para proferir decisões dentro do processo, pois a parte não pode ficar a mercê da conclusão do procedimento legislativo. Com o exercício do Ativismo Judicial o julgador garante a aplicação do Direito ao caso concreto até que o Legislativo providencie a correspondente regulação da matéria.

Assim, tem-se que o Ativismo Judicial é imprescindível para viabilizar a prestação da tutela jurisdicional adequada e a estrita observância de seus limites é necessária para coibir a usurpação da função legislativa.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e Minorias*, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 24, n. 96, out./dez. 1987.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação de constituição*. 7. ed. rev. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Janela e não Espelho*, in *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 255 *apud* PICAZO, Luís-Diez, *Los principios generales del Derecho em el pensamiento de F. de Castro*, in *Anuário de Derecho Civil*. Espanha, T. XXXVI, fasc. 3, out/dez. 1983, p. 1267-1268.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 11 dez. 2012.

BRASIL. STF. ADI 3510 / DF. Rel. Min. Ayres Britto. disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%2EENUME%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

BRASIL. STF. MI 107 QO / DF. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673136/questao-de-ordem-no-mandado-de-injuncao-mi-107-df-stf>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

BRASIL. STF. MI 284 / DF. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28284%2EENUME%2E+OU+284%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

BRASIL. STF. MI 721 / DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28721%2EENUME%2E+OU+721%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

BRASIL. STF. RE 597165/DF. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo623.htm>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

BRASIL. STJ. MS 13.669-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

BRASIL. STJ. REsp 506312 / MS, Rel. Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=506312&b=ACOR>. Acessado em: 11 dez. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica (você conhece?)*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KELSEN, Hans. *O Problema do Parlamentarismo*, in A Democracia. Trad. Vera Barkow *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lição do Conselho Constitucional da França*, in *Jornal o Estado de São Paulo*. edição de 17 de maio de 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. atual. e compl. de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnold Wald e Gilmar ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, o Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2. ed. rev. ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 2 abr. 1976. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art03>>. Acessado em: 11 dez. 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Programa Grandes Julgamentos do STF, TV Justiça, apresentado dia 13/5/2011, às 20h.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 7. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

UMBERTO ECO *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.