



Universidade de Brasília – UnB.

Instituto de Ciência Política – IPOL.

Graduação em Ciência Política.

ADRIANO DO ALMO MESQUITA

ATIVISMO JUDICIAL E FIDELIDADE PARTIDÁRIA

BRASÍLIA/DF
2015

ATIVISMO JUDICIAL E FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Trabalho de Conclusão de Curso - TCC apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Ciência Política na Universidade de Brasília.

Orientadora: Prof. Dra. Suely Mara
Vaz Guimarães de Araújo.

Brasília, 08 de dezembro de 2015

Primeiramente, a Deus, por toda sua graça e misericórdia que se renovam a cada dia.

À minha querida orientadora, Suely de Araújo, por sua inigualável paciência, sabedoria e ensinamentos dispensados durante o desafio dessa longa graduação.

À minha família, Marcelo, Ana Cláudia e Carolina, pela presença, carinho, apoio e incentivos em todos os momentos dessa jornada.

À minha amada, Vanessa Meireles, pelo seu companheirismo incondicional e apoio na construção de mais um sonho.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo expor a análise acerca do fenômeno intitulado ativismo judicial, principalmente no âmbito do Estado de direito e, como desdobramento, em relação ao princípio da separação dos Poderes. Nesse sentido, analisa-se a relação entre as competências previstas, normativamente, ao Judiciário e a crescente expansão do poder por ele exercido. Pretende-se expor diferentes perspectivas sobre a postura ativa do Poder Judiciário e, assim, evidenciar os respectivos custos acarretados à conjuntura do Estado de direito. Para tanto, o presente estudo foi realizado a partir da pesquisa bibliográfica e sucinta análise de casos acerca da fidelidade partidária, tema tido como forte expressão da conduta ativista no âmbito jurisdicional. Ademais, aplicou-se o pensamento dedutivo, com o intuito de, ao fim, propor a ponderação sobre os limites da criação no âmbito jurisdicional.

Palavras-Chave: ativismo judicial; Estado de direito; separação dos Poderes; fidelidade partidária; Tribunal Superior Eleitoral; Supremo Tribunal Federal; democracia.

SUMÁRIO

1. A SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO DE DIREITO	8
2. ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES.....	13
3. FIDELIDADE PARTIDÁRIA.....	29
3.1 - ANÁLISE DE CASOS – A FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	35

INTRODUÇÃO

Atualmente, o ativismo judicial tem se constituído como tema discutido em diversas áreas da produção acadêmica, seja em forma de artigos, monografias, dissertações e livros confeccionados sob a perspectiva de diferentes áreas do conhecimento, como o da sociologia, da ciência política e do direito.

Nesse sentido, a importância atribuída ao tema decorre, dentre diversos fatores, das consequências geradas no âmbito jurídico e no próprio funcionamento do Estado, se tratando de um objeto de pesquisa atual e perceptível no âmbito brasileiro.

A partir da perspectiva do Estado de direito, fundado no ordenamento constitucional, tem-se percebido que os princípios consagrados pela norma vêm possibilitando a expansão da atuação jurisdicional para a concretização de direitos sociais, adentrando no âmbito político próprio do Legislativo e Executivo.

Tal atuação do Judiciário não tem sido objeto de consenso entre os pesquisadores sobre a matéria, havendo diferentes indagações a respeito dos limites jurisdicionais estabelecidos pela Constituição, destacando-se o princípio da separação dos Poderes.

Sob uma perspectiva, expõe-se que o ativismo judicial é benéfico à sociedade, garantindo direitos da melhor forma para os cidadãos. Por outro lado, tem-se que o Poder Judiciário se insere na política sem possuir representatividade política para proferir decisões que competem a outros Poderes, ofendendo os preceitos democráticos do Estado.

Ante tal dissenso, é apontado que o ativismo judicial provém das relações políticas entre os Poderes, os quais, muitas vezes, permanecem omissos ou negligentes em relação à competência atribuída a eles, para que, como custo de oportunidade, se dediquem a outros aspectos da própria política.

Portanto, considerando os aspectos positivos e negativos do fenômeno em questão, a problemática se estabelece sobre os reais custos decorrentes do ativismo judicial no que tange à democracia, ao Estado de direito e,

consequentemente, sobre os desdobramentos pelos quais o princípio da separação dos Poderes foi formulado.

Assim, a partir do levantamento bibliográfico de diversos autores e o pensamento dedutivo, a presente pesquisa buscou analisar as teses tanto favoráveis, quanto desfavoráveis ao ativismo judicial, a fim de que seja proposta uma solução à problemática apontada.

Posto isso, no primeiro capítulo é pontuada a formação do Estado e seu respectivo propósito para a sociedade, destacando-se sua evolução e a formação do princípio da separação dos Poderes, concebido a fim de afastar o totalitarismo e o anseio pelo poder por parte do ser humano.

Além disso, no primeiro capítulo, é pontuada a forma em que a separação dos Poderes veio se modificando ao longo do tempo, principalmente sob o prisma do presidencialismo e os aspectos políticos de relação entre os Poderes, a fim de que seja compreendida a razão do ativismo judicial ser tão fomentado em determinados contextos.

No segundo capítulo, é exposta a origem do ativismo judicial e sua definição. Sucessivamente, são apresentadas diferentes perspectivas de autores sobre o tema, a fim de que seus respectivos argumentos fossem ponderados para, por fim, ensejar na conclusão sobre as implicações da prática ativista no âmbito jurisdicional sob o prisma do Estado de direito e do princípio da separação dos Poderes.

No terceiro e capítulo, se apresentam algumas perspectivas acerca de uma das formas de expressão do ativismo judicial no contexto brasileiro: a fidelidade partidária. Sobre tal tema, destacam-se os posicionamentos críticos acerca da usurpação da competência legislativa por parte do Poder Judiciário, bem como o ponto de vista favorável no sentido de que a conduta adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal seria garantidora da vontade do poder Constituinte Originário, a partir da interpretação principiológica do texto constitucional.

A fim de melhor elucidar as críticas tecidas ao ativismo judicial no âmbito da fidelidade partidária, foram apresentados determinados casos polêmicos, a fim de se evidenciar a ocorrência de determinados aspectos indevidos, como a própria insegurança política e jurídica.

Assim, o presente trabalho tem como principal objetivo proporcionar uma resposta coerente à seguinte pergunta: o ativismo judicial realmente se constitui como algo tão somente positivo para a sociedade inserida em um Estado Democrático de Direito?

Para tanto, além do levantamento bibliográfico, também serão apresentados estudos de casos com o objetivo de proporcionar uma melhor análise acerca do tema, pontuando-se os aspectos positivos e negativos que permeiam o ativismo judicial.

1. A SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO DE DIREITO

A formação do Estado detém significativas marcas históricas, sofrendo modificações ao longo dos séculos. Assim, para Cunha (2012), a formação do Estado moderno surge como um desdobramento do Estado medieval, caracterizando-se pelo aprimoramento do Estado nacional e o afastamento, cada vez maior, dos preceitos religiosos, que passam a figurar em segundo plano.

Ante tal transição, o Estado passa a se balizar em diretrizes estabelecidas através do Direito, se compondo, de acordo com Said Maluf (2009, p. 16) como uma “(...) organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais da ordem social. E o Direito é conjunto de condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar”.

Nesses termos, partindo-se da Teoria Monista¹, destaca-se a premissa de Hobbes, em que o homem constitui uma ameaça a si mesmo, por buscar a satisfação plena dos próprios interesses, ignorando a liberdade dos demais indivíduos componentes da sociedade. Assim, é possível perceber a necessidade da existência de limites aos seres humanos, para que, dessa forma, a liberdade individual seja garantida.

Surge, assim, o pensamento de Rousseau (1989), que estabelece a noção de contrato social. Este seria o instrumento adequado para se estabelecer uma forma de associação, cujos objetivos seriam voltados à proteção da pessoa e de sua respectiva propriedade. Para tanto, seria imperiosa a submissão de cada indivíduo, bem como seus direitos naturais, às cláusulas constituidoras do contrato social, inserindo-o em um contexto em favor da sociedade.

A partir disso, segundo a perspectiva contratualista, é estabelecida a transição do estado natural para o estado civil, em que a sociedade passa a ser conduzida em conformidade com as normas vigentes, ou seja, as cláusulas do contrato social legitimadas pelo povo ao conferir poderes aos governantes.

Contemporaneamente, é perceptível que diversos instrumentos normativos são adotados em diferentes Estados, tendo, em sua maioria, os propósitos

¹ Para os adeptos à teoria monista, como Thomas Hobbes, o Estado e o Direito se confundem em uma única realidade, ou seja, o Direito só existiria em decorrência da criação de um Estado, que constituiria como única fonte para a criação da denominada força coativa, necessária à imposição de normas.

originais do contrato social previsto por Rousseau, impondo limites ao Estado e buscando a justiça social no meio de uma sociedade heterogênea.

Como forma de tais instrumentos normativos, destacam-se as constituições vigentes em diversos países. Para Branco (2013), tal instrumento normativo tem como atributo conter o poder, em favor das liberdades, em um contexto de necessidade à tutela de direitos fundamentais ao indivíduo inserido no meio social.

Na conjuntura brasileira, observa-se que a Constituição Federal detém o papel de soberana perante os demais instrumentos normativos, regendo os aspectos do Estado como um todo, conforme preceitua, tipicamente, a formação do Estado de Direito, bem como impõe limites à esfera individual dos cidadãos e estabelece parâmetros para o convívio coletivo.

A partir da análise feita sobre a Constituição Federal de 1988, enfatiza-se a disposição contida logo em seu artigo 1º, que institui o nome de Estado Democrático de Direito, expressão que, de acordo com Reale (2006), traduz a opção feita pelo Poder Constituinte Originário em adotar a democracia social, ou seja, aquela em que “(...)o Estado é compreendido e organizado em essencial correlação com a sociedade civil, mas sem prejuízo do primordial papel criador atribuído aos indivíduos”².

Em tal diapasão, Reale (2006) também ressalta a importância do artigo 2º da Constituição Federal ora em vigência, o qual institui um sistema de equilíbrio entre três poderes soberanos, que, ao sentir do autor, demonstra ser a melhor solução para os aspectos democráticos existentes, constituindo instâncias distintas para a fiscalização e higidez do processo democrático que devem atuar em paralelo a outras ferramentas voltadas à democracia participativa.

Tendo em consideração tal concepção, é possível afirmar que os valores e conceitos formados pela sociedade como um todo passam a ser consagrados e tidos como importantes para o funcionamento do Estado, vinculando-os às diretrizes estabelecidas a partir do texto constitucional.

Posto isso, destaca-se a colocação de Montesquieu (2007), que, ao analisar as formas de governo, explicita que o governo republicano, tido como aquele em que os indivíduos possuem o poder, pode adotar, como regime político, a

aristocracia ou a democracia. Esta, de acordo com o autor, se fundaria no princípio do patriotismo, que, por si só, demandaria a solidariedade entre os cidadãos para a existência da democracia plena. A aristocracia, por sua vez, demandaria tão somente a solidariedade da classe governante, os aristocratas, para que o poder seja mantido em sua esfera de atuação.

Em tal diapasão, Mota (2007) expõe que, de acordo com a teoria de Montesquieu, a existência de um governo moderado demanda o equilíbrio entre os poderes nele existentes, a fim de que a liberdade política, que consiste na proibição de constranger alguém a fazer coisas que a lei não obrigue, ou a não fazer aquilo que a lei obriga, seja devidamente tutelada, pois, de acordo com Montesquieu (2007, p. 166), todo homem com acesso ao poder tende a cometer abusos, razão pela qual os limites são necessários.

Portanto, de acordo com a formação tripartida do Estado, existem três poderes: Legislativo; Executivo; e Judiciário. Este, para Montesquieu (2007, p. 166), possui a função de julgar demandas particulares e punir crimes, razão pela qual deve ser neutro e baseado exclusivamente na vontade da lei. O Executivo, por sua vez, seria aquele que executaria as leis, sendo um administrador do Estado, principalmente no que tange à sua representação, devendo ser exercido por somente uma pessoa não retirada do Legislativo, para que, assim, decisões rápidas possam ser tomadas e haja controle sobre a instituição legisladora. O Legislativo, por fim, tem como objetivo constituir novas leis e corrigir as que já estão feitas, sendo dividido em duas câmaras: câmara alta e câmara baixa. Esta se refere à representação do povo. Aquela, em contraposição, visa limitar o poder dado aos representantes do povo, razão pela qual sua constituição se destina aos nobres.

Posto isso, Montesquieu (2007, p. 26) afirma que, para a existência de equilíbrio entre as mencionadas esferas do poder estatal, seria necessário conceder a cada poder acentuada autonomia capaz de pô-lo em condições de resistir às pretensões dos demais, bem como ferramentas para o exercício de fiscalizar a ocorrência de eventual abuso de poder.

Dessa forma, ao sentir de Montesquieu (2007, p. 178), evitando a existência de um governo despótico, o Poder Legislativo tem como dever fiscalizar o Executivo, a fim de que as disposições legais estejam sendo cumpridas, conferindo-o o poder de punir a conduta tida como ilícita e, conseqüentemente, de julgar.

Não obstante, é tido como necessária a fiscalização por parte do Executivo sobre o legislativo durante o período de legislatura, evitando-se eventual permanência indevida dos membros do corpo legislativo.

Percebe-se a partir de tais colocações que, apesar da independência dos poderes e suas respectivas competências, a interferência entre eles demonstra ser necessária para o afastamento de um eventual governo despótico, uma vez que o ser humano visa, em sua essência, permanecer e acumular o poder, chegando a abusá-lo em seu favor até que limites lhe sejam estabelecidos, conforme observa

Portanto, a partir da colocação de Montesquieu (2007), é nítida a importância de se assegurar a formulação normativa e a sua respectiva execução de forma independente, a fim de evitar a ocorrência do abuso de poder. Nesse contexto, apesar de tal separação, para o clássico autor, a criação de mecanismos voltados ao equilíbrio e controle entre as esferas legislativa, executiva e judicial é essencial para a instauração de um Estado democrático.

Acerca da tripartição dos poderes, Medeiros (2011) ressalta que, a partir da doutrina clássica sobre o tema, a autonomia material da função legislativa em relação à executiva é tida como um pressuposto fundamental em um contexto alicerçado na supremacia da lei, conforme chancelado por Montesquieu.

Sucessivamente, Medeiros (2011, p. 88) expõe que o ideal liberal, que se fundava na antinomia radical entre a liberdade natural do indivíduo e a sociedade que se baseia por deveres, foi objeto de diversos modelos de Estado e organização do poder político, tentando-se constituir um modelo capaz de garantir os interesses individuais perante a sociedade.

Surge, assim, o Estado liberal, cuja estrutura se voltou a romper a ordem político social medieval baseada no sistema feudal e no Estado absolutista, possuindo diversas variantes entre os países, permanecendo, no entanto, um núcleo em comum, a separação dos poderes, conforme evidenciado por Medeiros (2011, p. 88/89):

(...) o princípio da separação dos poderes assumiu uma posição de destaque nas constituições liberais escritas, chegando a ser considerado condição da própria existência de uma Constituição, como se infere do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem constituição”

Por tal colocação, o princípio da separação dos poderes passou, ao longo do tempo, a constituir um aspecto essencial para o Estado Liberal, qual seja, a defesa dos direitos fundamentais de liberdade dos indivíduos contra abusos de poder,

constituindo-se um uma solução para o rompimento dos antigos regimes medievais. (Medeiros, p. 89).

Com isso, Ramos (2010, p. 111) pontua o movimento político conhecido como constitucionalismo, que, nos dizeres de Ferreira Filho (2009), “visa estabelecer em toda a parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes submetidos a Constituições escritas”. Tal movimento, ao sentir de Ramos (2010, p. 116), logrou êxito, tornando o Estado submetido ao direito sinônimo de Estado constitucional, que possui como um dos principais princípios a separação dos poderes, disso resultando um sistema de freios e contrapesos, benéfico à liberdade individual, capaz de inibir abusos no Estado.

Em análise da colocação de Canotilho (2003), que apresenta a separação dos poderes como um princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado, Ramos (2010, p. 117) esclarece que tal princípio envolve uma articulação entre as funções do Estado. Assim, privilegia-se a separação das estruturas orgânicas que exercem o poder estatal, ou seja, dos órgãos de soberania de acordo com suas respectivas funções, afastando eventual rompimento da unidade de poder do Estado. Formalmente, é considerada a qualidade do órgão dos quais emanam o ato estatal. Materialmente, a divisão se dá pelo conteúdo do ato, independentemente do órgão do qual emana e da forma como foi originado

Em análise às Constituições baseadas no Estado de Direito, Ramos (2010, p. 116) relata que nem todos os textos constitucionais indicam expressamente as funções e matérias que competem a cada esfera do poder estatal, com preferência em relação aos outros. Por tal omissão, a delimitação dos poderes passa a ser exercida pela doutrina e pelos operadores do sistema a partir do rol de competências imputadas a cada poder. Com isso, é apontado que “(...) a função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos a Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder Competente” (Ramos, p. 116).

Em contraposição, considerando a articulação existente entre as atividades estatais, o eventual exercício de função distinta das características materiais intrínsecas ao respectivo poder gera, conseqüentemente, uma interferência indevida na esfera de competência de outro poder, possibilitando o esvaziamento indevido das funções materiais atribuídas constitucionalmente a outra esfera do poder, que seria desencadeado, por exemplo, a partir do ativismo judicial (Ramos, p. 117).

2. ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES

De acordo com Maria Tereza Sadek (2012, p. 03), os magistrados têm-se manifestado acerca dos mais diversos aspectos sociais, sobre temas que versam sobre toda a sociedade, como aqueles relacionados à saúde, à educação, à habitação e a outras políticas públicas.

Em decorrência de tal fenômeno, para a referida autora, as reações provenientes da Administração Pública, de políticos da esfera legislativa, de lideranças partidárias, de empresários e de associações da sociedade civil têm crescido, sendo apresentados diferentes óbices à atuação jurisdicional.

Acerca do mencionado assunto, Sadek (2012) explicita que sua ocorrência reflete modificações implícitas no modelo institucional do Estado, o qual passa a ser organizado a fim de privilegiar o combate ao abuso de poder, que ocorre a partir da separação entre os poderes estatais ou na unificação e concentração em uma única instituição.

Nesse sentido, é argumentado por Sadek (2012) que o modelo presidencialista foi concebido como uma forma de oposição à monarquia absolutista, tendo, como objetivo, o combate do denominado poder em si mesmo, ou seja, aquele que se caracterizava pela arbitrariedade e pelo abuso em seu exercício. Essa perspectiva se deu a partir da concepção de que o poder concentrado é, conseqüentemente, forte e, portanto, a expressão do próprio arbítrio.

A partir disso, Sadek (2012) afirma que os receios acerca do poder despertaram o desejo por seu enfraquecimento no bojo dos debates antecessores à Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, a qual se caracterizou pela adoção da teoria formulada por Montesquieu. Esta, ao apresentar o modelo de pesos e contrapesos (*checks and balances*), constituiu uma maneira operacional de dispersar o poder, criando-se diferentes polos do poder estatal, os quais funcionariam como uma forma de limitação recíproca.

Em tal diapasão, considerando-se o modelo presidencialista adotado no Brasil, diversos mecanismos foram institucionalizados para a criação de óbices ao crescimento e à formação do arbítrio, conforme explicitado por Sadek:

Foram muitos os dispositivos concebidos para obstar o livre desenvolvimento do poder: os estados como contrapesos ao Governo Federal, à União; a Câmara dos Representantes como contrapeso ao Senado, e vice- -versa; o Legislativo, como um todo (câmara alta e câmara

baixa), como um contrapeso ao Executivo e vice-versa; o Poder Judiciário contrabalançando ao mesmo tempo o Legislativo, o Executivo e o governo dos estados; o Senado contrabalançando o presidente em nomeações e tratados; as eleições regulares e periódicas propiciando e fortalecendo o controle dos representantes por parte dos representados. (Sadek, 2012, p. 05)

Com isso, de acordo com a autora supramencionada, o Judiciário passou a ser consagrado como uma forma de manifestação do Poder Estatal em igualdade com o âmbito Executivo e Legislativo.

Além da constituição do Judiciário como um poder, de acordo com Sadek (2012), o desenvolvimento acerca dos direitos sociais constituiu importante modificação na atuação jurisdicional. De acordo com a autora, os direitos conferidos individualmente aos homens, bem como a consideração de direitos supraindividuais, permitiram que a desigualdade social deixasse de ser vista como natural, abrindo-se espaço para o questionamento das diferenças sociais e à suposição lógica de que toda e qualquer desigualdade existente seria provocada pelo próprio arranjo social, permitindo, assim, a reflexão acerca de tal organização já existente.

A partir de tal concepção de igualdade, Sadek (2012) demonstra a distinção realizada por Marshall acerca de três conjuntos distintos de direito, quais sejam, os direitos sociais, políticos e civis. Estes implicam o entendimento de que, apesar das diferenças econômicas e sociais, todos são iguais no que tange à segurança, livre associação de crença e liberdade de ir e vir, entre outros aspectos. Os políticos, por sua vez, consistem no direito universal dos cidadãos, independentemente de suas características, poderem participar na escolha dos governantes, bem como disputar a governança. Por fim, os sociais se remetem à igualdade no gozo dos bens coletivos, constituindo-se um padrão mínimo acerca de aspectos como a educação, a saúde e a moradia.

Entretanto, a partir da Segunda Guerra Mundial, houve questionamento acerca da concepção formal de igualdade, uma vez que passaram a ser vislumbrados os resultados provenientes da coexistência da igualdade abstrata, prevista e normatizada, e a desigualdade real, a qual, em decorrência das distâncias sociais e econômicas, se contrapunha ao que havia sido instituído legalmente. Assim, passou a ser defendida a adoção de políticas voltadas à diminuição da desigualdade (Cappelletti & Garth, 1988).

Tendo em vista a conjuntura de então, passou a ser necessária a atuação do Estado, a fim de que os direitos sociais, bem como os destinados a diversos grupos, como consumidores, idosos e crianças, fossem devidamente concretizados.

Com isso, é possível afirmar que o poder estatal passa a possuir uma nova finalidade, conforme concebido por Sadek (2012):

Nesse novo contexto, marcado pelos direitos sociais e pelo Estado do Bem-Estar Social, modifica-se inteiramente o perfil do poder público e também da justiça estatal. Trata-se, a partir de então, de garantir não apenas as liberdades negativas, mas também de assegurar as liberdades positivas” (Sadek, 2012, p. 10).

Assim, com base na perspectiva de Capelletti e de Garth (1988), a autora mencionada demonstra que o direito de acesso à justiça passa a ser fundamental para a tutela dos demais direitos, os quais tutelam pela igualdade e a cidadania, razão pela qual o Judiciário passa a ser “(...) a instituição pública encarregada, por excelência, de fazer com que os preceitos da igualdade estabelecidos formalmente prevaleçam na realidade concreta” (Sadek, 2012, p. 10), consistindo em uma forma de materialização de diversos direitos.

Posto isso, para a autora, diferentemente da concepção de Montesquieu, o magistrado passa a possuir papel fundamental como um agente de ligação entre o Direito e a Política, proferindo decisões a fim de zelar pelo Texto Constitucional, deixando de ser tão somente a manifestação literal da lei.

Passando a constituir uma característica do modelo presidencialista e do próprio parlamentarismo, o denominado ativismo começou a ocorrer nos diversos países que adotaram tal forma institucional, inclusive naqueles em que a instabilidade política e a concentração de poder no Executivo eram tidas como predominantes. Nesse contexto, tendo em vista a dificuldade de implementação fática das características do presidencialismo, a atuação jurisdicional passou a ser tida como cada vez mais necessária, inserindo os magistrados como uma forma de agente político utilizado para controlar e tutelar a vontade presente na lei. Nesse sentido, afirma Medina (2013):

Do mesmo modo como o Presidencialismo brasileiro é de coalizão, enredado em atendimentos de pleitos políticos *ad hoc*, circunstância que causa enormes problemas para a assim denominada “governabilidade”, também o Supremo Tribunal Federal acaba ingressando perigosamente nesse terreno de (atendimento a) demandas de grupos. E também – e isso precisa ser dito – demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas no plano dos demais tribunais do país. Eles falham e tudo acaba no STF. Ele cresce. Mas sofre. E sangra na legitimidade. Vou tentar explicar isso melhor: assim como a Presidência da República tem de atender aos pleitos dos partidos, o STF, durante esses

mais de vinte anos, acabou por engendrar uma espécie de julgamentos políticos

Para Campos (2014, p. 151/152), em consideração aos dizeres de Young (2014), a intervenção dos magistrados nas diferenças esferas sociais, a partir das denominadas decisões ativistas, decorre, em sua essência, do aumento da relevância político-institucional dos atores e das instituições pertencentes ao Poder Judiciário no meio da ordem constitucional. Sendo, portanto, “(...) comum o exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de autoridade político normativa no controle dos atos das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles” (Campos, 2014, p. 152).

Na conjuntura brasileira, Sadek (2012) destaca que a Constituição Federal de 1988, além de conferir ao Judiciário a estrutura de poder, institucionalizou, normativamente, diversos direitos individuais e, inovadoramente, coletivos, inserindo, assim, a tutela jurisdicional como uma importante ferramenta para o resguardo desses direitos e para o controle de arbitrariedades provenientes dos poderes Executivo e Legislativo.

Com isso, o Judiciário passou a deter a prerrogativa de atuar em causas no bojo de grupos sociais, constituindo uma forma de garantia em favor da coletividade. Nesse sentido, Sadek evidencia seus argumentos:

A interferência do Judiciário tem se dado também preenchendo brechas deixadas pelo Legislativo. Só no ano de 2007, por exemplo, três julgamentos no STF ocuparam-se deste tipo de questão: a definição da perda de mandato do político que trocasse de partido depois de eleito; direito de greve dos servidores públicos; se deputados poderiam acompanhar a sessão secreta do Senado que tinha por pauta apreciar o processo de cassação do mandato do ex-presidente da casa, Senador Renan Calheiros. (Sadek, 2012, p. 14).

No mesmo sentido, considerando os dizeres de Taylor (2007), é possível afirmar que a relação da esfera judiciária com as políticas públicas demonstra ser cabível, sendo uma interação válida do ponto de vista democrático, principalmente no quadro do Brasil, em que diversos direitos foram constitucionalizados, conforme assim se observa:

(...) o Judiciário é inerentemente passivo e precisa ser acionado por atores externos para que tenha qualquer efeito. Por isso, o grau com que o Judiciário é invocado para servir como árbitro nos conflitos entre as forças ou instituições políticas depende não apenas da força dos tribunais, mas também, de forma mais abrangente, dos padrões da disputa política. (Taylor, 2007, p. 231)

Assim, no caso brasileiro, em que atores políticos das esferas executiva e legislativa passam a ter suas respectivas margens de arbitrariedade limitadas, a ampliação da margem de atuação do Poder Judiciário torna os magistrados em atores privilegiados.

A partir de dados empíricos, Sadek (2012) percebe que a intervenção judicial, no contexto brasileiro, ocasiona, entre diversos efeitos, a natureza pedagógica, ao forçar a administração pública a atuar em importantes matérias, como por exemplo a saúde e a educação.

Nesse diapasão, para Barroso (2014), a atuação jurisdicional na tomada de decisões acerca de temas com notório alcance político, implementação de políticas públicas e temas de grandes controvérsias na sociedade não é um fenômeno isolado, ocorrendo em diferentes países na seara das mais diversas cortes constitucionais.

Nesse sentido, demonstra ser constatável o avanço contínuo da denominada justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, ou seja, aquela realizada pelas esferas Legislativa e Executiva, evidenciado a interação entre a justiça e a política.

Para o citado autor, o caso brasileiro demonstra ser distinto dos demais ante a extensão e o volume de decisões provenientes da esfera judiciária acerca de diversos temas, como política, economia, ciência etc, instigando uma expressiva “judicialização da vida” (Barroso, 2014)

Em tal sentido, Campos (2014) aponta a mencionada extensão do volume de decisões proferidas decorre da disciplina constitucional sobre, basicamente, todos os da vida política e social do país, estabelecendo-se uma Constituição generalizada que, conseqüentemente, estabelece grandes questões e pequenos conflitos como problemas constitucionais a serem judicializados e decididos no âmbito jurisdicional.

Barroso (2012) evidencia que a judicialização detém o significado de que diversos aspectos da sociedade são levados à apreciação do Poder Judiciário, deixando de ser decididos pelas instâncias políticas (legislativa e executiva). Portanto, haveria a transferência de poder para magistrados no tocante a diversos temas, acarretando expressivas diferenças acerca do modo de participação da sociedade e na própria linguagem utilizada.

Como primeira causa para a ocorrência de tal fenômeno, aponta-se a redemocratização do país proveniente da promulgação da Constituição de 1988, a qual acarretou a recuperação de diversas garantias da magistratura e transformou o Judiciário em um poder político autônomo. Paralelamente, como anteriormente referido, houve ampliação informativa acerca dos direitos conferidos à população, instigando-os a concretizá-los através da tutela judicial, conforme se pode observar nas constatações empíricas de Taylor (2007):

No decorrer da última década, **o Judiciário Federal revelou-se um importante ator político: tribunais federais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; a realização de uma delicada reforma no sistema de previdência social foi subvertida; e o Judiciário anulou ou mudou a legislação referente à reforma agrária, às reformas tributárias e a outras políticas públicas significativas. O Judiciário continua exercendo uma influência importante hoje. Durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, tribunais também participaram da formulação de políticas governamentais de várias maneiras.** Entre as mais recentes ilustrações: em 2005, o Judiciário federal aprovou uma grande aquisição empresarial pela Nestlé, revertendo decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, que havia rejeitado a operação; o STF interrompeu as investigações de corrupção dentro do Congresso durante 2006; juízes federais têm forçado governos estaduais a honrarem precatórios cujos valores são estimados em até US\$ 20 bilhões por ano; o STF negou, retroativamente, um aumento do Programa de Integração Social – PIS/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins em uma decisão cujo custo, em tese, poderia chegar a quase 11% do total de tributos federais arrecadados; e assim por diante (Taylor, 2007, p. 237) . Sem grifos no original.

A segunda causa, por sua vez, é apontada por Barroso (2012) como a constitucionalização abrangente, que consiste na tutela constitucional de diversos direitos, anteriormente tratados por outros instrumentos normativos, como a lei ordinária, fazendo com que determinadas matérias fossem afastadas do processo político majoritário.

Como terceira causa apontada por Barroso (2012), tem-se o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro, baseado no modelo estadunidense e europeu, que possibilitou ao julgador se abster de aplicar determinada norma caso a considerasse inconstitucional, exercendo, assim, um controle incidental e difuso. Paralelamente, foi permitida a apreciação imediata de determinadas matérias pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o que ampliou a possibilidade de apreciação de questões políticas e moralmente relevantes.

Portanto, a manifestação dos magistrados acerca de relevantes matérias políticas e sociais não ocorreria pela própria vontade do julgador, mas sim em razão

dos aspectos institucionais que impõem ao juiz julgar o caso a ele apresentado, desde que preenchidos os requisitos legalmente exigidos.³

Barroso (2014) aponta que judicialização e ativismo judicial, apesar de aparecidos, não se confundem. A judicialização, na conjuntura brasileira, seria um fenômeno decorrente do modelo institucional adotado no Texto Constitucional, e não uma vontade política do julgador. Diferentemente, o ativismo judicial se define na atitude do julgador em escolher uma forma de interpretação do Texto Constitucional, para expandir o seu alcance e seu sentido. Assim, “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes (...)”. (Barroso, 2014, p. 193).

Posto isso, o autor supramencionado explicita que o ativismo se manifestaria de diferentes formas, auxiliando na distinção acerca da judicialização. Assim, são mencionadas três maneiras da ocorrência do ativismo:

- i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2014, p. 195).

Em contraposição ao ativismo judicial, Barroso (2014) propõe a existência da denominada auto-contenção judicial, que visa diminuir a interferência judicial na competência das outras esferas do Poder Estatal, propondo o afastamento do Judiciário quanto à aplicação do texto constitucional a casos que não estejam expressamente previstos, a fim de que o legislador competente se pronuncie quanto ao tema, estimulando o uso de critérios rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de textos normativos, bem com abster a atuação jurisdicional acerca da definição de políticas públicas.

No contexto brasileiro, a partir de determinados casos em que magistrados se manifestaram, como o da fidelidade partidária, direito de aborto de fetos anencéfalos, vedação de nepotismo nas esferas do poder, entre outros, é possível perceber que o Judiciário tem adotado posicionamentos claramente ativistas, fenômeno que pode ser justificado pelo fato de, nos últimos anos, o Legislativo ter

sofrido uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade, induzindo a atuação jurisdicional para suprir eventuais omissões (Sadek, 2012)

Acerca da esfera executiva, Barroso (2014) argumenta que a superposição entre o Executivo e o Judiciário é limitada, pois o Presidente da República detém, na maioria dos casos, expressiva popularidade e, conseqüentemente, aceitação das políticas por ele promovidas, em geral afastando a possibilidade da tutela jurisdicional.

Em crítica à conjuntura apresentada, tem-se que não é possível haver uma democracia sem a existência de atividade política sólida, sendo necessária a atuação legislativa pela esfera de poder competente, o qual deve proporcionar credibilidade de suas decisões, conforme destaca Nunes Junior (2014).

No que tange às críticas em torno do ativismo judicial, destacam-se os riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida do Poder Judiciário e os limites institucionais da justiça.

Em primeira consideração, coloca-se que os membros do Poder Judiciário, inclusive os ministros de tribunais superiores, não são agentes públicos eleitos. Assim, ainda que tais atores desempenhem um poder político, ao sentir de Bickel (1986), a possibilidade de magistrados sobrepor-se a decisões provenientes do Presidente da República ou de representantes do Congresso, os quais foram escolhidos por vontade popular mediante rígido sufrágio, constitui a denominada dificuldade contramajoritária.

Assim, Barroso (2014) aponta que a legitimidade do Judiciário para invalidar decisões provenientes das diferentes esferas do poder provém de duas justificativas.

Como primeiro argumento, apresenta-se o aspecto normativo, que decorre, simplesmente, da autorização constitucional expressa conferida ao Judiciário para a concretização de direitos tutelados na própria legislação, cuja criação provém do poder constituinte e do legislador.

A fundamentação filosófica, por sua vez, propõe que o Estado Democrático de Direito provém de ideias que se interagem, mas não se confundem, tutelando-se o Texto Constitucional para a limitação dos poderes e o respeito a direitos e garantias fundamentais. Em tal diapasão, considerando a soberania popular prevista em decorrência da democracia, Barroso (2014) argui a existência de conflito entre o próprio constitucionalismo e o modelo ideológico democrático.

Dessa forma, a Constituição tem como dever estabelecer regras acerca da concretização dos aspectos democráticos e proteger direitos e valores fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Assim, tendo em vista o papel do STF, que visa a zelar pela democracia, bem como pelos direitos fundamentais, tem-se que a jurisdição constitucional demonstra ser uma garantia, desde que não suprima a política, o governo da maioria ou o papel das outras esferas de poder. Nesse sentido, diz Barroso (2014, p. 12):

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Ante tal consideração, observa-se que uma decisão judicial não pode ser caracterizada como política no que tange à existência de uma escolha livre por parte do julgador, pois, ainda que haja mais de uma solução cabível ao caso em concreto, o magistrado detém o dever de julgar da maneira mais correta e justa, fundamentando a sua conclusão em aspectos legais. Por isso, a partir das colocações de Barroso (2014) é possível afirmar que a função jurisdicional possui legitimidade, conservando-se direitos fundamentais, ainda que contra o desejo de maiorias políticas, conforme prevê o constitucionalismo democrático

Acerca da capacidade institucional do Judiciário, bem como seus limites, o autor supracitado aponta que, apesar da existência da separação de Poderes, o exercício de um controle recíproco sobre as atividades de cada um é válido, impedindo-se a existência de instâncias hegemônicas violadoras das próprias garantias fundamentais e da democracia.

Posto isso, Sunstein e Vermeulle (2014) explicitam que, a partir de uma capacidade institucional, analisa-se qual Poder demonstra estar mais capacitado, tecnicamente, para analisar determinada matéria, o que gera a necessidade de magistrados considerarem manifestações pertinentes provenientes do Legislativo e do Executivo para o desempenho da razoabilidade, que, muitas vezes, possuem maior capacidade técnica e legitimidade para a tomada de certas decisões.

Paralelamente, os autores supracitados demonstram que, tendo em vista o objetivo dos magistrados ser, majoritariamente, voltado para a realização de justiça no caso concreto, deve-se ter cautela quanto aos efeitos sistêmicos decorrentes da então decisão, ou seja, sobre o seu impacto sobre os diferentes aspectos sociais.

Como exposto, tem-se que a judicialização e o ativismo judicial, apesar de semelhantes, são distintos entre si. A judicialização decorre do modelo constitucional adotado pelo Estado e do sistema de controle de constitucionalidade, que, no caso brasileiro, legitimam a atuação jurisdicional acerca de diversos temas políticos e morais. O ativismo judicial, por sua vez, é proveniente da vontade individual do julgador, que age de forma proativa ao interpretar a Constituição, indo além dos objetivos expressos do legislador.

Por tais aspectos, tanto a judicialização quanto o ativismo envolvem riscos por interferirem na legitimidade democrática, a incidência de aspectos políticos na justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário em analisar determinados temas e situações.

Portanto, é defendido que, ao analisar as normas, o julgador deve sempre levar em consideração as escolhas do legislador em deferência à legitimidade democrática.

Em tais aspectos, Barroso (2014), baseado nos preceitos de Dworkin (2007), leciona:

(...) o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

A partir do apresentado, é perceptível que o ativismo judiciário consiste em um instituto eivado de riscos, razão pela qual sua incidência deve ser controlada, além de demonstrar a necessidade de reconstrução da representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo para a tutela da democracia brasileira.

Deve ser compreendido que a identificação dos abusos por parte dos magistrados demonstra ser de difícil constatação, uma vez que, de acordo com Ramos

(2010), o ativismo, muitas vezes, é elogiado por proporcionar a adequação do sistema jurídico às novas demandas sociais.

Entretanto, questiona-se a implicação do modelo de separação dos poderes, principalmente no que tange à observância da função jurisdicional atribuída ao Poder Judiciário. Nesse sentido, a invasão de competência entre os poderes, em destaque no âmbito jurisdicional seria um fenômeno de descaracterização da função imputada ao Poder Judiciário, violando o núcleo essencial de funções atribuídas a cada poder, por disposição constitucional. (Ramos, 2010).

Assim, para Olivo (2000), o Poder Judiciário, a partir da criatividade judiciária, ao adentrar na área específica do Poder Legislativo, exerceria uma atividade legislativa imprópria, o que, nos termos do mencionado autor, acarreta o comprometimento da teoria referente à separação dos poderes, bem como do regime democrático.

Cappelletti (1993) explicita que a produção normativa por parte dos magistrados deveria ser chamada de criatividade da função jurisdicional, uma vez que, para o autor, independentemente da diferença conceitual entre interpretação e criação do direito, os aspectos problemáticos acerca do ativismo judicial permeiam os limites, os modos e se a conduta criativa promovida pelos tribunais é aceitável.

Nesse sentido, Cappelletti (1993) afirma que o processo de criação da norma, por parte do magistrado, ocorre em virtude da necessidade de adequação às omissões legislativas, sendo, para tanto, utilizada o método interpretativo sobre a norma, o qual, sob a perspectiva do referido autor, passa a ser problematizado a partir dos limites impostos ao julgador e o grau de criatividade por ele utilizado, a fim de prover uma solução à lide.

Em tal contexto, o grau de criatividade das decisões judiciais demonstra ser maior quando o fundamento utilizado, para tanto, é a equidade, ou seja, na suposta forma justa de aplicação do Direito e as necessárias adaptações da norma ao fato concreto. Diferentemente, quando o magistrado utiliza como fundamento a própria lei ou algum precedente do âmbito jurídico, sua criatividade é de grau menor.

Portanto, Olivo (2000) expõe que a interpretação judiciária foi uma reação em favor do poder criativo dos julgadores, afastando-o de mera boca inanimada da lei. Assim, o juiz declara a lei, mas de forma criativa, a partir de seus próprios valores e aspectos presentes na sociedade.

Entretanto, conforme já mencionado, Cappelletti (1993) questiona se a concepção do juiz como legislador não fere as diretrizes da separação dos poderes e os preceitos democráticos, minando a legitimidade dos demais poderes e, conseqüentemente, conduzindo o Estado ao totalitarismo tidos como tão indesejado. Em tal sentido, é exposto que o Estado do Bem-Estar Social imputa ao governo a execução das leis garantidoras dos direitos sociais, difusos e coletivos, razão pela qual houve um grande espaço para a produção legislativa e, como consequência, à interpretação judicial, pois diversos compromissos passaram a ser assumidos pelo próprio Estado, retirando a responsabilidade do âmbito privado.

Com o crescimento dos deveres estatais, bem como dos seus aparatos burocráticos e administrativos, a responsabilidade dos magistrados também foi aumentada, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade das leis confeccionadas. Assim, o Poder Judiciário, visando se adequar às novas condições em que estava inserido, poderia permanecer limitado à aplicação da lei ou se apoderar, para controlar os demais poderes, conforme evidencia Olivo (ano):

Nessa nova realidade – gigantismo estatal, legislativo, administrativo e burocrático - aumentaram as funções e a responsabilidade dos juízes, sendo que a justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. O Judiciário teria então duas alternativas: a) permanecer fiel à concepção tradicional do século XVIII, dos limites da função jurisdicional; b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador.

A partir disso, surge a preocupação acerca da criatividade judiciária e, conseqüentemente, das funções desempenhadas pelos magistrados quando atuam de forma criativa, os quais acabam por adentrar na esfera do âmbito legislativo ou executivo.

Nesse sentido, para Cappelletti (2000), os julgadores são, realmente, coagidos a serem criadores do Direito, a fim de esclarecer, transformar e, até mesmo, inovar no âmbito normativo. Porém, apesar de tal perspectiva, não é possível imputar aos magistrados a condição de legisladores, pois as diferenças existentes entre o processo jurisdicional e o processo legislativo afastariam tal condição dos juízes.

Posto isso, ainda que não reconhecia a condição de legislador dos magistrados, no que tange aos seus respectivos atos criativos, Cappelletti (2000)

expõe que os tribunais, a partir do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes*⁴, operam a partir da competência legislativa ao estabelecerem interpretações capazes de vincular os diversos julgamentos acerca de determinada matéria, ainda que, muitas vezes, sem similitude fática com as diferentes situações apresentadas para apreciação do Poder Judiciário.

Conforme já comentado, Olivo (2000) explicita que, entre as críticas tecidas sobre a atividade de criação judiciária do Direito, destaca-se a objeção referente à falta de legitimidade democrática dos magistrados, uma vez que, diferentemente do âmbito Executivo e Legislativo, não são escolhidos através do voto popular, ainda que, como no modelo estadunidense, a escolha dos magistrados da Suprema Corte ocorra a partir da indicação do Chefe do Poder Executivo.

Assim, Cappelletti (1993), a partir da suposição de que os juízes podem se tornar burocratas isolados do bojo social, afirma que a atividade criativa realizada no bojo do Poder Judiciário pode ser corrigida por ato do Poder Legislativo ou por meio da revisão constitucional. Não obstante tal perspectiva, para o referido autor (Cappelletti, 1993), as disposições normativas devem ser interpretadas e completadas a fim de que incidam, de forma adequada, no caso em concreto inserido à apreciação pelo âmbito judiciário, o que, de certa forma, implicaria na realização da atividade criativa do Direito, ressaltando que a tarefa do juiz, inevitavelmente, por seu grau de discricionariedade, é tida como criativa.

A partir disso, de acordo com a concepção de Cappelletti (1993), a atividade criativa do Direito por parte do juiz não é completamente discricionária, havendo limites impostos pelo sistema jurídico e pelo próprio Estado Social, a fim de que parâmetros fossem estabelecidos à liberdade individual do magistrado.

Posto isso, destaca-se que o julgador deixa de ser inerte em seu contexto, adotando uma postura mais participativa e ativista, ainda que não de forma totalmente arbitrária, tornando a prática ativista um fenômeno inegável na conjuntura atual. Nesse sentido, Cortez (2014) expõe:

Ao judiciário não está mais reservada estrita atuação na solução dos conflitos individuais ou limitação dos demais poderes para garantia dos direitos civis e políticos, assumindo outras atribuições constitucionais, legitimadas pelas novas formas de organização da sociedade e exercício do poder.

⁴ O efeito *erga omnes* se remete ao alcance que a decisão judicial possui. Nesse sentido, as decisões dotadas desse efeito deixam de alcançar somente as partes do conflito, possuindo, assim, um efeito perante toda a sociedade.

Entretanto, pontuada a existência do ativismo, Cortez (2014) pontua que, assim como necessário aos demais poderes do Estado, a função jurisdicional deve ter limites estabelecidos de forma expressa, uma vez que tais delimitações não atendem à configuração do Direito e à democracia, para que, dessa forma, haja a devida tutela dos valores e princípios em prol de que o Judiciário deve atuar.

No âmbito político, Cortez (2014) expõe que as condutas dos magistrados devem, sempre que possível, preservar a competência atribuída pelo Texto Constitucional aos âmbitos executivo e legislativo, a fim de que as suas respectivas funções não sejam extrapoladas⁵. Ademais, é pontuado que o Judiciário não é destinado e não possui condições suficientes para a análise de determinadas demandas, por, muitas vezes, versarem sobre matéria que fogem ao escopo jurisdicional, o que permite, como resultado, determinações de impossível cumprimento ou analisadas tão somente sobre o aspecto jurídico, quando outros fatores deveriam ser ponderados.

Sobre o então papel da atividade jurisdicional no trato das políticas públicas, Sabino (2014) destaca que, no âmbito brasileiro, a atividade do Judiciário é dotada da função constitucional de interpretar e, sucessivamente, aplicar as normas, realizando, nesse contexto, o controle de constitucionalidade das disposições normativas, bem como dos atos administrativos. Porém, as decisões judiciais proferidas acerca de políticas públicas acarretam, muitas vezes, a realocação forçada dos recursos, prejudicando o trabalho técnico e exaustivo realizado pelo poder competente, que, no caso, seria o Executivo.

Como uma das causas para ocorrência do ativismo, cumpre pontuar a colocação de que as diversas Constituições estabelecidas a partir dos aspectos do Estado de Direito indicam os órgãos imbuídos de exercerem o poder estatal. Entretanto, conforme exposto por Ramos (2010), o Texto Constitucional, muitas vezes, deixa de indicar de forma explícita as respectivas funções que compete ao Poder Judiciário.

⁵ O respectivo autor, ao afirmar que o controle jurisdicional de políticas públicas pode extrapolar a respectiva competência do Poder Judiciário, exemplifica seu argumento sob a perspectiva de que a manifestação do judiciário em ações que visam estabelecer o número efetivo da Polícia Militar ou de profissionais da saúde extrapola, nitidamente, a competência do judiciário, usurpando competência detida pelo demais poderes, proferindo decisões, que muitas vezes, não podem, faticamente, ser cumpridas ou que não consideram essenciais que poderiam ser considerados pelos demais poderes, ante a informação técnica.

Tal conjuntura, de acordo com Ramos (2010), induz pesquisadores do direito a confeccionar um rol de competências dos órgãos do poder, uma vez que o acolhimento do princípio da separação dos poderes no Texto Constitucional demanda a identificação da função substancial de cada um dos poderes. Não obstante, as suas funções típicas admitem, de certa forma, o seu compartilhamento interorgânico, desde que respeitado o núcleo essencial de cada um deles, impedindo o exercício de competências senão pelo poder competente, evitando, assim, a eventual interferência indevida no âmbito de atuação dos poderes, conforme expõe Ramos (2010, p. 118):

Tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente. De outra parte, como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício da função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de seu esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucionais.

Similarmente, Canotilho (1998) aponta que a adoção de uma estrutura estatal organizada em funções permite deduzir que os órgãos direcionados ao exercício de determinadas competências não podem exercer as atividades direcionadas a outras instituições, uma vez que tal invasão permitiria o esvaziamento das respectivas funções dos órgãos.

Posto isso, Ramos (2010, p. 120/121) destaca que a separação dos poderes demanda a “(...) manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados”, ou seja, garantir que as normas existentes no ordenamento jurídico efetivamente sejam cumpridas e ensejem os resultados pelas quais foram criadas.

Assim, considerando que as leis, no sentido material, se constituem como atos veiculadores de normas abstratas e inovadoras no ordenamento jurídico, enquanto as decisões judiciais se formam como atos de aplicação de tais normas, é possível afirmar que a liberdade de criação conferida a partir do processo judicial é, expressivamente, menor daquela atribuída à esfera legislativa. (Ramos, 2010)

Por tal perspectiva, Ramos (2010) pontua que a criatividade sem limites no âmbito jurisdicional importa na própria deterioração do exercício da função jurisdicional, tida como expressivamente autônoma no bojo do Estado de Direito, afetando, assim, as demais funções estatais e, conseqüentemente, agredindo o

princípio da separação de poderes.⁶

Nesse sentido Canotilho (1998, p. 559) expõe que “(...) o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial”⁷, este sendo concebido como caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição.

Em análise sobre o ativismo judicial no Brasil, Rocha (2013) pondera que a prática no âmbito jurisdicional revela a força normativa dos princípios, os quais, em grande parte das demandas contra o Estado, são utilizados para a concretização de direitos sociais, tornado a prática ativista uma regra, quando deveria constituir, na realidade, uma exceção.

Dessa forma, apesar das diversas críticas tecidas sobre as práticas ativistas, para Rocha (2013), a conduta atualmente adotada pelo Judiciário possui expressiva aceitação social, ante os resultados gerados em prol dos chamados direitos sociais, gerando como custo a usurpação de competências de outros poderes, bem como o desvio relevante dos valores orçamentários destinados à sociedade como um todo, a fim de que lides específicas sejam solucionadas. Nesse sentido:

Do ponto de vista institucional, a procura ao Poder Judiciário objetivando a efetivação de direitos sociais é crescente, seja em razão da descrença que os demais poderes possam atender a todas contingências sociais, seja pela ocorrência cada vez maior de casos resolvidos judicialmente, no entanto, deve ser questionado se o Poder Judiciário, no exercício da função atípica de realizar direitos sociais, poderia atender a todas as demandas sociais existentes. (ROCHA, 2013).

Posto isso, a partir da concepção de Ramos (2010), é possível afirmar que se faz necessária a realização de adequações no âmbito do positivismo, a fim de que haja a conciliação ideal entre a criatividade exercida no âmbito jurisdicional e os preceitos decorrentes do Estado de direito e, conseqüentemente, do princípio da separação dos Poderes, evitando-se que o ativismo judicial, apesar de bem

⁶ Nesse sentido, destaca-se a colocação de Ramos: “Se não se pode afirmar que o ativismo judicial esteja necessariamente associado a Estados cujas Constituições adotam como dogma a independência e harmonia entre os Poderes, não é menos verdadeiro que a identificação do fenômeno, em geral, provenha desses sistemas constitucionais. Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime e legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes.” In: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*, 1ª edição. Saraiva, 2010. Pág. 121.

⁷ CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Gráfica de Coimbra: Edições Almedina. Pág. 559

intencionado, transgrida os aspectos democráticos do Estado concebido pela soberania popular referendada a partir da escolha de representantes políticos, legitimados, portanto, à criação normativa.

Tecida as considerações acerca da separação de poderes e do ativismo judicial, destaca-se a questão da fidelidade partidária, a qual, conforme a seguir evidenciado, é tida por diferente autores como uma expressão nítida do ativismo judicial no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal.

3. FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Após a colocação acerca dos aspectos próprios do ativismo judicial, enfatiza-se a questão da fidelidade partidária, a qual se define, a partir da perspectiva de Aras (2006, p. 163), como a lealdade e disciplina do indivíduo a um determinado partido, observando-se o programa partidário e as decisões tomadas nas mais diversas instâncias deliberativas intrapartidárias.

Sob essa perspectiva, Nunes Junior (2014, p. 114), após vasta exposição de diversos conceitos sobre o tema, afirma que a fidelidade partidária se resta caracterizada a partir dos seguintes aspectos:

“ (...) i) lealdade ao partido político e cumprimento dos deveres pelos filiados em geral e, sobretudo, por seus membros eleitos com assento em casas legislativas; ii) observância do programa e dos objetivos partidários; iii) acatamento das decisões tomadas em suas instâncias deliberativas, tais como: convenção, diretórios, executivas, etc.”

Tem-se, assim, que a fidelidade partidária se delimita a partir a filiação de um indivíduo a determinado partido político, impondo-o o dever de lealdade e observância aos programas partidários, acatando-se decisões vindas de instâncias superiores internas, tais como aquelas provenientes de convenções e diretórios.

Posto isso, a infidelidade partidária se restaria caracterizada, portanto, a partir do desrespeito e não obediência às diretrizes estabelecidas no âmbito intrapartidário, bem como pelo simples abandono do partido pelo filiado sem uma determinada justificativa.

Em pertinente colocação, Nunes Junior (2014), a partir de uma retrospectiva histórica, evidencia que o instituto da fidelidade partidária, no âmbito brasileiro, é relativamente novo, tendo sido consagrado, primeiramente, nas disposições constitucionais de 1967 e permanecido, até o presente momento, não só no texto constitucional, mas também na legislação ordinária.

Assim, no Brasil, a Constituição Federal ora vigente consagra o estabelecimento de normas de fidelidade partidária no âmbito dos próprios estatutos partidários, conforme se observa no dispositivo do artigo 17, §1º, o qual confere expressiva autonomia aos partidos políticos para regulamentar normas de disciplina e fidelidade, vedando, no entanto, a perda de mandato com forma de penalidade, conforme pode ser observado no artigo 15 da Constituição Federal, o qual a seguir se transcreve:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Dessa forma, compulsando-se os artigos 25 e 26 da Lei nº 4.737, que versa sobre a normatização dos partidos políticos, é possível perceber que o estatuto partidário pode prever, como pena máxima nos casos de infidelidade partidária, tão somente a desfiliação e a expulsão do parlamentar, visto que, de acordo com Nunes Junior (2014), os casos de perda de mandato estão previstos em rol taxativo no texto constitucional.

No mesmo sentido, Silva (1995, p. 387) explicita que a perda de mandato por infidelidade partidária não demonstra ser possível, sendo, portanto, vedada, uma vez que o art. 15 da Constituição Federal impede a cassação de direitos políticos, os quais, por sua vez, poderiam ser suspensos ou perdidos somente em decorrência da concretização de alguma das hipóteses abstratas previstas, em rol taxativo, pelo texto legal.

Posto isso, sob a perspectiva de Nunes Junior (2014, p. 118), a competência para a promoção de quaisquer mudanças do dispositivo constitucional supramencionado é detida tão somente pelo legislativo, uma vez que nem um outro

Poder Estatal pode modificar o texto constitucional ou aplicar entendimento diverso ao que, expressamente se encontra escrito. Portanto, demonstra ser imperioso o avanço legislativo acerca do instituto da fidelidade partidária, considerando os reflexos ocasionados ao funcionamento da própria democracia no país.

Não obstante a questão envolvendo a legitimidade acerca das decisões judiciais referentes à fidelidade partidária, não se olvida que, ao longo dos anos, a conjuntura política brasileira passou a experimentar uma constante mudança de partidos por parte de seus membros, ainda que desmotivada de qualquer interesse na sociedade, mas sim em interesses pessoais, como a probabilidade de aquisição de cadeiras nas eleições para parlamentares.

Tal fenômeno, sob a perspectiva de Nunes Junior (2014, p. 119), acarretou a introdução de expressiva instabilidade no âmbito legislativo, criando obstáculos ao próprio sistema representativo, expressivo desgaste à imagem dos partidos políticos e enfraquecimentos da democracia, conforme a seguir se observa:

“A migração partidária tem, pois, contribuído para reduzir o grau de representatividade do regime democrático, pois não respeita a vontade do eleitor. O voto dado a um partido é transferido, indiretamente, após as eleições, para outro partido, alterando a representação eleita, sem consultar o eleitor” (Nunes Junior, 2014, . 118-119)

A partir disso, a ocorrência da constante mudança de partido entre parlamentares, chegando a fatos tidos como absurdos sob a perspectiva de Aras (2006), como, por exemplo, a troca partidária entre a data da diplomação e a posse do eleito, o Partido da Frente Liberal – PFL, atual Democratas, formulou a consulta 1.389/DF perante o Tribunal Superior Eleitoral, indagando, em suma que os partidos e suas respectivas coligações possuem o direito de preservar a vaga obtida a partir do sistema eleitoral proporcional, ainda que haja pedido de cancelamento de pedido de filiação partidária por parte do eleito ou transferência para outra legenda.

Ante tal conjuntura, Sousa & Cunha (2015, p. 03) explicitam que, apesar da existência de jurisprudência já consolidada no sentido de se permitir o abandono da sigla partidária pelo eleito sem a conseguinte perda de mandato, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, na seção de 23 de julho de 2007, respondeu positivamente à consulta formulado pelo então partido PFL, em colocação assim ementada:

“Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa” (Resolução/TSE 22.526/2007).

Dessa forma, Sousa & Cunha (ano?, p. 03) expõem que o TSE estabeleceu o entendimento no sentido de que a titularidade do mandato eletivo não é detida pelo candidato, mas sim pelo partido político pelo qual o representante conquistou o mandato, uma vez que o sistema eleitoral aplicável ao caso se dá de forma proporcional, impondo, constitucionalmente, a filiação partidária como condição de elegibilidade dos candidatos a cargos político-representativo.

Sob tal perspectiva, Sousa & Cunha (2015) destacam que a perda do mandato por parte do representante infiel ao seu partido nada mais seria do que uma consequência dos princípios da própria representação prevista no âmbito do Estado Democrático de Direito, uma vez que a filiação partidária estaria prevista no texto constitucional na forma de um princípio.

Sem prejuízo, cumpre salientar que a posição atualmente defendida no âmbito jurisdicional, qual seja, a de defesa da fidelidade partidária, também é chancelada em decorrência da percepção acerca dos partidos políticos, tidos como fundamentais por se constituírem como organizações aglutinadoras de interesses de classes e grupos sociais, os quais representam a vontade popular (Canotilho, 1998, p. 309).

Sobre o assunto, Telles Junior (2005, p. 117) também explicita que a fidelidade partidária impõe aos parlamentares a tutela dos ideais coletivos, os quais são definidos nos programas partidários, evidenciando a importância de se defender o instituto ora em questão, efetivando, a seu ver, a vontade do Poder Constituinte Originário.

Após amplo debate doutrinário acerca da possibilidade, logo após a manifestação favorável do TSE acerca do instituto da fidelidade partidária, o Supremo Tribunal Federal - STF foi provocado a se manifestar através dos Mandados de Segurança distribuídos sob os números 26.602, 26.603 e 26.604, os quais versavam, em suma, sobre a reivindicação dos partidos políticos sobre as vagas perdidas em decorrência a desfiliação de parlamentares de seus respectivos quadros partidários.

No âmbito do Mandado de Segurança (MS) 26.602, os ministros do STF explicitaram que o instituto da fidelidade partidária, bem como as consequências de eventual infidelidade, deveria ser observada a partir da resposta do TSE à consulta 1.398/2007, razão pela qual, aqueles parlamentares que, eventualmente, tivessem

abandonado a legenda anteriormente à data de publicação da consulta, não perderiam seus respectivos mandatos, conforme se observa na seguinte 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 perca 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 mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.

O Mandado de Segurança 26.603, por sua vez, também foi decidido no mesmo sentido e, basicamente, sob os mesmos fundamentos, sendo destacado pelos ministros, em diversas oportunidades, que a fidelidade partidária seria uma forma de expressão do modelo de representação popular e da vontade soberana dos eleitores, que, na realidade, conferiram seus votos à legenda partidária do candidato, conforme a seguir se observa:

“A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudada, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a

deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República. A infidelidade partidária como gesto de desrespeito ao postulado democrático”. (MS 26.603 – STF)

No âmbito do MS 26.604, o STF, além de reafirmar a importância atribuída ao instituto da fidelidade, expressou, nitidamente, a competência do TSE para a sua percepção sobre o tema, bem como explicitou, mais uma vez, que a posição política no interior do Congresso Nacional é, na realidade, detida pelo partido, e não pelo candidato, característica própria do sistema eleitoral proporcional.

Dessa forma, conforme percebido por Sousa & Cunha (ano?, p. 04), o STF não só referendou e legitimou a competência do Tribunal Superior Eleitoral para regulamentar o procedimento de perda de mandato, mas também fixou um limite temporal para efetivar a perda dos mandatos dos parlamentares.

Não obstante, Nunes Junior (2014, p.120) afirma que em 16 de outubro de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral ampliou o objeto da Consulta 1.398/2007 ao afirmar no âmbito da Consulta 1.407, proposta por deputado integrante do Partido dos Trabalhadores – PT, que a perda do mandato por infidelidade partidária também é aplicável aos representantes eleitos pelo sistema majoritário, como senadores da república, presidente da república, governadores de estados e prefeitos de municípios.

Assim, considerando a conjuntura já narrada, em 25 de outubro de 2007 o Tribunal Superior Eleitoral aprovou a Resolução 22.610/2007, disciplinando o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária, aplicável tanto para os cargos políticos alcançados pelo sistema eleitoral proporcional quanto pelo sistema majoritário.

Posto isso, Nunes Junior (2014, p.120) destaca que no art. 1º, §1º, I a IV, da Resolução 22.610/2007, estão previstas as hipóteses de justa causa para a mudança de partido sem a configuração de infidelidade partidária, quais sejam: incorporação ou fusão de partido, criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e, por fim, grave discriminação pessoal. Caso nenhuma de tais hipóteses ocorra e haja, simultaneamente, a desfiliação partidária, cabe ao partido formular, no prazo de 30 (trinta) dias, o pedido de perda do cargo eletivo perante a Justiça Eleitoral.

Ademais, compulsando-se o artigo 13 da Resolução 22.610/2007 – TSE, é possível identificar que o próprio Tribunal estipulou no instrumento normativo o

aspecto temporal decidido pelo STF. Assim, a perda do cargo político incidiria somente em decorrência das desfiliações ocorridas após o dia 16 de outubro de 2007.

Dessa forma, conforme afirma Nunes Junior (2014, p. 121), após a edição e incidência da Resolução supramencionada, inúmeros pedidos de perda de mandato foram apresentados ao Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais, os quais foram, em grande quantidade, fundamentados em casos de infidelidade partidária, mas também estabeleceu um limite temporal para a efetivação da perda dos mandatos, qual seja, o dia 27 de março de 2007.

Ante o exposto, demonstra ser clara a incidência do ativismo judicial, tanto no âmbito do TSE quanto do STF, ao instituírem normas acerca da fidelidade partidária, balizando, inclusive, as hipóteses de eventuais perdas de mandato eletivo, ainda que não previstas em rol taxativo presente no texto constitucional.

Sob essa perspectiva, o poder exercido pelo Judiciário sobre o tema, bem como a discricionariedade por ele desempenhada ocasionam uma expressiva insegurança política e jurídica acerca do tema, uma vez que, além do questionamento acerca da legitimidade detida pelo Poder Judiciário, questiona-se se a existência de diversos entendimentos acerca do tema não acarretam, de certa forma, uma incerteza sobre as ações dos julgadores ao julgarem cada caso, conforme a seguir se observa.

3.1. ANÁLISE DE CASOS – A FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Conforme já narrado, no que tange à fidelidade partidária, a postura adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal constitui uma manifestação clara do ativismo judicial, em que, conforme exposto por Nunes Junior (2014, p. 123), o Poder Judiciário agiu como verdadeiro legislador positivo, seja no âmbito constitucional, quanto ordinário, atuando em espaço destinado, precipuamente, ao Legislativo.

Ademais, Rollemberg (2011, p. 4) evidencia que além do próprio tema acerca da fidelidade partidária, foram proferidos diversos julgados tanto no âmbito estadual quanto no federal acerca das implicações do teor da Resolução nº 22.610/2007, como a questão da imposição dos requisitos de fidelidade aos suplentes ou a expulsão como causa de pedir da perda de mandato por infidelidade partidária.

Nesse sentido, a expulsão é tida como causa inequívoca de desfiliação partidária, ainda que na forma involuntária. A partir disso, Rollemberg (2011, p, 17) explicita que se estabeleceu uma discussão contínua sobre a possibilidade do partido político ajuizar processo a fim de requerer a perda de mandato eletivo de ex-filiado, a fim de reestabelecer a representação partidária, conforme a seguir se depreende:

“Em síntese, o representante que tem a sua filiação cancelada em decorrência da expulsão é destituído da capacidade de representar os eleitores adeptos da corrente de pensamento defendida pelo partido. Por essa razão, a agremiação tem o direito de requerer a reestabilização da representatividade popular no Parlamento ou no Governo” (Rollemberg, 2011, p. 17).

Sobre o assunto, alguns Tribunais Regionais Eleitorais têm se manifestado de forma favorável à possibilidade de perda de mandato em decorrência de desfiliação por expulsão, conforme se observa no julgamento da Petição nº 105451, proferida no âmbito do Distrito Federal, ajuizada pelo Diretório do Partido Socialista Brasileiro do Distrito Federal em face do Deputado Distrital Rogério Ulysses, tratando-se de expulsão do parlamentar em decorrência de seu envolvimento no escândalo de corrupção denominado como Mensalão do DEM.

Na oportunidade, o magistrado, ao analisar o caso, pontuou que a infidelidade responsável pela expulsão do partido ensejava a aplicação da Resolução 22.610/2007, uma vez que a infidelidade partidária não estaria restrita somente à hipótese de desfiliação voluntária, conforme se observa a partir da seguinte ementa:

ACÇÃO DE PERDA DE MANDATO ELETIVO – CONSTITUCIONALIDADE DA RES. 22.610/07-TSE – INFIDELIDADE QUE IMPLICOU A EXPULSÃO DO PARTIDO – INCIDÊNCIA DA RES. 22.610/07-TSE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE DEFESA – ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.999-DF e a ADI 4.086-DF, reafirmou a constitucionalidade da Res. 22.610/07-TSE, sendo incabível a declaração de inconstitucionalidade incidental, pois essas decisões possuem efeito vinculante (art. 28 da Lei 9.868/99).

2. Se a simples desfiliação enseja a perda do mandato, quanto mais a violação aos princípios éticos estabelecidos no estatuto. **É cabível a aplicação da citada resolução, tendo em vista que a infidelidade partidária não se restringe à hipótese de desfiliação voluntária, mas também de expulsão.** Precedente do TRE/MG.

3. É legítimo o direito de resistência do parlamentar quanto às orientações partidárias manifestamente ilegais. Contudo, a insubordinação do filiado, em especial, pela votação de projeto de lei em manifesto confronto com a orientação da agremiação, fato que ensejou a aplicação da pena de advertência no âmbito partidário, caracteriza infidelidade partidária.

4. Caracteriza infidelidade partidária a grave violação à ética partidária, consistente no envolvimento de filiado em escândalo de corrupção. No caso, verificou-se, em gravação legal de conversa travada na residência oficial do Governador, na qual o assunto era a “despesa mensal com políticos”, que o Chefe da Casa Civil ficou responsável pelo repasse de quantia ao Requerido.

5. É incabível a alegação de cerceamento de defesa se as teses defensivas foram consideradas no julgamento da expulsão do filiado, sendo que os graves fatos a ele imputados foram suficientes para firmar o convencimento no sentido contrário à sua pretensão.

6. Julgou-se procedente a ação para decretar a perda do mandato. (PETIÇÃO nº 105451, Acórdão de 27/09/2010, Relator(a) Juiz Josaphá Francisco dos Santos, Publicação: DJERJ - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-RJ, Data 28/09/2010)

Entretanto, tal causa de pedir, ao ser analisada, ainda que implicitamente, por outros Tribunais Regionais Eleitorais, já não foi observada pelo julgador da mesma forma, havendo a compreensão de que a expulsão afasta a infidelidade partidária, conforme se depreende da seguinte ementa:

ACÇÃO DE PERDA DE MANDATO ELETIVO. ALEGADA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA SEM JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES ARGUIDAS. AFASTAMENTO DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS. DESVIO REITERADO DO PROGRAMA PARTIDÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. GRAVE DISCRIMINAÇÃO PESSOAL. CARACTERIZAÇÃO. DESFILIAÇÃO ESTIMULADA PELA AGREMIÇÃO. IMINÊNCIA DE EXPULSÃO. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1 - Preliminares. Afastados os supostos vícios na audiência realizada pelo Juízo de primeiro grau, a quem coube a instrução do feito. A realização da audiência sem a presença dos patronos do requerente, assim como a decretação da perda da prova oral, não possuem qualquer nulidade, decorrendo tais fatos da demora injustificável dos patronos. [...]

9 - Da análise do conjunto probatório dos autos, constata-se que a intervenção no Diretório Regional, afastando o requerido de sua presidência, bem como a instauração de processo de natureza ética contra ele, fundou-se na divergência de posicionamento entre o Diretório Regional e a Comissão Executiva Nacional, que resultou em verdadeira perseguição pessoal ao filiado requerido, tornando sua permanência na agremiação insustentável. 10 - A desfiliação daqueles que não concordavam com as deliberações da Comissão Executiva Nacional foi estimulada pelo presidente da agremiação, como se observa de notícia acostada aos autos.

11 - A expulsão do requerido era iminente, não tendo se consumado pois, na verdade, ele antecipou-se, requerendo sua desfiliação partidária. **Se a ocorrência da expulsão afasta a infidelidade partidária, em razão da opção do partido de não mais ter aquele filiado em seus quadros, não se pode reconhecer como infiel quem, se não tivesse requerido sua desfiliação, iria fatalmente ser acobertado pela expulsão, causa que afasta a infidelidade partidária.**

12 - Tanto a discriminação que o requerido vinha sofrendo publicamente, quanto as manifestações, também públicas, de incentivo a sua retirada da agremiação, justificam a desfiliação ora em análise, descaracterizando a ocorrência de infidelidade partidária. [...]

14 - O alegado vício na representação processual do requerente já foi afastado por este Relator, restando, pois, prejudicada a arguição de litigância de má-fé do requerente. Pela improcedência do pedido. (PETIÇÃO nº 26781, Acórdão de 02/06/2014, Relator(a) ALEXANDRE DE CARVALHO MESQUITA, Publicação: DJERJ - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-RJ, Tomo 119, Data 06/06/2014, Página 28/30)

Conforme se depreende da decisão acima, é possível observar que, apesar de não ser o objeto principal da lide, o magistrado do Rio de Janeiro esboça seu entendimento no sentido de que a expulsão não acarreta, necessariamente, a perda do mandato por parte do eleito, uma vez que a causa de pedir para tanto justificaria a saída do parlamentar dos quadros do partido político, se encaixando nas hipóteses de exceção.

A partir disso, depreende-se que a compreensão dos julgadores do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal e do Rio de Janeiro são distintas entre si, evidenciando a inexistência de regularidade no que tange ao entendimento sobre determinados aspectos da fidelidade partidária.

Ante a divergência de entendimentos nos âmbitos locais, ao sentir de Rollemberg (2011, p. 20), a possibilidade de perda de mandato pela desfiliação partidária desencadeada pelo expulsão deve ser melhor apreciada pelo Tribunal Superior Eleitoral, que, até o presente momento, ainda não se manifestou acerca do mérito sobre o tema.

Além da existência de diferentes concepções acerca dos julgadores, também se destaca a mudança de posicionamento por parte do Supremo Tribunal Federal. Este, conforme já mencionado a partir das concepções de Nunes Junior (2014, p. 120), ratificou o entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral ao atestar a constitucionalidade da Resolução 22.610/2007. Entretanto, já em 27 de maio de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a perda de mandato por infidelidade partidária não se aplica aos cargos do sistema majoritário de eleição, tais como prefeito, governador, senador e presidente da república, conforme se observa no teor da seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona

a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 5081, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015)

Dessa forma, mudou-se o entendimento no sentido de que a regra de perda do mandato em benefício do partido, ante a ocorrência de fidelidade partidária, seria aplicável somente aos cargos políticos cujo provimento se dê pelo sistema proporcional, visto que, nos dizeres do próprio relator, Excelentíssimo Ministro Roberto Barroso (2015, p. 25), “não se afigura legítimo estender, por construção jurisprudencial, a regra de fidelidade partidária ao sistema majoritário, por implicar desvirtuamento da vontade popular vocalizada nas eleições”.

A partir de tais julgados, é possível perceber que o entendimento acerca das nuances que permeiam o tema da fidelidade partidária, além de ser objeto de compreensões diferente e, conseqüentemente, de decisões judiciais diferentes, também possui pouca segurança jurídica, visto que a compreensão judicial acerca de determinado tema não possui a rigidez necessária a se estabelecer uma verdadeira segurança jurídica e previsibilidade no que tange a futuras decisões em casos concretos.

Posto isso, considerando o evidente ativismo judicial exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal, bem como os questionamentos de legitimidade do judiciário para atuar como legislador positivo, de acordo com Nunes Junior (2014, p. 124), no que se refere a fidelidade partidária, faz-se mister que o Congresso Nacional abandone o estado de inércia e regulamente a matéria, tanto no âmbito constitucional quanto nas legislações ordinárias.

Com isso, tem-se que o efetivo posicionamento do Congresso Nacional acerca do tema não só afastaria a insegurança jurídica e falta de previsibilidade no âmbito judicial, como evidenciado a partir do julgamento da ADI 5081/2015, mas também solucionaria o debate que permeia a efetiva separação dos poderes e legitimidade para se regular a questão da fidelidade partidária.

CONCLUSÃO

Conforme visto, considerando a formação do Estado de direito e os preceitos a ele vinculados, tem-se que a instituição de um governo moderado demanda a existência de equilíbrio entre as três esferas de sua manifestação (Legislativa, Executiva e Judiciária), com o intuito de inibir a ocorrência de atos despóticos, bem como abusos por parte dos detentores de poder.

Em tal perspectiva, o Judiciário foi, em sua origem, concebido a fim de julgar demandas particulares e punir crimes, afastando-se da realização de juízos de valor sobre as leis, por constituir uma atividade, precipuamente, voltada ao Legislativo, que tem como núcleo essencial a criação de novas leis, bem como as necessárias adaptações para as novas conjunturas sociais.

Não obstante, pontua-se que, apesar da independência entre os Poderes e suas respectivas competências, a interferência entre eles é necessária para a formação do Estado livre de eventuais abusos, desde que respeitados os limites próprios do Estado de direito e das diretrizes democráticas. Assim, demonstra ser necessária a criação de mecanismos com o objetivo de conferir equilíbrio e controle entre as esferas Legislativa, Executiva e Judicial. Ademais, o princípio da separação dos Poderes constituiu um princípio essencial desde o surgimento do Estado Liberal, apregoando a defesa dos direitos fundamentais de liberdade dos indivíduos contra abusos e o rompimento com os antigos regimes medievais.

Em desdobramento, o constitucionalismo surge com o objetivo de estabelecer regimes moderados e limitados aos poderes conferidos por uma ordem positivada, nascendo, assim, o Estado constitucional, o qual, em sua essência, mantém, como um dos principais princípios, a separação dos Poderes. A partir disso, a formação das Constituições se deu com o propósito de impor limites ao poder absoluto conferido ao homem político.

Sucessivamente, destaca-se a colocação de que as leis democráticas são tão somente simbólicas até que o âmbito judicial possa implementá-las de forma relativamente imparcial, para a proteção de direitos fundamentais e o afastamento da tirania.

Sem prejuízo, enquanto o Judiciário se constitui como uma instituição necessária à incidência normativa, a competição entre os agentes políticos do Executivo e do Judiciário acarreta excessiva politização sobre os aspectos

governamentais, tornando tais Poderes em empecilhos à devida incidência da norma e, conseqüentemente, afastando a credibilidade institucional em relação à população.

Ante tal conjuntura, prega-se que o empoderamento do Judiciário demanda, cumulativamente, a atuação de instituições não judiciais capazes de zelar pelos aspectos da participação democrática, afastando do âmbito jurisdicional a perspectiva de Poder competente para a efetivação dos direitos fundamentais próprios do Estado social.

Na conjuntura brasileira, no que tange à Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário possui expressivo poder a partir do princípio da proteção judicial efetiva, a qual conferiu maior discricionariedade ao magistrado, a fim de que a ordem constitucional objetiva seja preservada, controlando, inclusive, atos administrativos e normas através dos casos específicos que lhe são submetidos.

A partir disso, coloca-se que o ativismo judicial é definido a partir da atitude do julgador em escolher uma forma de interpretação da norma e, criativamente, expandir o alcance de seus efeitos, interferindo no espaço de atuação dos demais poderes, a partir de sua própria vontade e indo além dos objetivos expressos pelo legislador.

Entretanto, conforme visto, a prática do ativismo judicial é tema de significativa controvérsia, havendo adeptos e críticos à sua ocorrência. Nesse sentido, destaca-se o argumento de que os membros dos tribunais, em geral, não são agentes públicos eleitos, razão pela qual a jurisdição, ainda que usada como garantia de direitos fundamentais, não pode suprimir a política e o núcleo essencial de cada esfera do Poder, que, respectivamente, detém maior capacidade institucional e técnica para a concretização das disposições normativas.

Destarte, o ativismo judicial demonstra, de certa forma, infringir o princípio da separação dos Poderes, violando o núcleo essencial de funções atribuídas a cada esfera do Poder, principalmente ao adentrar na área específica do Poder Legislativo quando se exerce a atividade legislativa imprópria.

Nesse sentido, o ativismo judicial, apesar de utilizado, muitas vezes, sob o pretexto de tutela aos direitos fundamentais, mina a legitimidade dos demais Poderes, conduzindo o Estado ao totalitarismo tão indesejado, ainda que de forma tênue.

Sobre o assunto, foi destacado que, no caso da fidelidade partidária, a manifestação do Poder Judiciário sobre o assunto acarretou significativas mudanças

na aplicação do instituto, se impondo a perda de mandato àqueles representantes que, sem justa causa, se retirem do partido.

Esse entendimento, conforme esboçado, é, até o presente momento, objeto de inúmeras críticas, uma vez que o texto constitucional não prevê a infidelidade partidária como causa de pedir da perda de mandato, muito pelo contrário, há quem entenda que tal punição é proibida.

Ademais, conforme observado a partir dos casos apresentados, a atuação do Judiciário como legislador positivo acarreta, de certa forma, a própria insegurança jurídica e política no âmbito social, visto que os Tribunais Regionais Eleitorais vêm aplicando entendimento diversos sobre o mesmo assunto, fazendo com que casos fáticos similares sejam julgados de forma distinta.

Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento recentemente acerca da aplicação da perda de mandato por infidelidade partidária no que tange ao cargos de provimento pelo sistema eleitoral majoritário, evidenciando a falta de previsibilidade na conduta do Judiciário.

A partir disso, percebe-se que a atuação do Poder Judiciário como legislador, apesar de dotada de boa vontade e visar o melhor para a sociedade, vem sendo caracterizada com diversos pontos negativos, seja do ponto de vista da legitimidade, competência e separação dos poderes ou da própria aplicabilidade do instituto que, como mencionado, demonstra estar confuso e sem um entendimento unificado.

Apesar de tal colocação, não se olvida da necessidade da atividade criativa do magistrado ao solucionar as lides, atuando de forma discricionária, sendo essencial para a própria atuação jurisdicional. Porém, tal criatividade deve ser limitada pela própria competência do Poder Judiciário, razão pela qual o julgador não deve decidir sem barreiras, sob pena de proferir determinações impossíveis ou que desconsideram fatores que deveriam ser ponderados, como a realocação forçada de recursos.

Ante o todo exposto, tem-se que ativismo, apesar de possuir expressiva aceitação por parte da sociedade, ante a defesa de direitos sociais, deve ser ponderado, não possuindo tão somente aspectos positivos, mas também significativos pontos negativos, principalmente por violar o princípio da separação dos Poderes ao usurpar a competência destinada, essencialmente, aos âmbitos Legislativo e Executivo.

Ademais, é possível deduzir que o fenômeno do ativismo é fomentado pela própria dinâmica política, principalmente no que tange à relação entre o Executivo e Legislativo, uma vez que tais poderes, muitas vezes, se omitem na atuação de suas competências, concedendo, cada vez mais, poderes ao Judiciário.

Assim, após todas as colocações supramencionadas, em resposta à pergunta de pesquisa ora formulada, qual seja, o ativismo judicial realmente se constitui como algo tão somente positivo para a sociedade inserida em um Estado Democrático de Direito?, é possível afirmar que a postura ativista por parte dos magistrados, apesar de muitas vezes ser bem intencionada, acarreta expressivas consequências negativas quando percebida sobre o prisma do Estado Democrático de Direito, principalmente sob o aspecto de legitimidade e de competências dos Poderes Estatais.

Tais consequências, por sua vez, vêm sendo percebidas nas mais diversas áreas institucionais e sociais, como no caso da própria fidelidade partidária, a qual, em decorrência da insegurança não só jurídica, mas principalmente política, acarreta expressivas modificações nas relações eleitorais, bem como partidárias, se estabelecendo um amplo debate acerca da legitimidade do Poder Judiciário para adoção de entendimentos que, na realidade, deveriam ser formulados e amplamente debatidos no meio das instituições próprias do Poder Legislativo

Portanto, considerando que o ativismo judicial não é algo pontual, mas sim decorrente de diversos fatores, inclusive políticos, demonstra ser necessária a reformulação dos aspectos que o fomentam, principalmente no que tange à instituição de incentivos para que cada poder aja de acordo com as competências instituídas pelo texto da Constituição, garantindo e sustentando suas respectivas credibilidades, a fim de que os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito sejam preservados.

A partir disso, os demais poderes, principalmente o legislativo, devem se atentar mais às suas respectivas competências, passando a adotar posturas mais ativas quanto aquilo que lhes cabe, deixando o estado de inércia quanto a determinados temas, como no caso da própria fidelidade partidária e, assim, suprimir as lacunas passíveis de serem preenchidas pelo Poder Judiciário, evitando-se a eventual interferência negativa pelos magistrados acerca dos mais diversos temas existentes no âmbito da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. Harvard Law Review. Vol. 113. No 3.

ARAS, Augusto. Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. Inf. Legislativa. Ano 15, n.58. Brasília, 1978.

BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo. Saraiva, 2012.

BARROSO. Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. 2014.

BICKEL, Alexander. The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Second Edition. Yale University Press. 1986.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. DOU n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7ª ed. Gráfica de Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; **GARTH**, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio. 2002

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CORTEZ, Iaponã Fernandes. Os limites de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Universidade Federal de Pernambuco. 2014.

CUNHA, Alexandre. Coleção saberes do direito; v. 62 - Teoria geral do Estado, 1ª Edição.. Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. O império do direito Tradução de Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de direito constitucional. 34ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; **WATANABE**, Kazuo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, 2ª edição. Forense, 2012.

HANONES, Renata Fernandes. Ativismo Judicial. Brasília: UnB. 2012.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado, 30ª edição. Saraiva, 2009.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O ativismo judicial e o direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão. Jus Brasil, 2013. Disponível em:

<<http://josemiguelmedina.jusbrasil.com.br/artigos/121934231/democracia-jurisdicao-constitucional-e-presidencialismo-de-coalizao>>.

MENDES, Gilmar & **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, 9ª edição. Saraiva, 2007.

MOTA, Pedro Vieira. Introdução. In: **MONTESQUIEU**. O Espírito das Leis, 9ª edição. Saraiva, 2007.

NUNES Jr., Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. Revista de informação legislativa. Ano 51, nº 201, jan/mar 2014.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier. Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. V.21, n.41. UFSC, Florianópolis SC, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. Política e Direito, 1ª edição. Saraiva, 2006.

ROCHA, Marcel Julien Matos. Construção crítica sobre o ativismo judicial no Brasil: a exceção tornada em regra: Limites quanto a ponderação de valores culturais. Universidade de Fortaleza: Fortaleza, 2013. Pág 77. Disponível em: <<http://uol01.unifor.br/oul/conteudosite/F1066344111/Dissertacao.pdf>> .

ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social . São Paulo: Martins Fontes, 1989.

SABINO, Marco Antônio da Costa. Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios. USP:São Paulo. 2014.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Freios e contrapesos (checks and balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOUSA, Júlia Maria de Menezes Rocha de; **CUNHA**, Jânio Pereira da. A fidelidade partidária à luz do ativismo judicial: limites e ilegitimidade democrática. (A). Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=606555cf42a67197>>. . 2015 . Acesso em 26 de novembro de 2015 às 03h28min.

SUNSTEIN, Cass R. **VERMEULE**, Adrian. Libertarian administrative law. University of Chicago Law Review, Forthcoming, Harvard Public Law Working Paper nº 14-29. 2014.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº2, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. 2ª ed. São Paulo:Malheiros, 2002.