

ATIVISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: novo paradigma de interpretação constitucional na Corte Suprema

Keila Lacerda de Oliveira Magalhães Garcia¹

Resumo

O presente trabalho teve por escopo abordar a celeuma jurídica que tem se instalado no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos anos, a saber, o fenômeno do ativismo no Supremo Tribunal Federal, em que o Poder Judiciário imiscui-se na seara dos Poderes Legislativo e Executivo. A doutrina discute sobre a legitimidade da atuação jurisdicional diante da separação de poderes, entretanto, o Judiciário alega, na figura de seu órgão ápice, o Supremo Tribunal Federal, que a Constituição, quando garante direitos fundamentais, não pode ser transmutada em promessa inconsequente. Intentou-se examinar aspectos que a doutrina traz sobre o assunto e realizar reflexões a partir dos estudos efetuados.

Palavras-chave: Ativismo, Separação de poderes.

Introdução

Vários Estados democráticos têm se deparado com o fenômeno da judicialização da política, mormente no pós-segunda guerra, em que houve um avanço da justiça constitucional, de maneira que o Poder Judiciário passa a albergar decisões de teor político. São exemplos dessa judicialização: no Canadá, manifestou-se a Corte Suprema sobre a constitucionalidade dos testes com mísseis em solo canadense realizados pelos Estados Unidos; na Hungria e Argentina, planos econômicos tiveram sua validade decidida pelas Altas Cortes.

No Brasil, não tem sido diferente, a Suprema Corte é cada vez mais requisitada a se pronunciar, através do vasto sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, sobre

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa, com reconhecimento validado pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Consultora Legislativa da Assembleia Legislativa da Paraíba, aprovada no concurso de 2013. E-mail: keilalacerdagarcia@gmail.com.

inúmeras questões de fundamental importância, como as pesquisas com células-tronco (ADIN 3510), o pedido de declaração de constitucionalidade da Resolução n. 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no Judiciário (ADC 12), a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que tentou impedir o veto presidencial sobre dispositivos da Lei orçamentária da União de 2004, veto esse que implicaria na redução de verbas públicas para o setor da saúde (ADPF 45), dentre outras ações constitucionais ajuizadas ante a Suprema Corte.

Ademais, para além da invocação direta da Suprema Corte, ainda há o controle difuso de constitucionalidade que abre um leque incomensurável de ações que podem chegar ao Supremo Tribunal Federal, por envolverem casos que questionam a constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Ocorre que, na senda desta tendência mundial, no Brasil, experimenta-se o fenômeno do ativismo judicial, acompanhado pelo protagonismo judicial. Um dos principais fatores apontados como propagadores desta celeuma jurídica é a situação da saúde pública e da educação pública no país, as quais se encontram afogadas por uma situação de abandono dos administradores públicos, muitas vezes por desvios de verbas que eram destinadas a estes setores de maneira que crescem as demandas judiciais mormente por prestações de saúde, na tentativa de concretizar direitos fundamentais.

O Terceiro Poder, o Judiciário, tem respondido a essas demandas de forma polêmica. Numa tentativa de concretizar a Lei Magna, que consagra um vasto rol de direitos fundamentais, os magistrados muitas vezes ultrapassam os limites da atuação jurisdicional, desestabilizando orçamentos e interferindo incisivamente em políticas públicas, o que tem levado a doutrina a questionar sobre a legitimidade constitucional deste poder para decidir sobre estas questões.

Parte da doutrina pronuncia-se contra o controle judicial exagerado, condenando-o ferrenhamente como usurpador de competências e comprometedor da legitimidade democrática. Outra parte defende-o como instrumento de concretização do direito fundamental à saúde, numa situação de crise de representatividade que acomete os Poderes Legislativo e Executivo.

Neste diapasão, alguns direitos fundamentais têm sido garantidos pela via judicial, o que, na opinião de parte da doutrina, estaria ultrapassando os limites da atuação jurisdicional.

Isso tem levado ao questionamento sobre a legitimidade constitucional deste poder para decidir sobre estas questões.

1 Legitimidade nas decisões políticas, na elaboração e execução das políticas públicas e discricionariedade administrativa

A Constituição atribuiu a tomada de decisões políticas e a elaboração e concretização das políticas públicas aos Poderes Legislativo e Executivo, o que pode ser auferido de vários trechos da Carta Federal, a exemplo dos artigos 21 a 24, 44 e seguintes e 76 e seguintes. Tal mandamento constitucional pode ser explicado pelo fato de os aludidos órgãos representarem a vontade popular expressa através do voto. Ademais, o Poder Executivo deve ser lotado com especialistas que possam garantir as melhores escolhas e possibilitar resultados eficazes, em consequência de suas decisões.

A discricionariedade é a liberdade de escolha do administrador ante as opções legais que lhe são colocadas², justamente para que o mesmo possa, conforme as circunstâncias do caso, com arrimo no aparato técnico de que dispõe, optar pela solução mais adequada para que a lei atinja sua finalidade. A função administrativa deve estar adequada à função legislativa³, devido à necessária legalidade da administração.

Entretanto, ante patente negligência dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário estaria apto a resolver questão de teor político, garantindo direitos fundamentais? Parte da doutrina⁴ versa que não, mas para refletir sobre esse questionamento, é necessário entender a teoria da separação de poderes no contexto do neoconstitucionalismo contemporâneo.

2 Neoconstitucionalismo e separação de poderes

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. 27ª edição. Pág. 973.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.976

⁴ Nesse sentido: MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *Ativismo Judicial e Direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39.

O Constitucionalismo pós-moderno⁵ ou neoconstitucionalismo⁶ ultrapassa a ideia de Constituição como mera limitação de poder, mas alcança o viés da eficácia da norma constitucional, na busca pela concretização dos direitos fundamentais.

A força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional traçaram novos paradigmas na aplicação da Constituição, o que pode ser asseverado na análise da jurisprudência viva do Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto pós-Constituição de 1988, imperioso é trazer à baila um novo olhar necessário à teoria da separação de poderes engendrada por Montesquieu, no “Espírito da Leis”. É que a ideia clássica da teoria em pauta era a pura e simples limitação de um poder pelo outro, mesmo que isso significasse a paralisação dos poderes, no intuito de evitar o absolutismo e seus abusos. Prova disso é quando o doutrinador menciona que o julgamento deve ser fixo, nunca mais que “um texto preciso da lei”⁷, bem como no momento em que, ao abordar a relação entre poderes, agora entre câmara alta, câmara baixa e o monarca, versa que as duas primeiras controlar-se-iam por sua “faculdade de impedir”⁸.

Desta forma, a aprovação de uma lei na concepção do autor dar-se-ia pelo não uso da faculdade de impedir o seguimento do processo legislativo, de modo que não previu na sua obra uma solução para desentrupe do procedimento quando do uso da aludida faculdade, já que seu objetivo era puramente impedir o absolutismo e suas ideias já alcançaram esse fito, sem necessitar de uma jurisdição constitucional, pela limitação do Poder Judiciário⁹.

Nesta senda, Eros Grau¹⁰ adverte que a separação de poderes foi criada em meio a um discurso ideológico forjado para mobilização das massas na Revolução Francesa, constituindo-se na verdade em mais um instrumento de manutenção do domínio das elites.

Assim, o suprimento judicial de lacunas deixadas pelos demais poderes não podem ser encarados como uma afronta à cláusula pétrea da separação de poderes, mas sim como

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104., mar./abr.2006.p. 71 e ss.

⁶ Insta suscitar que BARROSO entende o pós-positivismo como marco filosófico do neoconstitucionalismo. (*Idem. Ibidem.*2006.p. 72 e ss.)

⁷ MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 6.ed. Int. E Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo:Saraiva, 1999. P. 170

⁸ *Idem. Ibidem.*172

⁹ O autor chega a citar que o Judiciário é “quase nulo” (*Idem. Ibidem.* P. 172.)

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 225 e 226.

uma mudança de paradigma de interpretação constitucional, fruto do Constitucionalismo contemporâneo.

3 Breve análise da ADPF 132 à luz da nova interpretação constitucional

Na guisa de entendimento do presente artigo, faz-se mister exemplificar o explicitado com a ADPF 132, que trouxe o reconhecimento da União homoafetiva, bem como a sua possibilidade de conversão em casamento civil, dando interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, com fulcro na proibição de discriminação do art. 3º, princípio da isonomia (art. 5º, *caput*), bem como no pluralismo e dignidade da pessoa humana do art. 1º da Carta Magna, dentre outros fundamentos. Vejamos trecho da decisão citada:

“A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969”¹¹

Depreende-se do disposto acima que, malgrado a negligência do Legislativo em acompanhar as evoluções sociais e usar o poder reformador para ajustar o texto do §3 do art. 226, passando a abranger a união homoafetiva, o Judiciário, em sede de jurisdição constitucional, resolveu o problema, interpretando a Carta Federal conforme o princípio da unidade, garantindo coerência de seu texto e a eficácia de direitos fundamentais às pessoas que eram tolhidas em direitos básicos, como o reconhecimento de sua família como tal para fins jurídicos.

Entretanto, insta expor que a mutação constitucional ocorrida nos autos mencionados esbarra com importantes controvérsias, haja vista a doutrina falar em limites à mudança informal da Constituição. Para Hesse¹², tal modificação, para ser válida, necessita “pertencer ao âmbito normativo”, ou seja, deve se enquadrar no “programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma”. Desta forma, confrontando seu entendimento com a decisão em estudo, a Suprema Corte teria ultrapassado as fronteiras normativas.

¹¹ ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001

¹²HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1992. P. 100 e 101.

Todavia, a norma jurídica não se esgota no texto¹³, nem é seu sinônimo, de modo que não se pode interpretar o art. 226, §3 da CF de forma isolada, sob pena de suplantar o princípio da unidade e permitir uma contradição constitucional. A proibição de todas as formas de discriminação (art. 3º, IV) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput) devem ser levados em consideração quando da aplicação do dispositivo da união estável.

Ademais, há que se falar ainda no princípio constitucional da concordância prática, que, nos dizeres de Hesse¹⁴:

(...) bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em 'ponderação de bens' precipitada ou até 'ponderação de valor' abstrata, um ser realizado à custa de outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto, ser proporcionais.

Interessante é observar que para o autor citado, quando se fala em colisão de direitos fundamentais, é necessária uma ponderação proporcional, de modo que a aplicação de um direito não custe o sacrifício de outro.

No caso da ADPF 132, a aplicação do direito à igualdade e não-discriminação não custou o sacrifício de outro direito, mas de uma literalidade anacrônica, discriminatória e cuja aplicação implicaria, aí sim, no sacrifício de direitos fundamentais. Logo, a ponderação feita foi válida e não comprometeu a legitimidade¹⁵ da decisão.

4 Breve análise do HC 124.306/2016

Trata-se da decisão da primeira turma do STF, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que considerou o aborto em fetos de até três meses ser fato atípico, não merecendo reprimenda penal, determinando arbitrariamente na decisão o que anos de estudos nas ciências médicas e jurídicas ainda não convergiram, o momento do início da vida.

¹³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 25 e ss..

¹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 66.

¹⁵ Neste sentido, importante citar que FREIRE JÚNIOR, ao discutir sobre o problema, aduz que a legitimidade do Judiciário em controlar as políticas públicas advém da própria Constituição. (FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. *O controle Judicial de políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.)

Insta ressaltar alguns pontos que revelam uma ponderação apressada que não considerou o princípio da concordância prática, já que, sob a escusa de aplicar o direito à igualdade e autonomia da mulher, sacrificou completamente o direito à vida do feto de até três meses, discriminando-o em razão da idade, em relação a fetos mais maduros, sob o argumento frágil de que aquele não sente dor.

Como visto em tópico anterior, uma ponderação de direitos não pode sacrificar completamente um deles, como o fez a decisão citada, o que a torna completamente inválida. Ademais, os bens devem ser ponderáveis, sob o ponto de vista da proporcionalidade. É inconcebível ponderar o direito à vida, *conditio sine qua non*, para o exercício de outros direitos, com outro que não seja o direito à vida. Exemplo disso é a legítima defesa e o aborto terapêutico, que são casos excepcionais no ordenamento jurídico prático.

Ademais, os direitos à igualdade e à autonomia da mulher podem ser exercidos no momento propício, que é antes da gravidez, pois após a consolidação desta, aqueles direitos encontram-se preclusos, já que não podem ser exercidos sem interromper a vida de outro ser humano em formação.

Apesar de o objetivo deste trabalho não ser aprofundar as diversas teorias científicas sobre o início da vida, uma coisa é certa, o consenso jurídico sobre este deve ser construído de forma democrática, no âmbito do Poder Legislativo, com audiência pública das várias correntes divergentes, para que a vida humana não seja violada arbitrariamente conforme opinam alguns.

Poder-se-ia pensar, então, que parece uma contradição dizer que o STF pode utilizar-se do princípio da unidade e da concordância prática para efetivar o direito à igualdade e não discriminação no caso da ADPF 132, mas estaria transgredindo esses mesmos princípios no HC124.306/2016. Entretanto, não é incoerente chegar a ambas as conclusões, é que no primeiro caso não houve sacrifício de nenhum direito, mas no segundo houve abrupta violação do direito à vida do feto, numa ponderação inválida.

Ademais, a primeira turma do STF ainda desrespeitou a própria Constituição, em vários pontos: o art. 5º, caput, que garante o direito à vida, incluindo a intrauterina, o art. 60, §4, IV, que elenca aquele direito como cláusula pétrea, bem como o mandado constitucional de criminalização do aborto, seja ele em qualquer fase da gravidez, sob pena de injustificada discriminação, infringindo o princípio da proibição de proteção deficiente.

É imperioso, também, elucidar que a decisão utilizou erroneamente o método da interpretação conforme, contrariando dois de seus requisitos¹⁶, pois o intérprete atuou como legislador positivo e contrariou a própria Constituição. No tocante à primeira exigência, houve usurpação de poderes, de modo que a convenção sobre o início da vida é inexoravelmente tarefa do Poder Legislativo, que é democraticamente eleito e deve realizar amplos debates sobre o assunto. Já no que concerne à segunda, é cediço que o mencionado método deve preferir a interpretação não contrária à Constituição, o que não foi obedecido, já que houve desacato ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, transformando a proteção do direito à vida em promessa inconsequente.

Outrossim, o *decisium* também incorreu em forte discriminação contra as mulheres pobres, pois praticamente defendeu que a estas cumpre aplicar a sentença de morte aos seus filhos, se assim o desejarem e a sociedade é quem deve pagar por isso, pois o aborto nesses casos deveria ser coberto pelo SUS.

Pergunta-se como uma Constituição cidadã que é contra a pena de morte (art. 5º, XLVII, “a”), salvo em caso de guerra declarada, poderia ser complacente com tamanha atrocidade, sentenciar seres humanos em formação inocentes à pena de morte pelo fato de suas mães serem pobres e assim decidirem arbitrariamente que eles não merecem viver. Assim, só se pode inferir que a referida decisão foi despótica, ativista, inconstitucional e ilegítima.

5 A ADPF 45 e o controle judicial legítimo das políticas públicas

A ADPF 45 versa sobre uma tentativa de veto do Presidente da República no tocante à lei orçamentária brasileira de 2004. A tentativa de veto viria a ter como consequência a redução do montante destinado à saúde, o que iria violar o conteúdo da Emenda Constitucional n. 29/00, a qual vincula uma porcentagem orçamentária para as políticas de saúde.

Diante do relatado, partidos políticos ingressaram com a aludida ação a fim de que fosse avaliado o descumprimento de preceito fundamental por parte do veto em pauta. Antes que o processo pudesse prosseguir, o Presidente da República voltou atrás no veto e a lei voltou à sua forma original, perdendo a ADPF o seu objeto, tendo sido, por conta disso, considerada prejudicada.

¹⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 177

Todavia, mesmo com a perda do objeto, o Supremo tocou no mérito da questão, aludindo que pode sim o Judiciário interferir nas políticas públicas, quando os demais poderes não cumprissem a eficácia dos direitos fundamentais, ainda que as mesmas sejam de teor programático, que é o caso do direito à saúde.

No teor deste decisum, fica clara uma tendência ativista por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, posto que abre o leque para a intervenção judicial em matéria dos demais poderes, sem estabelecer critérios objetivos, nem limites a essa interferência.

6 Audiência pública sobre a saúde pública e sua judicialização

Demonstrando preocupação com a matéria, o Supremo Tribunal Federal convocou, em 05 de março de 2009, a audiência pública de nº 04, realizada em seis datas distribuídas entre os meses de abril e maio de 2009, tendo ouvido cinquenta especialistas, envolvendo diversos setores da sociedade, dentre eles, acadêmicos e entidades e organismos da sociedade civil, gestores públicos, membros do Ministério Público, da magistratura, da Defensoria Pública, da Advocacia Geral da União dos Estados e dos Municípios, para discutir sobre a saúde pública e sua judicialização.

Uma das conclusões a que se chegou na audiência é que a grande gama de ações judiciais tem por escopo o cumprimento de uma política pública já existente, mas que não está sendo cumprida. Diante disso, o Supremo considerou que, neste caso, não estava sendo violado o princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o judiciário não está criando políticas públicas, mas determinando o cumprimento das que já existem.

Em caso de a prestação de saúde pleiteada pela parte não estar abrangida nas políticas públicas do SUS, é importante distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação.

No terceiro caso, não raramente ocorre o pleito judicial visando, por exemplo, ao fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, de modo que a Administração é vedada pela lei 6.360, de 1976, a fornecer tais fármacos, ao dispor em seu artigo 12 que “nenhum medicamento pode ser exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.”

Outra conclusão importante do Supremo a partir da audiência pública mencionada é o fato de que se a parte pleitear um tratamento semelhante ao já concedido pelo SUS, terá que

provar a impropriedade ou ineficácia da política de saúde vigente. Ademais, chegou-se à conclusão de que é necessário haver revisão periódica das políticas públicas, dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, devido à atualização contínua da ciência e tecnologia da saúde e tendo o cuidado para que não ocorra de o SUS restar obsoleto, diante de terapias há muito tempo já disponibilizadas na rede de saúde privada, de modo que a constatação dessa situação ensejaria intervenção judicial, com ampla produção de provas.

Reconhece ainda o Supremo, como dado incontestável, que a instrução processual, ou seja, a produção de elementos probatórios consistentes é fundamental nas demandas de saúde, com o fito de evitar a produção padronizada de ações, sem considerar as especificidades do caso concreto.

Em relação aos tratamentos experimentais, os mesmos são regidos pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Pode-se perceber que a audiência pública em questão, convocada devido à numerosa demanda na área da saúde, foi um verdadeiro divisor de águas no Supremo Tribunal Federal, de maneira que, após a ocorrência desta, as decisões passaram a ser fundamentadas em alicerces mais sólidos. Na audiência, houve depoimentos de grandes cientistas na área da medicina sobre a adequação de determinados tratamentos, além de ter contado com a presença de várias vozes, representantes de diversos segmentos sociais, desde os gestores públicos, à sociedade civil organizada.

Conclusão

Diante de todo o explicitado, percebe-se que o ativismo judicial do Supremo não pode ser visto fora do contexto constitucional contemporâneo, em que a força normativa da constituição e a nova interpretação constitucional preponderam, ante a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. O entendimento desta seara, bem como um novo olhar voltado para a separação de poderes idealizada por Montesquieu, são imprescindíveis para o estudo do avanço do Judiciário na esfera política.

Outrossim, é a própria Constituição, mormente com a jurisdição constitucional, que concede legitimidade ao poder Judiciário para decidir até mesmo questões políticas. E isso não pode ser considerado uma usurpação de poderes, mas um controle necessário para a eficácia dos direitos fundamentais, pois, no cerne atual, não pode haver o conformismo com a mera paralisação do poder e, conseqüentemente, da efetividade constitucional, pois o objetivo

não é mais apenas evitar o absolutismo, mas garantir que os direitos fundamentais não se tornem promessas incosequentes.

Entretanto, a jurisprudência viva do STF e dos demais órgãos do Judiciário deve encontrar limites na própria Constituição e na correta interpretação do ordenamento jurídico, já que não pode invadir a esfera do Legislativo e Executivo, ultrapassando o controle judicial legítimo, determinando o que deveria ser democraticamente consentido, sob pena de verdadeiro caos sócio-político e ditadura do Poder Judiciário, o que significaria um abuso de poder semelhante ao absolutismo combatido na época de Montesquieu.

Desta forma, defende-se um Poder Judiciário ativo, que concretize os direitos fundamentais, mas que saiba onde estão as fronteiras do alcance de suas decisões, de modo que estas não suplantem a pacífica ordem democrática do Estado de Direito em que se insere o Brasil.

Abstract

The present work aimed to study addressing the legal uproar that has been installed in the Brazilian legal system in recent years, namely the phenomenon of activism on the Supreme Court, where the judiciary interferes in the harvest of the Legislative and Executive. The doctrine discusses the legitimacy of the judicial role due the separation of powers. However, the Judiciary (represented by its apex body, the Federal Supreme Court) alleges the Constitution, when it guarantees fundamental rights can not be transmuted into inconsequential promise. This paper tried to examine what the doctrine brings on the subject and by performing reflections from the studies conducted.

Keywords: Activism, Separation of powers

Referências

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104., mar./abr.2006.

FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. *O controle Judicial de políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 177

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *Ativismo Judicial e Direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. 27ª edição.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 6.ed. Int. E Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo:Saraiva, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180731&base=baseA cordaos>. Acesso em 24 de outubro de 2014.