



Fabio Cruz de Queiroz Campos

**ATIVISMO JUDICIAL: um estudo das concepções dos
ministros do STF segundo as sabatinas**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
a orientação do Professor
Maike Wile dos Santos.**

SÃO PAULO

2018

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à minha mãe, Paula, ao meu pai, Mauro, e ao meu irmão, Marcos. Devo a vocês toda a minha vida.

Agradeço ao meu orientador, Maíke Wile dos Santos, pela ajuda com a pesquisa. Obrigado imensamente por todos os ensinamentos.

Agradeço aos meus amigos da Escola de Formação, por todas as conversas, concordâncias e discordâncias. Não tenho palavras para descrever o quão enriquecedoras foram essas experiências.

Agradeço à Mari e à Rebeca, pela solicitude e amizade. Únicas coordenadoras possíveis.

Agradeço aos amigos: Alix, Betina, Camila, Gabi, Gui, Leo, Luísa, Malu, Miguel, Renato, Stella e, em especial, à Fabi. Os melhores presentes da PUC e da vida.

Agradeço, por último, a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

Resumo: Esta monografia analisa as sabatinas realizadas pelo Senado Federal para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. Seu objetivo é fixar as concepções dos ministros da atual composição do STF sobre o tema. O critério de análise utilizado para isso foi o estudo qualitativo das perguntas e respostas relativas ao ativismo judicial realizadas nas sabatinas. O principal resultado encontrado foi a confirmação parcial da hipótese de que o cargo anteriormente ocupado pelo ministro indica a sua tendência decisória.

Sabatinas utilizadas: Foram utilizadas as sabatinas dos ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes. Elas podem ser encontradas no link site do Senado Federal (<http://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=34>), por meio da pesquisa por data das reuniões da Comissão.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Senado Federal; sabatinas; ativismo judicial; Separação de Poderes.

Sumário

1. Introdução	5
1.1. Apresentação do objeto	6
2. Base teórica	9
2.1. Conceito de ativismo judicial	9
3. Metodologia	12
3.1. Recorte adotado (justificativa)	12
3.2. Dificuldades metodológicas	15
3.3. Pergunta e subperguntas de pesquisa	15
3.4. Metodologia da estruturação das concepções de ativismo judicial dos ministros	16
3.5. Hipótese	18
4. Estruturação das concepções de ativismo e agrupamento dos ministros conforme a afinidade delas	18
5. Conclusões	31
6. Bibliografia.....	33
7. Anexos	37

1. Introdução

A razão da atual proeminência do Supremo Tribunal Federal tem sido discutida veementemente pela comunidade jurídica. Alguns analistas compreendem que a expansão da autoridade dos tribunais, ao redor de todo o mundo, é uma consequência da expansão do sistema de mercado, pois “aos olhos dos investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas ‘populistas’ e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica”.¹

Para outros especialistas, a crise de representatividade que assola o sistema político brasileiro culmina em impossibilidade de efetivação dos direitos e diretrizes constitucionais, o que suscita maior provocação do Poder Judiciário, que é convocado para suprir as lacunas deixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.²

Uma terceira corrente acredita que o destaque dado a esses tribunais decorre do avanço das constituições rígidas, dotadas de instrumentos de controle de constitucionalidade.³ Ademais, a judicialização e o ativismo judicial são produto de uma opção do legislador de adoção de um modelo constitucional analítico, que traz um extenso rol de diretrizes e direitos a serem considerados tanto pelo legislador ordinário na produção de leis quanto pelo aplicador do direito no momento da interpretação.⁴

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, jul-dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, jul-dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, jul-dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁴ COMO É UMA CONSTITUIÇÃO analítica e uma sintética. *Escola Livre De Direito*, 2014. Disponível em: <http://www.escolalivrededireito.com.br/como-e-uma-constituicao-analitica-e-uma-sintetica/>. Acesso em: 13 nov. 2018.

Independentemente da razão que desencadeou esse quadro, é inegável que ele existe e que, cada vez mais, o Supremo estende sua autoridade sobre os demais Poderes, bem como sobre as demais instâncias do próprio Judiciário.

Diante dessas constatações, não resta dúvida de que é importante que o STF seja estudado profundamente. Nessa linha, o estudo das sabatinas, muito pouco explorado no Brasil⁵, faz-se interessante nesse momento de falta de diálogo entre as instituições, pois, nessas arguições, o Executivo indica um nome que poderá ocupar um cargo na mais alta corte do Judiciário e o Legislativo deve sabatiná-lo.

1.1. Apresentação do objeto

Inspirada pelo modelo estadunidense, a indicação e a sabatina para a ocupação de cargo de ministro do STF⁶, no Brasil, passam pelo crivo de dois Poderes: Executivo e Judiciário.⁷ A iniciativa parte do Presidente da República, que deve indicar uma pessoa que preencha três requisitos, dispostos no artigo 101 da Constituição Federal⁸: (i) ter mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade; (ii) possuir notório saber jurídico; e (iii) ter a reputação ilibada.

Após a indicação ao Senado Federal, o designado é submetido a dois procedimentos. O primeiro é uma arguição pública, realizada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, de acordo com o artigo 52, inciso

⁵ No Brasil, só existem duas monografias sobre o tema. A primeira é a da pesquisadora Heloísa Bianchini e a segunda é o mestrado da pesquisadora Taíse Sossai.

⁶ Para efeitos desta monografia, STF significará "Supremo Tribunal Federal".

⁷ GUIMARÃES, Lívia. Teori Zavascki construiu imagem como ético e distante da vida política. *Estadão*, São Paulo, 20 de jan. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/teori-zavascki-construiu-imagem-como-etico-e-distante-da-vida-politica/>. Acesso em: 13 nov. 2018.

⁸ "Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal."

III, da Constituição Federal⁹. Esse procedimento segue, segundo o art. 383 do Regulamento Interno do Senado Federal¹⁰, as seguintes etapas:

a) o relator apresentará o relatório à comissão, com recomendações, se for o caso, para que sejam apresentadas informações adicionais;

b) será concedida, automaticamente, vista coletiva aos membros da comissão e divulgado o relatório por meio do portal do Senado Federal;

c) o portal do Senado Federal possibilitará à sociedade encaminhar informações sobre o indicado ou perguntas a ele dirigidas, que serão submetidas ao exame do relator com vistas ao seu aproveitamento, inclusive quanto à necessidade de realização de audiência pública em face das informações e indagações recebidas;

⁹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; (...)”

¹⁰ “Art. 383. Na apreciação do Senado Federal sobre a escolha de autoridades, observar-se-ão as seguintes normas: (...)

II - o exame das indicações feitas na forma do inciso III do art. 52 da Constituição Federal seguirá as seguintes etapas:

a) o relator apresentará o relatório à comissão, com recomendações, se for o caso, para que sejam apresentadas informações adicionais;

b) será concedida, automaticamente, vista coletiva aos membros da comissão e divulgado o relatório por meio do portal do Senado Federal;

c) o portal do Senado Federal possibilitará à sociedade encaminhar informações sobre o indicado ou perguntas a ele dirigidas, que serão submetidas ao exame do relator com vistas ao seu aproveitamento, inclusive quanto à necessidade de realização de audiência pública em face das informações e indagações recebidas;

d) o relator poderá discutir com os membros da comissão o conteúdo das questões que serão formuladas ao indicado;

e) a comissão convocará o candidato para, em prazo estipulado, não inferior a 5 (cinco) dias úteis, ouvi-lo, em arguição pública, sobre assuntos pertinentes ao desempenho do cargo a ser ocupado (Const., art. 52, III);

f) para inquirição de candidato, cada Senador interpelante disporá de 10 (dez) minutos, assegurado igual prazo para resposta, imediata, do interpelado, facultadas réplica e tréplica, ambas também imediatas, por 5 (cinco) minutos; (Incluído pela Resolução nº 7 de 2015)

g) o relatório será votado; (Renomeado pela Resolução nº 7 de 2015) (...).”

d) o relator poderá discutir com os membros da comissão o conteúdo das questões que serão formuladas ao indicado;

e) a comissão convocará o candidato para, em prazo estipulado, não inferior a 5 (cinco) dias úteis, ouvi-lo, em arguição pública, sobre assuntos pertinentes ao desempenho do cargo a ser ocupado (Const., art. 52, III);

f) para inquirição de candidato, cada Senador interpelante disporá de 10 (dez) minutos, assegurado igual prazo para resposta, imediata, do interpelado, facultadas réplica e tréplica, ambas também imediatas, por 5 (cinco) minutos; (Incluído pela Resolução nº 7 de 2015)

g) o relatório será votado; (Renomeado pela Resolução nº 7 de 2015)

O segundo procedimento é a aprovação, por voto secreto e maioria absoluta, pelo plenário do Senado Federal. Caso aceito por essa Casa, o indicado é designado para efetivamente ocupar o cargo de ministro do Supremo Tribunal.¹¹

Esta monografia terá por objeto a análise da arguição pública desses candidatos. Mais especificamente, estudaremos as sabatinas dos ministros da atual composição do STF, excluídos os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux, em razão da limitação material que será exposta no subcapítulo “3.1. Recorte adotado (justificativa)”.

¹¹ ARAUJO, Heloisa Bianchini. Qual o Gênero do Supremo? Diálogo Institucional nas Sabatinas para o STF, Poder e Profissionalismo. 2015. Acesso em: 15/10/2018. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/qual-o-genero-do-supremo-dialogo-institucional-nas-sabatinas-para-o-stf-poder-e-profissionalismo/>>.

A partir das sabatinas dos ministros restantes, terá destaque a questão do ativismo judicial. Analisaremos, principalmente, o posicionamento de cada ministro, tendo como norte quatro sub-perguntas de pesquisa que decorrem da definição de ativismo empregada neste trabalho.

2. Base teórica

2.1. Conceito de ativismo judicial

Além da controvérsia acerca da definição do termo "ativismo judicial", o resgate de sua origem também não é pacífico entre os doutrinadores.¹²

Para o ministro Luís Roberto Barroso, o termo remonta à jurisprudência norte-americana. A Suprema Corte Americana utilizava a atitude ativista como forma de manutenção da ideologia conservadora: "Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial".¹³

Vanice Regina Lírio do Valle explana que o vocábulo teve sua origem com a publicação de um artigo na revista americana "Fortune", no qual o jornalista Arthur Schelesinger traçou o perfil de cada um dos juízes da Suprema Corte Americana, consolidando, desde então, o termo como uma crítica à atuação proativa do Poder Judiciário.¹⁴

Carlos Eduardo de Carvalho, por sua vez, afirma que o vocábulo foi usado pela primeira vez em 1916, pela imprensa belga. Entretanto, devido à postura

¹² ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Direito Franca*, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

¹⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

adotada pela Suprema Corte Americana em determinados casos, o termo “ativismo judicial” encontrou mais espaço nos Estados Unidos.¹⁵

Todavia, o que mais interessa para nós não é a origem do vocábulo, mas sim seu conceito, que norteará toda a metodologia empregada nesta pesquisa. A definição que será empregada por nós é a de Willian Marshall¹⁶:

(1) Ativismo contra-majoritário: a relutância das cortes em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos;

(2) Ativismo não originalista: a resistência da corte em aceitar alguma noção de originalismo na decisão de casos, esteja o originalismo fundado nas concepções mais estritas do texto legal ou nas considerações sobre a intenção original dos framers (pais fundadores);

(3) Ativismo de precedentes: a resistência das cortes em aceitar os precedentes;

(4) Ativismo jurisdicional: a resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação;

(5) Ativismo criativo: a criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional;

(6) Ativismo remedial: o uso do poder judicial para impor obrigações positivas aos outros setores do governo ou para retirar das instituições governamentais como uma parte do poder judicial imposto;

¹⁵ CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 13, n. 2137, 8 maio. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12781>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

¹⁶ MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, fall. 2002. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=121083123021103026089088123070098086009003066072028092107098087101008099025118013011118012009007065092092030016008022045075029013127092011118013119018127027032051035126085100092098064127098100125027099081010001069067081090094104027015113072086&EXT=pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

(7) Ativismo partidário: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social.¹⁷

A opção por empregar essa definição decorre do fato de ela servir de referência teórica para diversos outros artigos e pesquisas sobre o tema.¹⁸

Vale frisar, ademais, que mesmo que essa definição tenha sido criada para descrever o contexto norte-americano, ela encaixa perfeitamente no momento jurídico e político brasileiro, pois:

(...) Embora as Constituições sejam diferentes, os sistemas de governo são impressionantemente similares: esses são os dois países mais populosos do hemisfério ocidental, ambos possuem um Poder Executivo nacional separado e eleito, e ainda, ambos possuem um Poder Judiciário com poder para invalidar leis que conflitem com a Constituição. Portanto, é de se supor que, frequentemente, apareçam problemas semelhantes nos dois países.¹⁹

¹⁷ Tradução de Bruna Villas Boas Campos, em: CAMPOS, Bruna Villas Boas. *As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional: o império dos homens sobre o direito*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais.

¹⁸ Basta uma pesquisa rápida sobre a quantidade de trabalhos que se valem da definição de Willian Marshall para entender o quão influente ela é. Exemplificando tal constatação estão os seguintes artigos e pesquisas: ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 13 nov. 2018.; DO VALE, Ionilton Pereira. O ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>. Acesso em: 13 nov. 2018.; BRAGA, Nivea Corcino Locatelli. Principais tensões e perspectivas do ativismo judicial. *Revista Estação Científica, Juiz de Fora*, n. 11, jan-jul. 2014. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4451/artigo-06-nivea-corcino-locatelli-braga.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

¹⁹ LAURENCE, Tribe; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.12.

Desta forma, atentar a esse conceito será imprescindível para compreender o sentido deste trabalho. No próximo capítulo, explicaremos mais detalhadamente a maneira como articulamos esta definição com o caminho de pesquisa escolhido.

3. Metodologia

3.1. Recorte adotado (justificativa)

Para contestar a validade da hipótese, terei como material de pesquisa as sabatinas a que foram submetidos os ministros da atual composição do STF. Os motivos principais para essa escolha são dois. O primeiro é a importância que o ativismo judicial assume nas discussões do mundo jurídico atualmente, como os mostram os seguintes artigos:

"Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro?" (Revista Brasileira de Direito)²⁰

"Decisão do STF sobre a união homoafetiva: ativismo judicial ou efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais?" (Jus)²¹

²⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro?. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v.13, n.3, set-dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944/1467>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²¹ CARVALHO, Gilvan Nogueira. Decisão do STF sobre a união homoafetiva: ativismo judicial ou efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais? *Conteúdo Jurídico*, 2012. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,decisao-do-stf-sobre-a-uniao-homoafetiva-ativismo-judicial-ou-efetiva-protecao-dos-direitos-e-garantias-fundam,35507.html>. Acesso em: 11 nov. 2018.

"Com casos recentes de ativismo judicial, STF estaria passando dos limites" (Gazeta do Povo)²²

"O STF está assumindo um 'ativismo judicial' sem precedentes?" (Carta Forense)²³

O segundo é a preocupação com a atitude ativista que os senadores têm demonstrado nas sabatinas por meio de comentários dirigidos aos ministros:

Então, como Ministro do Supremo, caso o senhor venha a ser escolhido, de que maneira pretende promover o ativismo judicial sem comprometer a segurança jurídica? **De que maneira o senhor pretende promover tal ativismo judicial sem desrespeitar o Poder Legislativo nem invadir a sua legítima e precípua função de legislar?** (Eduardo Amorim ao ministro Edson Fachin).

A senhora tem toda a razão quando fala que a mora obriga um Poder que não age de ofício a se pronunciar, mas V. Ex^a há de me permitir, com todo o respeito que tenho pela sua biografia, pela sua explanação, pelo seu conhecimento jurídico, pela sua personalidade encantadora, **apenas extravasar aqui certa perplexidade.** Por exemplo, a nossa Constituição, no art. 226, diz que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. No Código Civil, art. 1.723, é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência

²² MARTINS, Kamila Mendes. Com casos recentes de ativismo judicial, STF estaria passando dos limites. *Gazeta do Povo*, 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654jsklj3ricw3gxexjn4/>. Acesso em 11 nov. 2018.

²³ GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes? *Carta Forense*, 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes/3853>. Acesso em: 11 nov. 2018.

pública, cotidiana e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição da família. É o art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. **Aqui não tem mora, está escrito. Fico preocupado quando onze brasileiros, reunidos em um corte, acabam decidindo por 200 milhões.** (Marcelo Crivella para a ministra Rosa Weber).

Sendo assim, o estudo do ativismo judicial é imprescindível para compreender a conjuntura jurídica atual e a dinâmica em que se baseia o diálogo entre os Poderes.

Como dito acima, a análise terá como objeto as arguições dos ministros da atual composição. Contudo, em minha pesquisa preliminar, notei que apenas as sabatinas dos ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Luís Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes tinham material suficiente para a realização da pesquisa.

A sabatina do ministro Luiz Fux fazia referências esparsas ao ativismo tanto no discurso inicial quanto nas perguntas, mas nada que possibilitasse conclusões significativas sobre seu posicionamento. As dos ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes não tinham nenhuma menção explícita ou implícita ao tema.

As dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio não estão disponíveis no Site do Senado Federal nem no site do STF. Enviei um e-mail aos dois órgãos solicitando essas sabatinas, e como resposta obtive apenas a lista de senadores que compareceram à arguição e a relação de votos a favor/contra a nomeação. Como último recurso, procurei no site de acesso à informação e também não consegui o acesso. Isso parece apontar uma falta de cultura à informação no país, que dificulta o trabalho da academia em se debruçar mais a fundo nesses temas.

Portanto, as sabatinas que servirão como objeto de pesquisa para responder à pergunta de pesquisa serão as dos ministros (i) Dias Toffoli, (ii)

Rosa Weber, (iii) Luís Barroso, (iv) Edson Fachin, e (v) Alexandre de Moraes, em razão da limitação material citada acima.

3.2. Dificuldades metodológicas

A principal dificuldade metodológica deste trabalho foi encontrar um objeto de pesquisa que permitisse uma conclusão significativa sobre a questão do ativismo judicial, dentro das limitações materiais e temporais colocadas.

Inicialmente, pensei na análise de acórdãos como material de pesquisa. Entretanto, tive dificuldade em encontrar nas decisões elementos que permitissem conclusões mais robustas sobre o ativismo judicial, daí recorri às sabatinas. Uma possível razão para isso é que para os ministros é politicamente mais confortável não abordar a questão do ativismo nos acórdãos (ao menos não explicitamente), em virtude do ônus argumentativo que lhes é exigido ao optarem por discorrer sobre sua legitimidade para julgar casos que são – teoricamente – de competência de outros poderes.

Além disso, após procurar pelas sabatinas no site do Senado, descobri que apenas as dos ministros Alexandre de Moraes, Luís Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber estavam transcritas. As demais, dos ministros Fux, Toffoli, Lewandowski e Carmen Lúcia, encontravam-se disponíveis em vídeo, exclusivamente. Dessa forma, tive que transcrever por conta própria as sabatinas faltantes.

3.3. Pergunta e subperguntas de pesquisa

Minhas pergunta e sub-perguntas de pesquisa são:

1.a.) Segundo as sabatinas, qual a concepção dos ministros da atual composição do STF sobre ativismo judicial?

1.a.1.) Qual definição de ativismo judicial o ministro apresenta?

1.a.2.) Qual atuação do STF perante às omissões inconstitucionais o ministro defende?

1.a.3.) O ministro entende a atuação contramajoritária do STF como legítima?

1.a.4.) Para o ministro, deve o Judiciário ser proativo ao decidir questões de políticas públicas?

1.a.5.) Existe alguma relação entre a concepção do ministro e o cargo que ocupava antes de ingressar no STF?

3.4. Metodologia da estruturação das concepções de ativismo judicial dos ministros

Tendo em vista uma forma mais didática e palpável de responder às perguntas e sub-perguntas de pesquisa, elencamos quatro pontos que aparecem de forma recorrente nas perguntas das sabatinas e que de alguma forma se relacionam com a definição de ativismo judicial que norteia esta monografia.

Com base nas respostas que cada ministro deu ao longo das sabatinas, utilizaremos esses quatro pontos para estruturar as respectivas concepções, e para, finalmente, agrupá-los conforme a afinidade de suas respostas.

(i) Definição de ativismo judicial: Já que o objetivo desta etapa do trabalho é situar os ministros quanto à concepção de ativismo, é imprescindível que seja abordada a forma como eles definem o tema.

(ii) Atuação do STF frente às omissões legislativas inconstitucionais: Para efeitos deste trabalho, as omissões legislativas inconstitucionais significam o “não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas”²⁴. Em outras palavras, procura-se compreender a opinião do ministro quanto aos limites de atuação do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção.

Este ponto relaciona-se com os itens “(2) Ativismo não originalista: a resistência da corte em aceitar alguma noção de originalismo na decisão de casos, esteja o originalismo fundado nas concepções mais estritas do texto legal ou nas considerações sobre a intenção original dos framers (pais fundadores)”, “(4) Ativismo jurisdicional: a resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação” e “(6) Ativismo remedial: o uso do poder judicial para impor obrigações positivas aos outros setores do governo ou para retirar das instituições governamentais como uma parte do poder judicial imposto” de nossa definição de ativismo, na medida em que, em diversas situações, os senadores perguntam aos ministros sobre os limites da atividade regulamentadora do STF frente à inércia do Poder Legislativo e até que ponto essa atividade interfere no *locus* de atuação desse Poder.

(iii) Atuação do STF quanto aos direitos das minorias: Esta categoria relaciona-se com os tópicos “(1) Ativismo contra-majoritário: a relutância das cortes em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos” e “(5) Ativismo criativo: a criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional”, dado que os senadores demonstram preocupação quanto ao reconhecimento de novos direitos que não estão expressamente tutelados pelo texto constitucional por parte do STF, consoante o que nos mostra a seguinte pergunta do senador Luiz Henrique: “como a senhora vê a atuação do Supremo que, no exercício dessa sua competência, tem fixado direitos sobre os quais

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.1089.

ainda inexistente legislação. A declaração de inconstitucionalidade por omissão seria uma demasia da nossa Constituição?"

(iv) Possibilidade do STF ser proativo ao decidir questões de políticas públicas: baseia-se nos itens "(1) Ativismo contra-majoritário: a relutância das cortes em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos", "(4) Ativismo jurisdicional: a resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação" e "(7) Ativismo partidário: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social", pois procura entender quais os limites da competência decisória do STF e se esse órgão deve se manifestar sobre as decisões políticas legítimas do Legislativo.

3.5. Hipótese

A hipótese é que os ministros tenham concepções de ativismo bastante diferentes entre eles, na medida em que, como mostra a pesquisa "Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal"²⁵, a carreira ocupada pelo ministro antes de ingressar na corte indica qual a tendência de votação dele, e os juízes da atual composição são bastante desiguais quanto ao cargo que ocupavam antes de se dedicarem ao STF.

4. Estruturação das concepções de ativismo e agrupamento dos ministros conforme a afinidade delas

Nesta seção, iniciaremos a análise qualitativa das concepções dos ministros, a fim de responder nossas perguntas e sub-perguntas de pesquisa:

²⁵ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v.8, n.3. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-1863.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

1.a.) Segundo as sabatinas, qual a concepção dos ministros da atual composição do STF sobre ativismo judicial?

1.a.1.) Qual definição de ativismo judicial o ministro apresenta?

1.a.2.) Qual atuação do STF perante às omissões inconstitucionais o ministro defende?

1.a.3.) O ministro entende a atuação contramajoritária do STF como legítima?

1.a.4.) Para o ministro, deve o Judiciário ser proativo ao decidir questões de políticas públicas?

1.a.5.) Existe alguma relação entre a concepção do ministro e o cargo que ocupava antes de ingressar no STF?

De forma a melhor responder a primeira subpergunta, agruparemos os ministros que possuem definições similares e as relacionaremos com a nossa definição de ativismo. Para tal, observemos a seguinte tabela, que mostra as posições de cada ministro:

Ministro/a	Concepção
Dias Toffoli	Ativismo judicial é a atuação do Poder Judiciário sem provocação prévia. Na medida em que age com suporte na Constituição - o que engloba a observância aos princípios constitucionais, que devem ser efetivados -, é evidente que a decisão foi tomada diante de um fundamento legal, não sendo, portanto, ativismo.

Rosa Weber	É “um comportamento do julgador ao exame e revisão de temas que prima facie seriam temas da competência de outros poderes que não do Judiciário”. Ademais, pode ser diferenciado em ativismo inovador e revelador. O que o Supremo tem feito é o ativismo revelador, ou seja, uma interpretação dos textos legais que tem como norte os grandes princípios e os valores que informam nosso sistema jurídico, e, do meu ponto de vista da ministra, é uma conduta “absolutamente adequada”.
Luís Barroso	Diferentemente da judicialização da política - que é um fenômeno decorrente da estrutura institucional do país -, o ativismo judicial é uma postura de interpretação expansiva do Direito por parte do Poder Judiciário. Com base, muitas vezes, em um princípio, cria-se uma regra específica que não estava presente nem na Constituição, nem na legislação.
Edson Fachin	O juiz deve encontrar a solução ao caso concreto dentro do sistema jurídico. O limite do ativismo judicial é “uma interpretação atualizadora do texto constitucional, mas não legislativa no sentido de inovadora.”
Alexandre de Moraes	Exporta a teoria de ativismo judicial de Ronald Dworkin, que aduz que “um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.”

A análise desses dados leva-nos a concluir que os ministros Edson Fachin e Rosa Weber apresentam posições semelhantes sobre o tema, pois consideram que o limite do ativismo judicial adequado é o texto da lei, ou seja, defendem

que a interpretação constitucional não deve transcender o que está explicitamente disposto. Essas concepções diferem-se da do ministro Dias Toffoli, mesmo que ele sustente que o limite decisório do juiz é o texto da lei, dado que ele não considera que essa atitude seja classificada como ativismo.

Dessa forma, independentemente dessa dissidência, constatamos que esses três ministros têm uma concepção de ativismo no sentido dos pontos “(1) Ativismo contra-majoritário” - pelo fato de, em diversos casos, os senadores manifestarem que a manutenção do texto legal não decorre necessariamente de uma omissão ou inércia, mas sim de uma opção por não alterar a lei naquele momento -, “(2) Ativismo não originalista” e “(4) Ativismo jurisdicional” – pois os ministros defendem que se deve julgar estritamente nos moldes estipulados pela lei.

Com relação aos ministros Alexandre de Moraes e Luís Barroso, as concepções têm em comum o fato de abordarem o ativismo como uma interpretação que cria direito ou inova a ordem jurídica, seja ela decorrente de princípios e regras abstratas (Barroso) ou do ponto de vista íntimo do julgador (Moraes).

Essas concepções podem ser correlacionadas com os seguintes pontos: “(1) Ativismo contra-majoritário”, “(2) Ativismo não originalista” e “(4) Ativismo jurisdicional”, todos pelos mesmos motivos expostos acima; e “(5) Ativismo criativo” – pois a criação de direito ou inovação da ordem jurídica é incompatível com a aceitação das decisões dos poderes eleitos, além de ser competência precípua deles.

Agora, seguiremos à abordagem da segunda subpergunta de pesquisa: “**1.a.2.)** Qual atuação do STF perante às omissões inconstitucionais o ministro defende?”. Observemos, então, a posição que cada um sustenta.

Ministro/a	Concepção
Dias Toffoli	<p>“Estabelecidos os direitos e garantias constitucionais e caso não regulamentados eles, tampouco implementados pelo Legislativo, muitas vezes o Judiciário é instado a se manifestar sobre eles”. De modo que, nas constituições dirigentes, caso haja ausência de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, é atribuída às cortes constitucionais um protagonismo.</p>
Rosa Weber	<p>Havendo inércia injustificada do Parlamento sobre determinado tema, impõe-se ao Supremo uma manifestação. No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, inexistente invasão de competência legislativa, pois, constatada a mora legislativa, notifica-se o órgão competente para que a colmate. Nos mandados de injunção, por sua vez, casos em que há ingerência no locus de atuação do Legislativo, a decisão é vinculante até que o Parlamento se manifeste.</p>
Luís Barroso	<p>Se existir um problema real e não houver norma editada pelo Congresso, o Judiciário pode (e deve) disciplinar temporariamente a matéria, tendo por escopo a tutela do direito fundamental ameaçado ou violado.</p>
Edson Fachin	<p>Em algumas hipóteses constitucionalmente autorizadas, o Poder Judiciário está autorizado a suprir o vazio legislativo, como, por exemplo, no mandado de injunção. É preciso saber, entretanto, se existe mora legislativa. Via de regra, o vazio não deve ser ocupado pelo Judiciário.</p>

Alexandre
de
Moraes

Como método de interpretação constitucional, é possível a atuação do Poder Judiciário no sentido de colmatar as lacunas constitucionais geradas pela omissão total ou parcial dos demais Poderes. Visto que alguns direitos fundamentais necessitam de disciplina legal, a ausência de legislação culmina em impossibilidade de implementação desses direitos, o que fez com que o legislador constituinte previsse o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Como nos mostram os dados acima, todos os ministros têm o mesmo posicionamento sobre o papel do STF frente às omissões inconstitucionais. Acreditam que havendo a necessidade de regulação e/ou efetivação de determinados direitos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário, por meio dos meios cabíveis, suprir o vazio legislativo.

É exatamente isso que o Supremo têm feito desde o MI 721/DF²⁶, julgado em 30.08.2007, decisão em que se reconheceu o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, e que possibilitou que o impetrante, um servidor público federal que pleiteava o suprimento da lacuna normativa do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, tivesse direito à “contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada”, até que o Congresso se manifestasse sobre o assunto.

Nessa linha, em outra decisão paradigmática, o STF garantiu aos servidores públicos o direito de greve (MIs 670, 708, 712)²⁷, nos mesmos moldes

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/08/2007.

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 670/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 708/DF, Rel. Min. Gilmar

estipulados pela Lei 7.783/89, que disciplina o exercício de greve no setor privado.

No que concerne à terceira subpergunta, "**1.a.3.)** O ministro entende a atuação contramajoritária do STF como legítima?", encontramos as seguintes concepções:

Ministro/a	Concepção
Dias Toffoli	"Ao Poder Judiciário foi outorgado o papel contramajoritário, a função do Poder Judiciário muitas vezes é essa, é a de garantir as regras do jogo e, ao garantir as regras do jogo, ele tem o poder de afastar as deliberações majoritárias, de controlar as maiorias e impedir que um ato normativo seja do parlamento, ou seja um ato do poder executivo, incompatível com a constituição possa produzir efeitos jurídicos."
Rosa Weber	Estamos no século de concretização dos direitos criados, e não de criação de novos direitos. A Constituição é quem manda concretizar os direitos fundamentais, por meio da ponderação, razoabilidade e, sobretudo, obediência à letra da Lei. "O juiz não é um servo da lei, ele não é mais a boca da lei, mas ele é uma boca interpretada."
Luís Barroso	Caso exista um direito fundamental em questão e não haja posicionamento legislativo, o Supremo pode e deve atuar, pois "as minorias não são protegidas pelo processo político majoritário, quase em nenhuma parte do mundo. Homossexuais, mulheres, negros ganharam a luta no movimento social, no movimento das ruas; proteção do meio ambiente, num primeiro momento, e depois, na adesão judicial. De modo que eu consideraria que, por exceção,

Mendes, j. 25/10/2007; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007.

	a matéria em que uma Corte de Justiça constitucional pode ser mais expansiva é quando existe uma minoria desprotegida.”
Edson Fachin	A percepção dos limites do Supremo é a garantia dos direitos individuais. Ao ser perguntado sobre a atribuição de direitos aos casais homoafetivos, respondeu “eu sempre tive uma posição de que esta é uma matéria própria do Poder Legislativo. Ou seja, é o lugar, é a espacialidade onde esses temas devem ser deliberados para saber se os representantes do povo brasileiro entendem por atribuir ou não atribuir esses direitos”.
Alexandre de Moraes	A interferência do STF de forma ativista é excepcional, restringindo-se à defesa da supremacia dos direitos fundamentais, pois “a jurisdição constitucional nasceu, legitimou-se e se fortaleceu como uma legislação contramajoritária, não no sentido de desrespeitar a maioria, mas no sentido de garantir direitos da minoria”.

Como podemos notar, nos discursos dos ministros Dias Toffoli, Luís Barroso e Alexandre de Moraes o contramajoritarismo é defendido, no sentido de afastar as deliberações majoritárias quando estas contrariam os direitos dos grupos minoritários.

A título exemplificativo, consta afirmar que esse mesmo posicionamento tem sido reproduzido por outros ministros do STF, como nos mostram trechos dos votos do decano Celso de Mello, na ADPF 132²⁸ (união homoafetiva):

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 25.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

E do ministro Marco Aurélio, na ADPF 347²⁹ (sistema prisional brasileiro):

Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.

Os posicionamentos dos ministros Edson Fachin e Rosa Weber não permitem que tiremos uma conclusão objetiva sobre suas respectivas opiniões quanto à legitimidade da atuação contramajoritária, entretanto, um dado que consta acrescentar é que ao serem perguntados sobre a possibilidade de atribuir direitos civis aos casais homoafetivos, suas respostas foram opostas.³⁰

²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF nº 347, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p.21 .

³⁰ Alguns artigos nos mostram que existe relação entre a questão da união homoafetiva e a função contramajoritária: por exemplo, FERREIRA, Renato Ângelo Salvador. A importância do papel contramajoritário assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de

O ministro Edson Fachin respondeu que o Poder Legislativo é a “espacialidade onde esses temas devem ser deliberados para saber se os representantes do povo brasileiro entendem por atribuir ou não atribuir esses direitos”, enquanto a ministra Rosa Weber defendeu que:

Essa igualdade que repele discriminação por gênero, idade, cor, raça, qualquer outra forma de discriminação, está lá também no art. 3º da Constituição, nos Princípios Fundamentais, está no Caput do art. 5º, passa pela opção sexual. Então, na leitura que fiz do Acórdão do Supremo Tribunal Federal, o que houve foi aquilo que se chamaria de ativismo revelador, a partir de uma interpretação guiada pelos valores que informaram, segundo aquele colegiado naquele momento.³¹

Curiosamente e apenas à título exemplificativo, o ministro Edson Fachin defende, na ADI 347³² (sistema prisional brasileiro), a função contramajoritária do STF:

Nesses casos em que a política democrática majoritária não realiza por inteiro o seu papel de efetivação de direitos, sobretudo direitos fundamentais, ainda que se reconheça ser este o espaço adequado para as conquistas dos direitos declarados no texto, não caberia justamente aos representantes da minoria (partido político com baixa representatividade numérica, como o é o

Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Conteúdo jurídico, 2012. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1092/R%20MP%20-%20A%20importancia%20papel%20contramajoritario%20-%20Renato.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2018.

³¹ Vale lembrar que a ministra classificou o ativismo revelador do STF como “absolutamente adequado”, ou seja, conclui-se que ela considera cabível a decisão tomada pelo Supremo.

³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF nº 347, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 50.

Partido Político autor) provocar a atuação do Poder Judiciário como última trincheira de guarda desses direitos mais básicos à sobrevivência digna? O que há na presente ADPF 347, em verdade, não trata de usar o Poder Judiciário e o STF como espaço constituinte permanente, **mas sim como um Poder que atua contramajoritariamente para a guarda da Constituição e a proteção de direitos fundamentais que vem sendo sistematicamente violados pelos Poderes que lhes deveriam dar concretude.**

Respondida a terceira subpergunta de pesquisa, passaremos a analisar a quarta: “**1.a.4.)** Para o ministro, deve o Judiciário ser proativo ao decidir questões de políticas públicas?”. Examinemos a tabela:

Ministro/a	Concepção
Dias Toffoli	“Não deve ser ele, o poder judiciário, o condutor de políticas públicas ou o condutor das decisões legais. Não cabe ao, no meu entendimento, ao poder judiciário dizer a lei. Cabe ao poder judiciário aquele sistema de controle, mas não cabe a ele ser o condutor das políticas porque ele tem uma outra origem e o voto popular está nos senadores, nos deputados e no executivo.”
Rosa Weber	O regime democrático repousa na vontade popular e se materializa na prática das instituições que dirigem o debate público. O Parlamento é a celebração da vida política e à Corte Constitucional é incumbida a missão de salvaguardar o pleno exercício dessa vida. De sorte que, a atuação do Judiciário – que deve se comprometer

	com as instituições democráticas e com os direitos fundamentais - não substitui a política.
Luís Barroso	"A teoria é relativamente clara: decisões políticas devem ser tomadas por aqueles que concretizam a vontade da maioria, que são os agentes públicos eleitos – os membros do Poder Legislativo e o Presidente da República –; e decisões jurídicas, as decisões de interpretar a Constituição e as leis, devem ser tomadas pelo Poder Judiciário e pelo Supremo Tribunal Federal, que deve examinar as questões sempre com imparcialidade e distanciamento crítico. "
Edson Fachin	-
Alexandre de Moraes	"Mas, não, a Constituição não autoriza algo aberto, uma atuação absolutamente subjetiva do Poder Judiciário em relação a todos os temas de interesse nacional – repito – em substituição às legítimas opções do Poder Legislativo [...] A interpretação constitucional e a moderna interpretação constitucional são possíveis, mas não uma criação de direito novo a partir do afastamento, da discordância de legítimas opções feitas pelo legislador."

Os posicionamentos dos ministros Luís Barroso, Rosa Weber e Alexandre de Moraes deixam bastante explícita a diferenciação que fazem quanto à competência de cada Poder: ao Legislativo é delegada a decisão política, enquanto ao Judiciário subsiste o dever de ater-se ao Direito, ou seja, de restringir-se à interpretação e ao controle das leis, sempre de forma imparcial.

O ministro Dias Toffoli não se referiu abertamente à separação entre política e direito, mas deixou sua posição clara ao falar das políticas públicas. Igualmente aos ministros acima referidos, Toffoli colocou que ao Judiciário é

incumbido apenas o controle das políticas, e não a produção de leis, pois o voto do povo está depositado no Parlamento e não no Judiciário.

O ministro Edson Fachin não se pronunciou sobre o assunto, de modo que não há suporte material suficiente para definir sua posição.

Por último, segundo a hipótese deste trabalho, os ministros que seguiram as mesmas carreiras antes de ingressarem no Supremo Tribunal Federal tenderiam a votar no mesmo sentido. Observemos, então, a tabela a seguir, de forma a responder a última subpergunta de pesquisa:

Ministro	Carreira que seguiu	Ministro(s) com quem mais se identifica
Dias Toffoli	Advocacia Pública e Advocacia Privada	Luís Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber (três vezes no mesmo grupo com cada um desses ministros)
Rosa Weber	Magistratura	Dias Toffoli (duas vezes no mesmo grupo)
Luís Barroso	Advocacia Pública e Advocacia Privada	Alexandre de Moraes (quatro vezes no mesmo grupo)
Edson Fachin	Advocacia Pública e Advocacia Privada	Dias Toffoli e Rosa Weber (duas vezes o mesmo grupo com cada um desses ministros)
Alexandre de Moraes	Advocacia Pública e Advocacia Privada	Luís Barroso (quatro vezes no mesmo grupo)

O ministro Dias Toffoli se identifica com dois ministros que exerceram a advocacia pública e privada (Luís Barroso e Alexandre de Moraes), a mesma carreira que ocupou, e com uma magistrada (Rosa Weber).

A ministra Rosa Weber (magistrada) se identifica com o ministro Dias Toffoli, que exerceu a advocacia pública e privada.

O ministro Luís Barroso se identifica com o ministro Alexandre de Moraes, e ambos exerceram advocacia pública e privada.

O ministro Edson Fachin (advogado público e privado) se identifica com os ministros Dias Toffoli e Rosa Weber (advogado público e privado e magistrada, respectivamente).

O ministro Alexandre de Moraes se identifica com o ministro Luís Barroso.

Portanto, a hipótese se confirmou totalmente nos casos dos ministros Luís Barroso e Alexandre de Moraes, parcialmente nos casos dos ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, e não se confirmou no caso da ministra Rosa Weber.

5. Conclusões

Tendo como objeto de pesquisa as sabatinas dos ministros do STF no Senado Federal, percorremos, basicamente, cinco pontos principais: **(1)** quais as definições de ativismo judicial que os ministros apresentam; **(2)** quais os entendimentos que os ministros apresentam com relação ao papel do STF frente às omissões inconstitucionais; **(3)** se o ministro considera a atuação contramajoritária do STF legítima; **(4)** se o ministro entende que o Judiciário deve ser proativo ao decidir questões de políticas públicas; e, por último, **(5)** se

existe alguma relação entre o cargo anteriormente ocupado pelo ministro e as posições que defende.³³

O ponto **(1)** mostrou que os ministros Edson Fachin e Rosa Weber definem o ativismo judicial de forma similar, apontando que a interpretação constitucional não deve ir além do texto da lei, sob pena dessa atitude configurar excesso de ativismo (ativismo inovador). O ministro Dias Toffoli também se refere ao limite decisório do juiz, mas defende que se o julgador ficar restrito à norma, não há qualquer manifestação de ativismo.

Constatou-se, então, que esses ministros conceituam o tema no sentido dos pontos "(1)", "(2)" e "(4)" de nossa definição de ativismo.

Já os ministros Luís Barroso e Alexandre de Moraes tiveram as definições enquadradas no mesmo grupo pelo fato de abordarem o ativismo como uma atitude que cria direito ou inova a ordem jurídica, de modo que seus posicionamentos podem ser relacionados com os pontos "(1)", "(2)", "(4)" e "(5)" da nossa definição.

O ponto **(2)** mostrou que, com relação à atuação do STF frente às omissões inconstitucionais, todos os ministros têm posições bastante similares. Acreditam que quando há necessidade de regulação e/ou efetivação de direito fundamental, e isso não foi feito pelo Parlamento, cabe ao Supremo suprir a lacuna normativa por meio dos meios cabíveis.

O ponto **(3)** mostrou que os ministros Dias Toffoli, Luís Barroso e Alexandre de Moraes defendem expressamente a função contramajoritária, no sentido de afastar as deliberações majoritárias quando estas contrariam direitos de grupos minoritários.

Com relação aos ministros Edson Fachin e Rosa Weber, não há dados suficientes para definir suas posições sobre o tema, mas respondem de forma

³³ Seria interessante que um trabalho futuro procurasse, por meio da análise de acórdãos, confirmar ou contrariar as posições defendidas pelos ministros nas sabatinas, com o objetivo de aferir se eles continuam defendendo essas posições após terem ingressado no STF.

oposta quando perguntados sobre a possibilidade de atribuir direitos civis aos casais homoafetivos: o ministro Fachin defende que é um assunto a ser discutido no Legislativo, enquanto a ministra Weber apoia a decisão do Supremo (que decidiu por garantir esses direitos).

O ponto **(4)** mostrou que os ministros Luís Barroso, Rosa Weber e Alexandre de Moraes têm concepções bastante similares acerca da possibilidade de o Judiciário decidir questões de políticas públicas: a competência dessa decisão é do Legislativo, enquanto ao Judiciário é delegada a interpretação e o controle das leis, sempre conformemente ao Direito.

O ministro Dias Toffoli não fez menção direta à separação entre Direito e Política, mas apontou que ao Judiciário é incumbido o controle das políticas públicas e não a produção de leis, que é uma atribuição do Legislativo. Assim, conclui-se que ele tem a mesma concepção dos ministros citados acima.

O ministro Edson Fachin não fez menção ao assunto, não havendo suporte material para definir sua posição.

Por último, o ponto **(5)** mostrou que a hipótese de pesquisa se confirmou totalmente nos casos dos ministros Luís Barroso e Alexandre de Moraes, parcialmente nos casos dos ministros Edson Fachin e Dias Toffoli, e não se confirmou no caso da ministra Rosa Weber.

Portanto, os achados de pesquisa nos mostram que a hipótese que trata da relação entre o cargo ocupado anteriormente ao ingresso no STF e o posicionamento do ministro, para efeitos desta pesquisa, é parcialmente adequada.

6. Bibliografia

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

ARAUJO, Heloisa Bianchini. *Qual o Gênero do Supremo? Diálogo Institucional nas Sabatinas para o STF, Poder e Profissionalismo*. 2015. Acesso em: 15/10/2018. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/qual-o-genero-do-supremo-dialogo-institucional-nas-sabatinas-para-o-stf-poder-e-profissionalismo/>>.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. *Direito Franca*, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRAGA, Nivea Corcino Locatelli. Principais tensões e perspectivas do ativismo judicial. *Revista Estação Científica, Juiz de Fora*, n. 11, jan-jul. 2014. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4451/artigo-06-nivea-corcino-locatelli-braga.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

CAMPOS, Bruna Villas Boas. *As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional: o império dos homens sobre o direito*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. *Ativismo judicial em crise*. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 13, n. 2137, 8 maio. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12781>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

CARVALHO, Gilvan Nogueira. *Decisão do STF sobre a união homoafetiva: ativismo judicial ou efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais?* *Conteúdo Jurídico*, 2012. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,decisao-do-stf-sobre-a-uniao-homoafetiva-ativismo-judicial-ou-efetiva-protecao-dos-direitos-e-garantias-fundam,35507.html>. Acesso em: 11 nov. 2018. Acesso em: 11 nov. 2018.

COMO É UMA CONSTITUIÇÃO analítica e uma sintética. *Escola Livre De Direito*, 2014. Disponível em: <http://www.escolalivrededireito.com.br/como-e-uma-constituicao-analitica-e-uma-sintetica/>. Acesso em: 13 nov. 2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro?. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v.13, n.3, set-dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944/1467>. Acesso em: 11 nov. 2018.

DO VALE, Ionilton Pereira. O ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação. *Jusbrasil*, 2014. Disponível em: <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>. Acesso em: 13 nov. 2018.

FERREIRA, Renato Ângelo Salvador. A importância do papel contramajoritário assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Conteúdo jurídico, 2012. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1092/R%20MP%20-%20A%20importancia%20papel%20contramajoritario%20-%20Renato.pdf?sequence=1>". Acesso em: 10 nov. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes? *Carta Forense*, 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes/3853>. Acesso em: 11 nov. 2018.

GUIMARÃES, Livia. Teori Zavascki construiu imagem como ético e distante da vida política. *Estadão*, São Paulo, 20 de jan. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/teori->

zavascki-construiu-imagem-como-etico-e-distante-da-vida-politica/. Acesso em: 13 nov. 2018.

LAURENCE, Tribe; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, fall. 2002. Disponível em:

<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=121083123021103026089088123070098086009003066072028092107098087101008099025118013011118012009007065092092030016008022045075029013127092011118013119018127027032051035126085100092098064127098100125027099081010001069067081090094104027015113072086&EXT=pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

MARTINS, Kamila Mendes. Com casos recentes de ativismo judicial, STF estaria passando dos limites. *Gazeta do Povo*, 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654jsklj3ricw3gxexjn4/>. Acesso em 11 nov. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v.8, n.3. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-1863.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

PAES, Taíse Sossai. *A influência do processo de escolha dos ministros da Suprema Corte na judicialização da política: uma análise empírica do procedimento da sabatina dos indicados para o Supremo Tribunal Federal*. 2011. Dissertação (Mestrado em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, jul-dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

7. Anexos

- Alexandre de Moraes e Dias Toffoli – Classificação temática ampla

https://docs.google.com/document/d/1vuN2Ag6eWUtvKsUv-oIZArmJg23GWTF6_V7agEvwWI/edit?usp=sharing

OBS: A classificação temática ampla das sabatinas dos ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Barroso e Edson Fachin estão nos anexos da monografia da Heloísa Biaquini, disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/publication/qual-o-genero-do-supremo-dialogo-institucional-nas-sabatinas-para-o-stf-poder-e-profissionalismo/>>.

- Todos os ministros - Classificação relativa ao ativismo judicial

<https://docs.google.com/document/d/1Bay-zJQjXAIS94Y1kCpS3ly3FrHNTqvYil9v72Ttksk/edit?usp=sharing>

