



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS –
UNIPAC**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DE BARBACENA – FADI**

**NEOCONSTITUCIONALISMO
E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL**

Arthur Noé Saraiva da Silva

Barbacena/MG – 2017

Arthur Noé Saraiva da Silva

**NEOCONSTITUCIONALISMO
E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientadoras: Prof^a.Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral e Prof^a Me. Ana Cristina S. Iatarola

Barbacena/MG – 2017

Arthur Noé Saraiva da Silva

NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Sob orientação: Profª.Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral e Profª Me. Ana Cristina S. Iatarola

Aprovada em ____/____/____

Prof. Ms. Orientador

Prof. Esp. Componente da Banca

Prof. Ms. Componente da Banca

Barbacena/MG – 2017

*Dedico esta obra ao meu saudoso pai,
Arthur Walmor que sempre me direcionou
na vida ao caminho do bem, e que de
onde estiver, se puder vislumbrar deste
momento, estará orgulhoso de seu filho.
É por você!!*

AGRADECIMENTOS

Minha eterna gratidão aos mestres da Faculdade de Direito, pela valorosa contribuição para que mais esta etapa fosse vencida, em especial, agradeço às Professoras e Orientadoras Prof^a Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral e Prof^a Me. Ana Cristina S. Iatarola, pelo incentivo, apoio, disponibilidade e valorosa orientação.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade deste autor, ficando a Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, seus professores e, especialmente, as Orientadoras Dra. Débora Maria gomes Messias Amaral e Ana Cristina Silva Iatarola, isentos de qualquer responsabilidade sobre os mesmos.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do orientador, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena/MG, XX de XXXXX de XXXXX.

Arthur Noé Saraiva da Silva

RESUMO

O presente trabalho busca entender a relação entre a teoria neoconstitucionalista e o fenômeno do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, explicando o conceito e fazendo uma abordagem histórica acerca do surgimento do neoconstitucionalismo no Brasil e no mundo, e após, correlacionando esta teoria ao Ativismo Judicial, explanando em que ela influencia neste. Para tanto foi utilizado grande acervo de material bibliográfico e jurisprudencial, bem como consultas à lei e à Carta Magna, buscando fundamentar todos os pontos defendidos neste artigo. Foi realizada uma pesquisa sobre os aspectos históricos, filosóficos e teóricos do Neoconstitucionalismo, fazendo um paralelo entre o momento de seu desenvolvimento no Brasil e no restante das nações. Posteriormente, explicamos o que é o Ativismo Judicial e quais são as suas características e conceitos, buscando também demonstrar quais são as situações em que este fenômeno se manifesta na sociedade e como a crise de representatividade vivida no Brasil proporciona cada vez mais a participação ativa dos juízes na sociedade civil. São demonstradas também as principais críticas que surgem na doutrina quanto à legitimidade e os riscos do fenômeno do Ativismo Judicial. Concluímos então que este fenômeno está intimamente ligado à nova doutrina constitucional e que ocorre em nosso ordenamento jurídico principalmente em razão da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, passando então uma parcela das decisões políticas ao Poder Judiciário, que por vezes se torna a último salvador da sociedade.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial. Constitucional. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

The present work seeks to understand the relationship between neoconstitutionalist theory and the phenomenon of judicial activism in the Brazilian legal system, explaining the concept and making a historical approach to the emergence of neoconstitutionalism in Brazil and in the world, and then, correlating this theory with Judicial Activism, explaining in what it influences in this. For that, a large collection of bibliographical and jurisprudential material was used, as well as consultations to the law and the Magnum Letter seeking to substantiate all the points defended in this article. A research about the historical, philosophical and theoretical aspects of Neoconstitutionalism was done, making a parallel between the moment of its development in Brazil and in the rest of the nations. Later, we explain what is Judicial Activism and what are its characteristics and concepts, seeking also to demonstrate what are the situations in which this phenomenon is manifested in society and how the crisis of representation experienced in Brazil increasingly provides the active participation of judges in civil society. It is also demonstrated the main criticisms that arise in the doctrine regarding the legitimacy and the risks of the phenomenon of Judicial Activism. We conclude then that this phenomenon is closely linked to the new constitutional doctrine and that occurs in our legal system mainly due to the inertia of the Legislative and Executive Powers, passing then a portion of the political decisions to the Judiciary Power that sometimes becomes the last rescuer of the society.

Keywords: Neoconstitutionalism. Judicial activism. Constitutional. Control of constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. NEOCONSTITUCIONALISMO	11
1.1. Marco histórico	12
1.2. Marco filosófico.....	12
1.3. Marco teórico.....	13
1.3.1. O reconhecimento da força normativa da Constituição	14
1.3.2. A expansão da Jurisdição Constitucional	14
1.3.3. A nova interpretação constitucional	16
2. ATIVISMO JUDICIAL.....	18
2.1. O fenômeno do ativismo judicial no Brasil.....	20
2.1.1. Riscos para a legitimidade democrática	23
2.1.2. Risco de politização da Justiça	24
2.1.3. Limites da capacidade institucional do Judiciário.....	24
3. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROTAGONISMO JUDICIAL.....	26
CONCLUSÃO	27
BIBLIOGRAFIA	29

INTRODUÇÃO

A Constituição, lei fundamental que organiza o Estado, é a responsável por estruturar e delimitar os seus poderes políticos (SILVA apud SANTOS, 2013, on-line). A abrangência de um texto constitucional é um fato, visto que sua elaboração objetiva cobrir todas ou grande parte das situações que carecem de normatização.

Não é diferente com a Constituição Brasileira, que aborda uma diversidade de matérias, selecionadas pelos legisladores quando da assembléia constituinte que deu origem ao texto em vigor, datado de 1988.

Entretanto, com o passar do tempo, novas matérias de interesse público surgem, demandando análise e parecer jurídico. É sabido que a tarefa de atender a tal necessidade é do Poder Legislativo. No entanto, quando não se observa uma legislação que se enquadre à especificidade do caso, o Poder Judiciário realiza uma interpretação da situação à luz da Constituição, no intuito de atender a necessidade da sociedade. A tal ação dá-se o nome de Ativismo Judicial.

Além de proporcionar uma ampliação do sentido e do alcance da legislação, o Ativismo Judicial também colabora para incrementar a busca pela concretização dos direitos fundamentais e pelos ideais de justiça. No entanto, é preciso compreender os limites da capacidade institucional do Judiciário e os riscos envolvidos, no que tange à legitimidade democrática e à politização da Justiça.

Sendo assim, o objetivo do presente trabalho, feito através de pesquisas bibliográficas e análise da legislação pertinente, é apresentar fácil e acessivelmente o fenômeno do Ativismo Judicial, bem como a nova constitucionalização que possibilita o seu acontecimento.

Este estudo está estruturado em três capítulos. O primeiro dedica-se ao neoconstitucionalismo, explicitando sua origem e os conceitos fundamentais dele e de seus três principais marcos. Já o segundo capítulo procura esmiuçar o surgimento, o crescimento e os possíveis entraves do Ativismo Judicial no Brasil. No terceiro capítulo, discute-se a nova modalidade de interpretação da Constituição, advinda da necessidade de dar maior aplicabilidade ao texto constitucional.

Tais capítulos foram estruturados e construídos de forma a favorecer não só a explanação do tema, mas também a sua concernente discussão. Assim, o

presente trabalho contribuiu para avultar a bibliografia acerca do tema, com uma visão específica e diferenciada.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO

Inicialmente, cumpre explicar que a teoria Neoconstitucionalista busca trazer uma nova perspectiva sobre o constitucionalismo. Esse movimento, que ganha força no Brasil a partir do século XXI vem para dar início a uma nova forma de aplicação e interpretação do Direito Constitucional.

Conforme anota Lenza (2012, p. 62):

Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Sobre a nova forma de se entender o prestígio da Constituição, vale colacionar, do mesmo modo, algumas considerações de PEDRA (2008, p. 41-42):

[...] num passado não muito remoto, o estudo do direito constitucional parecia literatura, ficção ou sociologia. Hoje, o quadro mudou: a Constituição passou a ser considerada como norma e o Direito Constitucional disciplina jurídica efetiva e indispensável. Era incomum verificar em alguma decisão judicial a menção a algum dispositivo constitucional e para fundamentar uma decisão bastava que ela apresentasse os dispositivos infraconstitucionais do direito material ou processual: cotejá-los com a Constituição, nem pensar, afinal o legislador era considerado como a exteriorização da vontade constitucional. Contudo, novos tempos surgem. O direito constitucional passa por um momento virtuoso, em que se destaca o compromisso com a efetividade das normas constitucionais, com o respeito a sua força normativa, superando, assim, a fase em que a Constituição era considerada um mero conjunto de promessas políticas, um documento programático e não pragmático.

Portanto, a constituição deixa de ter apenas o caráter de carta meramente política, ela passa a ser considerada como o centro do ordenamento jurídico, possuindo então, uma intensa carga valorativa. Em decorrência disso, o legislador e o Poder Público, em sua atuação gerindo o interesse público, passam a dever observar não apenas as formas prescritas na Constituição, mas, também, devem atuar de acordo com o caráter axiológico e os valores constitucionais. A Constituição passa a ter de forma definitiva o caráter de norma jurídica.

A fim de demonstrar essa evolução do Direito Constitucional nos últimos anos, adota-se uma tripartição dos principais marcos do Neoconstitucionalismo (marco histórico, filosófico e teórico). Essa tripartição é proposta de forma acertada por BARROSO 2012, p.5 e CAMBI 2007, p.4.

1.1. Marco histórico

Do ponto de vista histórico, o Neoconstitucionalismo tem como marco principal o período pós-segunda guerra mundial, que vem traduzido nas constituições italiana de 1947 e alemã de 1949. Porém, o movimento não iniciou concomitantemente em todo o mundo. Assim, apenas em 1976 pôde nascer em Portugal, em 1978 na Espanha e apenas em 1988 no Brasil, com a Constituição Democrática.

Na Europa, grande percussora do movimento no mundo todo, merece destaque a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã de 1949) e a criação de seu Tribunal Constitucional Federal, em 1951. A partir desse marco, iniciou-se uma produção teórica e jurisprudencial, que vem inovando em matéria constitucional no âmbito da Alemanha.

No Brasil, teve como marco histórico a Constituição de 1988. Em um momento pós-ditadura militar, a nova Constituição, assim como nos países europeus, vem trazendo uma nova perspectiva sobre o Direito Constitucional, inspirando-se em valores e princípios fundamentais.

Consoante as lições de BARROSO (2007, p. 4):

(...) a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso.

1.2. Marco filosófico

A referência filosófica do Neoconstitucionalismo é a teoria pós-positivista. Vale dizer que o pós-positivismo busca compreender que o Direito vai além da “lei pura”, buscando uma reaproximação entre o direito e a moral, mas, sem desprezar o texto frio da lei, limitando assim a discricionariedade do intérprete.

Conforme Costa (2014, online):

A doutrina do pós-positivismo busca inspiração nos ideais de justiça e na legitimação democrática, objetivando a consecução de uma leitura moral da Constituição e das demais normas, não desprezando o direito objetivamente posto pelo positivismo, mas, ao mesmo tempo, sem recorrer aos conceitos fluidos e abstratos do jusnaturalismo.

O pós-positivismo pode ser tratado como uma teoria eclética, que se situa entre o modelo jusnaturalista, e o juspositivismo, que considera direito tudo aquilo que é lei, não se preocupando com o conteúdo da norma, ficando voltado apenas para a sua forma.

A teoria jusnaturalista teve sua derrocada no final do século XIX, com a ascensão do juspositivismo, que, buscando objetividade, afastou o Direito de qualquer discussão filosófica e moral, equiparando o Direito à Lei. O positivismo começa a ter sua derrocada a partir da segunda metade do século XX, mais precisamente com a derrota da Alemanha Nazista, regime que promoveu barbáries sob o argumento de estarem em conformidade com o ordenamento jurídico.

A partir da superação do jusnaturalismo e do positivismo, começa a ganhar espaço a teoria pós-positivista, conforme ensinamentos de BARROSO (2007, p. 6):

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

1.3. Marco teórico

No aspecto teórico é possível assinalar três grandes mudanças na interpretação constitucional, nos ensinamentos de Barroso (2007, p. 5), sendo elas: “a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição

constitucional; c) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional”.

1.3.1. O reconhecimento da força normativa da Constituição

A grande mudança trazida pela doutrina é reconhecer a Constituição como norma jurídica, elevando-a ao patamar mais alto do ordenamento jurídico. Nesse momento, a Constituição deixa de ter um caráter apenas de “carta política”, fazendo com que o seu conteúdo seja dotado de imperatividade, podendo ser exigido o seu fiel cumprimento. Esta característica colabora para a criação dos Tribunais Constitucionais.

Essa mudança teve início na Europa no século XX, com a reconstitucionalização iniciada na Alemanha após a 2ª guerra mundial. No Brasil, que vivia um regime autoritário, essa discussão só teve início a partir da década de 80. Até então as Constituições traziam promessas vagas, ideais difíceis de serem concretizados e ficavam a depender de atuações discricionárias do administrador público. A Constituição de 1988, bem como a doutrina e jurisprudência, tiveram o importante papel de trazer à tona esse reconhecimento normativo da Constituição.

1.3.2. A expansão da Jurisdição Constitucional

A jurisdição Constitucional recebe uma expansão a partir da nova dogmática constitucionalista, vários países trouxeram para dentro da Constituição os direitos e garantias fundamentais visando dar a estes uma posição de importância dentro do ordenamento jurídico, já que a Constituição passa a ter caráter imperativo.

Em decorrência deste reconhecimento da jurisdição Constitucional são criados os modelos de controle de constitucionalidade.

Conforme Lima (2016, p. 26):

As constituições Européias e a Americana desenvolveram sistemas de controle de constitucionalidade atribuindo, na maioria delas, o papel de fiscal ao Poder Judiciário. Os países europeus, de modo geral, adotaram um sistema idealizado por Hans Kelsen, o chamado sistema austríaco. Por esta forma de controle, haveria uma única Corte Constitucional passível de realizar o controle de constitucionalidade, que como um órgão de cúpula, interpretaria a constituição e resolveria os conflitos de constitucionalidade, sempre no plano abstrato, ou seja, a lei em tese. Somente este órgão, que

era considerado o Supremo Tribunal teria competência para declarar a inconstitucionalidade da lei, sendo um modelo concentrado. Já o sistema americano, fundado na força do *judicial review*, atribui a cada juiz e tribunal a competência para declarar a inconstitucionalidade da norma no caso concreto (incidental, portanto), e não apenas a suprema corte, sendo, portanto, um sistema de controle difuso. Surgiu através do caso MARBURY x MADISON, julgado pela suprema corte americana, declarou a inconstitucionalidade do ato judiciário de 1799, independentemente de qualquer das partes ter provocado tal análise, estabelecendo as bases do controle de constitucionalidade, que deveria ser feito de ofício por qualquer juiz ou tribunal, face ao princípio da supremacia da constituição.

No Brasil, o modelo de controle de Constitucionalidade adotado é o híbrido, ou seja, existem concomitantemente os modelos de controle difuso e concentrado. Este modelo de controle exerce um papel importante na defesa da democracia, principalmente em momentos nos quais o Legislativo sofre de um descrédito popular em razão de diversos casos de corrupção dentro do Poder.

O controle de Constitucionalidade acontece em diversos momentos, existindo controle prévio e posterior. O controle prévio é exercido pelos próprios Poderes Legislativo e Executivo e faz parte do processo de elaboração da norma.

Já o controle posterior, que é aquele exercido pelo Poder Judiciário de forma concentrada ou difusa, é alvo de críticas por parte da doutrina que questiona se o Judiciário pode discutir a legitimidade de um ato legislativo emanado pelos representantes do povo, violando assim o princípio democrático.

Nas lições de CAMBI (2007, p. 11):

Em sentido *formal*, democracia é o “governo do povo”: preocupa-se com a *forma* da representação política, independentemente de qualquer conteúdo. Desta forma, cabe ao Poder Legislativo, eleito direta ou indiretamente pelo povo, a função de elaborar leis; deve existir junto a ele um órgão administrativo, para a execução da lei, com dirigentes eleitos; todo cidadão, a partir da maioria, tem direito ao voto; todos os eleitos devem ter voto igual; o sufrágio deve ser universal; o cidadão deve ser livre para votar, formando a sua opinião a partir da disputa livre entre partidos políticos que buscam a consolidação de uma representação nacional; prevalece o princípio majoritário, pelo qual a vontade da maioria predomina, sem, contudo, suprimir o direito da minoria, especialmente o direito a igualdade de condições para se tornar maioria. Em síntese, a democracia, em sentido formal, aceita qualquer conteúdo ideológico, porque se estabelecem regras sobre *como* se chega à decisão política e não o *que* se decide. Entretanto, vive-se a *crise da democracia representativa*, uma vez presentes tais fatores como: a vontade do representante não se identifica com a do representado; cada vez mais se verifica o afastamento do povo do processo político; falta de igualdade de participação no processo político (os *lobbies* ou grupos de pressão, por exemplo, exercem uma influência avassaladora no processo legislativo); existe a previsão de mecanismos antidemocráticos no seio do parlamento (p. ex., voto de lideranças); e,

enfim, a falência do Parlamento como principal órgão legislativo (em 2004, menos de 7% da legislação originou do Congresso Nacional, em um evidente abuso das medidas provisórias).

Com essa crise representativa, acaba ocorrendo um afastamento da vontade popular, tornando o Legislativo um órgão que atua representando interesses pessoais ou da elite que possui o capital.

O ato Legislativo emanado torna-se, nas palavras de Cambi (2007, p. 27) um não - direito, ocorrendo o rompimento entre o Direito e a lei. Assim, esta torna-se injusta, violando os fundamentos previstos pela Constituição.

Portanto, buscando revisar a atividade do Legislador, que por vezes pode ser eivada de vícios de representação, criou-se o sistema de controle de constitucionalidade exercido pelo poder judiciário. Essa participação do judiciário na esfera legislativa recebe o nome de ativismo judicial, que, em razão de sua complexidade será enfoque do próximo capítulo deste trabalho.

1.3.3. A nova interpretação constitucional

Com a ascensão do pós-positivismo, iniciou-se um novo método de interpretar a constituição. Como esta foi erigida à categoria de norma jurídica e sendo dotada de todas as suas características, devem aplicar-se, a princípio, os métodos tradicionais de interpretação jurídica, quais sejam: o gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

Entretanto, as peculiaridades da norma constitucional fizeram com que a doutrina e a jurisprudência elaborassem outros métodos mais específicos para interpretar a Constituição.

Conforme anota BARROSO (2007, p. 10):

Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Vale ressaltar que a nova interpretação constitucional não desconsiderou totalmente os métodos clássicos de interpretação de normas

jurídicas, mas sim trouxe novos métodos, aperfeiçoando a teoria de aplicação dos princípios sobre as regras.

Nas lições de CAMBI (2007, p. 17):

(...) pela teoria das regras, prevalece a dimensão da *validez* ou *não-validade*, isto é, a partir dos critérios de solução de antinomias jurídicas (*lex superior derogat inferior, lex specialis derogat generalise lex posterior derogat priori*) faz-se necessário decisões do tipo *tudo ou nada*. Por outro lado, valendo-se da teoria dos princípios - os quais diferentes das regras não têm a pretensão de exclusividade - é possível buscar *soluções ajustadas* às pretensões sociais legítimas, que sejam, ao mesmo tempo, sejam vinculantes e flexíveis. Assim, é possível ajustar a Lei Fundamental às circunstâncias do caso concreto, permitindo solucionar as complexas colisões entre direitos fundamentais e, assim, levar a sério a Constituição.

2. ATIVISMO JUDICIAL

O Ativismo Judicial pode ser entendido como uma atuação proativa do Poder Judiciário na interpretação da Constituição, sendo que muitas vezes, essa interpretação resulta em uma ampliação do sentido e alcance da norma interpretada.

É possível observar a presença do ativismo judicial em situações que envolvem o Poder Legislativo e Executivo (que são poderes de cunho eminentemente político) e a sociedade que é administrada por estes. Quando as demandas e interesses da sociedade civil não são atendidos de maneira efetiva, o Poder Judiciário, no exercício das competências que lhe são impostas e na tentativa de amparar a sociedade, busca concretizar os fundamentos constitucionais através de suas decisões.

Tratar da relação entre o Ativismo e o Neoconstitucionalismo no Brasil, significa aceitar que a separação de poderes está sendo readequada. Nos dias de hoje o Poder Judiciário tem sido um dos protagonistas na defesa dos interesses da sociedade, já que este, por muitas vezes, se vê na necessidade de decidir sobre situações que antes não eram levadas ao judiciário. É nesse ponto que ocorre o que chamamos de ativismo judicial.

A teoria neoconstitucionalista exerce grande influência no fenômeno do ativismo judicial, como poderemos observar. A atuação ativa do judiciário é pautada nos princípios da Supremacia Constitucional, Normatividade da Constituição, dentre outros. O controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de decisões judiciais baseadas em princípios constitucionais, que são desdobramentos do Neoconstitucionalismo, possibilitam juridicamente a existência desse fenômeno chamado de Ativismo Judicial.

Conforme ROSSI e PAMPLONA (2013, p. 16) lecionam:

O ativismo judicial implica o fato de que ao juiz cabe a tarefa primordial de racionalizar o sistema jurídico tomando-se como pauta os princípios éticos e políticos estabelecidos na própria Constituição. O vácuo muitas vezes deixado pela inação dos demais Poderes Instituídos, no cumprimento das suas obrigações para a realização dos dispositivos e direitos constitucionais estabelecidos, faz com que o poder Judiciário tenha a obrigação de atuar efetivando concretamente direitos por meio de suas decisões, ainda que este Poder seja o único não legitimado democraticamente, visto que não se compõe de agentes escolhidos pelo voto popular. Não obstante seja o Judiciário um poder contra majoritário, a sua atuação na implementação e defesa de direitos não se contrapõe à democracia, muito menos aos espaços democráticos de escolha dos cidadãos, a

menos que se confunda democracia com vontade da maioria. É certo que o Poder Judiciário represente uma força contra majoritária quando em face à possibilidade do arbítrio das majorias e, especialmente, em defesa dos direitos das minorias.

Nas palavras de TOLEDO (2011, p. 11):

Podemos definir o ativismo judicial como sendo aquele movimento que propõe a legitimidade das decisões judiciais que impõem obrigações, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Decorre da nova hermenêutica constitucional da interpretação dos princípios e das cláusulas abertas .

Ainda, conforme os acertados ensinamentos de BARROSO (2012, p. 26), o fenômeno do ativismo judicial se manifesta através de três principais modos, quais sejam:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O ativismo judicial faz com que o Poder Judiciário invada, ainda que de forma regrada, a esfera de atuação típica dos demais Poderes, vezes em que o juiz tem a possibilidade de decidir diretamente com base na Constituição.

Para dizer que o Poder Judiciário tem exercido atividades que antes eram eminentemente políticas, é necessário distinguir o que é Direito e o que é Política.

Direito e Política são coisas distintas e antes de iniciar a discussão sobre a legitimidade da atuação ativa do Judiciário, é necessário fazer uma breve reflexão acerca da atuação e dos conceitos de Direito e Política.

A política tem como atribuição criar o direito (ato legislativo) e explicar ou regulamentar a execução do ato legislativo, através de atos normativos administrativos (decretos, portarias, instruções normativas). O Poder Legislativo emite atos de natureza primária, com fundamento direto na Constituição Federal.

Já o Direito, por sua vez, tem o papel de aplicar a lei ao caso concreto através da atuação judiciária (ato jurisdicional), esse ato vem ao mundo dos fatos na forma das sentenças. O Poder Judiciário, não possui atuação primária, não pode criar o Direito, pois essa atuação está reservada à política. A atividade jurisdicional, por vezes, pode contrariar interesses pessoais dos membros dos demais Poderes, portanto, para que os juízes tenham a garantia de não sofrerem ingerências ou

represálias na sua atuação, a fim de assegurar o livre desempenho de forma imparcial, os magistrados possuem certas prerrogativas de ordem constitucional (inamovibilidade, vitaliciedade, irredutibilidade de subsídios).

A separação entre o Direito e a política é estritamente necessária para que se existam as bases democráticas do Estado. Essa separação pode ser dividida em duas principais formas. A primeira é a separação dos Poderes prevista na Constituição, com as autonomias e independências de cada poder em relação aos demais. A segunda forma é a vinculação que os juízes possuem ao Direito positivo, aos valores e categorias da doutrina jurídica. De forma geral, os juízes não podem criar o direito, pois a inovação no mundo jurídico é atribuição do Legislativo.

Entretanto, essa separação não pode ser absoluta, uma vez que nos dias atuais é impossível a concepção de que o legislador consegue prever, na forma da lei, todas as situações que de fato podem acontecer no mundo jurídico, e que tudo restaria regulado pela lei. Diante disso, em determinados casos em que não há uma norma anterior para regular um determinado acontecimento, o juiz não pode simplesmente abster-se de julgar o caso concreto, tendo então, que criar de maneira argumentativa uma norma jurídica aplicável ao caso concreto.

2.1. O fenômeno do ativismo judicial no Brasil

No Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, que é uma constituição analítica, vez que trata de diversos assuntos e é bastante expansiva em seu conteúdo, foi possível ocorrer o fenômeno do Ativismo. Como grande parte dos assuntos pertinentes ao Estado é tratada na Constituição, estes são passíveis de serem conduzidos para discussão no judiciário.

Em diversas situações o Judiciário brasileiro tem mostrado uma atuação ativa, sendo possível perceber em diversos exemplos. Uma situação de aplicação direta da Constituição em casos que não são expressamente contemplados em seu texto é a hipótese da fidelidade partidária. Nestes casos, o Supremo Tribunal Federal, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso não pertence apenas ao candidato eleito, mas sim, ao partido político. Assim, criou-se uma nova possibilidade de perda do mandato parlamentar, além das que já se encontram previstas na Carta.

Conforme Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA.

1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandato de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada (BRASIL, STF. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26602/DF – DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MINISTRO EROS GRAU, 2007).

Outro exemplo de decisão direta com base em princípios Constitucionais foi a vedação ao nepotismo ser estendida aos Poderes Legislativo e Executivo, com a consequente publicação de uma Súmula Vinculante. O Supremo Tribunal Federal proferiu tal decisão observando o respeito aos princípios da moralidade e impessoalidade, e acabou por criar uma vedação não prevista na legislação infraconstitucional.

SÚMULA VINCULANTE 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (BRASIL, 2008).

Outro exemplo importante e bastante conhecido é o do fornecimento de medicamentos e determinação de realização de terapias através de decisão judicial. Essa matéria ainda não foi analisada a fundo pela Corte do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, nas justiças estaduais e federais, em 1ª e 2ª instâncias, não é raro ver essas decisões que condenam o poder público a arcar com os custos de tratamentos e medicamentos que não são fornecidos pelo SUS.

Quanto ao fornecimento de medicamentos é válido destacar a atuação do CNJ na orientação dos magistrados em ações que pleiteiam do poder público o fornecimento de remédios essenciais a tratamentos. O CNJ criou um programa que visa amparar e preparar os magistrados nessas ações. As decisões serão amparadas em laudos técnicos, elaborados por especialistas, com informações relacionadas ao tipo de moléstia, tipo de medicamento, e se existe a previsão de oferecimento deste no Sistema Único de Saúde.

Diante destes exemplos, pode-se notar a crescente ascensão do Ativismo no Judiciário brasileiro, contando inclusive com a participação dos órgãos de cúpula (Conselho Nacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Todos os exemplos citados são desdobramentos naturais da sociedade brasileira que vem cada vez mais desacreditando dos Poderes Legislativo e Executivo, que têm como funções: criar o direito e administrar a sua aplicação material, mas que nos dias de hoje, não cumprem com esse papel da maneira que a sociedade espera. Frente a esse cenário, o Judiciário quando invocado precisa agir, possibilitando então a ocorrência do Ativismo Judicial.

Conforme BARROSO (2012, p. 9), o fenômeno gera elogios e críticas por parte da doutrina, nas palavras deste:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram

muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

Até hoje, o Ativismo tem sido positivo na busca pela concretização dos direitos fundamentais e pelos ideais de justiça, entretanto, a atuação deste sobre a esfera dos demais Poderes, é objeto de críticas pela doutrina, que serão mencionadas a seguir.

Nos ensinamentos de BARROSO (2012, p. 27), as críticas podem ser divididas em três grandes blocos, quais sejam: “nos riscos para a legitimidadedemocrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário”.

STRECK (2013, online) também aponta alguns pontos e críticas sobre os riscos do Ativismo Judicial. Para o autor, o Ativismo judicial gera a chamada Judicialização da política, que é quando assuntos que deviam ser tratados na esfera política passam a ser levados para a justiça.

Um dos principais riscos é que essa Judicialização pode gerar decisões conflitantes com a Constituição, ao passo que os juízes assumem um papel inovador no ordenamento jurídico. A contrariedade à Constituição quando ocorrida por parte do Legislativo e Executivo é possível de ser revista pelo Judiciário, em sede de ações de inconstitucionalidade. Entretanto, quando as decisões do próprio guardião da Constituição forem contrárias a esta, por quem seriam revistas? Nas palavras do autor, “Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?” (STRECK, 2013, on-line).

2.1.1. Riscos para a legitimidade democrática

As decisões jurisdicionais que representam o ativismo judicial são proferidas pelos juízes, desembargadores e ministros. Vale ressaltar que estes membros não são eleitos pela maioria popular, mas, ainda assim, são agentes públicos que exercem inegavelmente uma parcela do poder político.

Assim sendo, é possível questionar a legitimidade das decisões desses membros, uma vez que não são eleitos. Neste caso, cabem duas respostas, uma com fundamento normativo e outra com fundamento filosófico.

A legitimidade baseada nos fundamentos normativos vai decorrer da própria Constituição, ao passo que ela atribui o poder de exercer o controle de

constitucionalidade ao Judiciário. Os juízes, por força da Constituição, possuem uma atividade técnica, sempre respeitando a lei. Entretanto, não é natural que os juízes sejam puramente a “boca da lei”. Também lhes cabe interpretar conceitos jurídicos indeterminados, como “dignidade” “boa-fé” “bons costumes”, tornando-se, portanto, criadores de uma pequena parcela do Direito.

Na justificativa filosófica, o Estado Constitucional de Direito tem o papel de limitar o poder político e garantir os direitos fundamentais. Todo esse poder, por ser democrático, pertence ao povo. Desse poder popular de limitação e garantia dos direitos fundamentais, podem surgir conflitos, que serão então resolvidos pelo Judiciário.

Partindo dessas duas legitimações às decisões é possível concluir que a jurisdição constitucional, quando bem exercida, é mais uma garantia para a democracia, não representando um risco.

2.1.2. Risco de politização da Justiça

Direito e Política são diferentes, conforme já foi explicado anteriormente. Portanto, a atuação do Judiciário, mesmo diante de casos complexos e de decisões com características ativistas, deve ser pautada nos limites constitucionais que lhe são impostos.

Para assegurar que a Justiça não será politizada, o juiz deve agir em nome da Constituição, procurando evitar analisar o mérito de decisões do legislador, respeitando sua presunção de validade. Também precisa sempre se lembrar de que embora não seja eleito pela maioria, por exercer um poder político, deve atuar buscando o interesse social sempre que possível.

2.1.3. Limites da capacidade institucional do Judiciário

A grande parte dos Estados democráticos se organiza e divide o poder político em três funções, quais sejam: legislar, administrar e julgar. Essa é a clássica tripartição de poderes, constante da Carta Magna, proposta por Montesquieu.

Essas funções distintas, são também atribuídas a 3 órgãos distintos, independentes e harmônicos entre si. Os 3 Poderes têm atribuições de exercer o

controle recíproco de suas atividades, a fim de impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, que possam oferecer um impasse ao princípio democrático.

A Capacidade Institucional diz respeito a determinar qual poder possui melhor habilitação para proferir a melhor decisão no caso em análise. Os temas que envolvem aspectos de grande complexidade podem ser melhores resolvidos através dos poderes executivo ou judiciário, por envolverem questões que a Administração Pública possui maior conhecimento técnico.

Entretanto, os juízes sempre terão a competência formal para dar a decisão final sobre determinado conflito, por pertencer ao judiciário a função típica de aplicar a lei ao caso concreto.

É necessário ter cautela ao submeter ao judiciário todas as matérias objeto de conflito, e sempre esperar deste a melhor solução. O juiz precisa ter a iniciativa de reconhecer que, por vezes, outras esferas de poder têm melhor capacidade para conhecer sobre determinado assunto. Dessa forma é possível minimizar os riscos que a limitação institucional do Poder Judiciário oferece.

3. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROTAGONISMO JUDICIAL

A interpretação constitucional tradicional é uma modalidade de interpretação jurídica, mas em razão da especialidade das normas constitucionais foi necessário desenvolver uma interpretação diferenciada, visando tornar a Constituição mais aplicável. Esse novo modelo é baseado nos princípios da supremacia constitucional, princípio da interpretação conforme a constituição, princípio da unidade, razoabilidade e proporcionalidade.

No modelo tradicional, o raciocínio jurídico era um raciocínio silogístico, em que a norma é a premissa maior, os fatos jurídicos a premissa menor e a sentença é a conclusão da subsunção dos fatos à norma, isto é a interpretação tradicional. Cumpre ressaltar que este modelo tradicional é suficiente para resolver a grande parte dos problemas jurídicos, mas não para solucionar todas as questões da vida em sociedade.

A vida em sociedade é dinâmica e a cada dia que passa os problemas jurídicos tornam-se mais complexos de serem resolvidos, exigindo cada vez mais criatividade do legislador. Entretanto, o Legislativo nunca será capaz de prever todas as situações em normas específicas, de aplicação fechada ao caso concreto.

Diante dessa imprevisibilidade de todas as situações concretas na norma jurídica, o Poder Judiciário, quando invocado, tem a obrigação de dar uma solução definitiva ao caso concreto. Essa solução, em regra, vem baseada em princípios abertos, valendo-se da ponderação e não do modelo clássico de subsunção. Esse é o modelo da nova interpretação constitucional, onde o juiz constrói de maneira argumentativa a solução pretendida.

Essa nova interpretação traz como consequência o protagonismo do judiciário, que se manifesta pelo ativismo judicial.

O fenômeno do ativismo possui uma face positiva, pois demonstra que o poder judiciário está atendendo as demandas sociais importantes que não foram atendidas a tempo pelo poder Legislativo. Mas também demonstra uma face negativa ao confirmar que o Legislativo tem sido falho na atenção das demandas sociais.

CONCLUSÃO

O escopo do trabalho foi discorrer e explicar de maneira simples o que é o fenômeno do ativismo judicial e como a nova constitucionalização possibilita a ocorrência desse fenômeno.

A judicialização no Brasil é produto do modelo constitucional existente, um modelo bastante abrangente. A Constituição cobre uma grande quantidade de matérias e faz com grande nível de detalhamento.

A riqueza da Constituição ao tratar de diversas matérias faz com que todas elas também sejam objeto de uma possível judicialização, ou seja, de serem levadas a análise pelo Poder Judiciário. Essas normas sempre servirão como fundamento para uma pretensão perante o Poder Judiciário.

Parte da judicialização se deve ao fato de termos uma Constituição abrangente e detalhista. Outra parte também se deve ao fato de vivermos um momento de certa retração do Poder Legislativo. Muitas circunstâncias brasileiras, sobretudo o sistema eleitoral, provocaram um afastamento entre a sociedade civil e a classe política. A aproximação entre a sociedade e a política deve ser uma prioridade no momento, sendo que a judicialização deve ter um caráter subsidiário, havendo espaço só em hipóteses excepcionais.

Enquanto essa aproximação não acontece, o Poder Judiciário ocupou o espaço de atender as demandas judiciais que não foram anteriormente atendidas pelo poder Legislativo. É relevante entender que onde o Legislativo atuou, já tomando uma decisão política, o judiciário deve ser deferente, não devendo, portanto, interferir ou se sobrepor a essas decisões. As questões políticas precisam ser tomadas por detentores de mandato eletivo e a função representativa, quando exercida pelo Judiciário, deve ser residual e em caráter excepcional.

Ressalta-se que onde existir inércia do poder político ou omissão legislativa, o judiciário pode e deve atuar, principalmente em defesa de direitos fundamentais. No Brasil, é possível citar os exemplos de decisões nos casos de união homo afetivas e interrupção de gestação de fetos anencefálicos. Nesses casos, em razão de não existir uma decisão política e se tratar de direito fundamental em questão, é legítima a atuação do poder judiciário. No que diz

respeito às decisões políticas, elas devem ser respeitadas, salvo se notadamente contrárias à Constituição.

Hoje, o poder Judiciário vive uma ascensão, onde o debate na justiça passou a ter mais visibilidade do que o debate no Poder Legislativo. Dentro de uma democracia o cenário ideal não é este. Essa inversão e a ascensão do Judiciário se dá em razão de existir hoje uma crise geral na política, que é reconhecida por todos, e por esta razão todos os seguimentos da sociedade já chegaram à conclusão de que é necessária uma reforma política.

O ativismo judicial pode representar um risco para a sociedade democrática, por não serem os membros do Poder Judiciário eleitos pela sociedade. Mas esses riscos são atenuados à medida que os juízes se mantenham direcionados a aplicar a Constituição e as leis, sem atuar por vontade própria e não invadindo a função do legislador.

Os conceitos jurídicos indeterminados, como os de dignidade da pessoa humana, bons costumes e moralidade, ampliam o poder criativo do intérprete a um nível próximo ao legislador, mas, havendo uma manifestação política no sentido de explicar tais conceitos, o juiz deve apenas se ater a isto.

O Poder Judiciário tem a missão de guardar a Constituição e tem como obrigação fazer valer os direitos fundamentais e valores constitucionais, inclusive perante outros poderes. Uma atuação do Judiciário indo de encontro aos outros poderes políticos não pode ser uma decisão contra majoritária, mas sim, uma decisão que busque defender os interesses da maioria que não foram atendidos pelos outros poderes. As decisões devem sempre respeitar as barreiras procedimentais do Direito, como a racionalidade, motivação, correção e principalmente a busca da justiça.

Para finalizar, o ativismo judicial tem sido, até o momento, uma solução, e não um problema. Entretanto, este deve ser visto com muita cautela, o Judiciário nesse momento não pode ser inerte frente à crise de representatividade que vivemos. O ativismo judicial hoje constitui um importante remédio na defesa do interesse social, mas, a nação precisa verdadeiramente de uma reforma política, que não pode ser feita pelo Judiciário.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 1-41, 2007. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/22830878/1220587927/name/RERE-9-AR%C3%87O-2007-LUIZ+ROBERTO+BARROSO.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 26602/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 04 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. DJe de 29 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. PANÓPTICA, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 1-44, abr. 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44>. Acesso em: 22 jun. 2017.

COSTA, Lucas Sales da. **Neoconstitucionalismo: definição, origem e marcos**. Conteúdo Jurídico, Brasília – DF: 26 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47162&seo=1>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Isan Almeida. **Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais**. Revista Aporia Jurídica. Disponível em: <<http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/76>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

PEDRA, Anderson Sant' Ana. **A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. In: AGRA, Walber de Moura et al (org.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?**. *Nomos*, v. 33, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/986>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. O que é a Constituição?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3678, 27 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24418>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns. *Revista Consultor Jurídico*, v. 13, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns> Acesso em: 10 out. 2017.