

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**DA AUTOLIMITAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL: UM ESTUDO ACERCA  
DA RELEITURA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES PELO  
PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Fernando Gomes de Andrade**

**Orientador: Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa**

**Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito,  
Especialidade de Ciências Jurídico-Políticas**

**2016**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**DA AUTOLIMITAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL: UM ESTUDO ACERCA  
DA RELEITURA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES PELO  
PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Fernando Gomes de Andrade

Orientador: Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito,  
Especialidade de Ciências Jurídico-Políticas.

Júri:

Presidente: - Doutor António Pedro Pereira Nina Barbas Homem, Professor Catedrático  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Vogais: - Doutor Manuel Afonso da Silva Pereira Vaz, Professor Catedrático  
Escola de Direito (Centro Regional do Porto) da Universidade Católica Portuguesa;  
- Doutora Alessandra Aparecida Souza da Silveira, Professora Associada  
Escola de Direito da Universidade do Minho;  
- Doutor Marcelo Nuno Duarte Rebelo de Sousa, Professor Catedrático  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orientador;  
- Doutor Carlos Manuel Almeida Blanco de Moraes, Professor Catedrático  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;  
- Doutor Luís Miguel Prieto Nogueira de Brito, Professor Auxiliar  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;  
- Doutor Luís Pedro Dias Pereira Coutinho, Professor Auxiliar  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**2016**

## RESUMO

A presente investigação verifica se houve e quais são os fundamentos da mudança paradigmática da autolimitação ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro, bem como verificar a legitimidade dessa Corte no equacionamento de questões políticas, sejam políticas públicas promotoras de direitos fundamentais ou mesmo de política “pura” ou mega-política. A investigação está fulcrada na expansão do ativismo judicial no cenário de decisões políticas no Brasil, suas conseqüências relacionais com os demais Poderes, os impactos destas decisões e procura contribuir para a comunidade científica ao apontar caminhos possíveis de superação destas dificuldades. Investiga-se como a atuação proativa deste Tribunal Superior se relaciona com a redefinição da teoria da separação dos poderes e quais são os limites e possibilidades da atuação política do Supremo Tribunal Federal no contexto brasileiro. Analisa-se a Judicialização da política como uma reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro com a finalidade de revisar a decisão de um poder político (Executivo ou Legislativo) tomando como base a Constituição e, desta forma, ampliando seu poder em relação aos demais e o ativismo judicial associado 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, ou seja, o Judiciário se colocando como protagonista das decisões políticas sempre que provocado. Diante da constatação da realidade, apresenta críticas às “teorias da última palavra” e adentra nas teorias fomentadoras do diálogo interinstitucional com o escopo de tentar contribuir ao tema trazendo elementos da democracia deliberativa em defesa de uma atuação dialogal interinstitucional como forma de superação do embate entre os Poderes e da colonização dos espaços de poder. É defendida uma relação cooperativa dialógica entre os Poderes na interpretação e aplicação da Constituição, afastando as decisões isoladas e não comunicativas, e promovendo maior cooperação entre os Poderes na deliberação em busca da melhor decisão possível.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial, Separação dos Poderes, Deliberação, Cooperação Dialogal.

## ABSTRACT

This research verifies if there has been and what are the foundations of the change the self-limitation to judicial activism of the Brazilian Supreme Court, and verify the legitimacy of this Court in the settlement of political issues, whether public policies that promote fundamental rights or even political "pure" or mega policy. The research is based on the expansion of judicial activism in the setting of policy decisions in Brazil, its relational consequences with the other powers, the impacts of these decisions and seeks to contribute to the scientific community to identify possible ways of overcoming these difficulties. Investigating as the proactive role of this High Court relates to the redefinition of the theory of separation of powers and what are the limits and possibilities of political action of the Supreme Court in the Brazilian context. Analyzes the judicialization of politics as a judicial reaction to the provocation of a third party in order to review the decision of a political power (Executive and Legislative) building on the Constitution and, thus expanding their power in relation to others and the judicial activism associated with a greater and more intensive participation of the judiciary in achieving the values and constitutional purposes, more interference in the work space of the other two powers, namely the judiciary is placing as a protagonist of political decisions when provoked. On the observation of reality, it presents critical of "theories of the last word" and enters in fomenting theories of inter-institutional dialogue with the aim of trying to contribute to the theme bringing elements of deliberative democracy in defense of a dialogical interaction as a way of overcoming the conflict between Powers and colonization of the spheres of power. It is defended a dialogic cooperative relationship between the Powers in the interpretation and application of the Constitution, removing isolated and not communicative decisions, and promoting greater cooperation between the powers in the decision to seek the best possible decision.

**Keywords:** Judicial Activism, Separation of Powers, Deliberation, dialogical cooperation.

## DEDICATÓRIA

Dedico esta obra a minha querida esposa Ana Paula e nossos três filhos: Luiz Fernando, Gabriel José e João Paulo, na incessante busca da construção de um mundo mais humano, justo e fraterno. Também aos meus amigos Marcos, Flávio, Mariana e meus sogros Douglas Luna e Lindinalva que doaram seu tempo para que eu pudesse concluir o trabalho.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, Nosso Senhor, pelo dom da vida e força para seguir adiante, mesmo face às adversidades e desafios, bem como à Sua Mãe, Nossa Senhora, por ser um porto seguro a todos aqueles que a ela procuram e confiam suas vidas.

À minha esposa Ana Paula pela confiança, incentivo, tranquilidade e tudo aquilo imaterial e intangível que não pode ser traduzido em palavras por mais belas que sejam.

Aos pequenos grandes homens, Luiz Fernando, Gabriel José e João Paulo cujos semblantes inspiravam e fortaleciam o desejo de contribuir para a construção de um mundo melhor e aos meus pais, Severino Gomes de Andrade (*in memoriam*) e Maria Gomes de Lima Andrade pela formação cidadã e humana.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Marcelo Rebelo de Sousa, pelas valiosas contribuições a este trabalho derradeiro, fontes inesgotáveis de conhecimento, segurança e excelência acadêmica associados a uma conduta humana irretocável e exemplar.

Aos queridos Professores do Curso Avançado de Doutorado, quais sejam: Prof. Dr. Jorge Miranda, Prof. Dr. Fausto de Quadros e Prof. Dr. Sérvulo Correia, que, juntamente com o Prof. Dr. Marcelo Rebelo de Sousa, contribuíram sobremaneira para as ideias defendidas neste trabalho final, pela solidez e confiabilidade de suas produções acadêmicas e dos conselhos sempre seguidos ao longo da investigação.

Ao Prof. Dr. Carlos Blanco de Moraes cujos escritos e fomento ao tema, foram determinantes e fundamentais para a escolha de caminhos seguros de argumentação e desenvolvimento da tese. Ao Prof. Dr. Paulo Otero, consistente doutrinador e fonte cristalina de subsídios teóricos à confecção de trabalhos científicos e ao Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho sempre uma referência em questões constitucionais.

Aos queridos amigos portugueses Daniel, Deotilde, Pedro e Ana Araújo por nos fazerem sentir parte da família e pelas lições de amor que levaremos por toda a vida.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
Capítulo 1: A Constituição Federal como norma jurídica e o princípio da supremacia constitucional.....	20
1.1 Constituição, Constitucionalismo e Direito Constitucional.....	20
1.2 Poder Constituinte e Poderes Constituídos.....	27
1.3 Vinculação dos poderes constituídos aos ditames constitucionais.....	31
1.4 Garantia da Constituição e as “questões políticas”.....	34
1.5 Jurisdição constitucional e Tribunais constitucionais.....	41
1.5.1 Definição de jurisdição constitucional.....	41
1.5.2 Constituição de concepção político-filosófica liberal, social e os diferentes papéis da jurisdição constitucional.....	43
1.5.3 Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade difuso, concentrado e misto.....	52
1.5.4 Jurisdição constitucional e a possibilidade de elevação do poder normativo pela interpretação da Constituição.....	56
1.6 O Supremo Tribunal Federal entre a “política constitucional” e o “direito constitucional”.....	60
1.7 O Supremo Tribunal Federal como (in)fiel promotor da estabilidade institucional e segurança jurídica – análise de histórico recente.....	64
1.8 A função judicial como criadora do direito e seus limites.....	83
1.9 Diferenciação essencial entre texto normativo e norma jurídica.....	89
1.10 Teoria do Perfeccionismo, Teoria do Minimalismo judicial e do Procedimentalismo.....	91
1.11 A norma jurídica criada pela atividade interpretativa pode, via mutação constitucional, alterar o texto normativo?.....	103

Capítulo 2: Judicialização da Política e Ativismo Judicial no Brasil.....	110
2.1 Judicialização da política, politização da justiça e ativismo judicial: uma diferenciação semântica necessária.....	110
2.2 Sobre ativismo judicial.....	122
2.3 Historicidade das decisões em matéria política e ativismo judicial no Brasil: do conservadorismo conducente a autolimitação ao fenômeno do ativismo judicial.....	138
2.4 Jurisdição constitucional e teoria da separação dos poderes.....	145
2.5 Separação dos Poderes no Brasil ao longo da história e Poder Judiciário: da autocontenção ao ativismo.....	150
2.6 Sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal.....	160
2.7 Legitimidade do Supremo Tribunal Federal no equacionamento de questões políticas promotoras de direitos fundamentais.....	164
Capítulo 3: Possíveis fundamentos da viragem paradigmática da autolimitação ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro.....	174
3.1 Legitimidade do Supremo Tribunal Federal brasileiro no equacionamento de questões de política “pura” ou “mega-política”.....	174
3.2 A redemocratização do Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e as novas funções conferidas ao Poder Judiciário.....	183
3.3 Mandado de Injunção: viragem hermenêutica do magistrado como legislador negativo para legislador positivo autorizado pela Constituição Federal de 1988?.....	185
3.4 Mudança na concepção institucional da magistratura.....	192
3.5 O fortalecimento da democracia.....	198
3.6 A constitucionalização do direito após a II Guerra Mundial.....	200
3.7 Da decisão vinculante às súmulas vinculantes: um novo papel do Supremo Tribunal Federal na atividade legislativa.....	202
3.8 A expansão do protagonismo político dos Tribunais nas democracias contemporâneas no ocidente no início do século XXI com o advento do neoconstitucionalismo o qual traz a necessidade de Interpretação construtiva via <i>chain novel</i> : a aplicação dos princípios como forma de decisão.....	205



3.9 A alteração no quadro do Supremo Tribunal Federal com a progressiva saída dos Ministros indicados durante o regime militar.....	209
3.10 O uso dos Tribunais pela oposição e pelos grupos de interesse.....	212
Capítulo 4: Conseqüências do adversarismo entre os demais poderes e o Judiciário: reações legislativas às decisões ativistas do STF e problemas de governabilidade.....	218
4.1 Projeto de Emenda Constitucional nº 3/2011: ampliação do poder político do Legislativo sobre o Poder Judiciário.....	219
4.2 Projeto de Emenda Constitucional nº 33/2011: sujeitar a eficácia de certas decisões do STF à aprovação pelo Congresso Nacional.....	227
4.3 Projeto de Emenda Constitucional nº 45/2011: Estabelece que os Membros das próprias instituições poderão escolher e nomear os novos integrantes.....	237
4.4 Projeto de Emenda Constitucional nº 143/2012: dispõe sobre a forma de escolha e a fixação de mandato de sete anos para Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Contas da União e dos Estados.....	241
4.5 Projeto de Emenda Constitucional nº 161/2012: Acrescenta parágrafo ao art. 101 da Constituição Federal para estabelecer prazo de mandato para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.....	244
4.6 Projeto de Emenda Constitucional nº 227/2012: altera o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.....	246
4.7 Projeto de Emenda Constitucional nº 275/2013: Cria a Corte Constitucional, altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e altera a composição do Conselho Nacional de Justiça.....	248
4.8 Projeto de Emenda Constitucional nº 378/2014: Institui mandato com duração de 10 anos, vedando a recondução para os Ministros do STF, TCU e TCE e modifica forma de investidura no STF.....	251
4.9 Comprometimento do projeto de governo no adversarismo entre Executivo e Judiciário.....	253
4.9.1 Há o comprometimento do projeto de governo pelo Ativismo Judicial?.....	253

4.9.2 Como se verifica o adversarismo também nesta relação com o Judiciário?.....	275
---	-----

CAPÍTULO 5: Propositura de uma nova leitura da separação dos poderes: do isolamento decisório e adversarial na manutenção dos espaços de poder à interação cooperativa dialogal interinstitucional.....	280
---	-----

5.1 Teorias sobre o diálogo entre os poderes ou das teorias do Diálogo Constitucional.....	284
--	-----

5.1.1 Teorias dialógicas do método judicial.....	287
--	-----

a) Teorias do Conselho Judicial ( <i>Judicial advice-giving</i> ).....	287
--	-----

b) Teorias processuais ( <i>Process-Centered Rules</i> ).....	289
---	-----

c) Minimalismo judicial ( <i>Judicial Minimalism</i> ).....	290
---	-----

5.1.2 Teorias Estruturais do diálogo ( <i>Structural Theories of Dialogue</i> ).....	295
--	-----

a) Teorias da construção coordenada ( <i>Coordinate Construction Theories</i> ).....	296
--	-----

b) Teorias dos princípios judiciais ( <i>Theories of Judicial Principle</i> ).....	298
--	-----

Princípios e controle político sobre a Corte ( <i>Principle and Political Checks on the Court</i> ).....	300
--	-----

Princípio de articulação legislativa da política ( <i>Principle and Legislative Articulation of Policy</i> ).....	302
---	-----

5.1.3 Teorias de Equilíbrio ( <i>Equilibrium Theories</i> ).....	304
--	-----

5.1.4 Teorias de Parceria ( <i>Partnership Theories</i> ).....	305
--	-----

5.1.5 Teoria da Fusão Dialógica ( <i>Dialogic Fusion</i> ).....	306
---	-----

5.2 Separação dos Poderes e interação comunicativa para argumentação e deliberação.....	310
---	-----

5.3 Da decisão judicial suprema ao diálogo entre os poderes no Brasil.....	315
--	-----

5.4 Dificuldades dialogais entre os poderes no ordenamento jurídico brasileiro.....	321
---	-----

5.5 Da superação dificultosa ao diálogo existente no Brasil.....	324
--	-----

5.5.1 A possibilidade do Senado Federal em suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.....	324
5.5.2 A interpretação conforme a Constituição.....	326
5.5.3 A posição concretista intermediária nas decisões em mandado de injunção.....	328
5.5.4 A modulação (ou limitação temporal) dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.....	330
5.6 O diálogo institucional já existente entre o STF e o Congresso Nacional.....	332
5.6.1 A promulgação da Emenda Constitucional nº 58/2009 como resposta ao entendimento do STF no RE nº 197.917-8.....	333
5.6.2 A promulgação da Lei nº 10.628/2002: “correção” legislativa da interpretação do STF acerca do foro de prerrogativa de função.....	334
5.6.3 Conflito da Lei nº 11.301/2006 com a Súmula 726 e a “correção” legislativa julgada procedente pelo STF na ADI 3.772-DF: abertura ao diálogo interinstitucional em busca da melhor decisão possível?.....	344
5.6.4 O diálogo no caso da verticalização das coligações eleitorais.....	345
5.6.5 A interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF nº 54/DF).....	346
5.6.6 Cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos.....	348
5.7 Necessidade de uma nova forma de relacionamento entre os Poderes: a contribuição epistêmica do modelo de democracia deliberativa na promoção do diálogo interinstitucional.....	349
CONCLUSÕES.....	359
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	391

## INTRODUÇÃO

A investigação ora apresentada analisa um fenômeno que se verifica no cenário jurídico-político, qual seja a judicialização da política e o conseqüente ativismo dos magistrados, em especial, no caso brasileiro, no Supremo Tribunal Federal, conducente a uma releitura da separação dos poderes e a necessidade de ultrapassagem de vetustas teorias embasadas no distanciamento e adversarismo; propõe uma aproximação das teorias dialogais (com elementos da democracia deliberativa) como meio de superação das críticas às quais o ativismo judicial padece e a possibilidade da adoção de um modelo que ponha em relevo a cooperação e o diálogo interinstitucional para a obtenção da melhor decisão possível em sede de questões constitucionais, em especial, aquelas que envolvem decisão política, seja em políticas públicas ou de “política pura”.

A tese desenvolvida tem por objeto verificar se houve e quais são os fundamentos da viragem paradigmática da autolimitação ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, bem como verificar a legitimidade dessa Corte no equacionamento de questões políticas, sejam políticas públicas promotoras de direitos fundamentais ou mesmo de política “pura” ou “mega-política”. Como a atuação proativa desse Tribunal Superior se relaciona com a (re)definição da teoria da separação dos poderes, quais são os limites e possibilidades da atuação política do Supremo Tribunal Federal no contexto brasileiro, além de tentar contribuir ao tema trazendo elementos da democracia deliberativa na atuação dialogal interinstitucional como forma de superação do embate entre os Poderes e da colonização dos espaços de poder.

Parte-se de uma análise crítica da teoria da separação dos poderes no contexto do Estado constitucional contemporâneo e se o mesmo afasta a clássica concepção do magistrado como a “boca da lei”, (*judicial self restraint*) cingido aos limites da subsunção do *juris dicere* exigindo uma posição mais ativa conducente ao *jus dare*. Desta forma pretende-se perscrutar se esta atuação política do Supremo Tribunal Federal conduz a uma releitura da teoria da separação dos poderes com uma nova formatação do sistema de *cheks and balances* e quais os limites e possibilidades na *praxis* constitucional.

A Judicialização da política como uma reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro com a finalidade de revisar a decisão de um poder político (Executivo ou Legislativo) tomando como base a Constituição e, desta forma, ampliando seu poder em relação aos demais e o ativismo judicial associado 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, ou seja, o Judiciário se colocando como protagonista das decisões políticas sempre que provocado, serão temas investigados e contextualizados, mas, diante da constatação dessa realidade, parte-se para uma auspiciosa etapa de mitigação da “última palavra em matéria constitucional” para o adentramento nas teorias fomentadoras do diálogo interinstitucional, cuja novidade, seria a inserção de elementos da democracia deliberativa na relação entre os três Poderes, ou seja, o ativismo judicial deixa de ser visto como algo conducente a um governo de juízes e passa a ser um elemento fundamental para o despertar do terceiro gigante que, reivindicando maior espaço decisório em questões jurídico-políticas paradigmáticas, ventila e clarifica a necessidade do desenvolvimento de diálogo interinstitucional mitigadora de uma inócua disputa de poder.

Verifica-se, destarte, a mudança de paradigmas ocorrida com a transição do modelo do Estado de Direito Legalista para o Estado Constitucional, o qual alarga os espaços de atuação da jurisdição constitucional, haja vista o modelo liberal, que conduzia a decisão judicial ao processo silogístico lógico-formal de subsunção do fato à norma, não se mostrar adequado para solucionar as novas demandas contemporâneas, pois o modelo de Estado Constitucional exige a existência de uma Constituição dotada de caráter jurídico e de força normativa. O Estado Constitucional requer uma Lei Fundamental rígida, juridicamente subordinante de todos os poderes constituídos e asseguradora dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Essa mudança de paradigmas altera a atividade desempenhada pelo Judiciário. O estabelecimento de metas e programas sociais, capitaneadas por leis de semântica fluida, vagas e imprecisas, ocasiona maior liberdade na interpretação jurídica pelo Judiciário, representando alargamento da discricionariedade interpretativa, com a possibilidade de incremento da criação judicial do direito.

A investigação atentou, no contexto brasileiro, em verificar, que historicamente o Supremo Tribunal Federal sempre manteve uma postura reticente quando o caso a ser julgado tratava de controlar as omissões normativas dos demais poderes na adoção de

políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais ou quando a matéria a ser enfrentada era caracterizada como “questão política”. Havia a neutralização política do Judiciário, com juízes chamados racionais os quais aplicariam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo deste modo o valor do que se convencionou chamar de segurança jurídica, ou seja, utilizando uma interpretação que conferia prevalência absoluta às formas e às deduções puramente lógicas com prejuízo da realidade social existente por trás de tais formas, bem como dos conflitos de interesse regulados pelo direito e que deveriam orientar o jurista no *mister* interpretativo.

Não obstante a Constituição Federal de 1988 ter inovado na proteção aos direitos fundamentais ao criar garantias como o mandado de injunção e a inclusão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sempre que provocado, o Supremo Tribunal Federal mesmo reconhecendo a inércia do legislador que não havia criado lei necessária para regulamentar dispositivo constitucional que dependia de lei integradora, limitava-se a informar ao legislador omissor a falta da norma e recusava-se a suprir tal omissão.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal não concretizava a norma constitucional colmatando a lacuna faltante por entender que esta seria função do Poder Legislativo e qualquer atuação judicial nesta seara seria uma invasão que feriria a harmonia entre os poderes trazida pela teoria da separação dos poderes.

Entretanto, decisões recentes sinalizam uma viragem paradigmática na interpretação do texto constitucional especialmente no que tange a própria atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e no enfrentamento de questões políticas, postura esta antes entendida por este Tribunal Superior como intrusiva, ilegítima e destrutiva da teoria da separação dos poderes, do princípio majoritário e do Estado Democrático de Direito.

Verificamos que, nos últimos anos, o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de "proteção de regras" constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de "criação de regras". Na atualidade, o Supremo Tribunal Federal coloca-se como protagonista na ação política, em nome de um pretense respeito pela efetivação da Constituição.

O Judiciário passou a ser lugar comum das decisões que envolvem grandes questões sociais, políticas, econômicas e diplomáticas do país de modo que dificilmente algo escapa a seu controle e auto-reconhece seu lugar como o mais relevante intérprete da Constituição em detrimento dos demais propiciando intensa judicialização das questões políticas e uma postura cada vez mais ativista por vezes apontada como usurpadora das competências dos demais poderes, talvez conducentes à “juristocracia”.

Embora a controversa questão ativismo-autocontenção judicial estar presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais, portanto, o fenômeno da judicialização da política conducente ao ativismo judicial não é uma novidade do ordenamento jurídico-político brasileiro, haja vista sua abrangência mundial pelo fato do constante afastamento do constitucionalismo clássico e o advento do Estado Constitucional contemporâneo trazendo consigo maior relevo da jurisdição constitucional entende-se que o caso brasileiro mereça um estudo mais profundo, pois não obstante os inúmeros e recorrentes casos em todo o mundo, no Brasil torna-se especial pela extensão e pelo volume, além de traduzir-se em posição relativamente recente, haja vista o Supremo Tribunal Federal (STF) sempre ter se reservado no enfrentamento de questões políticas ou de efetivação de direitos fundamentais pela via de promoção de políticas públicas.

Nesse diapasão reconhecemos uma vertiginosa ascensão política do Poder Judiciário, notadamente no Supremo Tribunal Federal e um comprovado deslocamento de problemas que poderiam ser resolvidos na esfera política (executivo e legislativo), mas que foram transferidos e equacionados judicialmente.

A investigação está fulcrada na expansão do ativismo judicial no cenário de decisões políticas no Brasil, suas conseqüências relacionais com os demais Poderes, os impactos destas decisões, contribuindo para a comunidade científica ao apontar caminhos possíveis de superação destas dificuldades.

Para logarmos êxito neste trabalho investigativo, o texto foi dividido em 5 (cinco) capítulos nos quais foram enfrentadas algumas problemáticas com base em algumas hipóteses.

No primeiro capítulo foi investigada a Constituição Federal como norma jurídica e o princípio da supremacia constitucional. Nesse diapasão foram ventiladas as

diferenças terminológicas entre Constituição, Constitucionalismo e Direito Constitucional; abordou-se o tema do Poder Constituinte e dos Poderes Constituídos e a vinculação destes aos ditames constitucionais. Logo neste capítulo inicial a problemática enfrentada foi se o Judiciário teria competência para inovar na ordem jurídica inclusive adentrando em questões políticas, ou mesmo alterando o texto normativo; neste sentido, quais seriam os limites apontados pela doutrina, bem como as possibilidades de atuação da Jurisdição constitucional e dos Tribunais constitucionais nesta seara.

Foram analisadas as Constituições de concepção político-filosófica liberal, social e os diferentes papéis da jurisdição constitucional em cada contexto, considerando o contexto de transição existente na concepção de um Poder Judiciário adstrito ao *juris dicere* à visão pós-moderna do *jus dare*. Neste sentido foi vista a Jurisdição constitucional e os tipos de controle (fiscalização) de constitucionalidade bem como a possibilidade de elevação do poder normativo pela interpretação da Constituição.

Enfrentou-se a problemática proposta analisando o Supremo Tribunal Federal entre a “política constitucional” e o “direito constitucional”, haja vista que a jurisdicionalização do controle da constitucionalidade das leis e outros atos normativos corresponder a “uma forma que é a mais política das fórmulas jurisdicionais e porventura a mais jurisdicional das fórmulas políticas”<sup>1</sup>.

Contrariando boa parte da doutrina que vislumbra no ativismo judicial a solução para todos os problemas que afligem a não concretização da Constituição e conseqüentemente o aviltamento aos direitos fundamentais e eleva o Judiciário como porto seguro das grandes decisões garantidoras dos direitos e protetor da estabilidade institucional, analisamos e discutimos o histórico recente do Supremo Tribunal Federal no provocativo título de “(in)fiel promotor da estabilidade institucional e segurança jurídica”. Tal subitem foi incluído para desmistificar a ideia de que é possível existir um único Poder cuja atuação seja isenta de qualquer crítica e que se posicione como grande e infalível paladino da Constituição<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Orgânica Judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1992.

<sup>2</sup> Salientamos que os casos trazidos a esta investigação tem o condão de demonstrar o *déficit* da legitimação do Supremo Tribunal Federal pelo procedimento, haja vista este mesmo Tribunal ter contribuído com ações e omissões para uma crise no Estado brasileiro em passado não muito distante.



A criação do direito pelo Judiciário também mereceu destaque, bem como o elenco de seus limites desta atuação, destacando a diferenciação essencial entre texto normativo e norma jurídica como um destes limites. Foram abordadas em seguida as teorias do perfeccionismo, do Minimalismo judicial e do procedimentalismo como opções às quais os magistrados poderiam se filiar e, por fim, a tentativa em responder a uma questão basilar para nossa investigação e que está relacionada com a possibilidade de atuação proativa e usurpadora de competência dos demais Poderes, qual seja: a norma jurídica criada pela atividade interpretativa pode, via mutação constitucional, alterar o texto normativo? O enfrentamento a esta problemática mostrou-se essencial para a continuidade da investigação.

No capítulo dois foi enfrentada diretamente a problemática da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil realizando-se inicialmente uma diferenciação semântica necessária entre os termos “Judicialização da política”, “politização da justiça” e “ativismo judicial”. Logo, após ventilou-se a historicidade das decisões em matéria política e ativismo judicial no Brasil apontando as fases do conservadorismo conducente a autolimitação até chegarmos ao ativismo judicial. Foi situada e contextualizada a Jurisdição constitucional na teoria da separação dos poderes e como esta teoria foi desenvolvida no Brasil ao longo da história do Poder Judiciário, bem como analisada a legitimidade do Supremo Tribunal Federal no equacionamento de questões políticas promotoras de direitos fundamentais.

Partimos da hipótese que o Judiciário tem competência para realizar o controle de constitucionalidade e esta decisão também é política, mas em conotação diferente, pois não é criativa haja vista estar adstrita aos próprios (e prévios) limites políticos insertos na própria Constituição.

A pergunta que fizemos é se o magistrado (ou o colegiado do Supremo Tribunal Federal) é a instância mais capacitada para produzir a melhor avaliação e decisão em sede de questão política e se o magistrado superestima seu atuar em detrimento da atuação dos demais poderes, bem como se tudo deve ser decidido nos tribunais, especialmente as matérias reservadas pelo próprio texto constitucional aos demais poderes com exclusividade.

---

Para tal desiderato foram utilizados casos paradigmáticos, embora com nosso olhar investigativo, trazidos na obra de LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009.

No capítulo três foram analisados possíveis fundamentos da viragem paradigmática da autolimitação ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro, dentre os quais: a redemocratização do Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e as novas funções conferidas ao Poder Judiciário; o mandado de injunção e a controversa autorização constitucional para a viragem hermenêutica do magistrado como legislador negativo para legislador positivo; a mudança na concepção institucional da magistratura; o fortalecimento da democracia; a constitucionalização do direito após a II Guerra Mundial; da decisão vinculante às súmulas vinculantes como um novo papel do Supremo Tribunal Federal na atividade legislativa; a expansão do protagonismo político dos Tribunais nas democracias contemporâneas no ocidente no início do século XXI com o advento do neoconstitucionalismo o qual traz a necessidade de Interpretação construtiva via *chain novel*; a aplicação dos princípios como forma de decisão; a alteração no quadro do Supremo Tribunal Federal com a progressiva saída dos Ministros indicados durante o regime militar e o uso dos Tribunais pela oposição e pelos grupos de interesse.

Foi enfrentada a problemática da legitimidade do Supremo Tribunal Federal no equacionamento de questões de política “pura” ou “mega-política”, partindo da premissa que não se pode substituir solução política utilizando-se resposta jurídica, posto que, embora aparentemente semelhantes, guardam diferenças abissais entre si.

No capítulo quatro abordamos as conseqüências do adversarismo entre os demais poderes e o Judiciário, tais como as reações legislativas às decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal e problemas de governabilidade trazidas por decisões isoladas e não abertas ao diálogo com o Poder Executivo. Não obstante os embates com o Legislativo, procuramos responder as seguintes questões: Há o comprometimento do projeto de governo pelo Ativismo Judicial? Como se verifica o adversarismo também nesta relação com o Judiciário? Foram trazidos dados empíricos que deram sustentação às conclusões tecidas.

No capítulo cinco, considerando o percurso percorrido ao longo de toda a investigação, foi sentida a necessidade de propositura de uma nova leitura da separação dos poderes: do isolamento decisório e adversarial na manutenção dos espaços de poder à interação cooperativa dialogal interinstitucional. Foram analisadas as teorias sobre o diálogo entre os poderes ou das teorias do diálogo constitucional, tais como as teorias

dialógicas do método judicial, as teorias estruturais do diálogo, as teorias de Equilíbrio, teorias de Parceria e a teoria da Fusão Dialógica.

Foi enfrentada a temática da Separação dos Poderes e da interação comunicativa para argumentação e deliberação, bem como da decisão judicial suprema ao diálogo entre os poderes no Brasil, suas dificuldades e do diálogo já existente no Brasil entre Judiciário e Legislativo com a apresentação de casos concretos.

Por fim, surgiu a necessidade de uma nova forma de relacionamento entre os Poderes e a contribuição epistêmica do modelo de democracia deliberativa na promoção do diálogo interinstitucional.

Em termos metodológicos, O tema foi desenvolvido a partir de minucioso estudo bibliográfico acerca da relação entre jurisdição constitucional, ativismo judicial e separação de poderes, com especial ênfase para o contexto brasileiro, juntamente com análise empírica de decisões proferidas em *leading cases* do Supremo Tribunal Federal.

A utilização de doutrina nacional e estrangeira seja em livros ou periódicos relacionados ao tema. Justifica-se a extensão da doutrina norte-americana referenciada ao longo do trabalho pelo fato de buscarmos analisar a aproximação – ou adoção – do *stare decisis*<sup>3</sup>, modelo de jurisdição constitucional característico dos países da *common law*, por parte do Poder Judiciário brasileiro e o constante afastamento de nossa tradição romanística como mais uma justificativa do ativismo judicial.

---

<sup>3</sup> O qual garante a autoridade dos precedentes judiciais. Todos os órgãos do Poder Judiciário passam, após a decisão da Suprema Corte tomada em um caso concreto, a adotar obrigatoriamente o posicionamento.

## Capítulo 1: A Constituição Federal como norma jurídica e o princípio da supremacia constitucional

### 1.1 Constituição, Constitucionalismo e Direito Constitucional

É preciso diferenciar Constituição, constitucionalismo e direito constitucional antes de aprofundarmos nossa investigação como estudo apriorístico essencial à perfeita compreensão dos institutos que serão vergastados.

O Estado Legislativo, presente em quase todo o século XIX, representou o ápice da soberania do Estado, e a frenética produção legislativa, como paradoxo, ao invés de promover o direito, a legitimidade e a legalidade, acabaram prejudicando-os. Na visão de ZAGREBELSKY: “quanto mais leis, mais ilegalidade”<sup>4</sup>.

A viragem substitutiva da soberania do Estado pela soberania da Constituição deu origem à chamada supremacia constitucional. Isto implica na Constituição ser *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria, de ser fonte de produção jurídica de outras normas e “implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes políticos com a Constituição”<sup>5</sup>.

A Constituição é fruto dos movimentos constitucionalistas inglês, estadunidense e francês, ocorridos no final do século XVIII. Tais movimentos fizeram surgir o constitucionalismo como tentativa de limitação do poder estatal e conseqüente garantia dos direitos fundamentais, bem como ensejando a normatização do fenômeno político e a “organização político-social de uma comunidade”<sup>6</sup>. Deste modo, estes movimentos buscavam a “fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades”<sup>7</sup>.

VITAL MOREIRA expõe que a vontade política da maioria que governa em determinado momento histórico não pode prevalecer contra a vontade da maioria expressa na Lei Fundamental, fruto do Poder Constituinte Originário; em suas palavras: “O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por

---

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **A lei, o direito e a Constituição**. António Rocha (Trad.). Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos>. Acesso em 23 de Junho de 2010.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p.1.147.

<sup>6</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 4ª Ed., p. 51.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 4ª Ed., p. 55.

definição originário”<sup>8</sup>. Tal posicionamento enseja críticas no que tange a legitimidade de determinada geração decidir o destino das futuras gerações mesmo que discordantes em relação ao posicionamento original.

HANS KELSEN entende que a norma jurídica estabelece um mandamento, um preceito, uma conduta humana que deve ser seguida por todas as pessoas, expressa, deste modo, um ato volitivo, um dever-ser. Para ele, o fundamento de validade de uma norma somente pode ser a validade de outra norma, onde há escalonamento piramidal, porque uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.

Para o supramencionado doutrinador, a Constituição é norma jurídica suprema e deve ser cumprida porque existe uma norma fundamental pressuposta.

O fundamento de validade da norma constitucional é a norma hipotética fundamental, mas não se trata de atribuir a ela qualquer fundamento transcendental ou metafísico, mas apenas que não é uma norma posta no direito por uma autoridade jurídica, mas uma norma que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo, ou seja, obrigatório, como premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, sendo uma norma apenas pensada e como tal não é uma norma cujo conteúdo seja imediatamente evidente.<sup>9</sup> Em suas palavras:

Ela própria não é uma norma posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por autoridade superior<sup>10</sup>.

Conclui-se que para KELSEN há uma norma hipotética fundamental pressuposta que é a base do conceito de Constituição no sentido lógico-jurídico. Tal autor austríaco ainda definia a Constituição em dois sentidos, quais sejam o material e o formal. Em seu

---

<sup>8</sup> MOREIRA, Vital. **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional**. In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 180.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (Trad.) Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 3 e 12.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (Trad.) Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 275.

sentido material consiste nas regras reguladoras da criação das normas jurídicas gerais e em sentido formal seria um documento solene formado por um conjunto de normas jurídicas cuja modificação em seus ditames apenas seria possível com um procedimento mais dificultoso.

CARL SCHMITT entende a Constituição como decisão política fundamental cingida apenas à estrutura do Estado e aos direitos fundamentais. Em suas palavras: “*En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica*”<sup>11</sup>. Tem a acuidade de advertir que a Constituição não deve ser confundida com as leis constitucionais e que ao *Reich* deve ser conferida com exclusividade sua guarda e proteção. SCHMITT valoriza a unidade política do povo materializada no poder constituinte. Neste viés, a politização da justiça teria o condão de elevar sobremaneira o Judiciário ao posicioná-lo em patamar superior ao legislador e à própria lei.

FERDINAND LASSALE, em sua doutrina, advertia que a Constituição real seria obtida mediante a soma dos fatores reais de poder, entendida como a força dos grupos dominantes, em suas palavras:

Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que rege um país. Mas, que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição, coma Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. Não desconheceis também o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os desta maneira em fatores jurídicos. Está claro que não aparece neles a declaração que o senhor Borsig, o industrial, a nobreza, o povo, são um fragmento da Constituição, ou que o banqueiro X é outro pedaço da mesma; não, isto se define de outra maneira mais limpa, mais diplomática<sup>12</sup>.

LASSALE, na busca por uma “essência da Constituição”, deduz que a Constituição é uma lei fundamental a qual é irradiada através das outras leis que compõem o ordenamento jurídico. Há uma “força ativa” atuando dentro da sociedade

---

<sup>11</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 47.

<sup>12</sup> LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Walter Stöner (Trad.) São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 18.

que corresponde aos “fatores reais de poder” os quais, fazendo parte da Constituição, têm o condão de criar as instituições jurídicas, ou seja, a Constituição real. O que se evidencia nesta obra de LASSALE é a multiplicidade hermenêutica da norma constitucional pelo fato da multiplicidade de influências sofridas por ela<sup>13</sup>.

PETER HÄBERLE defende a ideia de uma “Constituição aberta” ou uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, discorrendo ser “potencialmente vinculada a todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”<sup>14</sup>. Certamente este doutrinador alemão não contava com a avidez de alguns intérpretes que se arvoram como os únicos porta-vozes do texto constitucional.

KONRAD HESSE entende que o texto constitucional apenas será idealmente interpretado e plenamente compreendido por meio do problema concreto, fato conducente à consolidação e preservação de sua força normativa<sup>15</sup>.

MARCELO REBELO DE SOUSA entende a Constituição como uma realidade quadridimensional, qual seja: “uma dimensão normativa, enquanto conjunto de princípios e regras de Direito. Uma dimensão volitiva, enquanto acto do poder político do Estado. Uma dimensão axiológica, enquanto pauta de valores. Uma dimensão estrutural, enquanto projecção das estruturas económicas, sociais e culturais da colectividade na génese, no conteúdo e na eficácia constitucionais e ainda enquanto actuação da Constituição sobre essas estruturas”<sup>16</sup>.

CANOTILHO entende ser a Constituição a lei fundamental e suprema de um Estado contendo normas relativas à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos, além de individualizar os poderes competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas; não é apenas um sistema de conceitos ou um texto qualquer, mas um código explícito em que um poder, em

---

<sup>13</sup> Segundo LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 37: “de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos de poder”.

<sup>14</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 38.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991

<sup>16</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais**. In: X Aniversário do Tribunal Constitucional. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030214.html?impressao1>. Acesso em 27.04.2010.

virtude de necessidades políticas, econômicas, sociais e culturais fixa as regras de acordo com as quais a mensagem constitucional se deve interpretar e produzir<sup>17</sup>.

FERDINAND LASSALE defende que a Constituição real é aquela resultante dos “fatores reais de poder e que questões constitucionais são questões políticas, não jurídicas<sup>18</sup>. KONRAD HESSE defende a vontade da Constituição, haja vista a mesma preponderar sobre as questões de poder e evitar que questões constitucionais se transmudem em questões de poder.<sup>19</sup>

LUIZ MOREIRA ventila a ideia da “Constituição como simulacro”; nesta tese, o autor expõe que as constituições contemporâneas se legitimam por um ato fundador denominado poder constituinte o qual é desempenhado por uma assembleia que formula e promulga os princípios estruturantes de todo o sistema jurídico, a partir do texto constitucional, a ela cabe, outrossim, o poder de prescrever as normas e ordenar as condutas.

Em sua tese, o referido autor denuncia que desse processo emana uma simulação, qual seja a: “tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico em algo temporal, configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura”<sup>20</sup>.

Sobre a validade jurídica da Constituição, MARCELO REBELO DE SOUSA destaca que ela se desdobra em três dimensões, quais sejam: a) a validade formal ou sistemática (fortemente ligada a uma legalidade *lato sensu*); b) a validade real ou empírica que encontra correlação direta com a efetividade ou eficiência e a c) validade axiológica, esta ligada à legitimidade. Destaca o supramencionado Professor Catedrático da Universidade de Lisboa que “toda justiça constitucional actua de modo a desenvolver estes três planos de validade”<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 41.

<sup>18</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Walter Stöner (Trad.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 50.

<sup>19</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

<sup>20</sup> MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 93.

<sup>21</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais**. In: X Aniversário do Tribunal Constitucional. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030214.html?impressao1>. Acesso em 27.04.2010.



Logo, no Estado Democrático de Direito<sup>22</sup>, a Constituição visa ser uma “força ativa” na medida em que impõe tarefas e se “essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem dela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem”<sup>23</sup>. A Constituição está no topo do ordenamento jurídico e exige que todas as demais espécies normativas se submetam aos seus preceitos.

Neste sentido explica HESSE que: “a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas”<sup>24</sup>.

Podemos analisar a Constituição no Estado Democrático de Direito sob vários aspectos, um deles é em relação ao procedimento.

Como visto anteriormente, KELSEN a define como a lei fundamental deste modelo de Estado<sup>25</sup>.

CANOTILHO identifica as condições para que o Estado Democrático de Direito obtenha força político-normativa, qual seja a necessidade de: “(...) (1) um conjunto de instituições políticas básicas; (2) de um conjunto de condições económicas, sociais e culturais favoráveis a estas instituições; (3) e de um conjunto de esquemas político-constitucionais (forma de governo, controle judicial, sistema eleitoral, sistema partidário). Só assim, e mais uma vez, o direito constitucional será um direito ‘vivo’ e não apenas uma *law in the books*”<sup>26</sup>.

Não há mais a cega submissão à lei (como no Estado Legislativo), pois, como leciona ZAGREBELSKY: “pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma

---

<sup>22</sup> Interessante e elucidativa é a expressão de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 230 quando expõe: “o Estado de Direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de Direito; o Estado Democrático é Estado de Direito e só sendo-o é que é democrático”.

<sup>23</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 19.

<sup>24</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 15.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Luís Carlos Borges (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 253.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p.236-237.

relação de adequação e de subordinação, a um extrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição”<sup>27</sup>.

A Constituição é aquela que irradia em todo o ordenamento jurídico mandamentos, preceitos a serem perseguidos por todo o Estado e os cidadãos na busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, donde há o controle da impetuosidade política do Estado e do respeito e promoção da dignidade da pessoa humana materializada pela concretização dos direitos fundamentais.

Segundo HÄBERLE: “A Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (*Siegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem portanto, uma função diretiva eminente”<sup>28</sup>.

Em termos contedutísticos, COOLEY entende ser “o corpo de regras e princípios em conformidade com os quais são normalmente exercidos os Poderes da soberania”<sup>29</sup>. Em seu bojo, a Constituição possui princípios e regras (bem como as garantias constitucionais), fato que a distingue da lei, nas palavras de ZAGREBELSKY: “as normas legislativas são prevalentemente regras, enquanto que as normas constitucionais sobre direitos e sobre justiça são prevalentemente princípios”<sup>30</sup>.

As regras impõem um modelo de conduta, uma permissão ou proibição, sujeita-se ao critério hermenêutico do “tudo ou nada” buscando determinar como deve ser a postura dos indivíduos no seio da sociedade, ou seja, “como devemos, não devemos, podemos atuar em determinadas situações específicas previstas pelas mesmas regras”.

Os princípios são de semântica aberta, plurissignificativos, não estão sujeitos ao critério hermenêutico do “tudo ou nada”, possuem papel constitutivo do ordenamento jurídico na medida que apresentam “critérios para tomar posição ante situações concretas, mas que *a priori* aparecem indeterminadas”<sup>31</sup>. Ademais, a Constituição tem como função promover a ordem jurídica (hierarquizada e coerente) e a unidade política (notadamente verificada pela forma de Estado brasileiro, qual seja o federativo) convertendo-se assim não apenas como a ordem jurídica fundamental do Estado, mas

<sup>27</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992, p. 39.

<sup>28</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 34.

<sup>29</sup> COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América**. Alcides Cruz (Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 57.

<sup>30</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992, p. 147.

<sup>31</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992, p. 149.

avançando na vida não estatal em seu território, ou seja, na ordem jurídica fundamental da sociedade<sup>32</sup>.

Diante da contribuição ventilada pelos doutrinadores supramencionados, entende-se que a Constituição é norma jurídica fundante e fundamental de todo o ordenamento jurídico trazendo em seu bojo o reconhecimento dos direitos fundamentais, normas de estrutura e organização do Estado, bem como a repartição de competências ao estabelecer qual é a esfera de atuação tanto das entidades federadas (no caso do Brasil) como dos poderes constituídos, além de limitar o poder do Estado.

Há, portanto, o estabelecimento de regras e princípios norteadores de todo o ordenamento. Existem normas que necessitam da atuação complementar do legislador ordinário para tornar seu texto plenamente efetivo, bem como do Poder Executivo para implementar as políticas públicas conducentes à concretização dos direitos lá estabelecidos.

A expressão “direito constitucional” surgiu ao norte da península itálica em 1797 e objetivava estudar o sistema de coexistência entre o indivíduo e o Estado no regime constitucional<sup>33</sup>. Para DUGUIT o direito constitucional seria: “parte do direito público interno que agrupa as regras de direito que se aplicam ao Estado tomado em si mesmo, que determinam as obrigações que se lhe impõem, os poderes do qual é titular, e também sua organização interior”<sup>3435</sup>.

## 1.2 Poder Constituinte e Poderes Constituídos

Essencial à plena compreensão da existência de uma Constituição, o chamado Poder Constituinte apresenta-se como aquele capaz de formular um novo texto constitucional primigêneo, como resultado da vontade do povo ou alterar o já existente segundo as regras de modificação previstas na própria Constituição; pode-se afirmar, em BÖCKENFÖRDE, que a Constituição é firmada pela vontade das forças determinantes da sociedade<sup>36</sup>. Para ROYO, o poder constituinte é elemento necessário

---

<sup>32</sup> HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. In: Manual de derecho constitucional. Antonio López Pina (Trad.) Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 5.

<sup>33</sup> FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3.

<sup>34</sup> DUGUIT, León. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris, Thorin et Fontemoing, 1923, p. 38.

<sup>35</sup> Cf. XIFRA HERAS, Jorge. *Curso de Derecho Constitucional*. Barcelona: Bosch, 1957, p. 99 e ss.

<sup>36</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 159 a 178.

para a construção de uma Constituição escrita.<sup>37</sup> Segundo BONAVIDES, não se trata de um poder propriamente jurídico, mas sim político, pré-jurídico ou até extrajurídico<sup>38</sup>. Para BÖCKENFÖRDE, o conteúdo e significado da noção de poder constituinte abrange o questionamento acerca da origem e fundamento da validade da própria Constituição<sup>39</sup>.

Na esteira de CANOTILHO, ele se apresenta como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política plenamente capaz de, diante de uma situação concreta, poder criar, garantir ou revogar uma Constituição compreendida como lei fundamental vigente em uma determinada comunidade política<sup>40</sup>.

Pelo fato de ser um Poder revolucionário, haja vista a possibilidade de revolver as bases jurídico-políticas de todo o ordenamento jurídico fundamental e não raras vezes modificar forma e sistema de governo, forma de Estado e regime político, ampliar ou reduzir o rol de direitos fundamentais, bem como modificar a estruturação do próprio Estado, as formas de aquisição e perda do poder, seus limites, princípios e garantias, dentre outras questões relevantes, seu titular é o povo com toda a sua diversidade e pluralidade que politicamente pode autodeterminar-se e auto-organizar-se.

A ele cabe estabelecer o estatuto jurídico do político, ou seja, o texto constitucional, o qual produz “uma nova fixação jurídica de uma ordem política” de modo que se “compreende a ordem política como uma ordem jurídica”<sup>41</sup> como função do poder constituinte.

A ideia de um Poder Constituinte apenas se concretiza com os movimentos constitucionalistas norte-americano e francês, haja vista a predominância de um direito costumeiro medieval donde desconfiava-se de um poder capaz de modificar radicalmente toda a construção histórica e consuetudinária do direito vivenciado e aplicado até então.

---

<sup>37</sup> ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. Madrid/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 85.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125.

<sup>39</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 165.

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 65.

<sup>41</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 68.

Na experiência norte- americana na construção da Constituição de 1787, o Poder Constituinte teve a função de criar um corpo de regras superiores e invioláveis erigindo o povo como autoridade política, subordinação do legislador e de todas as normas produzidas aos ditames estabelecidos na Constituição, além da criação de um sistema de freios e contrapesos (*cheks and balances*) denotando o caráter não-absoluto dos poderes constituídos e a garantia dos direitos fundamentais reconhecidos perante o Estado e seus possíveis arbítrios. Segundo CANOTILHO, na experiência norte-americana a autonomia do Poder Constituinte estava mitigada, pois ele estaria obrigado a criar um corpo rígido de regras garantidoras de direitos e limitadoras de poderes<sup>42</sup>.

No constitucionalismo francês havia a necessidade de se teorizar o Poder Constituinte e a criação de um texto constitucional contrário ao *ancien regime*, portanto, propunha o abade SIEYÉS<sup>43</sup> um poder criativo originário, autônomo, ilimitado, incondicionado e inicial cuja titularidade era da nação haja vista a ideia de soberania do Estado. EMIL BOUTMY, explica esta ideia criacionista francesa afirmando que “a constituição é um acto imperativo da nação. Tirado do nada e organizando a hierarquia dos poderes”<sup>44</sup>. SIEYÉS contribui significativamente para a concepção de um poder que cria a Constituição - o Poder Constituinte – dos outros poderes constituídos que seriam os órgãos e funções criados pela Constituição<sup>45</sup>.

Neste sentido o Poder Constituinte tem o condão de instaurar uma nova ordem política inserta em um documento jurídico, qual seja a Constituição, que inclusive cria os demais poderes (constituídos) para legislação ordinária, bem como para a própria modificação da Constituição. Evidentemente, estes poderes quase divinos do Poder Constituinte são mitigados pela atenção dispensada aos fatores culturais, históricos, religiosos, principiológicos da sociedade, haja vista que a orientação social promovida de forma extrajurídica não legitimaria documento jurídico que dispusesse o contrário.

---

<sup>42</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 70.

<sup>43</sup> O abade Emmanuel Joseph Sieyés escreveu o livro “O que é o terceiro Estado?” atribuindo à nação a titularidade do poder constituinte.

<sup>44</sup> BOUTMY, Emil *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 71.

<sup>45</sup> SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa. *Qu'est-ce que le tiers-état?*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, 124 formula e responde a três perguntas: o que é o Terceiro Estado? O que tem sido ele, até agora, na ordem política? O que é que ele pede? Em suas respostas expõe que o Terceiro Estado era tudo pois sustentava a sociedade daquela época, mas até agora não era nada na ordem política, pois dela não participava e por isso, ele pede ser alguma coisa, ou seja, ter direitos políticos, representantes nos Estados Gerais e igualdade de representação junto à classe privilegiada.

Por exemplo, não se conceberia uma norma constitucional que permitisse a amputação de membros de pessoa presa em flagrante de furto por um povo cuja formação estivesse plasmada em valores ocidentais e cristãos; ou norma constitucional que não observasse o princípio da dignidade da pessoa humana ao permitir a aplicação de penas cruéis, desumanas ou degradantes. Nesta esteira a lição de STERN ao defender a imprescindível relação dos ditames contidos na Constituição e o ideal de justiça do povo<sup>46</sup>.

A titularidade do poder constituinte, na doutrina majoritária moderna, é do povo, haja vista ser um conceito mais dilatado que nação e pelo fato do Estado decorrer da soberania popular, donde a Assembléia Constituinte apenas exerce este poder, mas não o titulariza<sup>47</sup>. O povo seria, na lição de BÖCKENFÖRDE: “um grupo de homens que se delimita e se reúne politicamente, que é consciente de si mesmo como magnitude política e que entra na história atuando como tal”<sup>48</sup>.

O momento para instauração de uma nova ordem política, com a mudança na estrutura constitucional do Estado nos seus aspectos mais elementares<sup>49</sup>, é sempre motivado por condições extraordinárias donde não se pode mais aplicar as envelhecidas normas constitucionais dados os novos reclamos surgidos por situações revolucionárias (democráticas ou não), momentos de transição política, ou seja, de rompimentos da ordem anterior.

Nestas situações verifica-se o atuar do Poder Constituinte Originário e suas características já algures ventiladas, ou seja, ilimitado, inicial, incondicionado e autônomo.

Se houver alguma necessidade de mudança na Constituição sem que haja ruptura abrupta e basilar, mas que haja a continuidade das mesmas estruturas jurídico-políticas antes erigidas verifica-se o exercício do Poder Constituinte Derivado, sempre limitado, condicionado, subordinado e ulterior ao texto constitucional ao qual deve observância em limitações plúrimas de ordem formal, circunstancial, procedimental, temporal e

---

<sup>46</sup> STERN, Klaus. *Derecho de la República Federal Alemana*. Madrid: CCE, 1987, p. 316.

<sup>47</sup> Neste sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 15; SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 16; TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 32.

<sup>48</sup> BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 165.

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

material. Neste sentido SCHMITT entende que a faculdade de reformar a Constituição “atribuída por uma normação legal-constitucional, significa que uma ou várias regulações legais-constitucionais podem ser substituídas, mas apenas no pressuposto de que permaneçam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição, considerada como um todo”<sup>50</sup>.

### 1.3 Vinculação dos poderes constituídos aos ditames constitucionais

Os três poderes são, na visão de HANS KELSEN, jurídicos e políticos, quando assevera: “não existe nenhum órgão da comunidade ao qual o Direito não deixe pelo menos certo grau de arbítrio no exercício de sua função e, portanto, nenhum órgão que não seja uma entidade jurídica e, ao mesmo tempo, política”<sup>51</sup>.

A Constituição brasileira enumera e reparte as competências tanto em relação às entidades federativas, quanto aos poderes por ela constituídos. A defesa da própria Constituição e do Estado repousam em competência comum aos três poderes, cabendo a todos a guarda de seus ditames. Logo, em tese, não há que se falar em hierarquia ou supremacia de um poder em detrimento do outro, mas em complementaridade dentro das atuações de cada um em caráter típico e atípico.

Assim, quando é realizada uma política pública de saúde pelo Poder Executivo, ou quando determinada norma de eficácia limitada é enfim implementada por legislação infraconstitucional (atuação do Poder Legislativo) que lhe dê plena eficácia, ou mesmo quando do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, a Constituição Federal está sendo respeitada e concretizada pela ação de todos. Nesse sentido CRISTINA QUEIROZ discorre que “a teoria da interpretação constitucional inclui necessariamente os três poderes de governo – legislativo, executivo e judicial – num processo de diálogo e cooperação quanto à determinação do significado do texto constitucional”<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2001, p. 119.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Luís Carlos Borges (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 371.

<sup>52</sup> QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 1.

O Estado Constitucional vincula a atuação de todos os poderes no sentido de ser a Constituição uma norma suprema que submete todas as outras, inclusive a atuação política.

Deve-se advertir, entretanto, que a ideia de uma Constituição dirigente no sentido de ser uma cartilha que deva ser concretizada literalmente pelos poderes da República não nos parece a melhor maneira de garantir sua supremacia, haja vista as mudanças sociais e as necessidades (i)mediatas e, por vezes imprevista, do Estado obrigar a adoção de medidas pelas quais deva-se promover a chamada mutação constitucional, qual seja uma interpretação diferente daquela realizada até o momento.

Em outras palavras, o atuar dos poderes está adstrito ao estabelecido na Constituição, mas não deve olvidar as circunstâncias nas quais seus ditames serão concretizados para que não haja prejuízo maior para o Estado e, conseqüentemente, à toda a sociedade. Neste sentido, KELSEN confirma essa assertiva ao expor: “(...) por mais ampla que possa ser a esfera de arbítrio concedida como exercida por um órgão da comunidade jurídica apenas se executada dentro da esfera do arbítrio conferida ao órgão pelo Direito, isto é, se a função estiver em conformidade com o Direito”<sup>53</sup>.

A simples inércia do Poder Legislativo não pode ser caracterizada como desídia em todas as situações, haja vista ser o silêncio e a ausência também formas de decisão política. A não concessão de medicamentos para enfermidades raras pode ser visto como decisão política, face à escassez de recursos, de privilegiar tratamentos que beneficiem uma grande parcela da sociedade. Tal inércia não pode ser considerada desidiosa e não caberia ao Judiciário imiscuir-se nesta questão sem a precedência de um diálogo interinstitucional.

Veja-se o caso das concessões de aposentadoria. A Constituição pode estabelecer regras de aposentadoria – as quais foram concebidas em momento histórico diverso e sem o Estado encontrar-se imerso em uma grave crise econômica – que se fossem seguidas no momento atual comprometeriam as contas públicas a ponto de inviabilizar o pagamento dos benefícios de todos. Neste caso, caberá uma intervenção legislativa extraordinária – fruto do Poder Constituinte Derivado - e a necessária alteração da Constituição. No caso de demora nesta prestação legislativa e caso existisse demanda judicial no sentido da obtenção de aposentadoria nos moldes constitucionais, a

---

<sup>53</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?**: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Luís Carlos Borges (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 372.



decisão judicial deveria considerar as possibilidades financeiras do Estado e as razões apresentadas pelos demais poderes e não desconsiderar a situação fática.

Logo, parte da doutrina que faz a crítica a um Poder Legislativo ineficiente e desidioso pela existência de lacunas e inércias, é a mesma que defende um Poder Judiciário legitimado a penetrar em salvaguarda ao texto constitucional. Parece-nos, entretanto, desarrazoado e simplista tal defesa, pois não considera as filigranas e sutilezas do debate político não albergadas pela prestação jurisdicional. JORGE PEREIRA DA SILVA diferencia os conceitos de omissão relevante juridicamente e seu conceito naturalístico, desta forma ventila que a falta de norma incidente sobre determinada matéria ou mesmo a inércia do legislativo não pode ser confundida com a omissão legislativa<sup>54</sup>, portanto, não trata-se apenas de *não fazer*, mas de um *não fazer algo devido* que diferencia o conceito natural do conceito jurídico de omissão; na seara constitucional quando há inércia na obrigatoriedade de produção legislativa entende-se tal omissão como *um não atuar devido* ou mesmo *um não atuar completamente o devido* quando a ação legislativa é insuficiente<sup>55</sup>.

BLANCO DE MORAIS entende que “existe inconstitucionalidade por omissão quando um órgão público se abstém de editar um acto, cuja prática é exigida pela Constituição, pelo que a inércia do decisor viola um dever constitucional de agir”<sup>56</sup>. JORGE MIRANDA caracteriza a omissão violadora da Constituição “sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas”<sup>57</sup>.

Em outro caso, imagine-se a necessidade de se realizar uma ampla reforma política. As grandes reformas com abrangência *erga omnes* devem ser realizadas por órgãos políticos por natureza como os parlamentos e audiências públicas com a ampla participação dos diversos atores sociais. A demora no procedimento precedente a uma grande reforma é visto como salutar no sentido de amadurecimento e oportunidade em debater as mais intrincadas situações e buscar, mediante o consenso, as melhores

---

<sup>54</sup> SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 11.

<sup>55</sup> CLÈVE, Clemerson. **A Fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 222-223.

<sup>56</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controle da Constitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 136.

<sup>57</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 292.

alternativas. No Brasil, a reforma política começou no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) cujas decisões foram corroboradas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), referimo-nos às normas de fidelidade partidária que foram definidas pelo STF sem base legal nem constitucional.

O Judiciário é chamado a decidir, e suas decisões possuem conteúdo político, haja vista ser a jurisdição uma das faces do poder político<sup>58</sup>, pois falar de um poder do Estado que não seja político é um contrasenso<sup>59</sup>, mas decide com base na Constituição e nos limites preestabelecidos no texto constitucional, não podendo ir além daquilo fixado *a priori* no referido texto.

Igualmente no que tange a decisão de mérito, esta cabe ao Poder Executivo o qual fora constituído para administrar a *res* pública e decidir sobre a condução de ações políticas mais convenientes e oportunas. Não cabe ao Judiciário adentrar nesta discussão sob pena de redefinir pela via jurisprudencial as competências estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário e instituir deste modo um “terceiro turno da constituinte”<sup>60</sup>.

#### 1.4 Garantia da Constituição e as “questões políticas”

Acerca de uma jurisdição constitucional, HANS KELSEN e CARL SCHIMITT divergiram fortemente, pois enquanto KELSEN defendia a criação de Tribunais Constitucionais com o intuito de concretizar a jurisdição constitucional e assegurar a supremacia da Constituição (guarda da Constituição) sobre todas as demais normas infraconstitucionais segundo uma pirâmide hierárquica na qual a Constituição possui o grau superior<sup>61</sup>, SCHIMITT não admitia a criação de uma jurisdição constitucional por entender que a resolução de questões que envolvessem constitucionalidade seria de natureza política e não poderia um tribunal, mesmo atuando na defesa da Constituição, realizar atividade política. Portanto, para SCHIMITT tal defesa deveria ser realizada por órgão político.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 77.

<sup>59</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.94.

<sup>60</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Unissinos, julho/dezembro de 2009, disponível em: [www.rechtd.unissinos.br/pdf/84.pdf](http://www.rechtd.unissinos.br/pdf/84.pdf).

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. **La garantie juridictionnelle de la Constitution**. Revue du droit public et de la Science politique, 1928, p. 197.

<sup>62</sup> SCHIMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARDOSO DA COSTA entende que tratava-se de duas concepções diferentes de Constituição, qual seja a concepção normativista de KELSEN e a concepção decisionista-unitária de SCHIMITT e tal divergência transferia-se também na determinação de quem faria sua defesa ou guarda “como nela se exprimem entendimentos diversos acerca da natureza da ‘justiça’ ou da ‘função jurisdicional’”<sup>63</sup>.

O ordenamento jurídico, em face das relações sociais cada vez mais complexas, não consegue responder legislativamente a todas as questões que são demandadas, entretanto, pela proibição do *non liquet* o Judiciário tem que julgar quando for provocado, nesse diapasão, o magistrado de forma criativa colmata as lacunas deixadas pela lei em que pesem limitações intrínsecas à sua própria atividade trazidas no bojo da Constituição. Segundo HART: “(...) os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos”<sup>64</sup>. Concordamos com HELLER quando entende que o jurista, preocupado apenas com a aplicação de preceitos jurídicos positivos, está propenso ao erro de conceber que tais preceitos presentes na lei e na jurisprudência constituem-se em normas ideais refutando a atualidade volitiva e a faticidade<sup>65</sup>.

Na história constitucional brasileira, a Constituição de 1891 e de 1934 em seu art. 68 estabelecia: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Na Constituição de 1969 (EC nº 1/69) no art. 181: “Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de Março de 1964”. Tais proibições impele-nos a enfrentar o que são “questões políticas” em contraponto às “questões jurídicas”.

Acerca das questões políticas, MEDAUAR<sup>66</sup> e BANDEIRA DE MELLO<sup>67</sup> entendem que são atos de governo que traçam as diretrizes amplas para a vida da coletividade, são praticados dentro dos parâmetros estabelecidos na Constituição como

---

<sup>63</sup> CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. In: *Studia Iuridica*, 41, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Ed. Coimbra, 1999, p. 114.

<sup>64</sup> HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. In: MENDES, A. Ribeiro (Trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 336.

<sup>65</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. In: MOTTA, Lycurgo Gomes da. (Trad.). São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 230.

<sup>66</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 173.

<sup>67</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 353.

exercício de função substancialmente política como a concessão de indulto ou a sanção a um projeto de lei, por exemplo. Exemplo recente em solo brasileiro foi a negativa do Presidente da República em assinar o decreto de extradição do italiano Césare Batisti, mesmo após o STF ter decidido definitivamente pela constitucionalidade de sua extradição.

Embora seja difícil estabelecer rol exaustivo de questões que não possam ser equacionadas no Poder Judiciário (insindicáveis), DROMI aponta que os 1) atos relativos às relações internacionais, tais como declaração de guerra, assinatura de tratados; 2) questões relacionadas à segurança interna como estado de sítio, intervenção federal; 3) questões que envolvam relação entre os poderes do Estado tal como o fechamento dos parlamentos, são insindicáveis<sup>68</sup>. Segundo PELAYO:

*Existe, sin embargo, un limite a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los actos de las autoridades realizados en cumplimiento de ellas. Tal limite está formado por las llamadas 'cuestiones políticas', en las que la judicatura declina pronunciarse en cuanto al problema de la constitucionalidad, por entender que son de tales cuestiones de lo que rebasan su jurisdicción. Pero no existe ninguna definición autorizada de lo que deba entenderse por cuestión política y, por consiguiente, la determinación de si una cuestión cae dentro de tal categoría es algo a decidir por el tribunal<sup>69</sup>.*

A questão será considerada como política considerando o âmbito de competência de cada poder muito mais do que a matéria tratada. RUY BARBOSA assim se pronunciara:

Não basta que a questão estremece com a política, ou com ela prenda; que tenha relações políticas, ofereça aspectos políticos, ou seja, suscetível de efeitos políticos; que à política interesse, ou sobre ela passe a atuar sobre alguma de suas faces, algumas de suas ligações, alguns de seus resultados. É mister que seja simplesmente, puramente, meramente política, isto é, que pertença ao domínio político totalmente, unicamente, privativamente, exclusivamente, absolutamente. Só então cessa a competência judicial.

Concordamos com ARAGON<sup>70</sup> quando verifica que a regulamentação jurídica por si só não converte o controle político em jurídico; deste modo, por existir questão prevista no texto constitucional necessariamente não quer dizer que deverá ser de competência do Poder Judiciário.

<sup>68</sup> DROMI, Roberto. *Los jueces: Es la justicia un tercio del poder?* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1992, p. 167.

<sup>69</sup> PELAYO, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1993, p. 429.

<sup>70</sup> ARAGON, Manuel. *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p. 145.

O Direito, em termos ontológicos, não refuta a Política, pois ela serve de pressuposto para sua criação, manutenção e fomenta debates na “sociedade aberta” de seus intérpretes, deste modo, não há direito sem política, pois “a política é talvez, o momento constituinte do próprio direito”<sup>71</sup>. Ressalte-se a possibilidade de alteração da Constituição pela decisão política, pois não se olvida que “o direito é estabelecido pela política e é, por sua vez, marco em que a política se desenvolve”<sup>72</sup>, portanto, a discussão política é precedente *sine qua non* da criação do direito, entretanto, uma vez normatizado, também a política encontra limites no direito, esta simbiose gera uma interdependência entre direito e política, não é a Constituição uma tentativa de normatizar a vida política futura de um Estado?

STRECK, por sua vez, entende que o direito não está subordinado à política, mas sim, é a política que se converte em instrumento de atuação do direito, em especial aos vínculos impostos pelos princípios constitucionais<sup>73</sup>. Ressaltamos, por oportuno, que o poder político pode ser exercido pela força; em uma democracia será exercido pela força representativa da maioria com respeito às minorias, diferenciam-se, portanto, de um poder político judicial, pois este é exercido com base no ordenamento jurídico.

Ao decidir questões de “política pura”, o magistrado antecipa-se ao debate político que deve existir inicialmente no seio social e continuado nas casas legislativas e arvora-se como criador não apenas do Direito, mas dos pressupostos embaixadores do Direito alijando todos os demais atores (legítimos) desse processo de construção. Portanto, há clara mitigação da soberania popular, das Instituições representativas e democráticas sob frágeis argumentos que tentam legitimar esta prática. A criação, transformação, alteração e revogação do direito é sempre precedida de cogitações, debates e estudos realizados na esfera política em sentido amplo. Não se pode aprisionar

---

<sup>71</sup> KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade**. In: HUANG, Carolina (Trad.). São Paulo: Manole, 2006, p. 46.

<sup>72</sup> AGESTA, Luis Sanchez. **Princípios de Teoria Política**. Madrid: Editorial nacional, 1983, p. 125.

<sup>73</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 154. Segundo BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 72: “Pretender que uma forma de controle social, como o Direito, pudesse abolir a Política, exigiria que todos os homens, em dado momento e lugar, pensassem sempre do mesmo modo, alimentassem as mesmas crenças e almejassem os mesmos fins. Ou seja: que não fossem humanos, na plenitude e grandeza de sua liberdade de sentir, acreditar e criar. Nenhuma ditadura, por mais implacável, jamais conseguiria isso”.

ou olvidar esta realidade<sup>74</sup>, ou nas palavras de GRIMM, aquilo que vale no âmbito jurídico foi determinado no âmbito político<sup>75</sup>.

A problemática, longe ser equacionada, é a influência recíproca entre política e direito, como se depreende nas palavras de BOBBIO: “Quando por direito se entende o conjunto das normas, ou ordem normativa, no qual se desenvolve a vida de um grupo organizado, a política tem a ver com o direito sob dois pontos de vista: até que ponto a ação política se desenvolve por meio do direito, e até que ponto o direito delimita e disciplina a ação política”<sup>76</sup>.

Ora, MAQUIAVEL já preconizava que quando um tem a liberdade de agir com abandono e licença, a confusão e a desordem manifestam-se de forma generalizada em toda parte<sup>77</sup> e que infeliz é a cidade que não tem um legislador sábio, pois será compelida a restabelecer a ordem; ademais verifica que a prudência legislativa e a estabilidade do direito trazem tranqüilidade para todos<sup>78</sup>. Em suas palavras: “nenhum conselho ou magistrado deve poder obstruir os assuntos do Estado”<sup>79</sup>.

Em uma república não se poderia permitir que as decisões partissem de uma minoria, pois tal prática traria problemas de continuidade nesta forma de governo. A problemática é revestida de maior importância, pois não se deve mitigar ou alijar a atividade legislativa sob nenhum pretexto sob pena de destruição do próprio regime democrático. Não concordamos com ROUSSEAU<sup>80</sup> quando de maneira metafórica relaciona o Legislativo com a força e o Executivo com a vontade, donde a junção das duas – força e vontade do Estado – conduziria a política uma vez que a mesma necessita do controle exercido pelo Judiciário.

<sup>74</sup> PACINI, Dante. **Direito e Política**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

<sup>75</sup> GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. In: CARVALHO, Geraldo de. (Trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto. **A Política**. In: SANTILLÁN, José Fernandez (org.). Norberto Bobbio: o filósofo e a política. Rio de Janeiro: Contraponto, 2203, p. 153.

<sup>77</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. BATH, Sérgio. (Trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 29.

<sup>78</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. BATH, Sérgio. (Trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 23.

<sup>79</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. BATH, Sérgio. (Trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 159.

<sup>80</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contract Social**. Paris: Gallimard, 1964, p. 217. *In verbis*: “*Le corps politique a les mêmes, mobiles: on y distingue de meme la force et la volonté; celle-ci sous de non de puissance législative, l’autre sous le non de puissance exécutive. Rien ne s’y fait ou ne doit s’y faire sans leur concours*”.

A própria concretização de uma constituição dirigente pela atuação judicial é ato deliberado de decisão política unilateral, pois este modelo de Constituição entende que as respostas para a ação política encontram-se nos dispositivos constitucionais os quais devem ser seguidos e efetivados. Aliados a ela surgem princípios como proibição do retrocesso e mínimo existencial os quais ignoram a influência de elementos não jurídicos presentes em outros sistemas como o econômico e o político. Entender que a efetividade da Constituição deve ser capitaneada pela atuação judicial é erigir o processo como o instrumento mais relevante para este desiderato, quando na verdade este debate seria melhor equacionado em outras arenas de discussão não coercitiva.

Portanto, há estreita relação entre direito e política, entretanto o modo de atuação é bem diferente, haja vista o restrito e emoldurado limite imposto na aplicação do direito e o caráter mais fluido, subjetivo e negocial da política. A política como pressuposto para criação do direito não se aprisiona na atuação judicial sob pena de substituição da vontade soberana do povo pela vontade institucionalizada dos tribunais. DWORKIN entende que se um tema está inserto na Constituição já o torna político<sup>81</sup>. A problemática repousa no fato dos limites da atuação judicial que deve ter acuidade em diferenciar questões de política pura que exigem discussão em *locus* democrático, notadamente nas casas legislativas e demais questões políticas plenamente sindicáveis.

É certo que a Constituição legitima os titulares do poder político e estabelece regras para obtenção e perda deste poder, bem como outras disposições tais como idades mínimas para preenchimento dos cargos, prazo do mandato e demais responsabilidades políticas as quais devem estar contidas na agenda de governo dos mandatários do povo, por este motivo, entende-se que é o estatuto jurídico do político, entretanto, não se ocupa apenas em organizar o poder político, instituir órgãos e repartir competências, mas, sobretudo, define os princípios basilares que estruturam e organizam o poder político adentrando nos meandros das relações entre os órgãos de soberania, repartindo este poder e formatando o próprio Estado<sup>82</sup>.

As normas constitucionais estruturantes do Estado são de natureza política, posto que além de determinar sua estrutura, limita o poder do Estado e reconhece os direitos fundamentais, não pode ser afastada pelos sucessivos governos e, portanto, tem o

---

<sup>81</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>82</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1440.

condão de disciplinar um conteúdo essencialmente político dentro de uma estrutura normativa<sup>83</sup>. Neste viés, é político em sua origem, haja vista ser fruto de decisão política e originar-se de um poder político e também em seu objeto, pelas razões supramencionadas. BARROSO afirma ser possível reduzir a realidade política à normatividade jurídica, pois ao longo do tempo após a revolução francesa já fora conseguido limitar o poder do rei, despersonalizar o direito e regular o processo de representação<sup>84</sup>.

O advento do Estado Social contribuiu significativamente para uma atuação mais efetiva do Judiciário no campo das políticas públicas, haja vista que ao interpretar a norma constitucional consagradora de direitos e princípios sociais, naturalmente previstas de forma vaga e fluida, propicia o adentramento na densificação subjetiva e pessoal do texto pelo fato de sua plurissignificação, não se pode densificar conteúdos sem exercer algum tipo de ação jurídico-política. Inegavelmente há, e neste ponto corroboramos o pensamento de STRECK, um deslocamento da esfera de tensão, de procedimentos políticos para procedimentos judiciais<sup>85</sup>, entretanto, não ocorre tal fato em sua totalidade, vislumbramos debate político nas casas legislativas, mas com observância da opinião dos Ministros do STF mesmo que de modo informal, ou pela análise jurisprudencial que intuitivamente demonstra a linha de pensamento prevalecente.

Invariavelmente devemos destacar a corrente originalista (conservadora) a qual defende a intenção constituinte (*The original intent*) e a corrente progressista (evolucionista) que defende a ideia de que o texto constituinte uma vez criado tem vida própria). Entre os progressistas destacamos BINENBOJM: “a Constituição deve ser relida a cada geração com as atualizações formais e informais que permitam revigorar a sua legitimidade como documento político fundamental”<sup>86</sup> e POSNER ao afirmar:

---

<sup>83</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 422.

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 69. Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: QuartierLatin, 2008, p. 15.

<sup>85</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 149.

<sup>86</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 99.



Se os juízes modernos foram expositores fiéis de decisões tomadas pelos autores da Constituição há séculos, e ignorarem a opinião pública contemporânea, os cidadãos atuais ver-se-ão privados da oportunidade de moldar seu próprio destino em áreas dentro do alcance proibitório das antigas leis, a não ser através do trabalhoso processo de emendas constitucionais<sup>87</sup>.

O Poder Judiciário exerce poder político no controle de constitucionalidade, como intérprete derradeiro do texto constitucional e por ser responsável em equacionar conflitos entre os demais poderes.

BIANCHI destaca que quando os juízes atuam no controle da constitucionalidade exercem controle jurídico com profundas implicações políticas<sup>88</sup>.

## 1.5 Jurisdição constitucional e Tribunais constitucionais

### 1.5.1 Definição de jurisdição constitucional

A concepção de uma jurisdição constitucional surge com o advento do constitucionalismo que buscava limitar o poder político dos detentores do poder em prol dos indivíduos com o escopo de garantir o exercício dos direitos fundamentais operacionalizado pelo processo de controle de constitucionalidade tanto das leis quanto dos atos normativos emanados do poder público, com arrimo no princípio da supremacia da Constituição o qual surgiu do *judicial review* estadunidense.

Existe uma jurisdição constitucional, pois se reconhece a superioridade hierárquica da Constituição e os tribunais constitucionais a exercem objetivando dar primazia ao disposto nas normas constitucionais. Portanto, a jurisdição constitucional tem por desiderato o cumprimento das normas constitucionais racionalizando e limitando o poder político<sup>89</sup>.

A jurisdição constitucional possui dois papéis principais, quais sejam a aplicação<sup>90</sup> e a defesa da Constituição, esta última ligada à preservação de seu conteúdo

---

<sup>87</sup> POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 185.

<sup>88</sup> BIANCHI, Alberto. *Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 226.

<sup>89</sup> AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 19 afirma que a jurisdição constitucional compreende a função estatal que objetiva concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática.

<sup>90</sup> Neste sentido conferir: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 557-561.

e se materializa quando há o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, a proteção dos direitos fundamentais, o controle das regras democráticas sejam de democracia direta (plebiscito e referendo) ou indireta (eleições), controle do funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais e o equilíbrio da federação<sup>91</sup>.

Deste modo, a jurisdição constitucional envolve o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional das liberdades esta materializada quando há vilipêndio aos direitos fundamentais como vida, liberdade, informação, dentre outros, o que enseja o ajuizamento das ações de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, mandado de segurança, ação civil pública e ação popular, no caso do direito brasileiro.

A jurisdição constitucional deve garantir a concretização dos mandamentos insculpidos na Constituição, sendo esta considerada alicerce de todo o ordenamento jurídico, “sua força normativa tem que ser continuamente densificada porque a ineficácia de suas normas representará a ineficácia de todo o sistema normativo”<sup>92</sup>.

A função primacial e exclusiva da jurisdição constitucional é a conservação da Constituição, na doutrina de HESSE<sup>93</sup>. Para ADEODATO dá-se o nome de jurisdição constitucional: “ao conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo Judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais, dá-se a denominação de jurisdição constitucional (*verfassungsgerichtbarkeit*<sup>94</sup>)”.

STRECK entende tratar-se de tribunais aptos a instrumentalizar e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 892. Ainda destaca a necessidade de observância dos princípios constitucionais vigentes. MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 185 destaca que o papel da jurisdição constitucional é: “fazer prevalecer a Constituição contra os atos do poder em três domínios característicos, isolada ou conjuntamente: os direitos individuais, a separação dos poderes sobretudo entre o poder legislativo e o poder executivo, a definição de fronteiras entre os poderes federais e os Estados-membros no caso das federações”.

<sup>92</sup> AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 17.

<sup>93</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Luís Afonso Heck (Trad.) Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 419

<sup>94</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites**. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

<sup>95</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 170.

Para densificação das normas constitucionais é necessário intenso trabalho hermenêutico, posto que pela natureza de tais normas e o grau elevado de abstrativização, submetem-se a métodos não utilizados quando da interpretação de uma lei infraconstitucional, entretanto, esta constatação esconde problemas. Na lição de CANOTILHO: “sob as vestes de problemas de interpretação, escondem-se relevantíssimas questões jurídicas e político-constitucionais relacionadas com as funções do Estado e com os limites da jurisdição constitucional”<sup>96</sup>.

No Brasil, há a defesa de que a última palavra em questões constitucionais é do Supremo Tribunal Federal, entretanto, cada magistrado singular (*a quo*) ou membro de tribunal (*ad quem*) por dever de ofício exerce jurisdição constitucional pela via difusa, haja vista a vinculação de todos na concretização e fiscalização do fiel cumprimento dos ditames da Constituição, neste diapasão, as instâncias inferiores do Poder Judiciário, quais sejam juízes e tribunais, exercem de forma mais ampliada quantitativamente a jurisdição constitucional, mas como cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra em matéria constitucional<sup>97</sup>, suas decisões são qualitativamente mais relevantes e com possibilidade de vincular em toda a estrutura jurisdicional o conteúdo expresso em seus acórdãos.

### **1.5.2 Constituição de concepção político-filosófica liberal, social e os diferentes papéis da jurisdição constitucional**

Neste tópico objetiva-se abordar o papel da jurisdição constitucional nos albores do constitucionalismo clássico, destacando sua evolução no Estado Social e as transformações exigidas pelo Estado Democrático de Direito da atualidade, considerando o contexto de transição existente na concepção de um Poder Judiciário adstrito ao *juris dicere* à visão pós-moderna do *jus dare*.

KÄGI citado por STRECK aduz: “diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens de Constituição”<sup>98</sup>. É que na verdade os papéis da Corte Constitucional são diferentes na medida em que contextualizamos sua

<sup>96</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1261.

<sup>97</sup> Doutrina que contestaremos ao longo desta investigação, haja vista a provisoriedade das decisões judiciais e a fraca sustentação das “teorias da última palavra”.

<sup>98</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 213.

atuação em um dos modelos de Estado supramencionados, pois a atuação da jurisdição constitucional depende em grande medida da estrutura política do Estado.

Inicialmente tratando do modelo de Estado Liberal, BONAVIDES lembra seu compromisso com a obtenção de mera igualdade formal, individualista e garantista de direitos em relação ao Estado<sup>99</sup>, fundado na ideia de liberdade e com o objetivo de limitar o poder político seja promovendo uma divisão interna (separação dos poderes), seja externa com a redução de suas funções diante da sociedade<sup>100</sup> com o incremento do princípio da legalidade que encetara normas vinculando tanto o Estado quanto o indivíduo; era o império da lei, obrigando seu fiel cumprimento por parte de todos, por isso o exordial marco dos direitos fundamentais encontra arrimo no surgimento do Estado Moderno e no princípio da separação de poderes<sup>101</sup>.

O Estado Moderno principia com o Estado Liberal e tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de direito liberal.<sup>102</sup>

Este Estado Moderno Liberal surgira em contraposição ao indesejado absolutismo e como tal encetou substanciais mudanças; desejava-se um Estado não interventor na vida privada do indivíduo e inarredável desejo de um aparelhamento jurídico capaz de defender o indivíduo face aos (possíveis) arbítrios estatais, portanto, é um Estado abstencionista, sob a égide do *laissez faire, laissez passer*, o que antes se definia como Estado de polícia passa a denominar-se Estado mínimo com o escopo de garantir a ordem e a segurança sem muita preocupação com a política social<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31.

<sup>100</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado de da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 47.

<sup>101</sup> MIRANDA, Jorge. **A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais**. Lisboa: Petrony, 1978, p. 304.

<sup>102</sup> MIRANDA, Jorge. **Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social**. In: Revista dos Tribunais, ano 1, out/dez. de 1992, p. 198. Segundo BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. (trad.) Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993p. 49-50: “*para la teoria liberal (del Estado de derecho burgues) de los derechos fundamentales, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Se establecen para asegurar, frente a la amenaza estatal, ámbitos importantes de la libertad individual y social que están especialmente expuestos, según la experiencia histórica, ala amenaza del poder del Estado. (...) toda normación legal, toda intervención de la autoridad, toda injerencia estatal debe ser por principio limitada, mensurable, calculable, cada control estatal debe ser a su vez controlable de nuevo*”.

<sup>103</sup>Cf: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I, Coimbra: Almedina, 1994, p. 51 ss.

Imprescindível era cambiar a vontade individual absolutista, a qual fundamentava a sociedade política, bem retratada no “leviatã” hobbesiano, pela norma geral e abstrata<sup>104</sup>.

Assim, no Estado Moderno liberal, há pouca interferência deste na economia, pois o mercado seria regulado pela “mão invisível”<sup>105</sup>, a ordem natural possibilitando o desenvolvimento.

Na política há o advento do princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade. Na economia havia a ampla propriedade privada e liberdade contratual, que seria também combatida pelo Estado social.

Tais direitos, de 1ª dimensão, possuem sua gênese no Estado liberal cuja defesa individual cingia-se imprescindível aos direitos fundamentais. O Estado era o problema dos direitos fundamentais; eventualmente ele seria chamado para resolver conflitos; prevalecia a idéia de que quanto menos interviesse o Estado, mais se poderia exercer direitos fundamentais. Nesse sentido os direitos individuais são considerados em sentido negativo como garantia de não ingerência estatal em sua esfera.

O modelo liberal, o qual pautava-se pela igualdade meramente formal<sup>106</sup> (não havia preocupação com a busca pela igualdade material<sup>107</sup>), não promovia liberdade real ao cidadão, uma vez que a regulação do mercado era realizado pelos fatores econômicos e o proletariado, cuja única propriedade estava em sua força de trabalho, não raras vezes era submetido a esforços maiores que suas forças com aumento progressivo no horário de trabalho, sem nenhum amparo de leis trabalhistas e onde até mesmo impúberes não eram poupados da insalubridade, periculosidade e desumanidade. Segundo MARSHALL: “o núcleo da cidadania, nesta fase, se compunha de direitos civis e os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo”<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: Revista RT, vol. 737, mar. de 1997, São Paulo: RT, p. 12.

<sup>105</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Constituição da República Portuguesa comentada**. Lisboa: Lex, 2000, p. 9.

<sup>106</sup> Sobre igualdade formal conferir BORDIN, Luigi. **Democracia e direito, a questão da cidadania na época da globalização**. In: Revista Perspectiva Filosófica, vol. VIII, nº15, jan./jun./2001, Recife: Editora universitária (UFPE), p.42.

<sup>107</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 379, destaca que: “Pelo princípio da igualdade material entende-se, segundo Perenthaler, que o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais”.

<sup>108</sup> MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar. 1967, p. 79.

Neste momento histórico analisado, considerando o final de século XVIII até o início do século XX, o modelo de Estado Liberal reinou absoluto e esperava-se um Poder Judiciário adstrito à subsunção do fato à norma, completamente afastado das questões políticas e essencialmente como “a boca da lei”, sem criatividade e proatividade.

No Estado Liberal o Direito era concebido como ciência pura e sua auto-suficiência tinha o condão de aplicar uma metodologia asséptica, objetivando não se contaminar com a moral, com a política ou com a sociologia, posto que o ordenamento jurídico era considerado coerente impedindo a existência de antinomias reais entre as suas normas.

Considerado isto, o papel da jurisdição constitucional era estabelecido com base na concepção lógico-formal ao aplicar a norma cabível ao caso concreto por meio de um processo silogístico, havia, pois a coincidência da racionalidade com a ideologia numa simultaneidade harmonizadora em relação à forma e ao conteúdo da lei, entendendo-se como forma a compreensão da lei como toda regra emanada de autoridade competente e em se tratando do aspecto material seria o preceito geral e abstrato. Em tal quadro buscava-se uma neutralidade plena do magistrado arrimada na hermenêutica tradicional que vigorava no Estado Liberal.

Inicia-se timidamente uma viragem paradigmática com o advento do Estado Social no início do século XX.

Considerando o advento do bloco comunista alavancado pela Revolução Russa, e com o objetivo inicial de resguardar o poder burguês e o capitalismo, houve uma viragem paradigmática com o reconhecimento de direitos aos trabalhadores, mitigando a simples regulação do mercado pela economia. Há deslocamento dos direitos fundamentais sob o paradigma individual para a ótica estatal (constitucionalismo social).<sup>109</sup>

Nas primeiras décadas do séc. XX a igualdade – formal tal como fora concebida – sofre questionamentos, e este é o ponto que diferencia o constitucionalismo liberal do social; nesse contexto histórico há o advento do movimento comunista que ocorria na Europa associado ao fenômeno da concentração das massas em área urbana.

---

<sup>109</sup> Corrobora essa afirmação MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. In: Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ – centro de atualização jurídica, V. I, nº 4, jul., 2001, p. 19, disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-CELSON-ANTONIO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-CELSON-ANTONIO.pdf)> acesso em 20 de abril de 2002.

Enquanto na 1ª dimensão dos direitos fundamentais há desconfiança no Estado e a crença de que o mesmo é um contumaz violador desses direitos, na viragem para a construção dos direitos fundamentais de 2ª dimensão (sociais, econômicos e culturais) o Estado assume um outro papel, qual seja o de “privilegiado promotor”, por isso que a 1ª dimensão exige “menos Estado” e a 2ª dimensão clama por “mais Estado”<sup>110</sup>, concordando com tal pensamento, BONAVIDES discorre que: “com o Estado social, o estado-inimigo cedeu lugar ao estado-amigo, o estado-medo ao estado-confiança, o estado-hostilidade ao estado-segurança”<sup>111</sup>.

Surgiu o Estado social (*Daseinsvorsorge*<sup>112</sup>) o qual assegura os direitos sociais, econômicos e culturais e onde havia intervenção estatal na atividade econômica tendo como objetivo lograr igualdade material – em contraposição à igualdade formal do modelo de Estado Liberal – e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais básicas para uma existência digna, um Estado voltado à consecução da justiça social<sup>113</sup>. Segundo BONAVIDES: “deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado”<sup>114</sup>.

Constitui-se em um Estado dirigente, onde os poderes públicos não limitam-se apenas na produção de leis ou normas gerais, mas tem o escopo de efetivamente dirigir a coletividade para o pleno alcance de metas predeterminadas. “Tem, pois, o Estado uma missão positiva: garantir para todos o mínimo, em alimentação, saúde, habitação, educação, vestuário, etc., compatível com a dignidade humana”<sup>115</sup>.

São os direitos fundamentais de 2ª dimensão, quais sejam, econômicos, culturais e sociais, donde foram consagrados precipuamente, em sede constitucional, na

---

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Luciano. **Os direitos sociais e econômicos como direitos humanos: problemas de efetivação**. In: LYRA, Rubens Pinto (org.). *Direitos Humanos: os desafios do Século XXI – uma abordagem interdisciplinar*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 155.

<sup>111</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.380 e BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

<sup>112</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do Ato Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 75 traduz como: “Providência da Existência”.

<sup>113</sup> Importante frisar que no Estado Liberal a igualdade consistia na titularidade dos direitos e liberdade para todos; no Estado Social a igualdade é a concreta e efetiva igualdade de agir e a liberdade seria nada mais que a própria igualdade impulsionada para ação; nesse sentido conferir MIRANDA, Jorge. **Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social**. In: *Revista dos Tribunais*, ano 1, out.-dez. de 1992, p. 198.

<sup>114</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 376.

<sup>115</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1976, p.32.

Constituição mexicana de 1917 e posteriormente na Constituição alemã, de Weimar, em 1919<sup>116</sup>.

Logo, os perfis políticos e econômicos do liberalismo são alterados em resposta às crises comprometedoras do próprio capitalismo. Quando o Estado passa a intervir na economia não é com perfil socialista, mas para manter vivo o capitalismo dada a emergência do bloco comunista<sup>117</sup>.

Há uma mudança na concepção de cidadania, pois no constitucionalismo liberal ocidental, cidadão designava alguém branco, proprietário, e, no caso brasileiro, maior de vinte e um anos. No constitucionalismo social há ampliação no conceito abrangendo os negros, mulheres, crianças e índios; enquanto no liberalismo havia “cidadãos”, no Estado social há “clientela” por causa dos serviços prestados pelo Estado, são os direitos fundamentais como prestação estatal.

Os direitos fundamentais não são mais considerados apenas com o caráter negativo, mas como pretensões de prestação social face ao Estado<sup>118</sup>. Evidentemente, ao cambiar o modelo de Estado e a concepção jurídico-política, inclusive com alteração expressa no texto constitucional ao incluir a chamada “Constituição econômica” que nada mais é senão a inclusão de artigos referentes à intervenção do Estado no domínio econômico, necessariamente mudou a atuação da jurisdição constitucional que passaria a ser mais exigida tanto no controle de constitucionalidade, posto que a produção legislativa deveria estar em conformidade com o novo paradigma, tanto na concretização e respeito aos direitos fundamentais sociais, prestacionais, que em certa medida poderiam ser também garantidos pela via da jurisdição constitucional. Neste sentido PAULO OTERO entende que aos tribunais fica reservado um papel de acessoriedade no controle da liberdade de conformação positiva do legislador no exercício da sua atividade implementadora do bem-estar, desenvolvendo assim uma

---

<sup>116</sup> Após as Constituições do México de 1917 e alemã (Weimar) de 1919, seguiram o mesmo paradigma as Constituições da Espanha (1931), Brasil (1934), Rússia (1936) e Irlanda (1937). Após a II Guerra Mundial surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) em 1948 e seus arts. 22 a 27 contemplaram os chamados direitos econômicos, sociais e culturais; depois dessa Declaração, os direitos sociais foram adotados em quase todas as Constituições posteriores.

<sup>117</sup> Sobre os direitos de segunda dimensão conferir SICHES, Recasens. *Filosofia del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1959, p. 600.

<sup>118</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la constitución*. In: *Escritos sobre derechos fundamentales* (trad.) Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 64.



função compensadora das falhas ou défices do legislador na otimização de decisões coletivas<sup>119</sup>.

JORGE MIRANDA entende que:

Daqui não procede, porém, forçosamente que todos os direitos sociais sejam direitos a prestações não vinculadas, ao fim e ao resto pretensões jurídicas e nunca verdadeiros direitos subjetivos; que deles não possam deduzir-se pretensões jurídicas concretas por via interpretativa; que sejam direitos sob reserva (condição) de lei ou constituídos por lei; ou que neles os indivíduos não apareçam como destinatários directos de normas constitucionais<sup>120</sup>.

Com o advento do Estado Social houve, portanto, um novo papel da jurisdição constitucional, como bem observa MAURO CAPPELLETTI ao dizer que os juízes devem: “*hacer observar normas y derechos constitucionales vagamente formulados y que a menudo requieren la intervención activa del Estado*”<sup>121</sup>, discorre ainda que resta ao Judiciário duas alternativas: ou mantém aquela clássica e típica concepção oriunda do séc. XIX ou assume seu novo papel e “eleva-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”<sup>122</sup>.

Inicialmente é mister aludir que o bem-estar social é aspiração e postulado fundamental encontrado em diversas Constituições do séc. XX, mas a despeito dos direitos de inspiração liberal, os direitos sociais – embora acolhidos nos ordenamentos constitucionais - não gozam de plena efetividade na prática jurídica com uma tímida atuação do Poder Judiciário no sentido de concretização de tais direitos, logo, nas palavras de MARCOS MASELLI com quem concordamos: “A efetividade destes direitos ainda depende, quase completamente, da caprichosa vontade dos governantes”<sup>123</sup>. O controle judicial na concretização dos direitos em discussão apresenta-se como contraposição e defesa da sociedade contra os “caprichos de vontade” da administração pública.

---

<sup>119</sup> OTERO, Paulo. **O Poder de Substituição e Direito Administrativo – enquadramento dogmático-constitucional**. vol. II, Lisboa: Lex, 1996, p. 601.

<sup>120</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 113-114.

<sup>121</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Apuntes para una fenomenologia de l injusticia em el siglo XX*. In: Revista de Processo, São Paulo: RT.

<sup>122</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1968.

<sup>123</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 5.

PAULO BONAVIDES afirma que: “cumprida toda uma trajetória de avanços sociais das Constituições já não se reclamam direitos, mas garantias”<sup>124</sup>.

Acerca do tema LUCIANO OLIVEIRA observa: “se os direitos civis e políticos podem ser assim considerados porque podemos recorrer ao Judiciário caso eles sejam desrespeitados, manda pelo menos a coerência que nos indaguemos a respeito da possibilidade de utilização do mesmo Judiciário para a defesa dos direitos sociais e econômicos”<sup>125</sup>. Portanto, o advento do novo paradigma constitucional com a inclusão dos direitos sociais compeliram a jurisdição constitucional a uma viragem paradigmática, um atuar mais proativo e ativista, inconformado com a inércia violadora à Constituição perpetrada pelos demais poderes.

Logo, há diferenças substanciais entre a jurisdição constitucional exercida no Estado Liberal e aquela exercida em meio ao Estado Social, pois realmente, o constitucionalismo liberal imputava uma função meramente técnico-jurídica ao Judiciário e o afasta das questões políticas; nesse viés, tal órgão seria limitado a mero aplicador da lei ao caso concreto apresentado de subsunção do fato à norma seja equacionando conflitos entre os indivíduos entre si ou entre esses e o Estado.

Discorrendo acerca da nova função do Judiciário, CLÈVE questiona: “se o direito dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica, e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz. Terá, todavia, o juiz consciência disso?”<sup>126</sup>.

O Estado Social exige, entretanto, atuação positiva e política do Judiciário em várias situações concretas devidamente previstas no texto constitucional, quais sejam os casos onde se faz necessária decisão judicial para assegurar a supremacia da Constituição sobre a legislação infraconstitucional quando ocorrerem incongruências entre elas<sup>127</sup>; ademais há possibilidade do controle pelo Judiciário da

---

<sup>124</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 382.

<sup>125</sup> OLIVEIRA, Luciano. **Os direitos sociais e econômicos como direitos humanos: problemas de efetivação**. In: LYRA, Rubens Pinto (org.) *Direitos Humanos: os desafios do Século XXI – uma abordagem interdisciplinar*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 161-162.

<sup>126</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Judiciário: autonomia e justiça**. In: *Revista de Informação Legislativa* nº117, Brasília, jan./mar. 1993, p. 304.

<sup>127</sup> Nesse sentido STRECK, Lênio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais**. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 201 entende que: “O poder judiciário deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *cheksand balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm predência mesmo contra textos legislativos produzidos por majorias parlamentares”.

constitucionalidade das leis em tese, independentemente de litígio em concreto donde a decisão gera efeitos *erga omnes*<sup>128</sup> e a inconstitucionalidade por omissão.

Neste modelo de Estado busca-se um Judiciário que consiga suprir as lacunas deixadas pelos demais poderes, axiológico e principiológico (muito mais que o simples legalismo), proativo e ativista na busca pela concretização da substância das normas constitucionais e dos direitos fundamentais conducentes à dignidade da pessoa humana. Problemático é verificar em que medida as “lacunas” devem de fato e de direito serem colmatadas pelos Judiciário, bem como os limites na aplicação do valor e da moral e da elasticidade (por vezes utilizada de forma utilitária nas interpretações) dos princípios como fundamento das decisões, e do alcance via judicial da efetivação da dignidade humana.

A superação do positivismo dezenovista promovido pelo constitucionalismo encetado pelo Estado Democrático e Social de Direito (neoconstitucionalismo) exige novas posturas hermenêuticas dos magistrados na jurisdição constitucional mediante a observância da força vinculativa da Constituição com tessitura eminentemente baseada em princípios e que condiciona a produção legislativa e jurisprudencial. Destarte, não se concebe a vetusta aplicação lógico-formal da Constituição, mas sim em virtude de seu substrato axiológico-teleológico e de certa forma, a promoção de transferência de poder político do Legislativo para a jurisdição constitucional. CAPPELLETTI entende que a grande novidade do moderno constitucionalismo consiste em sua tentativa de concretizar as normas da Constituição, mesmo aquelas mais vagas, ambíguas e imprecisas, ao conferir efetividade através da atuação de um intérprete qualificado: o juiz<sup>129</sup>.

Concordamos com a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO ao ventilar que haverá indevida intromissão judicial na discricionariedade administrativa quando o juiz, ante um critério dotado de admissibilidade e razoabilidade eleito pelo administrador, impuser critério pessoal; na dicção desse autor, a intromissão judicial será devida (e deveras indispensável) quando a opção do administrador houver sido

---

<sup>128</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. **Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988: uma introdução.** In: Revista de Informação Legislativa nº108, Brasília, out/dez. 1990, p. 68.

<sup>129</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** Aroldo Plínio Gonçalves (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 12.

absurda, sem correspondência lógica, desarrazoada e imprópria que prejudique a finalidade legal.<sup>130</sup>

Acrescentamos que a omissão do administrador quando manifestamente violadora de direitos fundamentais deve ser sanada pela tutela jurisdicional, seja anotando prazo para cumprimento, seja determinando de *per si* a providência a ser adotada com o escopo precípua de concretizar o direito fundamental maculado pela inércia do Executivo, com a devida acuidade de ter procedido uma relação dialogal.

A abstrativização exagerada do constitucionalismo social com expressões dúbias e conteúdo semanticamente aberto e plurissignificativo convidam os magistrados a densificar seus conteúdos, conforme CAPPELLETTI ao entender que: “As próprias leis inclusive as Constituições – quando formuladas genericamente e em termos programáticos – são, na verdade, um convite aos juízes para, legitimamente (através do legislador), colaborarem na evolução do Direito. Essa tarefa, aliás, também é entendida como um dever de democrática prestação de contas por parte do Judiciário”<sup>131</sup>.

### **1.5.3 Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade difuso, concentrado e misto**

O federalismo foi o nascedouro do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e no Brasil surgido na jurisprudência da Suprema Corte Americana no célebre caso *Marbury x Madison* (1803) donde restou decidido na sustentação do Juiz Marshall que quando houver conflito entre a lei e a Constituição, esta deve prevalecer; deste modo surgira o controle difuso de constitucionalidade (*judicial review*) sem nenhuma previsão na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, mas de simples construção interpretativa que fora cristalizada na jurisprudência da Suprema Corte e paradigmática em boa parte dos ordenamentos jurídicos existentes na atualidade. Na Europa, a mais relevante manifestação da jurisdição constitucional, qual seja o controle de constitucionalidade traz um novo paradigma, o controle abstrato de constitucionalidade.

---

<sup>130</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Controle judicial dos atos administrativos**. In: Revista de Direito Público nº 65, jan/mar. 1983, São Paulo, p. 37.

<sup>131</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 96.

O fim da Segunda Guerra Mundial revelou a necessidade de elevar a importância da Constituição como lei superior e sua garantia seria efetivada pela jurisdição constitucional. A própria constitucionalização dos direitos fundamentais enseja que sua proteção seja realizada mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos em geral que possam afrontar tais direitos, mediante a jurisdição constitucional. A Constituição torna-se viva quando *leading cases* são resolvidos nos tribunais constitucionais. Portanto, o constitucionalismo do pós-guerra atribuiu à jurisdição constitucional a função de tutelar os direitos fundamentais e zelar pelos valores materiais inscritos na Constituição.

Acerca da função da jurisdição constitucional no novo paradigma do constitucionalismo do pós-guerra surgiram duas correntes: procedimentalista (Habermas, Garapon) e substancialista (Cappelletti, Ackerman, Tribe, Dworkin, Paulo Bonavides, Streck).

A corrente procedimentalista critica a invasão da política pelo direito e a politização do Judiciário. Defendem a adoção de uma concepção procedimental da Constituição pelo estado Democrático de Direito donde os tribunais constitucionais limitar-se-iam à compreensão procedimental da Constituição, ou seja, protetores da criação democrática do direito e não se tornando guardiães de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Propõem um modelo de democracia constitucional que não se fundamente em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade e que exija uma identidade política, fundamentada não mais numa nação cultural, mas em uma nação de cidadãos, por isso, rejeitam a jurisprudência dos valores (interpretação constitucional orientada por valores optando pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais) e não concordam com o ativismo judicial.

A corrente substancialista defende tese diametralmente oposta, pois entende que a função da jurisdição constitucional é concretizada quando o órgão que a exerce assegura, por meio da decisão prolatada, valores substanciais, como os direitos fundamentais. Para esta corrente, o Poder Judiciário não apenas harmoniza os outros Poderes, mas assume papel de intérprete da vontade geral implícita e emergente do direito positivo, principalmente no texto constitucional e nos princípios por ela adotados. Há nítida preocupação com as minorias. Entendem que os valores constitucionais devem prevalecer contra textos legislativos e que o Poder Judiciário não pode adotar uma postura inerte diante da sociedade, mas deve ser proativo e

intervencionista exigindo o cumprimento dos preceitos e princípios constitucionais, ou seja, o conteúdo material da Constituição.

A jurisdição constitucional ocupa-se em verificar a consonância das normas infraconstitucionais, leis e atos normativos, com os ditames supremos da Constituição. Para bem desempenhar esta função basilar e indispensável na construção de um Estado Constitucional, aponta-se 3 (três) métodos ou sistemas de controle (fiscalização) da constitucionalidade, quais sejam o controle difuso, concentrado e o misto.

A gênese do sistema difuso de controle (fiscalização) da constitucionalidade remonta a obra “O Federalista” fruto de vários artigos escritos por HAMILTON, MADISON e JAY que foram divulgados em 1787 sob o cognome de *Publius*, portanto, o nascedouro desse sistema é norte-americano o qual confere deferência especial aos precedentes judiciais festejando a construção jurídica através da jurisprudência, qual seja a regra do *stare decisis*.

As decisões da Suprema Corte mesmo prolatadas *inter partes* surtem efeitos *erga omnes* mesmo que por via reflexa, haja vista a vinculação desta decisão a todos os demais órgãos do Judiciário<sup>132</sup>.

No controle difuso qualquer órgão do Poder Judiciário poderá fiscalizar a constitucionalidade no caso concreto em julgamento. Como características distintivas deste sistema de controle podemos apontar com arrimo na doutrina de JORGE MIRANDA<sup>133</sup> que: (1) qualquer órgão do Poder Judiciário tem competência para realizar o controle de constitucionalidade; (2) todas as leis e atos normativos estão sujeitos a controle; (3) tal poder conferido ao magistrado é ordinário; (4) o controle é realizado por via de exceção, qual seja como questão prejudicial de uma decisão proferida em um determinado caso concreto, portanto, o *mister* principal não é declarar a inconstitucionalidade, mas afastar a eficácia da lei ou ato normativo para o caso concreto que está em julgamento; (5) considera-se a lei nula *ab ovo*, portanto, sem gerar efeitos<sup>134</sup>.

Interessante é a visão de GILMAR FERREIRA MENDES ao analisar o modelo estadunidense restrito ao caso concreto. Para ele, tal modelo não se adequa com as novas técnicas de decisão e aponta que mais recentemente identifica-se uma tendência

---

<sup>132</sup>Cf: QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 167.

<sup>133</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 146.

<sup>134</sup>Cf: SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1994, p. 92-93.

na jurisprudência dos tribunais inferiores em não atuar apenas como legislador negativo no sentido de cassar as medidas tomadas pelo Executivo e Legislativo, mas também de impor obrigações de fazer e, caso não cumpram com tais obrigações impostas pela decisão judicial, os tribunais estão legitimados para assumir a execução do julgado. Em suas palavras: “essa jurisprudência, considerada como um dos mais interessantes desenvolvimentos do Direito Constitucional dos Estados Unidos dos últimos tempos, começou com o esforço para superar a segregação racial das escolas a partir da decisão proferida pela Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education* e teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas”<sup>135</sup>.

No sistema concentrado a fiscalização de constitucionalidade, bem como a resolução de questões constitucionais é atribuída a um único órgão, chamado Tribunal (ou Corte) Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) em abstrato, em tese, portanto, dispensando a análise de caso concreto.

Tem sua gênese na Constituição austríaca em 1920 e teve em HANS KELSEN o defensor da criação de um órgão que tivesse o poder de anular de forma integral ou parcial legislação que não se coadunasse com a Constituição. Em suas palavras: “a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais”<sup>136</sup>.

Considerando que o controle é exercido de forma direta e os efeitos da decisão são *erga omnes* e *ex tunc* exige-se, no direito brasileiro, legitimidade da parte autora para acionar a Corte Constitucional, portanto, alijando os demais atores do cenário político que não estejam contemplados no art. 103 da Constituição Federal brasileira de 1988.

O sistema misto, verificado no direito brasileiro desde a EC nº 16/65 (e também português, apenas para citar alguns) utiliza os sistemas difuso e concentrado conjuntamente e, no caso brasileiro, em certa harmonia, é que desde o surgimento das súmulas vinculantes, o Supremo Tribunal Federal detém o monopólio real e efetivo da jurisdição constitucional ao vincular todos os órgãos do Poder Judiciário às suas decisões sumuladas.

---

<sup>135</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O apelo ao legislador na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã.** In: Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, nº 179, jan./jun./1992, p. 83.

<sup>136</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Alexander Krug (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 77.

#### 1.5.4 Jurisdição constitucional e a possibilidade de elevação do poder normativo pela interpretação da Constituição

FRANCESCO FERRARA entende que a atividade judiciária não se resume à simples subsunção do fato à norma, haja vista o juiz não ser um autômato de decisões, mas um “homem pensante, inteligente, e partícipe de todas as ideias e conhecimentos que formam o patrimônio intelectual e a experiência do seu tempo”<sup>137</sup>.

A criatividade judicial na jurisdição constitucional e a produção de normas jurídicas pela via interpretativa é elevada pela característica da Constituição, cujos ditames são semanticamente, ainda mais que as outras espécies normativas, plurissignificativos e abertos, com a presença de princípios e regras, estas menos e aquelas mais suscetíveis de decisões conflitantes por causa desta abertura de significados possíveis e verossímeis.

Existe maior grau de abstração e indeterminação de seus enunciados o que ocasiona maior liberdade na interpretação perpetrada pelos magistrados, quanto menor a densidade semântica do enunciado normativo a ser interpretado, maior o poder de criação jurídica pelo julgador. DIMITRI DIMOULIS sustenta que: “quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice-versa)”<sup>138</sup>.

CRISTINA QUEIROZ entende que: “as leis possuem maior ou menor clareza e conferem àquele que a aplica um poder maior ou menor de interpretação jurídica. Existe uma relação inversamente proporcional entre clareza do texto da norma e o poder de interpretação conferido ao operador jurídico. É, pois, essa precisão ou vaguidade dos textos jurídicos que distribui de forma variável os poderes do legislador e do juiz”<sup>139</sup>.

Esta elasticidade semântica do texto normativo constitucional também amplia sobremaneira os limites interpretativos, haja vista a “moldura” ser alargada em grande medida, além da presença dos princípios constitucionais que tornam o texto normativo constitucional não completo, mas complementável.

---

<sup>137</sup>FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Manuel Andrade (Trad.) Coimbra: Arménio Amado Editor, 1933, p. 97.

<sup>138</sup>DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 248.

<sup>139</sup>QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. P. 104.



Nas palavras de CRISTINA QUEIROZ: “mesmo que o legislador constituinte recorra a uma regulamentação a mais completa possível do direito material, não poderá ter de antemão preparadas respostas explícitas para todos os problemas. A utilização de cláusulas gerais e de conceitos dotados de um alto grau de indeterminação e abstração tornam premente a necessidade da sua complementação”<sup>140</sup>.

Neste sentido, a criação judicial do direito constitucional é potencializada em razão da própria estrutura principiológica do texto constitucional o qual permite à jurisdição constitucional, mediante a demarcação conteudística de seu texto, atribuir pela via jurisprudencial a construção e definição de sentidos atribuíveis ao texto constitucional, em especial, aos princípios constitucionais. A escolha semântica do julgador e a conseqüente demarcação conteudística da Constituição não pode ser arbitrária sob pena de evidenciarmos um decisionismo judicial, o próprio texto normativo constitui limite hermenêutico.

Nas palavras de ADEODATO: “o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”<sup>141</sup>. Relevante contribuição ao tema traz KONRAD HESSE ao asseverar que: “a dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade”<sup>142</sup>.

Tal afirmação também não deve ser considerada para todo o texto constitucional, mas apenas aplicável aos princípios pela sua natureza aberta e com as ressalvas limitativas presentes em toda interpretação jurídica, qual seja a tentação de ultrapassar os limites, ainda que bastante largos, do texto. Neste diapasão, quando a Constituição estabelece que a competência privativa para determinar um ato x é do Senado Federal, o STF não pode avocar para si esta competência via interpretação constitucional.

---

<sup>140</sup> QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. P. 109.

<sup>141</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites**. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 331.

<sup>142</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 23.

Em síntese, defendemos que:

a) o que está escrito no texto da Constituição não define de forma única e definitiva todo o conteúdo do direito constitucional;

b) o conteúdo das normas constitucionais é em grande medida criado pelo trabalho hermenêutico da jurisdição constitucional;

c) a jurisdição constitucional constrói e define os sentidos que podem ser atribuídos ao texto constitucional em especial aos princípios nela expostos pela vagueza, imprecisão e plurivocidade semântica;

d) o direito constitucional, desta forma, não pode ser entendido apenas e unicamente compreendido a partir do disposto no texto constitucional;

e) a jurisdição constitucional, portanto, cria norma jurídica constitucional, fato que é apontado na doutrina como criação de um direito constitucional material-jurisprudencial<sup>143</sup>;

f) conclui-se que a produção normativa não é função exclusiva do Legislativo, mas encontra concorrência com a função criativa do direito pelo Judiciário, portanto, afirmar que os magistrados criam direito é mera redundância explicativa de sua própria competência, apresentando-se como uma assertiva tautológica;

g) verificando-se tal competência ao Judiciário é necessário teorizar acerca de seus limites na produção normativa e se o Supremo Tribunal Federal em suas decisões mais recentes aponta para uma releitura da separação dos poderes levando em consideração a superação do Estado de Direito Legalista e as novas funções trazidas pelo neoconstitucionalismo e pelo Estado Democrático de Direito, além de observarmos se tal releitura afigura-se como albergada pela Constituição ou constitui-se em usurpação de competência e fraude à Constituição.

Entretanto, não se pode olvidar que a margem de liberdade na criação do direito conferida pela Constituição ao Judiciário é bastante limitada, ainda que as margens da “moldura” sejam dilatadas, não se concebem decisões completamente desarrazoadas e em desconformidade sensível com o estabelecido no texto normativo, ou seja, o texto não aceita nem comporta todo e qualquer tipo de interpretação e nem deve servir como *álibi* para decisões de cunho nitidamente político (escolhas subjetivas).

---

<sup>143</sup> SANCHES, José Acosta. *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid: Tecnos, 1998, p. 344.

Na lição de CANOTILHO:

O problema não reside em, através do controlo constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política. A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objeto, apreciar a constitucionalidade do ‘político’. Não significa isto, como é óbvio, que ela se transforme em simples ‘jurisdição política’, pois tem sempre de decidir de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da constituição. Consequentemente, só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político pode o TC apreciar a violação desses parâmetros<sup>144</sup>.

Certo é que o Estado Democrático de Direito trouxe consigo a ampliação das competências do Poder Judiciário e a jurisdição constitucional não mais possui uma função negativa de eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais, mas também possui função criativa e construtiva.

A jurisdição constitucional encontra-se em “permanente debate acerca dos valores que a Constituição protege e a forma mais adequada de protegê-los”, nas palavras de AHUMADA RUIZ<sup>145</sup>, o qual também defende a ideia da jurisdição constitucional como foro privilegiado de discussão de princípios constitucionais.

O legislador está livre em seu *mister* precípua de elaborar as leis (textos normativos), mas adstrito à Constituição cuja criação decorreu de um poder maior (constituente originário) o qual impõe diversas limitações de caráter temporal, circunstancial, formal e material (quando da existência das cláusulas pétreas), caso a atividade legislativa ultrapasse os referidos limites impostos pelo texto da Constituição, caberá, em nome da supremacia da Constituição, revisão pela jurisdição constitucional nas ações de inconstitucionalidade.

A última palavra, portanto, (na cultura jurídica brasileira e pelo fato de ser o STF o “guardião da Constituição”) sobre a (in)constitucionalidade de um texto normativo é da jurisdição constitucional exercida pelos tribunais constitucionais ou, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal.

A preocupação da produção normativa pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao interpretar e dar sentido(s) semântico(s) ao texto constitucional, considerando-o como intérprete supremo da Constituição, é que ele o faça de maneira açodada, casuística, irracional e por motivações alheias ao fenômeno jurídico o que pode

<sup>144</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1264.

<sup>145</sup> AHUMADA RUIZ. *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Civitas, 2005, p. 52.

ocasionar um governo dos juízes, juristocracia ou supremocracia na tentação de adotar o realismo jurídico norte-americano ao defender que somente os magistrados criam direito<sup>146</sup>.

## **1.6 O Supremo Tribunal Federal entre a “política constitucional” e o “direito constitucional”**

MARCELO REBELO DE SOUSA entende que a jurisdicionalização do controle da constitucionalidade das leis e outros atos normativos corresponde a “uma forma que é a mais política das fórmulas jurisdicionais e porventura a mais jurisdicional das fórmulas políticas”<sup>147</sup>. Deste modo, não são raras as decisões emanadas do Poder Judiciário que trazem consigo forte carga semântica de cunho político.

Alguns doutrinadores até entendem que toda decisão judicial é uma decisão política. Entretanto, considerando apenas as decisões em matéria constitucional, podemos apontar duas situações diferentes, mas muito próximas quando vislumbradas na prática cotidiana, quais sejam a “política constitucional” e o “direito constitucional”.

Em relação à primeira, ROSÂNGELO MIRANDA entende tratar-se de “tomadas de decisões primárias efetivas no campo do debate político em sentido amplo”, o que podemos traduzir como criação de texto ou discussões conducentes à criação de diretrizes mandamentais relativas à megapolítica ou política em sentido amplo. Nesse contexto não se pode falar em legitimidade do Poder Judiciário, haja vista sua falta de competência de imiscuir-se em questões dessa natureza, típica dos outros poderes, quais sejam o Executivo e o Legislativo por excelência.

Na seara do “direito constitucional”, o Poder Judiciário está legitimado para atuar, na defesa e interpretação da Constituição, de modo mais efetivo, mesmo em decisões políticas, mas cingido ao texto da lei maior, ou seja, há possibilidade de existir decisão de cariz político, mas adstrito à norma posta pelo Poder Constituinte seja originário, seja derivado.

---

<sup>146</sup> Para HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 28: “o significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais (...) as quais estão autorizadas, sob parâmetros jurídicos, a prolatar a última palavra acerca dos conflitos constitucionais”.

<sup>147</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Orgânica Judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1992.

Tais assertivas, inquietantes de *per si*, levam-nos a tentar descobrir qual é o verdadeiro papel do Judiciário preconizado pelo neoconstitucionalismo, ou em outras palavras, donde o mesmo encontra-se situado caso fosse construído um organograma. Evidentemente, no topo desta ilustração estaria o Poder Constituinte Originário com todas as suas garantias de atuação e características que lhes são inerentes, tais como o caráter ilimitado (juridicamente falando), inicial e incondicionado de suas decisões na criação de um novo Estado. Logo abaixo deste poder, que se desfaz quando termina a confecção do texto constitucional, está o seu produto, fruto de intensos debates políticos, qual seja a Constituição.

Neste novo Estado criado a Constituição é soberana, pois engendra e, sintetiza a vontade do povo que a coloca no topo do ordenamento jurídico tornando-se fundamento de validade de todo o sistema iniciado. Logo abaixo da Constituição e constituído por ela, está o Poder Constituinte Derivado, legitimado, dentro das limitações que a própria Constituição determina, para alterar, emendar o texto originário.

Entende-se ainda que o legislador neste caso estaria desempenhando função extraordinária e não seu *mister* ordinário de fiscalizador e legiferante, haja vista tratar-se de alteração da Constituição. Abaixo da atuação deste Poder estariam os demais poderes submissos aos ditames daquele haja vista sua posição hierarquicamente mais elevada. Neste momento urge situar o Poder Judiciário. Onde estaria dentro deste arquétipo? É verdade que mesmo as emendas constitucionais podem (e devem) ser fruto de controle de constitucionalidade podendo ser retiradas do ordenamento jurídico pelo Judiciário em controle abstrato sempre que ignorar os limites impostos pela própria Constituição, em outras palavras, mesmo as decisões do Poder Constituinte Derivado podem ser declaradas inconstitucionais e expurgadas da Constituição.

Neste momento, verificamos que agindo deste modo o Poder Judiciário não se afasta de seu *mister* precípua (a guarda da Constituição) quando analisa a adequação da política constitucional conduzida pelas reformas à Constituição com aquilo que o texto constitucional põe como limite de atuação do constituinte derivado ou mesmo o legislador ordinário. Este atuar judicial é jurídico-político, mas cingido aos limites do texto constitucional não ultrapassa sua competência, não intervém de maneira usurpadora de função, nem enfraquece o *checks and balances* nem mesmo a harmonia entre os poderes, mas, ao contrário, fortalece e constrói o Estado conforme os ditames constitucionais.

O problema repousa no fato do Judiciário colocar-se no organograma supra idealizado entre o Poder Constituinte Originário e a Constituição, desprezando o atuar do Poder Constituinte Derivado, seja obstando suas decisões em sede de “política constitucional” declarando-as inconstitucionais (sob o pálio de qualquer argumento mesmo que a fundamentação seja de discutível veracidade com o texto interpretado) seja ele mesmo Judiciário concretizando a política sob o fraco e insubsistente argumento de que seu atuar deveu-se à inércia do legislador. Urge notar que quando o Judiciário prolata sua decisão em caráter definitivo, não há um Poder que controle esta decisão, ou seja, não há controle de constitucionalidade de decisão do STF<sup>148</sup>.

Verifica-se, neste diapasão, que o Judiciário desta forma afasta-se de seu *mister*, qual seja a guarda da Constituição e o julgamento (inclusive envolvendo questões de natureza política) conforme o “direito constitucional” e aproxima-se da realização de “política constitucional” fruto da competência de outro Poder e neste sentido verifica-se o acréscimo competencial conferido a si próprio pelo Judiciário ao ampliar sua margem de atuação.

Tal fato leva à ideia de que a prática hermenêutica trazida pelo neoconstitucionalismo conduz o magistrado a rever seu papel constitucional exigindo que o mesmo seja proativo mesmo que a consequência seja, pelo procedimento e não raras vezes negando, que existe uma releitura nas funções exercidas pelos poderes que não mais se coaduna com aquela clássica distinção convencional de separação dos poderes.

Esse novo atuar político é expresso pelo Ministro do STF Gilmar Mendes ao asseverar que:

(...) dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional ou democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais<sup>149</sup>.

No caso brasileiro há ainda fato mais grave. O STF, inconformado em “apenas” rever decisões políticas do Poder Constituinte Derivado (ou mesmo tomar as decisões

---

<sup>148</sup> Pode existir, entretanto, a “correção” legislativa, ou seja, uma reação do Legislativo em criar legislação em tudo idêntica à anterior.

<sup>149</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto proferido na ADI nº 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Brito.

políticas no lugar daquele) e a colocar-se entre o Poder Constituinte Originário e a Constituição, neste momento histórico tenta arvorar-se sobre as decisões e orientações políticas emanadas pelo próprio Poder Constituinte Originário, colocando-se, outrossim, acima deste poder supremo, não apenas em teoria, mas também e sobretudo na prática diuturna de suas decisões. Eros Grau então Ministro do STF asseverou que “não existe a Constituição de 1988”, “o que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada e aplicada por esta Corte”<sup>150</sup>, talvez parafraseando CHARLES HUGHES quando era *justice* da Suprema Corte norte-americana ao afirmar: “Nós vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é”.

Vejamos um caso concreto. O Supremo Tribunal Federal sinaliza no sentido de modificar os efeitos do controle difuso de constitucionalidade que passaria a ser *erga omnes* e não apenas *inter partes*, retirando do ordenamento jurídico, ele próprio, a lei declarada inconstitucional em controle difuso, promovendo desta forma uma afronta à Constituição Federal de 1988 e ao Poder Constituinte Originário, haja vista a mesma determinar que esta competência é privativa do Senado Federal<sup>151</sup>, norma esta que não admite uma interpretação extensiva pelo fato de estar relacionada a repartição de competências e apenas poderia ser modificada pela atuação do Poder Legislativo quando investido com o Poder Constituinte Derivado. Nota-se que o STF coloca-se acima do próprio poder que cria uma nova Constituição, usurpando não apenas competência dos outros poderes, mas do Poder que recebe do povo carta branca (juridicamente falando) para inclusive criar um novo Estado.

Em síntese, entendemos que a margem de liberdade conferida pela Constituição ao legislador no sentido de decidir politicamente é bem maior, haja vista a possibilidade de modificar a Constituição (respeitando-se os limites impostos por ela) na busca da criação da megapolítica; margem esta (da decisão política) bem mais apertada ao Poder Judiciário que apenas pode julgar conforme o que foi criado, dentro dos limites impostos legal e constitucionalmente, não cabendo a ele alargar esta margem sob pena de estar atuando de modo inconstitucional.

---

<sup>150</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto proferido na ADI nº 3.367-DF, Rel. Min. César Peluso.

<sup>151</sup> Conforme o art. 52, X: “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”.

Os defensores do ativismo judicial e de um maior poder político do juiz fundamentam a legitimidade deste atuar no procedimento e na consonância com os anseios populares descortinando uma aparente (ou real) tensão entre democracia e Constituição.

### **1.7 Supremo Tribunal Federal como (in)fiel promotor da estabilidade institucional e segurança jurídica – análise de histórico recente**

A crítica ao agigantamento da jurisdição constitucional concentrada e monopolizada nas decisões do Supremo Tribunal Federal inclusive no que pertine o adentramento, resolução e inovação em questões políticas impele-nos a destacar atuações recentes do Supremo Tribunal Federal causadores de instabilidade institucional. Tal constatação tem o condão de desmistificar uma bondade intrínseca deste Poder como se fora o “guardião das promessas” e o “fiel promotor” dos ditames constitucionais, “paladino da moralidade” e instância final que assegura os direitos fundamentais ante às arbitrariedades perpetradas pelo Estado administrador e legislador.

A exacerbada confiança de parte da doutrina em um Supremo Tribunal Federal agigantado e superpoderoso capaz de suprir todas as lacunas deixadas pelos demais poderes em um atuar sempre condizente com os ditames constitucionais ou na concretização dos direitos fundamentais mais urgentes, além de ser o guardião e fiel promotor do mais alto grau de justiça e reclamos sociais fundados no texto constitucional não condiz com a história recente deste Tribunal Superior, haja vista que seu atuar titubeante e por diversas vezes contraditório, casuístico e omissivo<sup>152</sup> – sim, também o Supremo Tribunal Federal foi omissivo em diversos casos – causou graves crises no Estado brasileiro a ponto de causar instabilidade institucional em sua história recente.

É *mister* elencarmos os casos julgados – ou engavetados por opção política – que foram capazes de gerar esta crítica no atuar do Supremo Tribunal Federal. A relevância deste estudo é imprescindível, pois carecendo o Judiciário de legitimidade pelo voto

---

<sup>152</sup> MAMEDE, Gladston. **Neoliberalismo e Desadministrativização**. In: Revista de Informação Legislativa nº 32 (127). Brasília, Jul./Set. 1995, p. 153 discorre que: “Aquela Corte (STF), contudo, tem reiterado comportamentos que merecem a crítica da sociedade brasileira, como quando declarou a inconstitucionalidade da cobrança do empréstimo compulsório sobre a aquisição de gasolina ou álcool, instituída no ano de 1986 (Lei 2.288), apenas em 1º de Dezembro de 1994.



popular, há quem legitime suas decisões pelo procedimento e atuação condizente com os ditames da Constituição, em sentido diametralmente oposto, pretende-se demonstrar como este discurso é facilmente desconstruído com uma simples análise de diversos de seus julgados em sede do que podemos chamar “jurisprudência política”<sup>153</sup>, quais sejam:

a) Bloqueio e indisponibilidade de ativos financeiros

Nossa investigação inicia com o governo do primeiro Presidente da República eleito pelo voto popular após o regime de ditadura militar sofrida pelo Brasil (1964-1986). O então Presidente Fernando Collor de Melo criara um plano econômico através da medida provisória nº 168 em 15 de Março de 1990 a qual fora convertida na Lei nº 8.024/1990), neste plano, criava-se uma nova moeda, bloqueava-se os ativos financeiros que excedessem cinqüenta mil cruzados novos e outras medidas adjacentes, tal fato foi historicamente denominado bloqueio dos cruzados. Literalmente do dia para a noite todos os ativos que excedessem o valor supramencionado estavam indisponíveis para saques e demais transações. Vale destacar que os valores foram devolvidos integralmente mais de dois anos depois da controvertida medida, mas em nada isto afasta a atitude conivente e compactuada do STF com o governo em detrimento da Constituição e do direito de propriedade de milhões de pessoas.

Imediatamente, o Judiciário fora acionado milhares de vezes no sentido de reverter a medida inesperada e determinar o desbloqueio do dinheiro. Face às liminares ordenando o descongelamento de tais ativos, fora editada a medida provisória nº 173 de 18 de Março de 1990 (três dias após a controvertida MP) que determinava: “não será concedida medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias ou cautelares decorrentes das Medidas Provisórias 151, 154, 158, 160, 161, 164, 167 e 168, de 15.03.1990, aplicando-se o disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 4.384, de 26.06.1964”.

O Partido Democrático Trabalhista ajuizou a ADI 223-6 DF pedindo ao Supremo Tribunal Federal a suspensão da eficácia da MP 168, mas o referido Pretório

---

<sup>153</sup> Cabe salientar que os casos trazidos a esta investigação tem o condão de demonstrar o *déficit* da legitimação do Supremo Tribunal Federal pelo procedimento, haja vista este mesmo Tribunal ter contribuído com ações e omissões para uma crise no Estado brasileiro em passado não muito distante. Cf: LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Excelso negou o pedido liminar e afastou a questão de inconstitucionalidade do bloqueio dos cruzados. Apenas um ano depois, por provocação do Partido Socialista Brasileiro (PSB), o STF reapreciou a questão determinando que a responsabilidade do julgamento do desbloqueio dos cruzados estava sob a responsabilidade dos demais órgãos do Poder Judiciário de forma casuística<sup>154</sup>.

Em Abril de 1991, noticia Francisco Gérson Marques de Lima, o TRF de São Paulo, além de conceder liminares, que foram todas cassadas por decisão do STF, julgou inconstitucionais as normas que determinavam o bloqueio dos cruzados e também aqueles que não permitiam a concessão de liminares<sup>155</sup>. O STF decidiu em Junho de 1991, em decisão liminar, não suspender a eficácia da lei que determinava o bloqueio dos cruzados por entender que tratava-se de medida não atentatória ao texto constitucional<sup>156</sup>.

Quando já não havia sentido algum a atuação do STF no referido caso, fora julgada uma Questão de Ordem extinguindo a ação direta de inconstitucionalidade referida pelo fato da devolução integral e espontânea por parte do governo dos valores há mais de dois anos bloqueados<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 151-152.

<sup>155</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 319.

<sup>156</sup> "ADIN - LEI N. 8.024/90 - PLANO COLLOR - BLOQUEIO DOS CRUZADOS - AUSÊNCIA DO PERICULUM IN MORA - LIMINAR INDEFERIDA. O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza - não obstante o relevo jurídico da tese deduzida - o reconhecimento da situação configuradora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada.- Votos vencidos dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), PAULO BROSSARD e NÉRI DA SILVEIRA, que ordenavam a liberação imediata dos cruzados bloqueados, por entenderem que a salvaguarda do padrão monetário não justifica o desrespeito, pelo Estado, de princípios inscritos na Constituição da Republica: "O poder normativo reconhecido a União Federal para atuar, legislativamente, sobre a disciplina da moeda, quer para adaptar o volume dos meios de pagamento as reais necessidades da economia nacional, quer para regular o seu valor intrínseco, prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários (...), quer para impedir situações de anormalidade e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais, não dispensa e nem exonera o Estado, na formulação e na execução de sua política econômico-financeira, inclusive monetária, de observar e de respeitar os limites impostos pela Constituição" (Ministro CELSO DE MELLO, Relator). (STF, Pleno, ADIMC 534-DF, j. 27.6.1991, DJU 8.4.1994, p. 07.239).

<sup>157</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N. 8.024/90 - BLOQUEIO DOS CRUZADOS NOVOS - DEVOLUÇÃO INTEGRAL DOS ATIVOS FINANCEIROS RETIDOS - INEXISTÊNCIA DE EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS - NORMAS LEGAIS DE VIGENCIA TEMPORARIA - PLENO EXAURIMENTO DO SEU CONTEUDO EFICACIAL - PREJUDICIALIDADE RECONHECIDA - QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDA. - A CESSAÇÃO SUPERVENIENTE DA EFICACIA DA LEI ARGUIDA DE INCONSTITUCIONALIDADE INIBE O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, DESDE QUE INEXISTAM EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS, DERIVADOS DA APLICAÇÃO DO ATO ESTATAL IMPUGNADO. PRECEDENTES DO STF. - A EXTINÇÃO ANOMALA DO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, MOTIVADA PELA PERDA SUPERVENIENTE DE

Uma pergunta se faz necessária: qual foi a postura do STF quando a Constituição era claramente vilipendiada e os direitos fundamentais aviltados pelo governo? Estava frustrando as expectativas de um Estado Social e Democrático de Direito que nascera no Brasil com a Constituição de 1988, seja em controle concreto reformando todas as medidas liminares que concediam o desbloqueio dos cruzados, seja em controle abstrato se omitindo em decidir de forma meritória a questão, o fazendo apenas dois anos depois e extinguindo o feito por “pleno exaurimento de seu conteúdo eficaz”.

Agindo desta maneira, O STF fortaleceu o “sentimento de insegurança e de desconfiança nas principais Instituições brasileiras”<sup>158</sup>. O guardião da Constituição não cumpriu seu papel com diligência, pois corroborou um quadro de vilipêndio aos direitos fundamentais e sedimentando na consciência das pessoas a ideia de um Estado sem limites e arbitrário como era no passado.

b) Problemática da produção legislativa proibitiva de medidas liminares, cautelares e tutelas antecipadas contra o Poder Público.

Além da Medida Provisória nº 173 de 18 de Março de 1990 que estabelecia a proibição de concessão de medidas liminares no sentido de desbloquear os cruzados novos retidos e congelados nas contas dos cidadãos, a qual não fora sua constitucionalidade decidida pelo STF – e desta forma teria efeito *erga omnes* – mas pulverizada entre os demais órgãos do Poder Judiciário – e conseqüentemente em decisões *inter partes* de abrangência bem mais reduzida –tivemos no Brasil outros casos semelhantes *a posteriori* com interpretações diferentes.

Já no governo do Presidente Itamar Franco (sucessor de Fernando Collor de Melo), houve a edição da Medida Provisória nº 375 de 09 de Dezembro de 1993 a qual limitava a concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário em desfavor do plano

---

SEU OBJETO, TANTO PODE DECORRER DA REVOGAÇÃO PURA E SIMPLES DO ATO ESTATAL IMPUGNADO COMO DO EXAURIMENTO DE SUA EFICACIA, TAL COMO SUCEDE NAS HIPÓTESES DE NORMAS LEGAIS DESTINADAS A VIGENCIA TEMPORARIA. - COM A DEVOLUÇÃO INTEGRAL DOS ATIVOS FINANCEIROS RETIDOS, E A CONSEQUENTE CONVERSAO DOS CRUZADOS NOVOS EM CRUZEIROS, EXAURIU-SE, DE MODO DEFINITIVO E IRREVERSIVEL, O CONTEUDO EFICACIAL DAS NORMAS IMPUGNADAS INSCRITAS NA LEI N. 8.024/90. STF, Pleno, ADIQUO 534-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.8.1992, DJU 8.4.1994, p. 7.240.

<sup>158</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 322.

econômico do Governo. Ao arrepio da decisão anterior, e demonstrando não possuir modelo interpretativo firme, o STF decidiu que a referida MP feria a Constituição. Interessante é que o lapso temporal foi muito pequeno para uma viragem hermenêutica, assim como o esdrúxulo entendimento do STF que entendeu constitucional uma MP que **proibia** a concessão de liminar e entendeu inconstitucional MP que **dificultava** a concessão das mesmas. Segundo MARQUES DE LIMA: “na incoerência do STF, *dificultar* soou mais grave do que *proibir*”<sup>159</sup>.

Em 10 de Setembro de 1997, no Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, fora editada a lei nº 9.494 proibindo a concessão de liminares, bem como a antecipação de tutela e demais providências em caráter de emergência contra o Poder Público, ou seja, a referida lei tinha o condão de dificultar a obtenção de tutela de emergência pelo Poder Judiciário mesmo quando apresentasse um direito líquido e certo com alto grau de plausibilidade a verossimilhança. O Governo não esperou, contudo, o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, mas, ele próprio ajuizou uma ação cautelar de ação declaratória de constitucionalidade, esta tem caráter ambivalente, pois o que se objetiva é a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo exclusivamente federal, mas caso o pedido seja improcedente, há uma declaração de inconstitucionalidade. Não foi o que aconteceu. Mudando mais uma vez seu entendimento e de modo incoerente com a decisão anterior (no julgamento da MP 375), o STF reconheceu a procedência da liminar e declarou constitucional a referida lei inclusive com efeito vinculante a todos os outros órgãos do Poder Judiciário os quais ficaram impedidos de realizar o controle de constitucionalidade da referida lei<sup>160</sup>. Com esta decisão, o STF excluiu todo o Poder Judiciário de prestar tutela eficiente e veloz contra os desmandos estatais.

Tais decisões reforçam a tese de desconstrução da legitimidade pelo procedimento do STF pelo fato de olvidar por diversas vezes seu papel de guardião da Constituição e mudar de entendimento levando em consideração a pessoa – ou partido – presente no Governo.

---

<sup>159</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 328.

<sup>160</sup> “Decisão: O Tribunal, por votação majoritária, deferiu em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com efeito *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha como pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/9/97, sustentando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública”. (STF , Pleno, ADC 04-6, Rel. Min. Sydney Sanches; DJU 13.2.1998, p. 01; IOBJur 1.12.009, mar./1998).

c) O *impeachment* do Presidente da República

Com a acusação de improbidade administrativa, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) representaram no Congresso Nacional o pedido de *impeachment* do então primeiro Presidente da República eleito pelo voto popular após longas décadas de regime militar. A Câmara dos deputados aprovou o processo e julgamento e o Senado Federal condenou o Chefe do Executivo Federal, em sessão conduzida pelo Presidente do STF, em 30 de Dezembro de 1992.

Irresignado com a decisão, o Ex-Presidente impetrou mandado de segurança (MS nº 21.689-DF) no STF para resguardar seus direitos políticos, uma vez que não desejava quedar-se inelegível por 8 (oito) anos. A grande surpresa é que a votação no STF restou empatada (4 x 4), sendo necessário, após natural desgaste das Instituições envolvidas, revolta geral por parte da população e um sentimento de perplexidade geral, a convocação de 3 (três) Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para desempatar. Os Ministros do Tribunal inferior, convocados para decidir algo fora da sua alçada, julgaram improcedente o pedido de concessão de mandado de segurança e mantiveram a condenação pela suspensão dos direitos políticos do réu do *impeachment*.

Interessante no deslinde deste processo foram as elucidativas (para a investigação ora desenvolvida) palavras do então Ministro Moreira Alves: “como se vê, em matéria de decisão política, tudo é possível, pois esta não tem compromisso com a fundamentação jurídica”.

VIEIRA expõe que: “a crítica mais pertinente, portanto, não se refere à opinião de cada um dos juízes, inclusive aqueles que votaram a favor de Collor, mas, sim, o fato de o Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão máximo do sistema judiciário, por si só não ter chegado a uma decisão. Ou então, o que é pior, de ter decidido não decidir”<sup>161</sup>.

O STF ao mostra-se dividido, sem fundamentação eminentemente jurídica e por ter convocado membros de Tribunal inferior para julgar caso de sua competência primigênia, lançou dúvidas acerca de sua desenvoltura e coerências com base na Constituição de julgar casos mais complexos.

---

<sup>161</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 178.

#### d) A antecipação do plebiscito

Nesta problemática discorreremos acerca da possibilidade de se alterar, via emenda constitucional, artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, notadamente em norma que estabelece data para realizar de plebiscito com o intuito de perguntar diretamente ao povo (democracia direta) acerca de suas opções acerca do sistema de governo (se o mesmo permaneceria presidencialista ou transmutaria para um parlamentarismo) e a forma de governo (se permaneceria república ou se mudaria para monarquia<sup>162</sup>).

Fato é fora promulgada a Emenda Constitucional nº2/1992 cujo artigo único era antecipar o plebiscito que seria realizado, por força do art. 2º do ADCT no dia 7 de Setembro de 1993, para o dia 21 de Abril de 1993.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas, mas todas elas foram julgadas improcedentes e a data antecipada fora corroborada pelo STF. Nestas decisões entendemos que houve afronta à vontade do Constituinte Originário que entendeu por bem determinar prazo de cinco anos para que o povo tivesse maturidade suficiente para decidir sobre forma de governo e sistema de governo.

Por qual motivo trazemos ao texto da presente investigação este caso concreto? Ora, foi justamente neste julgamento que o STF aviltou de forma mais clara e objetiva – e de certa maneira sinalizou para julgamentos futuros esta tendência – a vontade expressa pelo legislador investido do Poder Constituinte Originário, vale dizer, ultrajando esta vontade e mitigando a força jurídico-política daquele Poder fundante, inicial, ilimitado e incondicionado estaria livre para repetir este vilipêndio tantas vezes quantas desejasse. Não foi outro o entendimento do Ministro do STF Marco Aurélio Mello, em voto vencido (e único) na ADI nº 833-1, ao asseverar que o Poder Legislativo Federal estava livre de quaisquer amarras e limitações em relação à alteração da Constituição como se detivesse o Poder Constituinte Originário.

---

<sup>162</sup> Ressaltamos que o movimento pró-monarquia é atuante, mantendo-se organizado e difundindo a ideia do fim da República e da ascensão da Monarquia, não obstante entendermos remotíssima esta hipótese, considerada apenas para não reduzir a questão ao impossível.

e) O entendimento acerca da aplicabilidade da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Eis um paradigmático caso de desrespeito ao direito dos trabalhadores e alinhamento político do STF com o Poder Executivo e com os atores detentores do poder econômico e dos meios de produção.

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) fora aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68/1992, ratificada em 05 de Janeiro de 1995, depositada na OIT no Governo de Itamar Franco e começaria a vigorar no Brasil um ano depois. De fato, no Governo de Fernando Henrique Cardoso foi editado o Decreto nº 1.855 de 10 de Abril de 1996 que determinava a execução e cumprimento na inteireza do texto aprovado e ratificado.

O problema surgiu com o art. 4º da referida Convenção, o qual estabelecia: “não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”. Tal normativa parecia se coadunar com o estabelecido no art. 7º, I, da Constituição Brasileira de 1988 ao exigir: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Entretanto, não obstante a clareza das normas destacadas havia uma grande resistência em se aplicar no Brasil a referida Convenção nº 158 da OIT. O Governo era do Presidente Fernando Henrique Cardoso, político neoliberal e com forte inclinação às privatizações e mitigação dos direitos trabalhistas, portanto, o terreno político não era propício à aplicação de legislação notadamente favorável ao trabalhador, a despeito de ter sido decretada, curiosamente, por este Presidente (que posteriormente denunciaria a Convenção através do Decreto 2.100 de 20 de Dezembro de 1996).

Vale o registro da aplicação desta Convenção pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região no DC 0279/96 –A, embora todas as decisões dos Tribunais que aplicaram a referida Convenção foram reformadas pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> “Convenção nº 158 da OIT. Vigência. A Convenção nº 158 da OIT, de 1982, aprovada pelo Congresso Nacional em 1992 e ratificada pelo Brasil em 5.1.1995, tem plena vigência no território nacional a partir de 5.1.1996, de acordo com os princípios do Direito Internacional e com a Constituição de 1988 que

Após a denúncia da Convenção através do Decreto 2.100 de 20 de Dezembro de 1996, o STF deferiu liminar suspendendo os efeitos do Decreto nº 1.855 de 10 de Abril de 1996, frustrando a expectativa de milhões de trabalhadores brasileiros, deste modo, a Convenção 158 da OIT não surtiu nenhum efeito jurídico no Brasil no tocante à estabilidade no emprego.

O STF mais uma vez frustrou o texto constitucional e os direitos trabalhistas no Brasil, além de demonstrar à época uma inclinação política e ideológica alinhada com os detentores do poder econômico em detrimento de sua competência *ab ovo*, qual seja, a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais<sup>164</sup>.

#### f) O caso da reeleição para os cargos do Poder Executivo

Um dos mais controversos episódios da vida política no Brasil nos últimos anos foi a promulgação da Emenda Constitucional que permitiu a reeleição para o Chefe do Poder Executivo Municipal, Estadual e Federal para um período subsequente. PAULO BONAVIDES, Doutor *honoris causa* pela Universidade de Lisboa, asseverou: “o golpe de Estado institucional começou a ser desferido desde o momento em que a aliança neoliberal, tendo assumido o poder, logrou aprovar a Emenda Constitucional da reeleição do magistrado supremo”<sup>165</sup>.

Forte corrente doutrinária defendia que a questão fosse submetida ao crivo popular mediante plebiscito ou referendo por se tratar de introduzir mudança em Instituição fundamental, em todo caso, haveria maior segurança na adoção da medida posto que respaldada diretamente pelo povo o qual conferiria um grau elevado de legitimidade.

---

incorpora à nossa ordem jurídica os tratados internacionais”. TRT-SP – DC 0279/96-A, Rel. Juiz Floriano Corrêa Vaz da Silva, In: Suplemento Trabalhista, 105/604, 1996.

<sup>164</sup> “Destarte, a postura do STF foi formidável para a dispensa maciça, para o aumento do desemprego e para a instabilidade das relações trabalhistas. Aliás, coadunou-se perfeitamente com a política de desemprego e de flexibilização empreendida pelo Governo FHC. Se o STF tivesse conferido uma eficácia mínima ao preceito constitucional, por certo o legislador seria forçado (pelo empresariado e pelos grupos econômicos) a regulamentar a matéria. Mas, ante o comportamento do Supremo Tribunal, o legislador não sofreu a menor pressão para, tão cedo, regulamentar a matéria, que espera desde 1988 pela lei complementar”. LIMA, Francisco Gérson Marques de. O STF na crise institucional brasileira. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 421.

<sup>165</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional.** São Paulo: Malheiros, 1999, p. 30.



Mas não foi assim que aconteceu. Não obstante denúncias de compra de votos, inclusive com a renúncia de dois parlamentares, o processo legislativo padecia de vícios formais e tal circunstância jurídica ensejou a impetração por Senadores do Mandado de Segurança nº 22.864-DF com o intuito de suspender a votação do então Projeto de Emenda Constitucional já em 2º turno no Senado. O pedido liminar foi negado, o processo legislativo chegou ao fim e a emenda foi promulgada subsistindo até os dias atuais.

Entendemos ser mais um exemplo de alinhamento do STF com os interesses do Governo, muito mais do que um comprometimento com a Constituição ou a vontade popular.

g) A taxa de juros em 12% ao ano

O art. 192, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988 estabelecia que: “as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”.

Entendemos ser difícil defender o claustro do sistema econômico por uma norma jurídica, mesmo que seja a Constituição, haja vista a economia ter vida própria e não raras vezes condicionar a própria produção normativa dada a força que a seara econômica exerce nos demais subsistemas<sup>166</sup>, mas seria esta norma de eficácia plena e autoexecutável diretamente do texto constitucional ou careceria de legislação infraconstitucional que lhe conferisse plena eficácia? Perceba-se que independentemente da resposta o referido parágrafo surtiria, em situação ideal, seus efeitos na literalidade de suas expressões, pois sendo autoaplicável a discussão estaria encerrada e em sendo carente de legislação, o Judiciário estaria investido na competência de, provocado em sede de Mandado de Injunção, colmatar a lacuna faltante e garantir a supramencionada taxa naquele percentual.

Na prática constitucional aconteceu de modo diverso. O STF entendeu pela não-aplicabilidade da norma por entender que carecia de legislação regulamentadora

---

<sup>166</sup> Neste sentido verificar o *law and economics* na experiência estadunidense.

infraconstitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4-7 –DF<sup>167</sup> e quando provocado em sede de Mandado de Injunção nº 372-6 SP adotou sua tradicional postura de não colmatar a lacuna faltante<sup>168</sup>.

Em sede legislativa, a Emenda Constitucional nº 40, em 2003, revogou por completo o art. 192 e todos os seus parágrafos, modificando o *caput* e determinando que lei complementar regularia a matéria.

Em sede jurisdicional, o STF, em 2008, editou a Súmula Vinculante nº 7: “A norma do parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de Lei Complementar”.

Entendemos que mais uma vez o STF não se posicionou em consonância com a Constituição sendo tímida e conivente com o poder econômico que conseguira sepultar interessante norma constitucional originária.

---

<sup>167</sup> “(...) não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados em tal diploma. 7) Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência e circular do Banco Central). O primeiro considerando não auto-aplicável a norma do parágrafo 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando observância da Legislação anterior de 1988, até o advento da Lei Complementar reguladora do sistema financeiro nacional. 8) Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos”. STF, Pleno, ADI 4-7 DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 25.6.1993.

<sup>168</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 372-6 SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.1994: “Mandado de Injunção. Finalidade jurídico-constitucional. Omissão estatal e desprestígio da Constituição. Juros reais. CF, art. 192, parágrafo 3º. Omissão do Congresso Nacional reconhecida. Writ deferido em parte. 1) As Constituições consubstanciam ordens normativas, cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanar normativa que lhes foi imposto, infringam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior. 2) A injustificável omissão legiferante do Estado, além de inviabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas assegurados pelo ordenamento constitucional às pessoas, atua como fator de desvalorização da própria Constituição. 3) A ausência da lei reclamada pelo art. 192, parágrafo 3º da Constituição, que estabelece em 12% ao ano o limite das taxas de juros reais, justifica, plenamente, o reconhecimento do estado de inércia legiferante em que se acha o Congresso Nacional desde 5 de outubro de 1988. 4) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não fixar prazo para suprimento da omissão estatal, sempre que o exercício do direito material outorgado pela Constituição, não obstante inviabilizado pela inércia do Poder Público, tiver como sujeito passivo entidades ou pessoas estranhas ao aparelho de Estado (as instituições financeiras, no caso). 5) A estipulação de prazo para o adimplemento da prestação legislativa faltante só se justificará, portanto, quando o Estado, também ele, qualificar-se como sujeito passivo da relação obrigacional fundada na regra da Constituição que simultaneamente lhe impôs o dever de editar o provimento normativo necessário ao exercício do direito nela contemplado. Precedentes”.

#### h) Restrição ao uso das ações diretas de inconstitucionalidade

Importante instrumento para garantia da supremacia da Constituição é a existência de um rígido controle de constitucionalidade. No Brasil, adota-se o controle concreto (caso-a-caso) a cargo de qualquer órgão do Poder Judiciário e podendo ser ajuizado por qualquer pessoa e o controle abstrato da lei ou ato normativo em tese, operacionalizado especialmente pela ação direta de inconstitucionalidade, cujo rol de legitimados é encontrado na própria Constituição Federal em seu art. 103:

Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – O Presidente da República; II – A Mesa do Senado Federal; III – A Mesa da Câmara dos Deputados; IV – A Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – O Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – O Procurador-Geral da República; VII – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – Partido Político com representação no Congresso Nacional; IX – Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Perceba-se que a Constituição não traz nenhuma distinção entre os legitimados, podendo em tese ser apresentada qualquer demanda por qualquer um deles desde que seja referente a lei ou ato normativo lesivo à Constituição. Ademais, deveria ser de interesse do STF como guardião da Constituição que tais legitimados o auxiliasse no *mister* de não permitir a existência de norma conflitante com o Texto Magno. Entretanto, ao arrepio deste entendimento, não ocorre deste modo.

Em pelo menos dois casos o STF restringe, em nome de esdrúxula e contestável interpretação, o uso de ações diretas de inconstitucionalidade, quais sejam quando julga que determinadas entidades, mesmo contempladas no rol do art. 103, não estão legitimadas para propor tal ação direta<sup>169</sup> e quando estabeleceu a chamada *pertinência temática* entendendo que a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a Confederação

---

<sup>169</sup> BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Constituição Federal vista pelo STF**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000 traz lista exemplificativa de entidades de classe de âmbito nacional que foram consideradas ilegítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade, entre elas: a) Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB (ADI 1.471-4, Rel. Min. Néri da Silveira, Informativo STF 54; ADI 1.427-7/600-PE, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 17.5.1996, DJU 22.11.1996; b) Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS (ADI 1.437-4 (AgRg), Rel. Min. Ilmar Galvão, Informativo STF 54; c) Central Única dos Trabalhadores (CUT) ADI 1.442-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF 32; d) Sindicato Nacional dos Docentes nas Instituições de Ensino Superior – Seção Sindical dos Docentes da UFRS/ANDES (ADIMC 1.599-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo STF 100. Também a União Nacional dos Estudantes (UNE) foi considerada ilegítima para propor ação direta de inconstitucionalidade na ADI 1.234-7, Rel. Min. Ilmar Galvão.

sindical ou entidade de classe de âmbito nacional exige-se vinculação entre a norma impugnada e os objetivos do autor da ação<sup>170</sup>.

Nos albores de um temido “governo de juízes” e uma interpretação livre e descompromissada com o texto da Constituição é deveras perigosa esta interpretação restritiva, subjetiva e casuística de quem está legitimado ou não a propor ação direta de inconstitucionalidade. Entendemos que o STF ultrapassou seu limite estabelecido na Constituição e criou norma que o constituinte não anuiu, pois seu objetivo era fomentar maior participação dos órgãos estatais e da sociedade civil organizada em âmbito nacional. Tal restrição não é salutar para o desenvolvimento de uma sociedade mais livre, justa e fraterna.

Perceba-se que esta não é uma situação de menor relevância, pois ao filtrar quem está ou não legitimado, o STF também escolhe qual processo é mais conveniente ser julgado, haja vista que, dependendo da matéria, se do interesse do Pretório Excelso ou não, o processo pode ser encerrado sem julgamento do mérito por ilegitimidade da parte. Imagine-se o uso político de tal entendimento e os danos que poderão causar.

i) A determinação da ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública versando sobre questão tributária

O STF no RE 213.631-0-MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, Informativo – STF 184, de 12.4.2000; DJU 7.4.2000 determinou a ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública versando sobre tributos<sup>171</sup>. Procedendo desta maneira, o STF tolheu importante atuação do Ministério Público no combate aos desmandos estatais, notadamente na avidez – não raras vezes inconstitucional – de arrecadação tributária cada vez maior.

---

<sup>170</sup> Na ADI nº 1.519-2, Rel. Min. Carlos Velloso. LEX-JSTF a225/59.

<sup>171</sup> “EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, a, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido. STF, Pleno, RE 213.631-0-MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, Informativo STF 184, de 12.4.2000; DJU 7.4.2000”.

Perceba-se a gravidade desta decisão do STF. É que as normas tributárias são importantes instrumentos de controle do Estado, correspondem a garantias que o cidadão comum possui em relação a seu patrimônio e, por seu turno, tolhem, restringem, normatizam e disciplinam a relação jurídica tributária. Isto foi uma conquista cuja gênese se encontra, na experiência constitucional inglesa, na *Magna Charta Libertatum* de 1215 e desde então perpetuada, aprimorada e atualizada.

A decisão restritiva do STF em nada fortalece a cidadania e o controle do Estado, ao contrário, enfraquece e mais uma vez deixa-nos desconfiados se ele de fato reconhece seu papel institucional.

Não é outro o entendimento de MARQUES DE LIMA ao asseverar: “O Supremo Tribunal Federal sacralizou a imponência do Poder Público, limitando a discutibilidade de seus atos, na medida em que vedou a defesa da população pelo *Parquet*. Desta forma, a função do Ministério Público foi restringida por interpretação do Supremo Tribunal. E a participação democrática da população nos atos do Poder Público ficou ainda mais restrita, sendo presa fácil à ganância tributária”<sup>172</sup>.

#### j) Problemática de atos *interna corporis* e processo legislativo

A violação do Regimento Interno das casas legislativas pode ser objeto de controle pelo STF? Esta questão fora julgada no Mandado de Segurança nº 22.503-3-DF impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos deputados sob a alegação de violação de normas do Regimento Interno e do art. 60, parágrafo 5º.

O STF entendeu que os atos *interna corporis* não podem ser decididos no Judiciário e os atos do Legislativo seriam sindicáveis apenas quando frontalmente ferissem a Constituição<sup>173</sup>.

Tal decisão repercutiu e fora utilizada como precedente para que o STF não julgasse o mérito de comissão parlamentar de inquérito (CPI), instaurada no Senado Federal, que investigava práticas ilícitas no sistema bancário brasileiro fosse dissolvida logo após ser constituída. Face ao Mandado de Segurança 22.494-1-DF, o STF decidiu que não poderia adentrar em matéria *interna corporis*, qual seja o Regimento Interno do Senado Federal.

---

<sup>172</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 519.

<sup>173</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS nº 22.503-3-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 8.5.1996; Informativo – STF 74, de 2.6.1997.

A questão ora exposta é de vital importância, pois as CPI's são instrumentos utilizados pela minoria para fiscalizar o Governo, permitir que a maioria possa negar a constituição de uma CPI ou encerrar compulsoriamente seus trabalhos apenas sob o argumento do Regimento Interno é esmagar a minoria e instituir a ditadura da maioria e, neste caso específico, O STF colocou-se em situação de espectador, cruzando os braços e entendendo que julgar tal vilipêndio estava fora de sua competência em respeito à separação dos poderes. Concordamos com o voto vencido do Ministro Marco Aurélio Mello quando declarou que os Regimentos Internos das casas legislativas estarem sujeitas à apreciação de sua legalidade e constitucionalidade pelo Judiciário.

Igualmente concordamos com MARQUES DE LIMA quando chega a seguinte conclusão:

Pois bem: a decisão consagrou a possibilidade de a norma regimental, de qualquer casa legislativa, dispor contra a lei. Vale dizer, desde que não seja inconstitucional, a norma regimental está livre da legislação. Não se vincula à lei nem lhe deve obediência. E, no caso de inconstitucionalidade da norma regimental, a apreciação judiciária só será possível mediante a aplicação do preceito constitucional aos casos concretos (e não, propriamente, do cotejo da norma regimental com a CF)<sup>174</sup>.

Em mais essa ocasião o STF equivocou-se em promover a cidadania, moral e cívica ao corroborar em duas situações paradigmáticas e desrespeito pelas minorias e a chancela de que as regras do jogo possam ser alteradas ao sabor e conveniência – sem se importar em respeitar a lei - daqueles que detenham o poder, mesmo com o jogo em andamento.

Vale ressaltar ainda o voto (vencido) do Ministro do STF Marco Aurélio Mello no Mandado de Segurança em discussão (qual seja o MS 22.494-1-DF) ao questionar: “Ora, o Regimento Interno condiciona o alcance do preceito constitucional? É possível a inversão de valores? É possível potencializar-se o Regimento Interno da Casa, colocando-se em plano secundário o objetivo maior do parágrafo 3º do artigo 58? Ao que parece, mesmo face a tais indagações, o STF em sua maioria respondeu um sonoro *sim*.

---

<sup>174</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.523.

### l) A crise energética no Brasil (caso do “apagão” elétrico)

Doravante discorreremos acerca de outra problemática situação julgada pelo STF e que mais uma vez rende-lhe descrédito e fulmina qualquer hipótese conducente à legitimidade pelo procedimento em seu atuar.

Na virada do milênio, o Brasil mergulhou em forte crise de energia elétrica, não obstante estudos técnicos realizados muito antes terem sido disponibilizados ao Governo de Fernando Henrique Cardoso. O Executivo quedou-se inerte, promoveu com avidez o processo de privatização do setor energético<sup>175</sup> e, sem planejamento comprometido com os cidadãos e, principalmente, com o setor produtivo que necessita de vultoso volume de energia para que não caia a produtividade, contribuiu decisivamente para um risco iminente de “apagão elétrico” ocasionando a triste realidade de um país inteiro às escuras com malefícios de toda natureza tanto no âmbito da segurança interna quanto na possibilidade de ser vítima de ataque estrangeiro.

Face ao iminente “apagão”, fora editada a Medida Provisória nº 2.152 em 1º de Junho de 2001<sup>176</sup> a qual instalava a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica penalizando as pessoas e as empresas se consumissem para além de um limite pré-fixado. Tal medida prejudicou o setor produtivo e a população em geral uma vez que foram obrigados a reduzir compulsoriamente as atividades que demandassem consumo de energia elétrica.

Buscando dotar de certeza jurídica esta impopular medida, o próprio Executivo ajuizou ação declaratória de Constitucionalidade nº 9-DF pedindo ao STF que confirmasse a constitucionalidade da supramencionada medida provisória. Como se esperava não foi outro o entendimento do STF ao alinhar sua interpretação aos moldes estabelecidos pelo Executivo. Vale ressaltar que esta decisão em ADC é vinculante a todos os órgãos dos Poder Judiciário, mesmo em uma época histórica donde ainda não existiam, no Brasil, as chamadas súmulas vinculantes<sup>177</sup>. Ninguém fora punido por este

---

<sup>175</sup> BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 281 discorre que: “com sua doutrina de poder, o neoliberalismo organizou e sistematizou em cada país a traição aos interesses nacionais”.

<sup>176</sup> Interessante destacar que a referida norma majorou as tarifas de energia elétrica e tal medida seria apenas provisória enquanto durasse a crise para desestimular o consumo, fato é que o aumento se perpetuou até os dias atuais e, em pronunciamento no mês de Janeiro de 2013, a Presidente Dilma Rousseff, em clima eleitoral, decidiu determinar a redução do valor das tarifas de energia elétrica após mais de uma década de um furto institucionalizado e que perpassou o crivo dos três poderes da República em nome do ganho fácil das concessionárias do setor energético.

<sup>177</sup> “EMENTA:- Ação declaratória de constitucionalidade. 2. Artigos 14, 15, 16, 17 e 18, da Medida Provisória n.º 2.152-2, de 1º de junho de 2001, que cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia

episódio e o STF mais uma vez careceu de legitimidade pelo procedimento ao olvidar a Constituição e alinhar-se aos ditames de um Executivo inerte e desidioso.

m) A reforma da previdência e o fim da segurança jurídica pela desconstrução do princípio do direito adquirido

Neste exemplo temos um caso concreto de total omissão do STF no julgamento da chamada “reforma da previdência”. Apregoando que a previdência social padecia de irreversível *déficit*, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 41/2003 a qual recrudescia as regras de aposentação e feria até mesmo a garantia do direito adquirido, sepultando em definitivo qualquer tese defensora da existência de segurança jurídica e dos limites intransponíveis realizados pelo poderio do Estado.

Entre as medidas estava a alteração dos limites de idade e de tempo de serviço para a aposentadoria, o estabelecimento de teto máximo, alteração de regras básicas e permitindo a contribuição pecuniária dos servidores públicos inativos. Imagine-se então a seguinte situação de um servidor já aposentado há muito tempo ser obrigado a contribuir novamente com a previdência<sup>178</sup>.

---

Elétrica, do Conselho de Governo, estabelecendo diretrizes para programas de enfrentamentos da crise de energia elétrica, dando outras providências. 3. Afirmação de controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade dos dispositivos, objeto da ação. 4. Pedido de concessão de medida liminar com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante até o julgamento definitivo da ação para: "(a) sustar a prolação de qualquer decisão, cautelar, liminar ou de mérito e a concessão de tutelas antecipadas, que impeça ou afaste a eficácia dos arts. 14, 15, 16, 17 e 18 da Medida Provisória n.º 2.152-2, de 1º de junho de 2001; (b) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos de quaisquer decisões, cautelares, liminares ou de mérito e a concessão de tutelas antecipadas, que tenham afastado a aplicação dos preceitos da citada Medida Provisória". 5. Pressupostos de conhecimento comprovados, afastada a invocação de ofensa ao art. 62 da Constituição. 6. Deferida cautelar para suspender, com eficácia *extunc*, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória n.º 2.152-2, de 1º de junho de 2001. 7. Os votos minoritários, inclusive o do relator, indeferiram a cautelar, não dando pela plausibilidade do pedido constante da inicial". STF, Pleno, ADC 9 MC / DF, J. 26/08/2001; P. DJ 23-04-2004".

<sup>178</sup>EMENTA: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento" STF, Pleno, ADI 3.128-7-DF, Rel. Min. César Peluso, j. 18.8.2004, DJU 18.2.2005.



Não obstante as diversas ações ajuizadas, o STF corroborou a constitucionalidade da EC nº41/2003 sem enfrentar a questão mais basilar de todas, qual seja, se os cálculos apresentados pelo Governo justificando a medida eram verdadeiros, falseados ou ainda incompletos. O STF não realizou este trabalho e julgou ao arrepio da situação fática ignorando, inclusive, os princípios da publicidade, moralidade e transparência no trato da *res pública*.

n) A grave crise institucional com ruptura da (tênue) harmonia entre os Poderes.

MARQUES DE LIMA<sup>179</sup> relembra paradigmático caso concreto onde houve escandalosa divergência entre os Poderes Legislativo e Judiciário e o desfecho desonroso não apenas para o Judiciário, mas para os princípios constitucionais e a sociedade de modo geral.

O Senador Humberto Lucena objetivando candidatar-se ao mesmo cargo em 1994 viu-se impedido de fazê-lo por decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) com confirmação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) pelo fato de utilizar a máquina pública em benefício próprio, qual seja a confecção de grande quantidade de calendários utilizando-se da gráfica do Senado<sup>180</sup>.

Após esta decisão o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 8.985/95 a qual dispunha *in verbis*:

“Lei nº 8.985, de 7 de Fevereiro de 1995

Art. 1º. É concedida anistia especial aos candidatos às eleições gerais de 1994, processados ou condenados ou com registro cassado e conseqüente declaração de inelegibilidade ou cassação do diploma, pela prática de ilícitos eleitorais previstos na legislação em vigor, que tenham relação com a utilização dos serviços gráficos do Senado Federal, na conformidade de regulamentação interna, arquivando-se os respectivos processos e restabelecendo-se os direitos por eles alcançados.

*Parágrafo único.* Nenhuma outra condenação pela Justiça Eleitoral ou quaisquer outros atos de candidatos considerados infratores da legislação em vigor serão abrangidos por esta lei.

Art. 2º. Somente poderão beneficiar-se do preceituado no caput do artigo precedente os

---

<sup>179</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 510.

<sup>180</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 186.0880/210-DF(PB), m. v. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 30.11.1994, DJU 24.2.1995, p. 3.696; Ementário 1.776.06, p. 1.149.

membros do Congresso Nacional que efetuem o ressarcimento dos serviços individualmente prestados, na conformidade de tabela de preços para reposição de custos aprovada pela Mesa do Senado Federal, excluídas quaisquer cotas de gratuidade ou descontos.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se a quaisquer processos decorrentes dos fatos e hipóteses previstos no art. 1º desta lei.

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário”.

Em desfavor desta lei que “ofendeu e rompeu o princípio da separação dos poderes, eis que implicou, diretamente, no desfazimento de uma decisão judiciária transitada em julgado, em benefício de ‘pessoas específicas’”<sup>181</sup>, foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ação direta de inconstitucionalidade face à referida lei e apenas em 15 de Dezembro de 2005 o STF julgou a questão, dando procedência, portanto considerando constitucional aquela malfadada e direcionada lei<sup>182</sup>.

O que resta em sede de considerações finais a este tópico específico? Desmistificar a figura do STF como órgão promotor da Constituição em seus preceitos mais fundamentais e principiológicos, desconstruir o mito de órgão que se legitima pelo procedimento, haja vista ser intrépido concretizador “contra o inerte Legislativo ou o contumaz violador Executivo” das promessas constitucionais.

Como estudado e demonstrado, o STF em seu passado recente não pode arvorar-se em paladino da moralidade, haja vista diversas decisões atentatórias ao princípio da moralidade, pois segundo ADEODATO: “a estratégia política do Judiciário tem sido casuística, na medida em que as fundamentações têm variado a ponto de ser difícil

---

<sup>181</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 513.

<sup>182</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ANISTIA: LEI CONCESSIVA. Lei 8.985, de 07.02.95. CF, art. 48, VIII, art. 21, XVII. LEI DE ANISTIA: NORMA GERAL. I. - Lei 8.985/95, que concede anistia aos candidatos às eleições gerais de 1994, tem caráter geral, mesmo porque é da natureza da anistia beneficiar alguém ou a um grupo de pessoas. Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. II. - A anistia, que depende de lei, é para os crimes políticos. Essa é a regra. Consubstancia ela ato político, com natureza política. Excepcionalmente, estende-se a crimes comuns, certo que, para estes, há o indulto e a graça, institutos distintos da anistia (CF, art. 84, XII). Pode abranger, também, qualquer sanção imposta por lei. III. - A anistia é ato político, concedido mediante lei, assim da competência do Congresso e do Chefe do Executivo, correndo por conta destes a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, sem dispensa, entretanto, do controle judicial, porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao devido processo legal substancial (CF, art. 5º, LIV). IV. - Constitucionalidade da Lei 8.985, de 1995. V. - ADI julgada improcedente.

seguir um vetor qualquer de racionalidade para unificação da jurisprudência em geral, aí incluída a jurisdição constitucional”<sup>183</sup>.

### 1.8 A função judicial como criadora do direito e seus limites

Na origem do constitucionalismo ou mesmo na adoção precípua da teoria da separação dos poderes não se cogitava que os magistrados assumissem a função legislativa nos moldes verificados na atualidade e mesmo defendido por boa parcela da doutrina.

CASTANHEIRA NEVES, comentando o acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional Português, o qual declarou a inconstitucionalidade parcial da força obrigatória geral dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça, entende existir dois tipos de assentos, quais sejam: a) assentos integrativos e b) assentos interpretativos. Em relação ao primeiro, presta-se a colmatar lacunas do sistema e cria a norma correspondente para a seguir aplicá-la ao caso concreto<sup>184</sup>.

O assento interpretativo, por seu turno, fixa uma das várias interpretações possíveis da lei. O referido autor português esclarece a natureza jurídica dos assentos, chamados por ele de “instituto perturbadoramente problemático”. Há pelo menos três correntes doutrinárias, a saber: a) seriam os assentos atos de natureza legislativa, na doutrina de GOMES CANOTILHO<sup>185</sup>, MENEZES CORDEIRO<sup>186</sup> e CASTANHEIRA NEVES<sup>187</sup>; b) como atos de natureza jurisdicional, tese defendida por MARCELO

---

<sup>183</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites**. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 96.

<sup>184</sup> NEVES, António Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos “assentos” – comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

<sup>185</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

<sup>186</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Da inconstitucionalidade da revogação dos assentos**. In: MIRANDA, Jorge (org.). *perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

<sup>187</sup> NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

REBELO DE SOUSA<sup>188</sup>, JORGE MIRANDA<sup>189</sup> e OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>190</sup> ou c) como de natureza administrativa, segundo MARCELO CAETANO<sup>191</sup>.

Independentemente das diferenças doutrinárias acerca da natureza jurídica dos assentos, que no Brasil seriam os acórdãos, percebe-se que a criação da norma jurídica não é monopólio do Poder Legislativo, sendo de seu *mister* precípua a lei em sentido formal, mas que não esgota as possibilidades de criação do direito pelos demais poderes.

No Brasil, a produção de leis em sentido material não é exclusividade do Poder Legislativo. A Constituição Federal brasileira de 1988 manteve a delegação no processo legislativo assentado no artigo 59, inciso IV e no artigo 68, adotando a concepção de legislação controlada, conforme o artigo 68, parágrafo 1º e incisos I, II e III. Não obstante tais previsões urge ventilar ainda acerca de outros instrumentos para a celeridade legislativa sob a competência do Presidente da República, quais sejam a legislação de urgência em projetos de sua iniciativa (artigo 64, parágrafos 1º e 2º) e as medidas provisórias, com força de lei e aplicabilidade imediata, prevista no artigo 62.

É cediço que os atos do Estado envolvem diversas funções, havendo entre elas zonas cinzentas<sup>192</sup>. A divisão das funções entre órgãos separados não apresenta uma linha que marque separação absoluta ou intransponível, ou seja, não existe monopólio entre os poderes do Estado e as funções que exercem e considerando o princípio da unidade do direito, também o Judiciário pode produzir atos de natureza equiparada aos materialmente legislativos, sem prejuízo à separação dos poderes ou desvirtuamento de sua função típica alicerçada constitucionalmente.

Deve-se ventilar, entretanto, que a atuação judicial obrigatoriamente estará cingida aos limites de uma atividade tipicamente jurisdicional. Caso a decisão seja inseparavelmente associada a uma escolha política esta deverá ser prolatada dentro dos limites impostos pela Constituição quando da repartição de competências entre os poderes do Estado, não estando autorizado o Poder Judiciário, sob nenhum pretexto, avançar em termos competenciais onde o constituinte originário não quis fazê-lo.

---

<sup>188</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988.

<sup>189</sup> MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 196.

<sup>190</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito – introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. Coimbra: Almedina, 1995.

<sup>191</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1980, p. 123.

<sup>192</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI classifica três funções “manifestas” do Poder Judiciário: a) solucionar conflitos de interesses<sup>193</sup>; b) a função de autogoverno, haja vista a competência dos tribunais para se organizarem; c) controle constitucional das leis<sup>194</sup>.

Verifica-se, neste sentido, a existência da normatividade jurídica, segundo o que as normas podem ter origem legal ou origem judicial. CALMON DE PASSOS entende que: “falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta”<sup>195</sup>.

Ao desenvolvimento judicial da unidade do direito e à correspondente competência criativa dos tribunais convencionou-se denominar função supletiva, a qual poderá ser exercida sem que haja usurpação de funções ou violação à separação de poderes sempre que um trato metodológico do direito como ciência sistemática estiver presente<sup>196</sup>.

Por esta razão, o maior ou menor grau de criatividade não deve ser confundido com a total liberdade do intérprete. Na lição de CAPPELLETTI: “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”<sup>197</sup>.

Poderíamos ventilar como “vínculo”, a necessidade de motivação e fundamentação de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, por exemplo.

Neste sentido, tenha a atividade criativa dos juízes natureza jurisdicional ou natureza legislativa em sentido material, em nada ficam prejudicados os princípios constitucionais nem há riscos à existência equilibrada de um Estado Democrático de Direito, desde que a atividade permaneça *intra jus*.

Não há prejuízos à separação dos poderes que a jurisprudência se antecipe à lei em sentido formal, fato que não é raro nos diversos ordenamentos jurídicos<sup>198</sup>. A

---

<sup>193</sup> O que *de per se* não é exclusivo do Poder Judiciário haja vista os outros Poderes fazerem o mesmo e até os particulares através da mediação e arbitragem.

<sup>194</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Juarez Tavares (Trad.). São Paulo: RT, 1995.

<sup>195</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Súmula Vinculante**. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDP), nº 9, Janeiro/Fevereiro/Março, 2007, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 12 de agosto de 2012.

<sup>196</sup> Cf: LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. José Lamego (Trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

<sup>197</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Trad.) Porto Alegre: SAFE, 1999.

<sup>198</sup> OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 35 discorre que: “Por um lado verifica-se que, apesar dos amplos poderes decisórios do juiz ao nível da própria criação do

diferença entre a função criativa do direito realizada pelo Legislativo e pelo Judiciário é explicada por CAPPELLETTI como uma questão de grau, haja vista que a função jurisdicional é balizada pelas leis ordinárias e pelos precedentes judiciais, pelos princípios gerais do direito arraigados na consciência jurídica universal e pelas práticas dos tribunais além dos balizamentos da ciência jurídica e das proposições jurídicas (*Rechtsatz*), em que tudo isso é mais detalhado e em maior quantidade que as balizas da função legislativa, que são as normas constitucionais e as decisões de jurisdição constitucional.

KELSEN observa que:

Cada grau de ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior. A ideia de regularidade se aplica a cada grau, na medida em que é aplicação ou reprodução do direito. Porque a regularidade nada mais é que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica. Não é apenas na relação entre os atos de execução material e as normas individuais – decisão administrativa e sentença – ou também entre esses atos de execução material e as normas legais ou regulamentos gerais que podem ser postuladas a regularidade e as garantias técnicas apropriadas para assegurá-la, mas também nas relações entre o decreto e a lei, entre a lei e a Constituição, assim, as garantias da legalidade dos decretos e da constitucionalidade das leis são concebíveis quanto às garantias de regularidade dos atos jurídicos individuais<sup>199</sup>.

O direito é construído, pois, mediante sua aplicação em sucessivas cadeias de regras com maior ou menor generalidade e concretude. Portanto, quando o juiz aplica a norma geral e abstrata produz norma jurídica que nada mais são que normas individuais e concretas, à exceção das “sentenças normativas” emanadas da Justiça do Trabalho e o efeito vinculante que possuem as súmulas vinculantes, bem como as decisões vinculantes exaradas no controle concentrado de constitucionalidade. Nestes casos, há produção de norma geral e abstrata pelo Poder Judiciário.

---

Direito, não há uma vinculação a precedentes jurisprudenciais, nem, em regra geral, às anteriores decisões dos tribunais superiores. Em consequência, a actividade jurisdicional escapa, em princípio, a qualquer subordinação ao princípio da igualdade na aplicação do Direito. A coroar tudo isto, refira-se o princípio da irresponsabilidade do juiz. Em boa verdade, admitir como válida esta última hipótese, significaria proclamar como divisa do Estado de Direito a seguinte ideia: todos os poderes públicos constituídos são iguais, porém, o poder judicial é mais igual do que os outros”.

<sup>199</sup> KELSEN, Hans. **A Jurisdição Constitucional**. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Os juízes criam direito, mas esta criação deve estar adstrita aos limites impostos nas normas gerais e abstratas de produção típica do Poder Legislativo, deste modo não há violação à tripartição dos poderes.

Esclarece MARCELO REBELO DE SOUSA que:

Entre a tradição francesa, avessa ao controlo por órgãos não políticos, e que viria a convolar-se, por efeito de factores múltiplos, no modelo europeu continental da *verfassungsgerichtsbarkeit*, e a linhagem da *judicial review* da *common law*, ou de parte significativa desta família, foi toda uma diversidade de origens, de inspirações e de práticas, estas só confluentes a partir do final da Segunda Grande Guerra. Confluência esta que admite o papel criador de Direito da justiça constitucional, sem com isso necessariamente conferir a toda a justiça constitucional ou mesmo à generalidade das situações quer uma feição de criação originária, quer sobretudo o exercício de qualquer função legiferante<sup>200</sup>.

O conteúdo da norma jurídica criada na decisão judicial no caso concreto deve guardar correspondência com o conteúdo da norma contida na lei de forma abstrata. Tanto a função legislativa quanto a função jurisdicional são formas de criação de normas jurídicas. Não é outro o entendimento de CAPPELLETTI:

O legislador se depara com limites substanciais usualmente menos frequentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente, mas não qualitativamente diversa da do juiz (...) Ambos constituem processos de criação do direito<sup>201</sup>.

FAZZALARI *adverte que* “*la tentazione di "creare" fingendo d' "interpretare" si fàpiù forte nei periodidi 'crisis del diritto'*”<sup>202</sup>, precisamente o que se vivencia no Brasil, qual seja o arraigado pensamento de ineficiência e inércia dos demais Poderes.

Podemos afirmar que a atividade legislativa é uma primeira redução dos ordenamentos possíveis, cabendo à função jurisdicional continuar o procedimento de redução da complexidade do sistema jurídico, explicitando o alcance e o significado da norma objetiva no caso concreto visando à concretização da norma<sup>203</sup>.

<sup>200</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais**. In: X Aniversário do Tribunal Constitucional. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030214.html?impressao1>. Acesso em 27.04.2010.

<sup>201</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Trad.) Porto Alegre: SAFE, 1999.

<sup>202</sup>FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6ª ed. Padova: Cedam, 2001, p. 403.

<sup>203</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Gustavo Bayer (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 168.

BLANCO DE MORAIS, enfrentando o tema discorre que: “Conceder ao juiz um livre e irrefreado poder interpretativo da Constituição objectivamente e da lei, que lhe permita dizer o que a Constituição objectivamente não diz, e ser, a ‘boca’ e das suas convicções subjectivas erigidas a parâmetros constitucionais, constituiria um livre trânsito para a violação do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático-representativo”<sup>204</sup>.

Na doutrina de NIKLAS LUHMANN, a criação legislativa é uma primeira generalização normativa e a diferenciação técnica operada pelos aplicadores do direito é a generalização secundária vazada na decisão judicial.

Esta criação judicial não deixa de possuir generalidade que “reside na normatividade da expectativa assim gerada: na generalização que transcende os momentos (e dessa forma, os casos). Todo aspecto normativo de uma generalização jurídica tem, portanto, que pretender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma”<sup>205</sup>.

A atividade criativa, seja pela função jurisdicional, seja pela função legislativa, delimita o sentido da norma, num processo de densificação dos princípios gerais de direito, culminando com a construção de uma norma jurídica pela sua concretização, perfazendo o trânsito do direito objetivo para o direito subjetivo<sup>206</sup>.

A atividade criativa efetivada pelo desenvolvimento jurisdicional do direito vale-se de uma metódica estruturante, que nas palavras de FRIEDRICH MÜLLER: “analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso”<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **As Sentenças com Efeitos Aditivos**. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.) *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 102.

<sup>205</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Gustavo Bayer (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.34-35.

<sup>206</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Batista Machado (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>207</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Peter Naumann (Trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 57.



## 1.9 Diferenciação essencial entre texto normativo e norma jurídica

É essencial a diferenciação entre texto normativo e norma jurídica para entendermos os limites e possibilidades competenciais da função jurisdicional e, deste modo, analisarmos se há invasão de competência na seara dos demais poderes.

O magistrado em seu *mister* de equacionar as demandas que lhes são propostas no caso concreto deve decidir, haja vista a proibição do *non liquet*; suas sentenças são verdadeiras e autênticas normas jurídicas pois foi resultado da interpretação dos enunciados normativos produzidos pelo legislador e publicados sob a forma das diversas espécies de diplomas legais, destarte, a norma jurídica é fruto de trabalho hermenêutico do magistrado tomando como base o teor literal do enunciado normativo para solucionar um caso concreto a ele apresentado.

FRIEDRICH MÜLLER entende o enunciado normativo como a “ponta do iceberg” na qual se baseará o intérprete para construir a norma adstrita aos limites da demanda<sup>208</sup>. KELSEN elucidava que o texto normativo se apresenta como uma “moldura” dotada de abertura semântica, portanto, acolhe diversas possibilidades interpretativas<sup>209</sup> a qual o intérprete julgador escolhe (ato de vontade) uma delas e cria a norma jurídica individual e concreta que decidirá o caso proposto. Segundo FERRAZ JÚNIOR este ato de vontade do julgador está relacionado a um “eu quero” em detrimento de um “eu sei”<sup>210</sup>.

Como supramencionado, há uma “textura aberta do direito” nas palavras de HERBERT HART que permite a possibilidade de inúmeras decisões diferentes sob o mesmo texto normativo, ou seja, há intensa produção de normas jurídicas baseadas em um único texto normativo, este entendido, na esteira do pensamento de ZAGREBELSKY, como ordenamento em potência com inúmeras possibilidades interpretativas encontrando limites apenas no caso em análise e nos sentidos autorizados pelo texto<sup>211</sup>.

Ao interpretar o texto normativo e escolher qual será a solução para o caso concreto dentre as diversas outras possibilidades, o julgador imprime sua vontade e ao

<sup>208</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53.

<sup>209</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. João Batista Machado (trad.) São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 366.

<sup>210</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 261.

<sup>211</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Manuale di diritto costituzionale: i sistema dele fonti del diritto**. Torino: Utet, 1988, p. 69

fazê-lo produz a norma jurídica aplicável ao caso, deste modo, há inegável produção normativa no âmbito das decisões judiciais, são criadores do direito, pois toda interpretação tem um grau maior ou menor de criatividade.

Há o caráter criativo da interpretação, conforme preleciona EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA:

*Toda decisión judicial (y esto puede aplicarse a la integridade del proceso de aplicación del derecho, aunque no toda tenga la autoridad de la aplicación por el juez) se reproduce necesariamente en mayor o menor medida el proceso de creación o producción del derecho, que en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, que toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico*<sup>212</sup>.

Segundo EROS GRAU: “A interpretação do direito tem caráter construtivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, mediante a definição de uma norma de decisão”<sup>213</sup>.

CAPPELLETTI entende que substancialmente, a criatividade do legislador pode ser diferente apenas em quantidade, mas não em qualidade em relação ao do juiz; em suas palavras: “quanto à natureza, esses dois processos não são substancialmente distintos, pois ambos consistem em processos de criação do direito. O que separa um do outro é o modo de criação do direito”<sup>214</sup>.

É *mister* ventilar ainda que há situações paradigmáticas (exemplo dos *hard cases*) onde o modelo cognitivo-dedutivista simplesmente considerado não consegue resolver a controvérsia a contento na prolatação da decisão, haja vista encontrarem-se na área cinzenta dos termos. A interpretação e decisão judicial quando se depara com as áreas fronteiriças dos termos dota o Judiciário de um estranho poder, qual seja o de ultrapassar os limites subsuntivos lógico-formais e praticamente o impele a, em respeito ao *non liquet*, buscar fundamentar sua decisão na vagueza interpretativa dos princípios.

Neste caso não se pode falar em desrespeito ao texto de lei justamente pelo fato da falta de uma indicação clara e inequívoca. Situação diferente e que pode conduzir o

<sup>212</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios general es del derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 21-22.

<sup>213</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 55.

<sup>214</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Trad.) Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 26.

juiz a uma decisão controversa e questionável seria quando, deparado com um caso concreto donde há um mandamento legal claro, definido e unívoco, o julgador desconsidera a literalidade do texto na decisão do caso, pois entende que, em nome da equidade, a aplicação da lei seria dura demais, em outras palavras, não se trata de um *hard case* que torne o caso de difícil solução legal, mas está diante de um caso de difícil solução axiológica, caso opte por não aplicar a *dura lex* neste caso, seria acusado de julgar *contra legem*.

RUIZ PÉREZ entende que os magistrados não conduzem e nem devem conduzir o jogo sociopolítico posto que a eles cabe a aplicação do direito vigente. Não seria de responsabilidade dos magistrados modificar a realidade política ao entenderem que deva ser modificada, posto que tal mister é da responsabilidade dos demais poderes, Legislativo e Executivo, caberia, na visão de PÉREZ, ao Judiciário, a administração da justiça separada da política e imparcial<sup>215</sup>.

Neste sentido, o texto normativo (enunciado) é da competência do Poder Legislativo, o qual deve nortear a atuação judicial que cria, com a decisão (sentença, acórdão, decisão interlocutória), norma jurídica.

### **1.10 Teoria do Perfeccionismo, Teoria do Minimalismo judicial e do Procedimentalismo**

O ativismo judicial como fenômeno global suscita o temor de uma juristocracia, ou seja, um governo de juízes e sem relação direta com a escolha temporária e periódica da vontade popular no exercício do poder. Segundo HIRSCHL:

*The judicialization of politics now includes the wholesale transfer to the courts of some the most pertinent and polemical political controversies a democratic polity can contemplate. What has been loosely termed "judicial activism" has evolved beyond the existing conventions found in normative constitutional theory literature. A new political order – juristocracy – has been rapidly establishing throughout world<sup>216</sup>.*

<sup>215</sup> PÉREZ, Ruiz. *Juez y Sociedad*. Bogotá: Temis, 1987.

Em tradução livre: "A judicialização da política agora inclui a transferência total para os tribunais de algumas controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que um governo democrático pode contemplar. O que foi vagamente chamado de "ativismo judicial" se desenvolveu para além das convenções existentes na literatura de teoria constitucional normativa. A nova ordem política - juristocracia - rapidamente se estabeleceu em todo o mundo. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p.59.

Neste contexto, tanto para evitar os excessos do *judicial activism*, como a omissão do *judicial self restraint*, como também a ditadura da maioria nos congressos e nas Administrações públicas, surgiram as teses do “perfeccionismo” atribuída a RONALD DWORKIN; do “minimalismo” a cargo de CASS SUNSTEIN e do “procedimentalismo”.

O Perfeccionismo, sensivelmente voltado à ideia de uma “Constituição vinculante”, objetiva, via trabalho hermenêutico, aprimorar a Constituição buscando apreender seus ditames de modo mais aprofundado. Tal *mister* é proposto por DWORKIN ao criar a figura mística do “Juiz Hércules”, ou seja, um “supermagistrado” com poderes “supra-humanos” que com sua capacidade transcendental seria capaz de convencer a Corte a imprimir fundamentos racionais aos seus pronunciamentos jurídicos buscando “apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz para alcançar o equilíbrio e a justiça na prática judiciária”<sup>217</sup>. AARNIO questiona a capacidade do “Juiz Hércules” em produzir, como preconiza DWORKIN, com segurança uma resposta correta para cada caso difícil, ao asseverar que: “(...) *más tarde, la tesis de Dworkin se hace más débil, pero, con todo, se mantienen las tesis centrales de su teoría de la única respuesta correcta*”<sup>218</sup>. Ora, o Juiz Hércules idealizado por DWORKIN é dotado de ferramentas que poderiam ajudá-lo a lograr o objetivo de prolatar a melhor decisão, quais sejam: disponibilidade de informação ilimitada, tempo e capacidade ilimitados. BARRAGAN discorre que:

*Tales herramientas no ayudan a Hércules J. a discutir acerca del valor de sus propios puntos de partida (premisas), como tampoco pueden ayudarlo a articular los intereses discrepantes de los afectados por la decisión, ni a seleccionar en el espacio de respuestas coherentes con el sistema de normas aquella más valiosa desde el punto de vista de la ética colectiva. Tales herramientas no pueden entonces ayudar a Hércules J. en el proceso de alcanzar su meta como decisor, es decir, maximizar la certidumbre jurídica; y si tal como lo creemos el proceso de construcción de la decisión es inseparable del de justificación de la misma, tampoco en este último ámbito Hércules J. podrá alcanzar el éxito*<sup>219</sup>.

Propõe DWORKIN, a aplicação do “direito como integridade”, ou seja, uma atividade jurisdicional forte impondo a ideia de que a comunidade política está submetida não apenas às decisões políticas particulares explicitamente adotadas

<sup>217</sup> DWORKIN, Ronald. *Natural law revisited*, V. Florida. Law Review, 1982, v. XXXIV, p. 34.

<sup>218</sup> AARNIO, Aulis. *La Tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante, nº 8, 1990, p. 32.

<sup>219</sup> BARRAGÁN, Julia. *La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante, nº 8, 1990, p. 69.

pelo Legislativo e Executivo, mas também ao “sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam”. Entre as virtudes, aolado da justiça, ele incluiu a equidade, a moral e o devido processo legal<sup>220</sup>.

A Auto-contenção judicial (*judicial self restraint*). De acordo com Ronald Dworkin:

O programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco<sup>221</sup>.

Outra é a perspectiva adotada pelo modelo do ativismo judicial. De acordo com DWORIN:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso<sup>222</sup>.

DWORKIN entende o ativismo como o lado oposto da auto-restrição e expõe:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpreta-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. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima<sup>223</sup>.

Críticas ao perfeccionismo podem ser tecidas, quais sejam: a) Quais são os princípios morais que devem ser eleitos como corretos, pois o conceito de moral varia no tempo e no espaço? b) Tal teoria mais adequada e moralmente correta também é adotada nas votações majoritárias nas casas legislativas e não há garantias de que desse

<sup>220</sup> DWORIN, Ronald. O império do direito. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 255.

<sup>221</sup> DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.

<sup>222</sup> DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

<sup>223</sup> DWORIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 451-452

modo as minorias não serão esmagadas pela vontade soberana da maioria; c) Por último, há a ameaça real do Judiciário erigir-se como alta Corte moral, sem que sobre ele recaia qualquer mecanismo de controle social. CASS SUNSTEIN reconhece a existência de um perfeccionismo de primeira e de segunda ordem. Este autor critica o que denomina *first order perfectionism* entendendo que a fragilidade das decisões arrimadas nesta abordagem suprimem a oportunidade das maiorias deliberarem sobre os temas para alcançarem consenso<sup>224</sup>.

Esta última crítica e preocupação ganha força quando nos deparamos com as próprias palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR MENDES ao asseverar:

As decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a inovação de um direito superior – que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório –, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a atuação reprogramada a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual correção da jurisprudência de uma Corte Constitucional, somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda<sup>225</sup>.

Vale ressaltar que um tribunal ativista (*judicial activism*) pode transformar-se em um tribunal paternalista ocupando o lugar dos processos políticos democráticos ao invés de promovê-los e, desse modo, prestando um desserviço ao Estado Democrático de Direito e, via de consequência, à cidadania. Por outro lado, a auto-restrição judicial (*judicial self restraint*) nessa seara pode promover uma ilegitimidade democrática perpetrada pelo Executivo e Legislativo por optarem satisfazer os anseios da maioria mitigando o atendimento a grupos minoritários ou mesmo criando dificuldades ou obrigações desproporcionais.

Os perfeccionistas aceitam a afirmação de uma Constituição vinculante, haja vista ela ser exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar, entretanto, acreditam que a questão judicial recorrente repousa em tornar o texto o melhor que ele poderia ser

<sup>224</sup>SUNSTEIN, Cass. *Second-order perfectionism*. Fordham Law Review, v. 75, nº 6, p. 2867-2883, 2007, p. 2881.

<sup>225</sup>MENDES, Gilmar. Prefácio In: TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1998, p. XIII-XIV.

mediante a interpretação de suas abstratas normas no sentido de apreender seus ideais sob a melhor ótica<sup>226</sup>. Tal explicação nada mais é que a tese de DWORKIN do chamado “romance em cadeia” e as funções do Juiz Hércules na tentativa de trazer elementos racionais para as decisões judiciais impelindo os magistrados a “apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática”<sup>227</sup>.

Defende DWORKIN que para lograrem tal desiderato os tribunais devem utilizar um modelo de direito como “integridade”, o qual denota a concepção de que a comunidade política submete-se não apenas às decisões políticas advindas do Executivo e Legislativo, mas considerando inclusive o “sistema de princípios que essas decisões pressupõe e endossam”<sup>228</sup>, resultantes de uma atividade jurisdicional forte

Nas palavras de DWORKIN:

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz<sup>229,230</sup>.

<sup>226</sup>SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for América*, New York: Basic Books, 2005, p. 32. No original: “Perfectionists agree with the statement that the constitution is binding, it is, after all, exactly what they want to improve. But they believe that the applicant is a legal question to make the document as best it could be through the interpretation of his abstract norms in a way that captures their ideals in the best light possible”.

<sup>227</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 112.

<sup>228</sup> DWORKIN. *O império do Direito*. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 255

<sup>229</sup> DWORKIN. *O império do Direito*. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 263

<sup>230</sup> Na doutrina de MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos CEBRAP*, no. 58, Novembro de 2000, p. 186ss: “Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (...) Sujeita cada vez mais setores sociais à intervenção casuística de um Estado que, em nome da administração de crises ou de sua prevenção, coloca em questão a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais. Ao mesmo tempo que a moralização da jurisprudência serve à funcionalização do direito, a Justiça ganha um significado duplo. A nova imago paterna afirma de fato os princípios da “sociedade órfã”. Nesta sociedade exige-se igualmente resguardo moral a fim de se enfrentar pontos de vista morais autônomos oriundos dos movimentos sociais de protesto”.

Para OWEN a teoria minimalista de SUNSTEIN aproxima-se da teoria Liberal<sup>231</sup>, mas tal assertiva é refutada pelo próprio SUNSTEIN<sup>232</sup>. O minimalismo possui uma pretensão descritiva da interpretação constitucional posto que sugere ao magistrado decidir menos e tenta evitar considerações teóricas complexas, com isso são reduzidas as dificuldades nas decisões polêmicas nos tribunais e conseqüentemente são reduzidas as complicações futuras de decisões equivocadas.

CASS SUNSTEIN apresenta O “minimalismo judicial” sob duas concepções, a saber: a) *procedimental* versando acerca de sugestões de caráter formal aos juristas com o escopo dos mesmos evitarem empregar argumentos filosoficamente densos e controversos ao prolatar e fundamentar decisões judiciais concretas e b) *substancial*, a qual promove condições prévias para melhor funcionamento de uma democracia constitucional deliberativa, em outras palavras, estabelece um conteúdo específico nas decisões como resposta às diversas vozes do público<sup>233</sup>. Tanto o método procedimental quanto o substancial são postos como colunas morais no seio da democracia que exigem, na doutrina de SUNSTEIN: “igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política”<sup>234</sup>.

Os tribunais devem evitar o pronunciamento sobre matérias que não dizem respeito diretamente ao caso concreto sob sua análise e julgamento, destarte, deve estar cingido aos limites daquilo para o qual fora provocado, esquivando-se das controvérsias morais ou políticas que não sejam indispensáveis à solução do problema *in concreto*<sup>235</sup>. A intenção é clara, qual seja a de reduzir o acúmulo de tarefas das decisões judiciais tornando, inclusive, mais escassos possíveis erros do Judiciário.

Portanto, defende que as manifestações sobre questões secundárias sem relação ao caso concreto analisado sejam evitadas, o magistrado deve estar cingido à resolução de cada litígio de forma individual e apenas existam decisões de cunho político quando for imprescindível, desta forma, o minimalismo propõe uma postura de cautela, como se

<sup>231</sup> FISS, Owen M. *The perils of minimalismo. Theoretical Inquiries in Law*. V. 9, p. 643-664, 2008, p. 660 discorre que o minimalismo traz atratividade para a teoria liberal pois frente à impossibilidade de se obter êxito da sua articulação para a defesa de direitos e da visão cosmopolita da Constituição, a perspectiva de limitação da atividade apresenta-se em importante caminho.

<sup>232</sup> Em *Radicals in Robes: why extreme Right-wingcourts are wrong for América*, New York: Basic Books, 2005, p. 29, SUNSTEIN afirma que é possível existir minimalistas conservadores e também liberais.

<sup>233</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999, p. ix-xi.

<sup>234</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999, p. ix-xi.

<sup>235</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999, p. ix-xi.



fora uma pessoa sensata, as quais optam em tomar decisões sem comprometer aspectos futuros<sup>236</sup>.

Vale ressaltar que o minimalismo enquanto compreendido como “procedimento” recomenda argumentações modestas, enfrentando o problema do desacordo razoável duradouro, contudo, como “substância” é promotor da deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. Defende-se a ideia de que a harmonia e amálgama destes conceitos são capazes de articular de forma correta os distintos papéis institucionais dos poderes Judiciário e Legislativo. SUNSTEIN entende que decisões limitadas e com pouca profundidade, as quais evitam adentrar na análise substantiva da questão a ser decidida, ou mesmo preferem não apreciar o caso, são uma forma evidente de validação dos processos democráticos, pois deixam amplo espaço para a democracia deliberativa<sup>237</sup>. O minimalismo propõe que o tribunal volte-se ao caso concreto não elegendo fundamentos abstratos ou estabelecendo diretrizes abrangentes, pois o magistrado deve conhecer suas limitações inclusive a impossibilidade de prever as conseqüências futuras de seus julgados<sup>238</sup>, desta forma impede que o magistrado atrepele o processo democrático no exercício típico do Poder Legislativo, com isso, a probabilidade de erro judicial é reduzido e a resolução de questões fundamentais seriam deixadas aos poderes políticos.

O minimalismo propõe duas virtudes fundamentais, quais sejam: a) superficialidade (*shallowness*) em relação à fundamentação e estreiteza (*narrowness*) acerca do âmbito da decisão.

Acerca da superficialidade, os adeptos do minimalismo decidem de maneira mais superficial que profunda porque preferem deixar questões fundacionais não decididas apreciando apenas o que é estritamente necessário sem se comprometer na resolução de problemas com grau maior de complexidade. Esta opção pela superficialidade é um limite à profundidade teórica da decisão, apartada de considerações abstratas da sua fundamentação. Todas as decisões são motivadas, mas as

---

<sup>236</sup>SUNSTEIN, Cass. *Beyond judicial minimalism*. John M. Olin Law & Economics Working Paper. N} 432, p. 1-25, september, 2008, p.1.

<sup>237</sup>SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism ont the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999. p. 24.

<sup>238</sup>SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999. p. 53.

questões fundacionais são afastadas, pois evitam tecer uma teoria geral ou maiores explicações sobre a situação decidida<sup>239</sup>.

Acerca da estreiteza refere-se às decisões em que o tribunal resolve um caso observando bem suas particularidades, podendo deixar boa parte dos seus aspectos sem decisão, pois concentra-se na situação específica sob sua apreciação e evita estabelecer uma diretriz mais ampla<sup>240</sup> que atinja outras situações, volta-se, portanto, ao âmbito da decisão. Evita a generalidade que na verdade é o que distingue legislação e jurisdição. A estreiteza pode ser adotada por diversos fatores, tais como a necessidade de se estabelecer consenso num órgão colegiado; pelo fato de desconhecimento da matéria ou mesmo pela possibilidade de criar constrangimentos futuros decorrentes de suas decisões.

SUNSTEIN ventila as situações onde o magistrado pode apoiar-se, em sua decisão, em princípios mais amplos e abstratos: (1) A hipótese de uma decisão mais ampla que reduz os custos da incerteza da decisão tanto para as partes envolvidas quanto para o tribunal; (2) Quando faltarem decisões claras e com isso ocasionar a privação dos cidadãos de uma base sólida em seu atuar democrático; (3) Quando a existência de uma postura mais ativista promover objetivos democráticos e forneça pressupostos essenciais ao funcionamento da democracia deliberativa<sup>241242</sup>.

Em sentido oposto, SUNSTEIN aponta os casos que exigem postura moderada, não-ativista: (1) Quando qualquer solução mais ampla possa acarretar grandes incertezas para casos futuros; (2) na inexistência de necessidade premente de estabelecer critérios públicos de planejamento para o futuro; (3) Quando as pré-condições da deliberação democrática não estão em risco e os objetivos democráticos dificilmente serão promovidos por um juízo mais ousado<sup>243</sup>.

Como facilmente se abstrai dos próprios conceitos, o ativismo judicial alinha-se com o perfeccionismo ao considerar a Constituição como vinculante e considerando-a como verdadeira; por meio da interpretação dos princípios e de seus conceitos jurídicos

---

<sup>239</sup>SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999. p. 13.

<sup>240</sup>SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999. p. 10.

<sup>241</sup>SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999. p. 57.

<sup>242</sup> Como no paradigmático *case* julgado pela Suprema Corte Norte-Americana *Brown vs. Board of Education*.

<sup>243</sup>SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999, p. 57.

indeterminados em cláusulas vagas e ocupando os espaços deixados pela omissão dos demais poderes, o magistrado avança em competências por vezes não previstas explicitamente no texto constitucional.

A própria existência de cláusulas abertas à interpretação é um convite irrecusável aos cultores do ativismo uma vez que entendem ser imprescindível sua atuação e colmatação de lacunas.

Interessante é a posição de RONALD DWORKIN ao diferenciar “argumentos de política” e “argumentos de princípio”<sup>244</sup>.

Nossa prática política reconhece dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política. Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos<sup>245</sup>.

Ainda em RONALD DWORKIN:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política. Às vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude pública, e não com base em sua natureza de política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política<sup>246</sup>.

Em sua própria obra, ao se referir ao caso *Riggs x Palmer*, DWORKIN pretende mais uma vez diferenciar regras e princípios, defendendo a aplicação dos princípios na

---

<sup>244</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2010, XVI.

<sup>245</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Luís Carlos Borges (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. IX,

<sup>246</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 129.

falta de regras e mesmo como pauta interpretativa das regras, quando existentes. No aludido caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte consagrou a máxima de que “a ninguém é dado o direito de se beneficiar com sua própria torpeza”, tal máxima passaria a pautar de forma hermenêutica decisões daquela Corte e o citado autor norte-americano defende a prevalência dos princípios sobre as regras e a aplicação imediata dos princípios quando não existirem as regras.

Para tentar explicar doutrinariamente o ativismo judicial e justificar a necessidade da proatividade judicial, RONALD DWORKIN apresenta o “princípio da integridade” donde são consideradas verdadeiras apenas as proposições jurídicas que forem resultado dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal, neste viés, a integridade coaduna-se com virtude política e tem o condão de formar uma sociedade comprometida com a moral do direito.

DWORKIN expõe três tipos de comunidade, quais sejam: 1. Aquela onde os seus membros não possuem nenhuma forma de unidade associativa por entenderem estarem juntos apenas de forma acidental; 2. Aquela movida tão somente com o compromisso de cumprir as regras estabelecidas, mas entendem que as mesmas não foram acordadas previamente com todos sobre a base de princípios; 3. Aquela na qual impera não apenas as regras, mas princípios comuns oriundos de um acordo político, deste modo, a política assume um novo papel, qual seja a de ser um lugar comum de debates sobre quais princípios serão adotados e quais são as concepções de devido processo legal. Equidade e justiça<sup>247</sup>.

Em suas palavras: “(...) nesse modelo do direito como integridade, parte-se da crença de que as pessoas se tornam membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por acordo político”<sup>248</sup>.

Caso haja múltiplas soluções, o magistrado deve escolher, sob a égide da moral política, aquela que se coadune melhor com a estrutura das instituições e decisões da

---

<sup>247</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 252-254

<sup>248</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254

comunidade as quais represente o direito histórico e o direito vigente, deste modo encontrar-se-ia a resposta correta a ser aplicada<sup>249</sup>.

Entendemos que o “princípio da integridade” exposto por DWORKIN não se confunde com outras formas de interpretação como o “pragmatismo”, pois nele se adota o utilitarismo quando determina a interpretação das normas privilegiando o bem estar da sociedade com foco no futuro; nem mesmo o identificamos com o “convencionalismo” ao preconizar a aplicação de decisões anteriores aos casos pendentes evidenciando um excessivo apego ao passado e aos precedentes jurisprudenciais<sup>250</sup>.

Insistimos na doutrina de DWORKIN, pois em suas ilações pretende-se evitar que os magistrados, ao prolatarem suas decisões, adotem seus próprios convencimentos com pretensões das mais elevadas moralmente, entretanto, desprezando a cartilha política da comunidade onde ocorreram os fatos colocados em pauta. Neste sentido, conforme mencionado no início deste subitem, DWORKIN apresenta o “romance em cadeia” (*chain novel*) com ênfase na interpretação literária na qual o leitor busca conferir ao texto um sentido, em vez de empreender esforços para descobrir a intenção de quem o redigiu. Tal hermenêutica mostra-se interessante pela dinamicidade e constante transformação do direito.

Nesse diapasão, há a presença de um primeiro autor o qual elabora o capítulo inaugural da lei possuindo liberdade ampla para estabelecer seu perfil pessoal, por encontrar-se no preâmbulo do texto; em seu trabalho, define os protagonistas de maior expressão e direciona a trama de forma inicial e privilegiada. O segundo autor prossegue o trabalho como artífice do capítulo seguinte, deste autor se espera inovação, o enfrentamento de outros desafios, a apresentação de novos personagens e, imprimindo

---

<sup>249</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 335.

<sup>250</sup> Em DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271, o autor elucida: “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro (...). Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. O princípio Judiciário de integridade institui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

seu próprio estilo, faça adequações no enredo, desenvolvendo o cenário de forma autêntica e até mesmo imprevisível<sup>251</sup>.

A partir de então, a liberdade para criar existe, mas não de forma tão ampla. Assim se preservará o caráter uníssono da obra, em que pese a pluralidade de autores. Os demais autores dos capítulos seguintes devem, antes de elaborarem o conteúdo do texto a seguir, interpretar tudo aquilo que fora construído anteriormente a fim de preservar a coerência e a coesão, mesmo que os outros não tenham primado por essa lógica no decorrer de suas intervenções. Portanto, há dois limites que devem ser observados, quais sejam: a dimensão de ajuste e a justificativa<sup>252</sup>.

Aos autores é permitido interpretar e construir o seu texto com relativa autonomia, pois há a preservação das ideias previamente existentes em uma relação de coesão e harmonia no processo construtivo. Mesmo explicado desta forma, é deveras perigoso atribuir ao Judiciário tamanha responsabilidade, é exigir demais de um dos Poderes um atuar tão “hercúleo”. Se a preocupação é realmente a construção de uma sociedade viva e atuante capaz de pressionar os governos no sentido de concretizar os

---

<sup>251</sup>Explica DWORKIN o ‘romance em cadeia’: “*Imagine, then, that a group of novelists is engaged for a particular project. They draw lots to determine the order of play. The lowest number writes the opening chapter of a novel, which he then sends to the next number who is given the following assignment. He must add a chapter to that novel, which he must write so as to make the novel being constructed the best novel in can be. When he completes his chapter, he then sends the two chapters to the next novelist, who has the same assignment, and so forth. Now every novelist but the first has the responsibility of interpreting what has gone before in the sense of interpretation I described for a naturalist judge. Each novelist must decide what the characters are “really” like; what motives in fact guide them; what the point or theme of the developing novel is; how far some literary device or figure consciously or unconsciously used can be said to contribute to these, and therefore should be extended, refined, trimmed or dropped. He must decide all this in order to send the novel further in one direction rather than another. But all these decisions must be made, in accordance with the directions given, by asking which decisions make the continuing novel better as a novel*”. DWORKIN, Ronald. ‘*Natural Law Revisited*’, U. Florida.Law Review, 1982.p. 64.

<sup>252</sup> Segundo OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?** In: TRINDADE, André Karam. *Direito & Literatura: Ensaios Críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.19: “Para satisfazer a “dimensão de ajuste” ele deve prosseguir a história institucional e não recomeçá-la do zero, deve – de boa fé – articular uma interpretação que seja coerente com o restante das decisões políticas da comunidade e, para tanto, deve apresentar “princípios” capazes de justificar estas decisões, princípios que não necessariamente foram desejados pelos legisladores do passado mas que são capazes, atualmente, de apresentar as várias decisões com alguma coerência e valor. Por exemplo, nenhuma interpretação de nossa Constituição que ignore as competências legislativas explicitamente definidas em vários de seus artigos é uma interpretação adequada. No entanto, é natural supor que várias “construções” justificadas por princípios serão capazes de superar esta fase e então é necessário realizar alguma opção. Esta é a tarefa da “justificativa”. Nos casos difíceis sobra mais de uma interpretação aceitável. Mas se a escolha não pode ser arbitrária então o intérprete deve escolher, entre as interpretações viáveis, qual delas mostra o direito da melhor forma do ponto de vista da moralidade política (ex. não é uma boa interpretação justificar o controle de constitucionalidade por seus efeitos profissionais e de status benéficos para os advogados, juízes etc.). E tal escolha precisa ser justificada segundo princípios”.

mais altos objetivos e fundamentos constitucionais deve-se desejar um Legislativo forte como a mais alta expressão da democracia, bem como os demais Poderes em uma verdadeira relação de *checks and balances*.

Em relação ao *procedimentalismo*, as respostas para solucionar o caso concreto estão presentes e devem ser buscadas no próprio processo na medida em que a decisão do magistrado deve oportunizar a participação de todos aqueles que nele figuram, desta forma, evita-se pressupostos não evidenciados e provados nos autos processuais. Caso recorrente no Judiciário brasileiro é a condenação do Estado ao pagamento de medicamentos ou procedimentos médicos não contemplados nas políticas públicas de saúde. Ora, poderia o Estado argumentar que este acréscimo de despesa não previsto na Lei Orçamentária Anual (e talvez nem mesmo no Plano Plurianual ou na Lei de Diretrizes Orçamentárias) traria sérias conseqüências ao erário público, tornando-se a decisão, se executada, um grave entrave de governança. Tais razões não podem ser pressupostas, mas provadas nos autos<sup>253</sup>.

### **1.11 A norma jurídica criada pela atividade interpretativa pode, via mutação constitucional, alterar o texto normativo?**

Conforme fora ventilado supra, o texto normativo é uma moldura a qual admite, conforme limites semânticos, diversas interpretações criadoras de normas jurídicas pelos magistrados, mas não admite sua alteração, haja vista estarmos diante de atividade sujeita à reserva de legislação, posto que a função criadora do direito com força obrigatória e *erga omnes* necessita de atividade legislativa ordinária (leis ordinárias, complementares) ou extraordinária (emendas constitucionais). Qualquer tentativa de interpretação com a intenção de alterar o texto normativo, ou seja, a “moldura” seria considerado como usurpação de competência e ferimento ao princípio da separação dos poderes, além de trazer consigo a instabilidade institucional ao Estado Democrático de Direito<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> Cf. FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e Valori. Saggi*. 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 34.

<sup>254</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **As Sentenças com Efeitos Aditivos**. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.) *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 103 e 104 parece concordar com esta assertiva ao ventilar que: “não se considera, em primeiro lugar, como legítimas as chamadas ‘sentenças aditivas de revisão constitucional’ as quais, sem credencial habilitante e sem amparo em qualquer raciocínio extensivo necessariamente derivado da própria Constituição, criam novos parâmetros constitucionais marcados pelo seu carácter

Declarando estar escudado no instituto da mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal sinaliza no sentido de modificar os efeitos do controle difuso de constitucionalidade que passaria a ser *erga omnes* e não apenas *inter partes*, retirando do ordenamento jurídico, ele próprio, a lei declarada inconstitucional em controle difuso, promovendo mais uma vez uma afronta à Constituição Federal de 1988 haja vista a mesma determinar que esta competência é privativa do Senado Federal<sup>255</sup>, norma esta que não admite uma interpretação extensiva pelo fato de estar relacionada a repartição de competências e apenas poderia ser modificado pela atuação do Poder Legislativo haja vista o mesmo exercer o Poder Constituinte Derivado.

Nesse caso específico o STF não resistiu a tentação de utilizar o termo “mutação constitucional”, mas na realidade o que ocorre é fraude à Constituição talvez demonstrando a faceta juristocrática da judicialização no contexto decisório brasileiro.

Em páginas anteriores já discorremos acerca da distinção reconhecida pela doutrina da não-identidade entre texto de norma (ou enunciado normativo) e norma jurídica. É cediço que as leis em geral, e especialmente a Constituição, não trazem consigo um sentido unívoco e claro, ao contrário, são geralmente vagos e imprecisos de modo que o texto normativo é o ponto de partida, a “ponta do *iceberg*”<sup>256</sup> do processo

---

inovatório. Tal como nos referimos em sede própria, acompanhando o pensamento de um autor norte-americano, é inaceitável transformas o intérprete jurisdicional numa ‘câmara de revisão constitucional’ ou num ‘oráculo’ supostamente mais apto do que o legislador constitucional para predizer o futuro ou contradizer a maioria de hoje com os supostos valores que, no seu entender, devem ser adotados pela maioria de amanhã. São, pois, inconstitucionais, por invasão clara de reserva parlamentar da função de revisão constitucional, sentenças que criem, por exemplo tal como sucedeu na ordem jurídica italiana pressupostos de realização de referendos ou que alterem a natureza dos poderes do Estado. Não se consideram, em segundo lugar legítimas, as sentenças substitutivas em razão do seu sentido positivador que excede a composição independente, imparcial, e passiva de um conflito entre normas, cometida aos tribunais no exercício da função jurisdicional, para redundar na produção primária de regras de direito com força de lei, tarefa reservada ao legislador”.

<sup>255</sup> Conforme o art. 52, X: “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”.

<sup>256</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Neumman. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 53. Acolhendo a distinção entre texto normativo e norma jurídica, cf., dentre outros, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed.Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.200 e ss.; CANOSA USERA, Raúl. **Interpretación constitucional y formula política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 59; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20; ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites**. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 3., dez. 2006, São Paulo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Noesis, 2006. p. 328 e ss.; CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18 e ss.; ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22 e ss.; TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 218 e ss.; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 595 e ss.



interpretativo cujo resultado é a norma jurídica propriamente dita, ou seja, construída pelo intérprete.

Nesse sentido mutação constitucional é compreendida como uma alteração no sentido atribuído ao texto constitucional, isto é, uma modificação no seu significado, muda-se o conteúdo do enunciado constitucional, mas não se altera sua redação. Entendemos tal problemática da “mutação” do art. 52, X da Constituição Federal de 1988 como fraude ou mutação inconstitucional, pois o objetivo -ao menos na dicção dos Min. Gilmar Mendes e Eros Grau – é promover uma alteração no texto (enunciado) da Constituição, conclusão extraída das palavras do próprio Min. Eros Grau ao afirmar: “Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro (...).

Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”<sup>257</sup>, portanto, substituir o texto: “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal” por outro texto: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, realizada Supremo Tribunal Federal” mais que violar o princípio da separação dos poderes e sua salutar harmonia causa instabilidade institucional.

Nesse diapasão reconhecemos uma vertiginosa ascensão política do Poder Judiciário, notadamente no Supremo Tribunal Federal e um comprovado deslocamento de problemas que poderiam ser resolvidos na esfera política (executivo e legislativo), mas que foram transferidos e equacionados judicialmente.

Analisemos especificamente a tese de mutação constitucional trazida e defendida nos autos da Reclamação Constitucional nº 4.335-AC pelo Ministro do STF GILMAR MENDES.

Fato é que o STF havia declarado inconstitucional em controle difuso (HC nº 82.959/SP) o art. 2º, parágrafo 1º da Lei nº 8.072/90 que estabelecia acerca do regime disciplinar diferenciado aos condenados por crimes hediondos, proibindo-lhes a possibilidade de progressão de regime na execução da pena. Pelo fato de um magistrado ter afrontado esta decisão do STF fora ajuizada a Reclamação Constitucional nº 4.335/AC e o Ministro GILMAR MENDES, relator da mesma, entendeu que o

---

<sup>257</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto-vista proferido na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

mencionado magistrado tinha afrontado aquela decisão do STF, a qual, em sua visão, possuía efeito vinculante e *erga omnes*. No direito brasileiro até que o Senado Federal suspenda o determinado dispositivo da lei, por meio de resolução suspensiva, ele permanece vigente haja vista a decisão ter sido proferida em controle difuso.

GILMAR MENDES defendeu tal decisão argumentando que: “é possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui em uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico”<sup>258</sup>. Com este argumento ele entende esta norma como obsoleta, pois há casos que tal intervenção do Senado é dispensável quais sejam os que versam sobre declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e naqueles que firmam uma interpretação conforme a Constituição. Em sua tese sustenta que pelo fato de ser obsoleta e ultrapassada, tal norma sofre uma reinterpretação no sentido de conferir-lhe um outro conteúdo, estabelecendo uma nova função ao Senado Federal nesses casos, qual seja a função de dar publicidade das decisões definitivas de mérito do STF em sede de controle difuso.

Encontramos em DWORKIN uma plausível explicação, deveras elucidativa para bem compreendermos esta posição esposada por este Ministro do STF. Em DWORKIN percebemos a diferença entre *argumentos de procedimento político* e *argumentos de princípio político* ambos como espécies de argumentos políticos.

Os *argumentos de procedimento político* são os que têm como fundamento a finalidade ou o objetivo de determinada decisão política, em regra, revela alguma concepção do bem-estar ou finalidade pública.

Já os *argumentos de princípio político* consideram como fundamento os princípios jurídicos existentes em determinada sociedade que tem o condão de assegurar direitos dos indivíduos face ao Estado.

DWORKIN entende que os magistrados não devem julgar com base em argumentos de procedimento político, mas com argumentos de princípio político<sup>259</sup>. Logo, as decisões do juiz devem estar embasadas em princípios jurídicos e não se basearem apenas em argumentos políticos procedimentais, pelo seu caráter finalístico, os quais estão na seara da discricionariedade política reservada aos poderes Executivo e Legislativo. Evidentemente há situações de fronteira donde queda-se difícil saber os

---

<sup>258</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, 2004, p. 165. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em 12.05.2012

<sup>259</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Luís Carlos Borges (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6. Cf: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Nelson Boeira (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 128.

limites da atuação judicial como no caso do magistrado adentrar em função política discricionária, notadamente imiscuindo-se nas políticas públicas afetando o planejamento do governo bem como destinando recursos orçamentários para áreas não contempladas pelo Executivo.

Na doutrina de DWORKIN, o magistrado ao controlar políticas públicas estaria contendo arbitrariedades de outro poder e desta forma seria uma função inerente ao *checks and balances*, é que pelo *direito como integridade* a discricionariedade política impõe que sejam analisadas a legitimidade das medidas políticas do presente com arrimo em um princípio jurídico-político igualmente considerado e respeitado o qual deve ser aplicado em todo o processo elaborativo e na execução das políticas governamentais.

O magistrado estaria defendendo e preservando os direitos dos indivíduos face ao Estado e não usurpando a discricionariedade política do Executivo. Em sentido empírico, quando alguém, portador de doença rara, não recebe tratamento pelo fato de não ter sido contemplado na lista de procedimentos do sistema de saúde (falta-lhe, portanto, a política pública correspondente) e o magistrado determina que o Estado deverá (embora não queira) custear o tratamento, se a decisão for baseada em argumentos de princípio jurídico-político pode ser considerada dentro dos limites de competência do Judiciário, ao invés, se os argumentos são de procedimento político, o Judiciário usurpa competência de outro Poder.

Com isso, defendemos que os magistrados não estão autorizados pela Constituição decidir com base em escolhas subjetivas de valores políticos, mas devem reconhecer e aplicar as normas constantes na Constituição Federal mesmo que decorram dos princípios jurídicos.

Os magistrados são obrigados a realizar uma fundamentação racional ao direito por eles aplicado ao caso concreto decidindo com base nas regras constantes no ordenamento jurídico e nos princípios que regem a determinada comunidade política. Tal prática não se confunde com simples escolhas subjetivas axiológicas, arbitrárias, casuísticas e de discricionariedade judicial o que resultaria no decisionismo judicial.

Pelo que fora exposto, os argumentos de limitação da finalidade da resolução suspensiva do Senado Federal, utilizados por GILMAR MENDES ao dar nova interpretação ao artigo 52, X da Constituição Federal de 1988 são inadequados e insuficientes pela clara opção em sua argumentação de princípio político.

Deste modo, entendemos tal problemática da “mutação” do art. 52, X da Constituição Federal de 1988 como fraude ou mutação inconstitucional, pois o objetivo - ao menos na dicção dos Min. Gilmar Mendes e Eros Grau – é promover uma alteração no texto (enunciado) da Constituição, conclusão extraída das palavras do próprio Min. EROS GRAU ao afirmar: “Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro (...)”<sup>260</sup>.

A interpretação da constitucionalidade de uma lei mesmo ao arripio da Constituição não pode promover alteração na Constituição, pois haveria confusão entre política constituinte e ordinária. Em outras palavras, uma lei ordinária não pode ampliar as competências do STF em descompasso com o estabelecido constitucionalmente. Nesse diapasão, a Lei nº 9.882/99 regulamentou a ADPF (ação por descumprimento de preceito fundamental), que é mais uma espécie de controle difuso (concreto, incidental) de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*. Vale ressaltar que fora ajuizada ação direta de inconstitucionalidade nº 2.231 questionando esta ampliação de poderes do STF por via de lei ordinária, ainda pendente de julgamento<sup>261</sup>.

Concordamos com ELSTER quando conclui que se procedimentos mais lentos e diferenciados para alteração da Constituição são postos no ordenamento com o desiderato de tornar mais difícil e menos suscetível ao sabor das paixões políticas a modificação da Constituição, tais parâmetros devem ser respeitados<sup>262</sup>.

O Poder Judiciário, desta forma, se agiganta (ainda mais que o Leviatã), pois passa a poder, à seu alvitre, implementar política constitucional mesmo sem o crivo democrático parlamentar, pois pode retirar do ordenamento jurídico as leis oriundas do legislativo, pela declaração de inconstitucionalidade, bem como pode criar atos normativos com força vinculante pela jurisprudência constitucional que, em nosso sentir, quebra a desejada harmonia e independência funcional dos três poderes<sup>263</sup>.

---

<sup>260</sup> Em voto-vista na Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>261</sup> Relembramos o célebre *Marbury x Madison* – 1803 – onde John Marshall reconheceu que a lei judiciária norte-americana a qual ampliava as competências da Suprema Corte maculava as competências originais dispostas na Constituição.

<sup>262</sup> ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições**. São Paulo: ENESP, 2009, p. 168.

<sup>263</sup> Cf. CUNHA, Ana Cândida da. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

É ativismo judicial equiparar os efeitos das decisões proferidas em controle abstrato e concreto nivelando-as no efeito *erga omnes* ao arrepio e em confronto com a própria Constituição, elevando sobremaneira o Poder Judicial<sup>264</sup>.

---

<sup>264</sup> Não foi outro o voto do Ministro Relator do Recurso Extraordinário nº 190.728 ILMAR GALVÃO ao asseverar: “esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>, p. 157. Acesso em 12.05.2012.

## CAPÍTULO 2: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

### 2.1 Judicialização da política, politização da justiça e ativismo judicial: uma diferenciação semântica necessária

Segundo CARL SCHMITT: “com a justicialização da política a política não tem nada a ganhar e a justiça tem tudo a perder”<sup>265</sup>. Inicialmente é preciso diferenciar judicialização da política e ativismo judicial para que o tema abordado seja compreensível e sem distorções semânticas.

Judicialização da política seria uma reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro com a finalidade de revisar a decisão de mérito de um poder político (executivo ou legislativo) tomando como base a Constituição e, ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder em relação aos demais<sup>266</sup>, posto se caracteriza pela intromissão de decisões judiciais e a introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas<sup>267</sup>.

VALLINDER assim definiu a judicialização da política:

(1) a expansão do âmbito dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou dos administradores, ou seja, a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais ou, ao menos, (2) a repercussão dos métodos na tomada de decisão judicial para fora do âmbito judicial em sentido próprio. Em síntese, podemos dizer que a judicialização abrange essencialmente uma transformação na direção do processo judicial<sup>268</sup>.

<sup>265</sup> SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Manuel Sanchez Sarto (Trad.). Madrid: Tecnos, 1998, p.57.

<sup>266</sup> VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University. 1995, p. 74.

<sup>267</sup> ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n.185, p. 7-25, janeiro – março /2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198655/1/000881199.pdf>>. Acesso em: Dezembro de 2014.

<sup>268</sup> VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University. 1995, p. 13. No original: “(1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning into a form of judicial process”.

Seguido por TATE:

1. O processo segundo o qual os tribunais e juízes tendem a dominar cada vez mais a criação de políticas públicas já criadas (ou, crê-se amplamente, que ao menos deveriam ser criadas) por outras agências governamentais, especialmente legislativos e executivos, e 2. O processo pelo qual os fóruns de negociação e de tomada de decisão não-judiciais tornam-se dominados por normas e procedimentos quase-judiciais (legalistas)<sup>269</sup>.

As causas da judicialização são diversas<sup>270</sup>, entretanto, a doutrina mais recente concorda que a redemocratização do Brasil ocasionou maior acionamento do Judiciário em defesa de direitos vilipendiados<sup>271</sup>; que a abrangência de uma Constituição analítica, principiológica e programática com enunciados de semântica aberta como a brasileira favorece esta prática, bem como a existência e aprimoramento do sistema de controle de constitucionalidade com a ampliação do rol dos legitimados para propositura de ações. Somados a estes fatores estariam ainda o encaminhamento de demandas políticas ao Judiciário por meio de novas ações ao passo de uma consolidação e independência judicial jamais vistas na história brasileira<sup>272</sup>.

Para ANTOINE GARAPON o Poder Judiciário assumiu o “centro de gravidade da democracia” e aponta como fatores determinantes para o advento da judicialização

<sup>269</sup>VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University. 1995, p. 13. No original: “1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures”.

<sup>270</sup>VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University. 1995, p. 28-32, entendem que “alguns fatores podem potencializar a expansão judicial, como por exemplo: um sistema político democrático; a existência de um ordenamento institucional que tem como base a separação de Poderes; a existência de uma Constituição contempladora de direitos; a possibilidade de recurso ao Judiciário por grupos de interesse; a possibilidade de recurso ao Judiciário pelos opositores; a inefetividade das instituições majoritárias em obstar o envolvimento de instituições judiciais em determinadas disputas políticas; entendimentos negativos versando acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais e certo grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais”.

<sup>271</sup> Embora o sistema democrático não seja determinante para caracterizar a judicialização, parece-nos condição *sine qua non* para a expansão do Poder Judicial a adoção deste sistema, haja vista a impossibilidade disto acontecer em regimes totalitários pelo baixo grau de criticidade e liberdade de todos os atores sociais.

<sup>272</sup>Cf: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*. 2009, n. 4, janeiro e fevereiro, p. 1-29. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: Julho de 2013; ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n.185, p. 7-25, janeiro – março /2010. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198655/1/000881199.pdf>. Acesso em: Dezembro de 2014.

da política a apatia popular e a incapacidade do poder político responder a contento as diversas e plúrimas demandas sociais<sup>273</sup>.

DOBROWOLSKI parece favorável a este fenômeno quando destaca as novas funções do Judiciário:

Não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovadora ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um "governo de juízes", observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição de autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado<sup>274</sup>.

Na doutrina de SILVA: “O juiz é, também, ente político do Estado e, assim, ao decidir os casos que lhe são apresentados, deve atuar politicamente, dando vida e realidade aos preceitos constitucionais, que é sua função-dever”<sup>275</sup>.

Entende-se que a judicialização não depende do Judiciário uma vez que, considerando o princípio da inércia, o magistrado só age quando provocado, portanto, é um fato decorrente do modelo constitucional adotado.

A politização da justiça ocorre quando os magistrados, em seu *mister* decisório, interferem em ações políticas, sejam de políticas públicas para a promoção e defesa de direitos fundamentais individuais ou sociais, econômicos e culturais, sejam em questões que envolvam decisão política “pura”.

HIRSCHL<sup>276</sup> entende como um novo momento da judicialização da política. Ele adverte a existência de um aprofundamento da participação política do Judiciário em questões de política pura (*judicialization of pure politics*) ou mega política (*megapolitics*). Tal movimento ensejaria decidir acerca das grandes questões políticas do país cujos temas seriam de absoluta e extremada importância os quais teriam o condão de definir e dividir um sistema político, como, por exemplo, resultados

<sup>273</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas**. Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 45. Em suas palavras: “O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos”.

<sup>274</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. **A necessidade de ativismo judicial no Estado Contemporâneo**. In: Revista CCJ, Ano 16, nº 31, Dezembro de 1995, p. 92-101. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq31Dobrowolski-NecessidadeAJEC.pdf> Acesso em 22 de Outubro de 2012.

<sup>275</sup> SILVA, Nanci de Melo e. **Da Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.151.

<sup>276</sup> HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, pp. 722-729.



eleitorais, mudança de regime político, mudanças no processo democrático, financiamento de campanhas, reforma das instituições políticas, regras eleitorais, política externa e fiscal<sup>277</sup>. Segundo o autor: “*matter of outright and utmost political significance that often define and divide whole polities*”<sup>278</sup>.

O ativismo judicial está associado 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, seria o passo seguinte à judicialização, posto que não conformado à simples revisão de ato tomado na esfera dos demais poderes, o Judiciário se colocaria como protagonista das decisões políticas sempre que provocado<sup>279</sup>. Neste sentido, o ativismo judicial está inserido na judicialização da política, fenômeno este mais amplo.

Notadamente, após a segunda guerra mundial, ao lado da gênese de constituições com a contemplação de cláusulas pétreas, a Constituição “passa a protagonizar os principais debates políticos”<sup>280</sup>. A constitucionalização de todas as searas do direito é impulsionada pela adoção da jurisdição constitucional e, neste viés, o neoconstitucionalismo liga-se intimamente a uma efetiva atuação de uma jurisdição constitucional com tendências à expansividade.

O tema democracia x constitucionalismo não fora equacionado nem ao menos mitigado, ao invés, a ela foi somada uma nova tensão, qual seja, democracia x jurisdição constitucional, tornando ainda mais intrincado e complexo o debate, caracterizando a complexidade verificada na sociedade do século atual.

Ao exercer suas funções de garante do Estado Constitucional e Democrático de Direito, por intermédio do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, o Poder Judiciário imergiu em intenso ativismo cujas causas são plúrimas, cabendo, neste instante, apenas exemplificá-las, haja vista serem esmiuçadas em tópicos seguintes a

---

<sup>277</sup> Atualmente, o Supremo Tribunal Federal é contumaz defensor desta postura donde destacamos apenas a título exemplificativo o enfrentamento de questões como a demarcação das terras indígenas na região Raposa Serra do Sol, a análise acerca da constitucionalidade da pesquisa em células tronco embrionárias, a fidelidade partidária, a distribuição de medicamentos, a limitação dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito.

<sup>278</sup> HIRSCHL, Ran. *The judicialization of mega-politics and the rise of political courts*. *Annual Review of Political Science*, v. 11, 2008, p. 7. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008>, acesso em 15 de Janeiro de 2014.

<sup>279</sup> Pelo fato do termo “judicialização” expressar vários significados em virtude de sua polissemia, é preciso que o termo utilizado seja bem definido ou pelo menos seja delimitado seu significado, para tanto será realizada ao longo da investigação extensa bibliografia com o intuito de afastar quaisquer confusões terminológicas.

<sup>280</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo e democracia**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília nº 172, out./dez., 2006, p.47.

este trabalho de investigação. Contribuem para o aumento de casos postos à apreciação judicial uma participação popular mais arraigada e consciente da possibilidade do ajuizamento de ações para defesa de um direito, em outras palavras, MAURO CAPPELLETTI denomina de “massificação da tutela jurídica”<sup>281</sup>.

Também é causa a emergência de conflitos coletivos e a própria construção de um sistema constitucional de controle das leis sob o encargo dos magistrados mediante a verificação da constitucionalidade tanto em sede de controle difuso (concreto) quanto concentrado (abstrato, em tese).

Com o protagonismo dos magistrados denominado ativismo judicial, coube ao Supremo Tribunal Federal a tarefa hercúlea de decidir acerca de todos os conflitos de interesses previstos na Constituição. Com uma jurisdição constitucional atuante e expansiva, característica do neoconstitucionalismo, percebe-se o risco que o novo contexto oferece à democracia, qual seja o de desvirtuar o atual Estado Democrático de Direito e torná-lo um Estado marcado pela juristocracia.

É inegável perceber que a jurisdição constitucional tem, em seu *mister*, um estreito relacionamento com o elemento político, conforme a lição de FERREIRA SANTOS<sup>282</sup>. Segundo CRISTINA QUEIROZ: “o juiz é visto sempre como ‘cavalgando’ entre dois mundos: o mundo do ideal e o mundo da prática, o mundo do valor público e o mundo da preferência subjectiva, o mundo da constituição e o mundo da política”<sup>283</sup>.

Inegavelmente de natureza jurídico-política, à jurisdição constitucional cabe revisar a legislação e a gama de questões de complexidade crescente tendo como base precípua a Constituição e, neste particular no caso brasileiro, cabe ao Supremo Tribunal Federal proferir a última palavra como guardião da Constituição, mesmo se suas decisões não encontrem sempre a aprovação popular, haja vista a necessidade de concretização da Constituição e não das demandas e expectativas da maioria. A problemática repousa no receio de que isso poderia conduzir a uma supremacia da Constituição e uma mitigação da democracia.

O controle cada vez mais arraigado por parte dos magistrados na vida das pessoas constitui-se em um dos maiores fatos políticos do final do século XX e início

---

<sup>281</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto de Oliveira (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 57.

<sup>282</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo e democracia**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília nº 172, out./dez., 2006, p.47.

<sup>283</sup> QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

deste século XXI, segundo ANTOINE GARAPON<sup>284</sup>. Neste contexto, entende este citado autor que o juiz é um “guardião das promessas” e tem como função sempre manter viva as promessas assumidas como, por exemplo, vida e dignidade.

Nesta seara, OTTO BACHOF teme uma “ditadura do Poder Judiciário” ou ainda um “Governo dos Juízes”, capaz de desequilibrar a balança dos poderes do Estado e causar instabilidade no próprio Estado Democrático<sup>285</sup>.

Ainda em ANTOINE GARAPON vislumbramos o receio desta possível consequência quando o referido autor assevera que: “mais do que ameaçar a democracia representativa, poria em risco os próprios fundamentos da liberdade ao transferir a criação das leis do soberano para uma casta sacerdotal, praticante de uma justiça de salvação e usurpadora do papel e das funções que antes couberam às burocracias weberianas nas sociedades modernas”<sup>286</sup>.

CANOTILHO entende que o *richterrecht* (direito judicial) já nem se discute, sendo problemática apenas a sua extensão<sup>287</sup>. Ainda há autores que consideram existir uma verdadeira “perversão do Estado de Direito em Estado Judicial”.

Na lição de PAULO OTERO:

A hipervalorização do papel do juiz ao nível da interpretação e integração das normas ordinárias e constitucionais confere-lhe um estatuto central no contexto da própria criação do Direito. Esse estatuto mostra-se mesmo revelador de uma supremacia do juiz perante os demais poderes do Estado, visto as suas funções ultrapassarem um mero controlo-resolutivo dos actos jurídicos<sup>288</sup>.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por meio da jurisdição constitucional, exerce o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, suas decisões reiteradas além de gerar jurisprudência – que nos dias atuais converte-se em uma das principais fontes do direito – ainda tem o condão de vincular as decisões futuras de

---

<sup>284</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas**. Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>285</sup> BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (Trad.) Madrid: Civitas, 1985.

<sup>286</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas**. Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2001

<sup>287</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>288</sup> OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 34.

todos os magistrados e tribunais do país, caso seja editada uma súmula vinculante. WALBER AGRA entende este fenômeno como “jurisprudencialização”<sup>289</sup>.

Por seu turno, a jurisdicionalização guarda relação com as “virtudes passivas” da função jurisdicional. MARCELO REBELO DE SOUSA, ao definir esta função, menciona os seus a) elementos materiais, b) elementos orgânicos e c) elementos formais<sup>290</sup>. Nos elementos materiais estariam: a natureza intelectual e jurídica da atuação dos órgãos que exercem a função; o objeto da atuação, qual seja o de equacionar conflitos de interesse. O elemento orgânico da função jurisdicional é composto pela independência de seus órgãos e os elementos formais repousariam na inércia (passividade) e imparcialidade. Nesta mesma esteira, MAURO CAPPELLETTI expõe como características da criação jurisdicional a imparcialidade e a inércia ou passividade do magistrado ou Tribunal constituído<sup>291</sup>.

Na doutrina de NEAL TATE as expectativas políticas depositadas no Judiciário é devido pela democracia, pelo sistema de controle existente entre os poderes causado pela separação dos poderes e pelo rol (não raras vezes extenso) de direitos fundamentais<sup>292</sup>.

Registre-se, mais uma vez, que as decisões do Supremo Tribunal Federal têm natureza política, seja por decorrer da interpretação de norma jurídico-política, logo, há grande importância nas matérias decididas, seja pelo efeito vinculante e oponibilidade *erga omnes* de suas decisões. Neste viés evidencia-se um conflito político entre Legislativo e Judiciário, entre a regra da maioria e a *rule of law*, donde há o enfraquecimento do poder legiferante e o fortalecimento do poder judicante<sup>293</sup>.

Ressalte-se que a problemática repousa no conflito político-ideológico fortemente influenciado por questões axiológicas e com alto grau de abstração e subjetividade, mas que retoricamente se utiliza sempre uma fundamentação aparentemente constitucional.

<sup>289</sup> AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do STF: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>290</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Direito Constitucional I: Introdução à Teoria da Constituição**. Braga: Livraria Cruz, 1979, p. 251. Na definição do Professor Catedrático da Universidade de Lisboa: “consiste no julgamento dos conflitos de interesses públicos e privados através de órgãos entre si independentes, colocados numa posição de passividade e imparcialidade”.

<sup>291</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto de Oliveira (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 77.

<sup>292</sup> TATE, C. Neal. *Why the expansion of judicial power?* In. VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University, 1995, p. 30.

<sup>293</sup> MARAVALL, José María. PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 13-14.

O monopólio da “última palavra” em matéria constitucional torna este embate ideológico desigual, haja vista ser o STF o “guardião da Constituição”, logo, quaisquer questões podem ser resolvidas na seara judicial não importando a matéria, pois a fluidez e vagueza de um texto plurissignificativo como é a Constituição torna possível o deslocamento da arena discursiva e decisória (com caráter definitivo) para o âmbito judicial<sup>294</sup>, mesmo que sejam questões envolvendo política pura<sup>295</sup>.

Importante ventilar o surgimento de dois marcos teóricos, quais sejam o **procedimentalista** defendido por HABERMAS, GARAPON e ELY que defendem o fortalecimento da democracia privilegiando a formação de uma cidadania mais ativa e o **substancialista** verificado nas obras de CAPPELLETTI, DWORKIN, ACKERMAN, PAULO BONAVIDES e EROS GRAU que se firma de forma mais preponderante numa teoria do direito com ênfase na história e no mundo empírico. Estes dois eixos analíticos guardam como similitude o reconhecimento do Poder Judiciário como Instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada àquelas funções apenas declarativas de direito, mas notadamente impondo-se em relação aos demais poderes e induzindo um efetivo *checks and balances* e garantindo a autonomia individual e cidadã<sup>296297</sup>.

Em meio a tantas teorias e tentativas de explicar a atuação judicial por meio da jurisdição constitucional e o inegável receio doutrinário da perigosa elevação de poderes no Judiciário, constata-se que a “judicialização da política” é articulada à própria dinâmica das sociedades democráticas e de relações jurídicas cada vez mais novas e complexas, nem sempre contempladas pela atuação dos parlamentares eleitos pelo voto popular<sup>298</sup>, diante desta situação o Judiciário tornou-se o “último refúgio de um ideal

---

<sup>294</sup> Disto decorre, em nossa tese, da necessidade de se afastar das teorias da última palavra e aproximar-se cada vez mais das teorias dialógicas.

<sup>295</sup> Mais adiante veremos que esta “última palavra” é provisória, pois tem o condão de provocar um debate com os demais Poderes e com a sociedade em outras “rodadas procedimentais” conforme lição de MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, separação de Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>296</sup> Conferir VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

<sup>297</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Pietro Nasseti (Trad.) São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 42 dispõe que a palavra “cidadão” etimologicamente encontra origem no latim civitas, cidade. Na antiguidade clássica a cidade tem o sentido de corpo político e os seus habitantes recebem o título de cidadão pela sua participação nos assuntos do corpo político, o que era considerado uma virtude. Na modernidade, o termo cidadão perde o seu sentido primigênio passando a significar aquele que possui nacionalidade e direitos.

<sup>298</sup> BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 9 critica a democracia representativa nos seguintes termos: “sem meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem-estar, a justiça e a prosperidade social, a velha democracia representativa já se nos

democrático desencantado”<sup>299</sup>. A judicialização da política parte da sociedade para o Poder Judiciário.

SEGADO cita um discurso proferido pelo primeiro presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão na década de 50 do século XX: “*no es tarea del Tribunal Constitucional Federal la de decidir sobre las luchas políticas, sino tan sólo de controlar que en dichas luchas se respeten las normas de la Ley Fundamental, obligatorias para todos y que possibilita nel orden del conjunto*”<sup>300</sup>.

ANDRÉ RAMOS TAVARES entende que: “(...) a segunda ocorrência hipoteticamente cogitável é aquela em que apesar de jurídica, a atuação do Tribunal Constitucional pode estar penetrada por traços marcadamente políticos, na acepção própria e estrita desse vocábulo. Tal ocorrência significaria a corruptela da atividade jurídica na exata medida dos pontos materiais preenchidos por aquela abordagem”<sup>301</sup>.

Concordamos com o supramencionado doutrinador, pois sem afastar-se de sua competência estabelecida na Constituição, as possibilidades políticas das decisões do Supremo Tribunal Federal são possíveis dentro do âmbito jurídico-político e jamais de política “pura” sob o risco de mitigar o cariz de juridicidade.

Realmente a preocupação reinante na doutrina contrária a uma extrema judicialização da política conducente ao ativismo judicial é a criação de uma “juristocracia”. De fato, deve-se vergastar como pressuposto o comportamento dos magistrados e a forma como decidem para uma compreensão intuitiva de sua atuação jurídico-política e com possibilidade de antecipar o entendimento das cortes em ações judiciais futuras.

RICHARD POSNER apresenta nove teorias que tentam explicar este comportamento judicial, quais sejam: atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e legalista<sup>302</sup>. Interessa-nos investigar o comportamento judicial sob três prismas, quais sejam: a) atitudinal (com o intuito de demonstrar as repercussões da ideologia nas decisões judiciais, ou seja, as

---

afigura em grande parte perempta, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição, qual ela funciona, o instrumento da legítima vontade nacional e popular”.

<sup>299</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas**. Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio De Janeiro: Revan, 2001.

<sup>300</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. **El Tribunal Constitucional: um estudio orgânico**. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid*, nº 15, 1989. Em tradução livre: “não é função do Tribunal Constitucional Federal a de decidir sobre as lutas políticas, mas apenas controlar que nestas lutas se respeitem as normas da Lei Fundamental, obrigatórias para todos e que possibilitam a ordem do conjunto”.

<sup>301</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 497.

<sup>302</sup> POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 20.

decisões são fruto de preferências pessoais dos magistrados); b) estratégico (como os magistrados se relacionam com os demais atores políticos e, desta forma, não julgam apenas conforme sua própria vontade, mas são também compelidos a agir de tal forma imposta pelo ambiente institucional) e c) institucionalista histórico (analisando o contexto histórico no qual está imerso o caso apresentado).

Sob o prisma **atitudinal** ressaltamos a doutrina de SPAETH e SEGAL<sup>303</sup> os quais entendem que os magistrados decidem conforme suas preferências ideológicas, axiomas e visão política pessoal. Defendem os autores supramencionados que, conhecendo a ideologia política do magistrado, é possível antecipar o mérito da decisão por eles analisada e julgada. Reforça esta tese o pronunciamento do Min. César Peluso do STF o qual declarou que ao receber uma causa já sabia qual decisão tomaria e cujo único trabalho seria buscar na norma algo que fundamentasse sua decisão. Igualmente, tal teoria é comprovada na *praxis* forense, pois face às inúmeras demandas repetidas no mesmo juízo ou mesmo na análise pessoal do magistrado e sua formação humana e opções político-ideológicas fornecem elementos para antecipar o teor da decisão ainda a ser prolatada<sup>304</sup>.

Desta forma, segundo os autores supramencionados, para entender – e até mesmo antecipar - o mérito das decisões judiciais dever-se-ia analisar a ideologia do magistrado e suas preferências políticas pessoais. No Brasil, a indicação para ocupar uma das onze vagas de Ministro do STF é realizada pelo Presidente da República e posterior sabatina no Senado Federal. Não entraremos no mérito se tal indicação geraria inequivocamente uma preferência do referido Ministro à política de quem o indicou, mas é cediço que não há indicação se o candidato à vaga não comungar com os mesmos ideais, logo, já na indicação preocupa-se com a motivação e opção política do futuro Ministro o qual uma vez escolhido não negaria sua visão-de-mundo jurídico-política<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup>SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 351.

<sup>304</sup> Imagine-se um magistrado com formação religiosa e pastor evangélico julgando um a ação cujo pedido fosse a permissão para realização de cirurgia de mudança de sexo ou mesmo para reconhecer o casamento de pessoas de mesmo sexo, quando houvesse uma legislação que permitisse a subjetividade da decisão.

<sup>305</sup> Caso mais emblemático foi a nomeação para Ministro do STF do Dr. Dias Tófoli, causídico de pouca idade e questionável “notório saber jurídico”, mas que era advogado do Partido dos Trabalhadores (PT) e fora indicado pelo então Presidente da República, Inácio Lula da Silva. Dentre as causas julgadas *a posteriori* está o famoso “julgamento do mensalão”, qualificado esquema de corrupção e pagamentos mensais efetuados pela cúpula do poder executivo federal para compra de apoio político de determinados deputados federais e senadores. O mencionado Ministro sempre votou contra a punição dos envolvidos fato que não causou estranheza dada sua preferência político-ideológica pessoal.

O modelo atitudinal ampara-se nos pressupostos da falta de supervisão de suas decisões por ocuparem o ápice da pirâmide hierárquica judiciária; a fluidez da norma constitucional cuja plurissignificatividade enseja diversas interpretações possíveis e a deliberada preocupação do magistrado com a política donde o direito seria utilizado com o condão de fundamentar (ainda que de forma precária e discutível) uma deliberada opção política pessoal<sup>306</sup>.

Não obstante um certo exagero desta corrente (atitudinal), pois desconsidera outras variáveis que também conduzem à decisões políticas, bem como mitiga a própria influência do direito neste processo, percebemos uma grande coerência com esta forma de entender o comportamento judicial em suas decisões, especialmente quando envolvem questão de decisão política.

Mais complexo que o modelo atitudinal, o modelo **estratégico** considera que a decisão judicial sofre influências institucionais, sociais e políticas. O magistrado não seria autossuficiente em suas decisões, por isso deveria considerar a força política dos outros atores envolvidos sob pena de inefetividade de seus julgados e conseqüente constrangimento político<sup>307</sup>. Por isso, os magistrados para alcançarem suas finalidades deveriam ser estratégicos para “vislumbrar o direito refletindo suas posições políticas preferidas”, o magistrado deveria eleger a melhor fundamentação em suas decisões considerando aquela com maior possibilidade de êxito segundo seus objetivos e finalidades pessoais. Reconhece a subjetividade atitudinal, mas não reputa apenas a este fator, pois envolve a influência dos demais atores envolvidos no jogo político<sup>308</sup>.

Tal modelo estratégico é plenamente verificável entre os membros do Poder Judiciário, pois não obstante a existência de poucos juízes que não seguem a jurisprudência de sua instância superior, em regra, os juízes são estratégicos em relação ao Tribunal imediatamente superior seja para não terem suas decisões reformadas, seja para galgarem espaços políticos que rendam no futuro indicação política para alcançar uma vaga neste próprio Tribunal.

A relação com os demais poderes também seria uma variável verificada estrategicamente pelo magistrado na prolação da decisão no sentido de maximizar seu fiel cumprimento e, com isso, lograr um ganho político na obtenção de espaço e

---

<sup>306</sup>Cf: BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. *The constrained court: law, politics and the decisions justices make*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

<sup>307</sup>EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew. *The Supreme Court as a strategic national policy maker*. Emory Law Journal, n. 50, 2001, p. 591.

<sup>308</sup>EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington, D.C.: CQ Press, 1998, p. XIII.



notoriedade, deste modo, uma boa relação com o Legislativo é estratégia para o alargamento de inserção política sem o risco de uma reação negativa insurgente ou retaliadora<sup>309</sup>.

O modelo **institucional histórico** tem como expoente MARTIN SHAPIRO<sup>310</sup> o qual defende a harmonização dos aspectos políticos e jurídicos no comportamento dos juízes. A revisão judicial se legitima e tem garantia de continuidade pelo exercício de dois fatores, os quais mantêm sua força política, quais sejam a aparência de imparcialidade e neutralidade, sempre tentando fundamentar juridicamente suas decisões e desta forma confirmando seu desinteresse pessoal no resultado meritório da decisão, bem como o agir estratégico na resolução de casos de pouca repercussão, mas que delimitam seu espaço político em decisões futuras.

O comportamento dos magistrados também deve ser investigado sob o prisma da influência que o próprio direito exerce nas decisões judiciais, haja vista que a metodologia, o conteúdo e os processos decisórios são elementos que não podem ser negligenciados na compreensão de uma postura mais ou menos ativista. A fiscalização de constitucionalidade pode ser considerada uma atividade política nos parâmetros definidos pelo legislador ao editar a norma jurídica, deste modo, a interpretação das normas constitucionais, mesmo exigindo exercício político, encontra-se regulado por normas e parâmetros que orientam e limitam sua atuação. Deve-se observar a contribuição dos demais intérpretes da Constituição, pois assim vislumbra-se o cenário jurídico nas quais as decisões serão tomadas, neste sentido, há relevância tanto dos anseios da sociedade, como também das lições da doutrina, sem descurar as próprias decisões dos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau.

Aponta-se como diferente do conceito de judicialização da política, o termo “politização da justiça”, pois evidencia os valores e preferências políticas dos magistrados como condição e efeito da expansão do Poder Judiciário, deste modo, impele que os juízes atuem deliberadamente na participação da *policy-making* não

---

<sup>309</sup>EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew. *The Supreme Court as a strategic national policy maker*. Emory Law Journal, n. 50, 2001, p. 601 entendem que: “ainda que os juízes se contraponham aos demais poderes, eles o farão ao tentar obter a decisão mais perto de sua preferência e que não provoque um ataque do Presidente da República ou do Poder Legislativo”.

<sup>310</sup> SHAPIRO, Martin. *Courts. A comparative and political analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1986. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *Onlaw, politics, judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.

deixando apenas ao crivo de legisladores e administradores, tornando-se conotação política à decisão judicial<sup>311</sup>.

Na politização da justiça, o juiz é orientado por suas concepções políticas sem considerar os limites existentes na lei e na Constituição. Assume, o magistrado o protagonismo da ação política em contraposição aos poderes majoritários sob o argumento de inoperância dos mesmos e até suscitando existir uma hierarquia intelectual dos juízes em detrimento dos demais agentes representativos. Com estes argumentos, o atuar político do juiz seria tendencialmente mais qualificado que a atuação dos políticos eleitos. Tal postura é inconstitucional, haja vista as competências estarem bem delineadas no texto da Constituição.

Vale ressaltar que a judicialização da política pode conduzir ao ativismo judicial, mas não necessariamente à politização da justiça, sendo esta última a forma mais próxima de um governo de juízes, indesejada e (talvez) profetizada por Carl Schmitt, ou seja, um modelo juriscêntrico de hegemonia judicial.

## 2.2 Sobre ativismo judicial

Se a judicialização da política parte da sociedade provocando o Poder Judiciário, o ativismo judicial<sup>312</sup> é o caminho inverso, qual seja a resposta proativa, criativa e deliberada do Judiciário à sociedade interpretando as normas jurídicas e expandindo o seu sentido a fim de se alcançar o desiderato subjetivo do que seja justiça<sup>313</sup>.

Segundo BARROSO: “A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins

---

<sup>311</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais nº 30, ano 11, 1999. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: Julho de 2014, p.1, entende que: “Sendo certo que na matriz do Estado moderno o Judiciário é um poder político, titular de soberania, a verdade é que ele só se assume publicamente como poder político na medida em que interfere com outros poderes políticos. (...) Daí que a judicialização dos conflitos políticos não possa deixar de se traduzir na politização dos conflitos judiciários”.

<sup>312</sup>Cf: APPIO, Eduardo. **Ativismo Judiciário**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/69219,1>>. Acesso em 12 de Dezembro de 2013.

<sup>313</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Atualidades Jurídicas. 2009, nº 4, janeiro e fevereiro, p. 1-29. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: Julho de 2013, caracteriza o ativismo judicial como: (...) uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”<sup>314</sup>.

O Termo “ativismo judicial”<sup>315</sup> passou a ser utilizado em sentido maniqueísta, pois tanto é apresentado como solução contra a inércia dos demais poderes vilipendiadora de direitos constitucionalmente reconhecidos, como também violador da separação dos poderes e conseqüentemente usurpador de funções constitucionais do Executivo e Legislativo<sup>316</sup>. Na verdade, põe em relevo o próprio sentido ontológico de jurisdição constitucional. Em todo caso o juízo tecido é valorativo quando se espousa uma ou outra concepção. O ativismo possui diversas dimensões, haja vista a diversidade de aspectos abrangidos por esta expressão<sup>317</sup>.

O ativismo decorre da judicialização, pois no ativismo o magistrado entende que por existir um *déficit* dos outros poderes ele pode equacionar o problema aplicando os princípios mesmo naquelas situações não previstas na legislação, ou seja, ocorre quando o juiz ultrapassa os limites do texto normativo ou de sua competência constitucionalmente estabelecida para garantir algo que não consta em nenhuma legislação. Em um exercício impróprio da jurisdição em descompasso com *standards* decisórios razoáveis insertos nas normas jurídicas. Exemplo de ativismo foram as normas atinentes à fidelidade partidária.

Diante da demora do legislador em promover uma reforma política que pusesse fim ao troca-troca de partido entre os parlamentares, o Supremo Tribunal Federal criou norma não existente na Constituição e fundamentou a decisão no princípio democrático.

---

<sup>314</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Atualidades Jurídicas. 2009, n. 4, janeiro e fevereiro, p. 1-29. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: Julho de 2013

<sup>315</sup> O termo “ativismo” surgiu pela primeira vez na revista Fortune Magazine em texto redigido pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. donde o mesmo descrevia os Judges Hugo Black e William Douglas como ativistas, por entenderem não existir respostas corretas, mas inevitáveis escolhas políticas face a ambigüidade dos precedentes ou mesmo a multiplicidade de doutrinas que poderiam ser aplicadas ao caso concreto. O referido autor observou nos Judges Robert H. Jackson e Felix Frankfurter a atitude de autocontenção por entenderem que as decisões de caráter político deveriam ser tomadas por aqueles eleitos pelo voto popular.

<sup>316</sup> A presente investigação está adstrita ao comportamento ativista (ou não) do Supremo Tribunal Federal, corte epistemológico necessário face a outros estudos que buscam verificar o ativismo em decisões de juízes de primeiro grau ou mesmo nos mais diversos Tribunais brasileiros.

<sup>317</sup> Para MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism.* University of Colorado Law Review, v. 73, p. 101-140, September, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=330266>, o ativismo judicial pode ser classificado em: 1. Ativismo contramajoritário; 2. Ativismo não-originalista; 3. Ativismo de precedentes; 4. Ativismo jurisdicional; 5. Criatividade judicial; 6. Ativismo remedial e 7. Ativismo partidário.

O risco maior do ativismo é justamente a politização dos tribunais, e não se diga a obviedade que toda decisão judicial é eivada de politicidade (ou de intenção política), pois o juiz decide em nome de uma vontade política preestabelecida não por ele, mas pela lei ou pela Constituição.

O legislador decide uma política criativa apriorística ao elaborar o texto normativo de abrangência *erga omnes* após intenso e também prévio debate político o qual inicia na sociedade e esgota os trâmites democráticos e imprescindíveis do processo legislativo, passando, inclusive, pelo crivo do chefe do Poder Executivo, logo, há discussão dialógica entre dois Poderes da República envolvendo centenas de representantes eleitos pelo povo para este *mister* precípua (haja vista a Câmara dos Deputados Federais contar com 513 membros e o Senado Federal totalizar 81 Senadores).

Todo este percurso é necessário para a tomada de decisão política a qual tem o condão de afetar milhões de cidadãos, suas vidas e patrimônio.

O Judiciário, por seu turno, tem a competência de realizar o controle de constitucionalidade (quando provocado) e esta decisão também é política, mas em conotação diferente, pois não é criativa haja vista estar adstrita aos próprios (e prévios) limites políticos insertos na própria Constituição.

A pergunta que fazemos é se o magistrado (ou o colegiado do Supremo Tribunal Federal) é a instância mais capacitada para produzir a melhor avaliação e decisão em sede de questão política. O magistrado superestima seu atuar em detrimento da atuação dos demais poderes. Nem tudo deve ser decidido nos tribunais, especialmente as matérias reservadas pelo próprio texto constitucional aos demais poderes com exclusividade.

A decisão política deve ser amadurecida com a contribuição, reflexão e debates entre muitos, não nos parece sensato que um magistrado, ou no caso do Supremo Tribunal Federal, onze ministros, defendam o futuro de 190 milhões, corre-se o risco do temido acúmulo de poder nas mãos de um ou de um grupo, situação diametralmente oposta ao constitucionalismo, surgido primacialmente como antítese ao Estado absolutista.

Não se pode, entretanto, alijar o Judiciário destas grandes questões políticas, haja vista ser positiva a existência de mais um *locus* de discussão política, a conciliação e superação desta intrincada problemática seria o desenvolvimento de mecanismos promotores de diálogo interinstitucional entre os três poderes. Há diferenças entre interpretação criativa de um texto normativo e criação de texto pelo juiz.

Os críticos de uma “Constituição simbólica”<sup>318</sup> ou a “Constituição como simulacro”<sup>319</sup>, qual seja desprovida de função jurídico-instrumental e sem correspondência nem compromisso com a concretização de seus ditames, vêem no ativismo judicial uma importante oportunidade de efetivação das normas constitucionais. Tais autores entendem ser o Judiciário competente para suprir as sérias e costumeiras omissões do Legislativo e do Executivo, notadamente o pertinente à implementação de políticas públicas que são indispensáveis à efetivação do Estado democrático.

RAMOS assevera que no ativismo judicial o magistrado extrapola os limites impostos pelo texto constitucional em detrimento da função legislativa, posto que ele próprio tenta realizar esta função, e agindo desta forma promove a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”<sup>320</sup>. Este autor entende, portanto, que o ativismo judicial é um desrespeito aos limites substanciais da função jurisdicional ao invadir as funções dos demais poderes constituídos. De qualquer maneira, fato inegável é que a hipervalorização dos princípios propagada pelo neoconstitucionalismo, mitiga as regras em favor deles com o intuito de extrair consequências que caberiam ao legislador infraconstitucional disciplinar.

Na esteira de CANOTILHO:

Mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como ‘legisladores negativos’ (a declararem a inconstitucionalidade das normas) ou criadores do direito (ao elaborarem ‘normas’ para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático<sup>321</sup>.

<sup>318</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>319</sup> MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 92.

<sup>320</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

<sup>321</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas- Atlas, n. 245, 2007, p. 91.

Em sentido teórico, o ativismo judicial busca a efetivação do texto constitucional com, se for necessário, ingerência na seara dos demais poderes mediante decisões que se enquadrem na Constituição, mesmo em normas constitucionais carentes de legislação infraconstitucional que lhes dê plena eficácia; controle de constitucionalidade e interpretações extensivas do texto constitucional, além de determinar iniciativas ou abstenções para todos os órgãos estatais, notadamente na implementação de políticas públicas.

Sem dúvidas, o ativismo pode ser conceituado como uma postura do magistrado que de modo proativo e expansivo vai além do que fora preconizado pelo legislador, potencializando o sentido e o alcance das normas jurídicas. Segundo BARROSO: “Trata-se de um mecanismo para contornar *by pass* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso”<sup>322</sup>. Um juiz ativista utiliza suas decisões para rever, contestar ou substituir decisões dos demais poderes do Estado, ademais promove políticas públicas, além de desconsiderar os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade, “o ativismo judicial implica tomada de posição política; o juiz ativista define-se como um agente político”<sup>323</sup>. Segundo LEITE, esta postura revela “uma visão progressista, evolutiva e reformadora, que sabe interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor”<sup>324</sup>.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal MARCO AURÉLIO DE MELLO discorre que:

Sempre afirmo que, como julgador, a primeira coisa que faço, ao defrontar-me com uma controvérsia, é idealizar a solução mais justa de acordo com a minha formação humanística, para o caso concreto. Somente após, recorro à legislação, à ordem jurídica, objetivando encontrar o indispensável apoio. Desejo, na busca deste respaldo – porque já tenho idealizado a solução justa – refletir e pesquisar sobre o tema, em que pese a proficiência do voto do nobre Relator<sup>325</sup>.

<sup>322</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em Julho de 2013.

<sup>323</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo**. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000, p.2.

<sup>324</sup> LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo Judicial**. BDJur, Brasília. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>. Acesso em 23 de Agosto de 2012.

<sup>325</sup> BRASÍLIA, STF, AOE. 13, Rel. Min. Celso de Mello, 2007.

Reação doutrinária ao ativismo judicial (*judicial activism*) esperando que o magistrado aplique a Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; que declare a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislativo, tendo como base critérios menos rígidos que os inequivocamente violadores da Constituição e que imponha condutas ou abstenções ao poder público especialmente em matéria de políticas públicas, é a teoria da autocontenção do magistrado, ou seja, *self restraint* que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes limitando a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. Deste modo o Judiciário: a) evita a aplicação direta da Constituição em casos que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, esperando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utiliza critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e c) abstêm-se de interferir na definição e promoção de políticas públicas.

Em torno desta teoria encontram-se os doutrinadores que refutam a legitimidade do magistrado em decidir questões de natureza política por várias razões que serão ventiladas mais adiante, entre elas, a crítica acerca da violação da teoria da separação dos poderes. NIKLAS LUHMANN é contrário ao ativismo posto entender que o sistema político e o sistema jurídico “apresentam códigos e programas específicos e operacionalidade próprios”<sup>326</sup>.

BLANCO DE MORAIS, entende que as sentenças substitutivas (sentenças interpretativas de acolhimento) ao lado das impropriamente denominadas “sentenças de revisão constitucional”, constituem em:

uma das mais expressivas manifestações de ativismo dos tribunais constitucionais. Pressupondo que o legislador deva prever uma coisa e acabe por prever outra diversa que se mostra desconforme com a Constituição, estas sentenças procedem à substituição do segmento normativo contrário à Lei Fundamental por outro que lhe seja afeiçoado<sup>327</sup>.

O supramencionado doutrinador português, com quem concordamos, destaca que tais sentenças são “altamente perturbadoras do princípio da separação dos poderes”

<sup>326</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, pp.73-74.

<sup>327</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **As Sentenças com Efeitos Aditivos**. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.) **As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-brasileiros de Direito Público**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 71 e 72.

e que o Tribunal Constitucional português “aventurou-se no perigoso sendeiro da criação de normas *“ex nihilo”*, ou seja, normas que nem são amparadas num raciocínio analógico ou numa extensão lógica do segmento de norma remanescente nem decorrem da aplicação de uma norma constitucional”<sup>328</sup>.

RONALD DWORKIN defende que o ativismo judicial não é apenas uma alternativa, mas um “um compromisso inadiável dos tribunais em nome da imperativa defesa da moral, da justiça e da democracia”; evidentemente deve-se contextualizar sua tese com o sistema de *common law* norte-americano. Em suas palavras:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta<sup>329</sup>. O programado ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do Presidente de acordo com isso<sup>330</sup>.

Os magistrados são chamados, outrossim, pelo ativismo judicial a não cumprir a lei de forma lógico-formal kelseniana, mas adotar postura que priorize a interpretação material-valorativa das decisões baseando-se largamente na interpretação de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana trazendo para si a competência institucional de decidir sobre as questões mais controversas que estão em zona fronteira entre política e direito.

WILLIAN MARSHALL não traz em sua obra uma definição única acerca do conceito de ativismo judicial, mas ventila 7 (sete) conceitos colhidos na doutrina norte-americana, a saber:

1. Ativismo Contra-Majoritário: a relutância dos tribunais para adiar as decisões dos poderes democraticamente eleitos;
2. Ativismo não Originalista: a incapacidade dos tribunais de se submeterem a alguma noção de originalismo ao decidir casos,

<sup>328</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **As Sentenças com Efeitos Aditivos**. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.) *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 73.

<sup>329</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 231.

<sup>330</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.



- quer o originalismo esteja fundamentado em uma estrita fidelidade ao texto ou em referência à intenção original dos autores;
3. Ativismo Precedencial: a incapacidade dos tribunais de se submeterem a precedente judicial;
  4. Ativismo Jurisdicional: a incapacidade dos tribunais em aderir aos limites de jurisdição sobre o seu próprio poder;
  5. Criatividade Judicial: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional;
  6. Ativismo Remedial: utilização do Poder Judiciário para impor obrigações afirmativas em curso sobre os outros ramos do governo, ou de ter instituições governamentais sob supervisão judicial em curso, como parte de uma solução imposta judicialmente, e
  7. Ativismo Partidário: o uso do poder judicial para realizar objetivos claramente partidários<sup>331</sup>.

Há decisões da suprema corte dos Estados Unidos da América do Norte que foram notadamente ativistas, mas que não encontram na doutrina, nem na experiência prática da sociedade unanimidade em suas razões, donde algumas são acolhidas como positivas e outras temidas pelo impacto negativo que tiveram quando de sua prolatação.

Entre tantos julgados de cunho ativista pode-se citar positivamente o caso *Brown x Board of education*<sup>332</sup> (1954) por meio do qual foi combatido o preconceito racial e negativamente há os casos *Korematsu* donde foram cerceadas a liberdade de mais de cem mil japoneses e também o caso *Dred Scott* quando houve a reafirmação da discriminação contra os negros.

Mais uma vez recorremos à doutrina de DWORKIN para ventilar seu entendimento de que o ativismo do Poder Judiciário é uma forma de proteção dos direitos fundamentais como o caminho para a Corte cumprir sua função e servir os cidadãos pela justiça pública<sup>333</sup>.

Interessante é a doutrina de KENT ROACH ao tratar dos “mitos do ativismo judicial”, donde o autor elenca diversos “mitos” acerca do tema. Segundo este autor é bem mais fácil vislumbrar o ativismo judicial como um problema atual quando existe a fé de que os juízes só podem legitimamente descobrir respostas claras no texto

<sup>331</sup>MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. University of Colorado Law Review, Vol. 73, September 2002, p. 102 a 104. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=330266>.

<sup>332</sup>CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 47 analisando este caso entende que o mesmo inaugura a judicialização da política ressaltando que a intervenção judicial foi ativa e criativa em meio à dialética das forças políticas estatais sendo tal fenômeno salutar em um Estado Democrático de Direito.

<sup>333</sup>DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Massachusetts: Harvard University, 2006, p. 1-2.

elaborado pelos autores da Constituição ou na vontade dos autores ou que estão livres para impor as suas preferências políticas na forma de adjudicação constitucional, que só devem decidir o que é necessário para resolver uma disputa entre as duas partes em litígio, que direitos têm uma tendência a ser trunfos absolutos e que a democracia depende da supremacia legislativa<sup>334</sup>.

O referido autor entende que, por outro lado, o ativismo judicial é um problema bem menor quando se acredita que:

Todo julgamento envolve uma forma limitada de criatividade, que a Suprema Corte deve decidir questões legais de importância nacional, que os direitos não precisam ser absolutos e que as decisões da Corte não precisam ser a última palavra. Embora seja um meio popular para julgar o papel dos tribunais, pode ser melhor para substituir o carregado ativismo judicial com discussões mais diretas e complexas sobre o papel dos juízes, dos tribunais e das legislaturas em uma democracia<sup>335</sup>.

Ainda apoiado em KENT ROACH, há uma crítica aos opositores do ativismo judicial quando expõe:

Todos os críticos do ativismo judicial deveriam explicar por que, se os juízes são livres para impor suas visões de mundo embasadas na lei –, ainda se preocupam em explicar suas conclusões, não com base em suas preferências pessoais, mas em termos de suas interpretações de texto relevantes, precedentes e tradições que afetam a questão diante deles. É talvez inevitável que questões jurisprudenciais complexas nem sempre possam ser totalmente explicadas, mas melhoraria o debate se os críticos do ativismo judicial expressassem com clareza o que esperam dos juízes. Se isso ocorresse, muitos talvez julgariam tanto a abordagem referente à intenção dos autores apoiados por alguns críticos conservadores do ativismo judicial, e a abordagem da indeterminação profunda, apoiados por alguns críticos progressistas do ativismo judicial, como visões extremas do que os juízes de fato fazem<sup>336</sup>.

---

<sup>334</sup> ROACH, Kent. *The Myths of Judicial Activism*. Supreme Court Law Review. Vol. 14, 2001, p. 299, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1144766>. Em suas palavras: “It is much easier to see judicial activism as a pressing problem if one believes that judges can only legitimately discover clear answers in the text agreed to by the framers of the Constitution or the intent of those framers, or that judges are free to impose their political preferences in the guise of constitutional adjudication; that they should only decide what is necessary to resolve a dispute between the two parties to a dispute; that rights have a tendency to be absolute trumps and that democracy depends on legislative supremacy.”

<sup>335</sup> ROACH, Kent. *The Myths of Judicial Activism*. Supreme Court Law Review. Vol. 14, 2001, p. 299, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1144766>. Em suas palavras: “Conversely, judicial activism is much less of a problem if one believes that all judging involves a constrained form of creativity; that the Supreme Court should decide legal issues of national importance; that rights need not be absolute and that the Court’s decisions need not be the last word. Although it is a popular means for judging the role of the courts, it may be better to replace the loaded, short-handed phrase judicial activism with more direct and complex discussions about the role of judges, courts and legislatures in a democracy”.

<sup>336</sup> ROACH, Kent. *The Myths of Judicial Activism*. Supreme Court Law Review. Vol. 14, p 328-329, 2001. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1144766> acesso em 10 de novembro de 2012.

BECKER entende que também o legislador padece de gigantismo no atual Estado Contemporâneo, pois é convocado a interferir em tudo, utilizando a lei como instrumento para solução de problemas. Os textos normativos são multiplicados e como tudo é realizado para atender os reclamos da sociedade trazidos pela pressão dos acontecimentos e em grande quantidade, o resultado, sob o aspecto qualitativo, nem sempre é o melhor. Entende o autor em tela que o acúmulo das normas corrói a certeza do ordenamento, que lembra um autêntico "manicômio jurídico"<sup>337</sup>.

Preocupante é a lição de JUAREZ DE FREITAS ao explicar o fenômeno da interpretação das normas jurídicas, posto que o referido autor propõe: “Na devida perspectiva tópico-sistemática, o ir além da interpretação semântica revela-se, forçosamente, como ultrapassagem da exegese das regras textuais. Ir além do texto passa a ser condição obrigatória para compreender de maneira superior inclusive a tradição peculiar na qual o texto se encontra”<sup>338</sup>.

Quando se permite a ultrapassagem semântica do texto legal devidamente estatuído são permitidas distorções que ferem a segurança jurídica expressa no texto, em outras palavras, onde a Constituição estabeleceu textualmente que família é união entre “homem e mulher” não caberia interpretação semântica “além” no sentido de albergar “homem e homem”, “mulher e mulher” (relação homossexual) ou “homem, mulher, homem, homem, mulher” (poligamia atual denominada “poliamor”). Onde a Constituição estabeleceu o rol de competências exclusivas e indelegáveis ao Poder Executivo ou Legislativo não pode o Judiciário entender não ser exclusiva e mesmo não ser indelegável.

Entendemos esta prática como danosa e, com toda a vênia possível ao ensinamento de RONALD DWORKIN, para quem deve existir uma harmonia entre moral e direito sob a ótica de uma “prática interpretativa construtiva”<sup>339</sup>, basear-se apenas em princípios como fundamentos para resolução de *hard cases* e especificamente adentrando em questões eminentemente políticas como um superpoder legitimado pelo procedimento e pelo voluntarismo não fortalece as instituições democráticas e se concretiza a Constituição, ao contrário, traz instabilidade institucional

---

<sup>337</sup> BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1972, p.3-10

<sup>338</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação sistêmica do direito**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 183,

<sup>339</sup> DWORKIN. **O império do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

e desarmonia entre os poderes, em outras palavras há limites para o *judicial review*, os quais serão abordados ao longo desta investigação.

Cabe a esta investigação que ora é desenvolvida neste trabalho vergastar se há o fenômeno do ativismo judicial no Brasil resultante da judicialização da política e se, em caso de resposta positiva, o Supremo Tribunal Federal pretende, com suas decisões que versem sobre matéria de política pura reservada aos demais poderes constituídos para tal *mister*, redefinir a teoria da separação dos poderes avocando para seu rol competências não atribuídas a ele pelo legislador constituinte extraordinário, bem como analisar os limites e possibilidades do ativismo judicial sem que haja a ocorrência de um governo de juízes.

Concordamos em parte com as ideias de BARROSO quando expõe o ativismo judicial como um: “antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”<sup>340</sup>.

O próprio BARROSO<sup>341</sup> entende que o ativismo se manifesta de diferentes formas, as quais incluem:

a) A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;

b) A declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;

c) A imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

---

<sup>340</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática.** In: Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 14 de Março de 2010.

<sup>341</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

O mais antigo dos ministros do Supremo Tribunal Federal, qual seja CELSO DE MELLO, não encontra nenhum problema no ativismo judicial, ao contrário, é seu ferrenho defensor e ventila:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República”<sup>342</sup>.

Se por um lado o Judiciário atende as demandas exigidas pela sociedade que o Legislativo olvidou, em casos importantes como a greve no serviço público, a luta pelo fim do nepotismo e o estabelecimento de regras eleitorais, por outro, o referido ministro expõe a crise do Legislativo<sup>343</sup> e arvora-se, via decisão judicial, como o paladino da concretização constitucional.

Segundo BARROSO: “decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade”<sup>344</sup>.

Extraí-se dessas considerações que a função judicial exercidas pelo Supremo Tribunal Federal deve ser o de garante do Estado Democrático ao promover os valores insculpidos na Constituição, podendo excepcionalmente superar o *déficit* de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo sem qualificar sua própria atuação, “o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. (...) Estes os seus grandes papéis: resguardar os

<sup>342</sup> MELLO, Celso de. Discurso proferido na posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 12 de abril de 2011, p. 11.

<sup>343</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática.** In: Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 14 de Março de 2010, p. 16 entende que: “nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a proliferação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral”.

<sup>344</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática.** In: Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 14 de Março de 2010, p. 17.

valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional”<sup>345</sup>.

HIRSCHL entende que “juristocracia” seria a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições políticas representativas para o Poder Judiciário<sup>346</sup>.

TATE& VALLINDER entendem o ativismo judicial como o comportamento dos juízes em “participar na elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos habilitadas (...) e, por vezes, substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições”<sup>347</sup>. Na doutrina brasileira tal fenômeno foi denominado por Oscar Vilhena Vieira de “supremocracia”<sup>348</sup>.

Vale ressaltar que a expansão do protagonismo político dos Tribunais nas democracias contemporâneas, ao menos no ocidente, constitui um fenômeno que caracteriza o início do século XXI<sup>349</sup>.

Em suma, ao analisarmos o tema “ativismo judicial” verificamos ao menos duas concepções distintas, quais sejam:

a) O risco de um governo de juízes ou de juízes legisladores (CAPPELETTI). Nesta concepção, o ativismo judicial corresponde a uma invasão do magistrado em um espaço de legitimidade que ele não possui e com isso causa desestabilidade institucional prejudicando o Estado Democrático de Direito, pois se coloca como parte de uma elite moral capaz de impor seus valores pessoais sobre todos os demais sem preocupação com os trâmites políticos ordinários democraticamente previstos. Para esta corrente, o magistrado invade o espaço reservado aos demais poderes.

b) O magistrado como concretizador/garantidor dos direitos fundamentais face às ações e/ou omissões dos demais poderes. O ativismo judicial, para esta corrente, realiza importante papel no Estado Democrático de Direito posto que suas decisões

<sup>345</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 351.

<sup>346</sup>HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 1.

<sup>347</sup>VALLINDER, Torbjörn. & TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University, 1995, p. 33.

<sup>348</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia: vícios e virtudes republicanas**. Jornal O Valor. 06/11/2007; Cf: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, v. 4, p. 441-459, 2008.

<sup>349</sup> VIEIRA, José Ribas. **Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil**. In: Revista da Faculdade de Direito de Caruaru. V. 40, nº1 – Jan.-Jun./2009, p. 155.

podem ser contramajoritárias haja vista o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. Os fautores desta corrente entendem que o protagonismo judicial não pode ser visto como uma tentativa de governo dos juízes nem como uma politização da justiça e sim como um suporte da democracia representativa e um elemento corretor dos demais poderes constitucionais<sup>350</sup>.

#### Segundo RONALD DWORKIN:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. 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. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima<sup>351</sup>.

Destarte, o maior receio é que o ativismo judicial corrompa a democracia e funde uma nova aristocracia, consubstanciada no governo de juízes, uma *juristocracia*, exercitada sob o falacioso argumento de ser apenas uma atividade técnica de interpretação normativa, natural à função jurisdicional contemporânea.

Por tudo que fora mencionado até então, podemos apontar pelo menos 4 (quatro) espécies ou concepções sobre ativismo judicial, quais sejam: (1) ativismo como imposição da vontade subjetiva do magistrado em detrimento da vontade da lei; (2) ativismo como fenômeno de expansão do Poder Judiciário; (3) ativismo como instrumento para criação do direito; (4) ativismo para realização de políticas públicas.

O *ativismo como imposição da vontade subjetiva do magistrado em detrimento da vontade da lei* está ligado à ideia de voluntarismo judicial donde prevalecem as opções políticas e ideológicas do magistrado mesmo ao preço de mitigar a previsão legal e constitucional. Concorda com esta definição ROOSEVELT III ao discorrer que: “ativismo judicial, como o conceito é tipicamente usado, significa decidir um caso

---

<sup>350</sup> Neste sentido conferir: BERGALLI, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*. Argentina, 1999.

<sup>351</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 1999, p. 451-452.

contrariamente à vontade clara da Constituição em ordem a promover as preferências políticas dos juízes”<sup>352</sup>

A problemática repousa no fato da Constituição empregar enunciados vagos e plurissignificativos sem permitir, notadamente no que pertine aos valores e princípios, uma aferição precisa e fruto de consenso, ocasionando, desta forma, a manipulação de seu conteúdo pelos que ela interpretam. A dificuldade na determinação inequívoca e verdadeira da “vontade da lei” como parâmetro apto a verificar se a “vontade subjetiva do magistrado” se coadunou ou violou seus ditames é de difícil aferição, dada à vagueza característica das normas (em especial os princípios) da Constituição.

Entretanto, esta investigação em nível de tese não pretende desvendar a *verdadeira vontade da Constituição*, mas verificar se as decisões do STF estão sendo conduzidas no sentido de invadir competência originária, típica, dos outros poderes, desta feita agigantando-se e promovendo *de per si* e em detrimento às regras constitucionais que objetivamente promoveram a repartição de competências e funções entre os três poderes, utilizando-se da vagueza dos princípios para impor, via jurisdição constitucional, uma releitura da teoria da separação dos poderes ao se reposicionar não ao lado, com independência e harmonia, mas acima dos poderes executivo e legislativo, rompendo assim com a tradição e com os limites impostos pela Constituição a um governo juristocrático.

A segunda espécie, qual seja o *ativismo como fenômeno de expansão do Poder Judiciário* refere-se à ampliação da função jurisdicional na solução de querelas que antes não eram de sua competência, gerando invasão indevida nas competências de outro Poder. Tal situação é bem explicitada por ELIVAL DA SILVA RAMOS ao destacar que ocorre quando o magistrado exerce sua função para além dos limites balizados pelo ordenamento jurídico. Em suas palavras: “há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na

---

<sup>352</sup>No original: “Judicial activism, as the concept is typically used, means deciding a case contrary to the plain meaning of the Constitution in order to promote the judge’s political preferences”. ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court Decisions*. Yale University Press, 2006, p. 38.



desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes”<sup>353</sup>.

O *ativismo como instrumento para criação do direito*. CAPPELLETTI referindo-se ao criacionismo, ou seja, a produção do direito por obra dos juízes, já questionava em título de uma de suas obras: *juízes legisladores?* Interessante notar que nesta obra, CAPPELLETTI reconhece que a atividade interpretativa não está dissociada de certo grau de criação, pois “a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas, sobretudo, de frequência ou quantidade”. Isto é justificado pela proibição do *non liquet*, ou seja, diante de um caso concreto a ele apresentado, o magistrado deve prolatar uma decisão nem sempre clarificada inequivocamente nas fontes do direito, o que demanda intenso e profundo trabalho hermenêutico. Quando não encontra solução na norma e decide com fulcro na equidade entende-se que este acréscimo de conteúdo é norma jurídica criada judicialmente e nova.

A problemática repousa na dosimetria e prudência de interpretar a norma nos limites impostos por ela, pois não cabe proceder a qualquer interpretação, não obstante a multiplicidade de vieses possíveis e aplicáveis ao caso.

O criacionismo, ao menos em parte, é tolerado no ordenamento jurídico brasileiro – com limitações – como, por exemplo, na possibilidade da modulação dos efeitos em ação direta de inconstitucionalidade (modulando o efeito *ex tunc* para *ex nunc* desde que haja a concordância de dois terços dos membros do STF), a possibilidade da prolatação de sentenças aditivas e por força da Emenda Constitucional nº45/2004 a competência para editar súmulas vinculantes.

Por fim, o *ativismo para realização de políticas públicas*. As políticas públicas promotoras da concretização de direitos fundamentais insculpidos na Constituição quando criadas de maneira proativa pelo Judiciário, posto que não estão postas de maneira formal na Constituição ou não foram elaboradas pelos demais poderes, é uma expressão de ativismo. Exemplificamos com a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277 que reconheceu a união homoafetiva no Brasil sem que houvesse previsão

---

<sup>353</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

constitucional ou nenhuma política pública sendo sequer discutida amplamente<sup>354</sup>. Na doutrina de MORAES:

“[...] toda Corte que exerce jurisdição constitucional não é somente um órgão judiciário comum, mas sim órgão político diretivo das condutas estatais, na medida em que interpreta o significado dos preceitos constitucionais, vinculando todas as condutas dos demais órgãos estatais e como tal deve priorizar os casos de relevante interesse público<sup>355</sup>.”

Conclui-se que inexistente uma clara e inequívoca linha demarcatória do limite jurisdicional. Caso existisse, seria facilmente verificável quando de sua ultrapassagem o que resultaria em flagrante ilegitimidade e possibilidade de reversão. Considerando as diversas formas de ativismo, depreende-se que o STF é ativista, especialmente quando prolata, sem a oitiva dos demais poderes, decisões no terreno arenoso das questões políticas dirigidas e aplicadas em todo o país e que determinam o futuro político da nação ou quando ignora o texto normativo constitucional (enunciado) e, com sua decisão, inova no ordenamento jurídico em questões cuja competência repousa nos poderes majoritários<sup>356</sup>.

### **2.3 Historicidade das decisões em matéria política e ativismo judicial no Brasil: do conservadorismo conducente a autolimitação ao fenômeno do ativismo judicial**

Especificamente no contexto brasileiro verifica-se que historicamente o Supremo Tribunal Federal sempre manteve uma postura reticente quando o caso a ser julgado tratava de controlar as omissões normativas dos demais poderes na adoção de

<sup>354</sup> Segundo BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. Washington DC: CQ Press, 2010, p. 162: “What I mean by activism is that a court makes significant changes in public policy, especially in policies that the other branches have established. One form of activism involve sthe Court’s use of judicial review, its power toover turn acts of other policy makers because they violate the Constitution”, em tradução nossa: “O que eu entendo por ativismo é quando uma corte faz significantes modificações nas políticas públicas, especialmente nas políticas que os outros órgãos estabeleceram. Uma forma de ativismo envolve o uso do judicial review pela corte, o seu poder de superar atos de outros policy makers por causa de sua violação à Constituição”.

<sup>355</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 645.

<sup>356</sup> Conforme a decisão na ADI nº 4.277 que modificou o conceito de família e permitiu que as uniões homoafetivas fossem consideradas como união estável, semelhante ao casamento, ao interpretar a expressão contida no texto normativo “homem e mulher” como aberto a homem e homem ou mulher e mulher, em total dissonância com o enunciado normativo constitucional. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4.277 – DF. Rel. Min. Ayres Britto. Publicado em 14.10.2011 no ementário 2.607-3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>.

políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais ou quando a matéria a ser enfrentada era caracterizada como “questão política”<sup>357</sup>. JOSÉ EDUARDO FARIA assim se pronunciava: “por causa de sua visão-de-mundo rigidamente normativista e formalista, o Judiciário não exige do executivo o cumprimento de suas funções, nem tenta evitar a degradação de seus serviços essenciais”<sup>358</sup>.

Este foi o paradigma do positivismo jurídico formalista o qual exigia a neutralização política do Judiciário, com juízes chamados racionais, imparciais e neutros, os quais aplicariam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo deste modo o valor do que se convencionou chamar de segurança jurídica<sup>359</sup>, ou seja, utilizando uma interpretação que conferia prevalência absoluta às formas e às deduções puramente lógicas com prejuízo da realidade social existente por trás de tais formas, bem como dos conflitos de interesse regulados pelo direito e que deveriam orientar o jurista no *mister* interpretativo<sup>360</sup>.

Não obstante a Constituição Federal de 1988 ter inovado na proteção aos direitos fundamentais ao criar garantias como o mandado de injunção e a inclusão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sempre que provocado, o Supremo Tribunal Federal mesmo reconhecendo a inércia do legislador que não havia criado lei necessária para regulamentar dispositivo constitucional que dependia de lei integradora, limitava-se a informar ao legislador omissor a falta da norma e recusava-se a suprir tal omissão.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal não concretizava a norma constitucional colmatando a lacuna faltante por entender que esta seria função do Poder Legislativo e qualquer atuação judicial nesta seara seria uma invasão que feriria a harmonia entre os poderes trazida pela teoria da separação dos poderes<sup>361</sup>.

---

<sup>357</sup> Cf. SUNSTEIN, Cass. *Testing minimalism: a reply*. Michigan Law Review, n. 104, I, 2005, p. 123; SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 03-23.

<sup>358</sup> FARIA, José Eduardo. **O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira**. In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça, (org.) José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 109.

<sup>359</sup> KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos**. In: Anuário dos cursos de pós-graduação em direito nº 10 – Recife: Universidade Federal de Pernambuco / CCJ/ João Maurício Adeodato (Coord.), editora universitária da UFPE, 2000, p. 48.

<sup>360</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1999, p. 221.

<sup>361</sup> Neste sentido FARIA, José Eduardo. **O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira**. In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça, (org.) José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 111: “A magistratura brasileira tem desprezado o desafio de preencher o fosso entre o sistema jurídico vigente e as condições reais da sociedade, em nome da ‘segurança jurídica’ e de uma visão por vezes ingênua do equilíbrio entre os poderes autônomos”.

Entretanto, decisões recentes sinalizam uma viragem paradigmática na interpretação do texto constitucional especialmente no que tange a própria atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e no enfrentamento de questões políticas, postura esta antes entendida por este Tribunal Superior como intrusiva, ilegítima e destrutiva da teoria da separação dos poderes, do princípio majoritário e do Estado Democrático de Direito.

Nos últimos anos, o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de "proteção de regras" constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de "criação de regras"<sup>362</sup>.

Na atualidade, o Supremo Tribunal Federal coloca-se como protagonista na ação política, em nome de um pretense respeito pela efetivação da Constituição. O que se deve verificar é em que medida e se tal atuação caracteriza uma indevida intromissão nas funções essencialmente políticas atribuídas aos demais poderes e suas conseqüências, ou em outros termos, se o Supremo Tribunal Federal não se limitar a defender e interpretar a Lei Fundamental como instância máxima e sim a assenhora-la, não se contentando em ser o *hüter* da Constituição, mas em ser o *herr* da mesma<sup>363</sup>, criando uma espécie de jurisprudencialização da Constituição donde a Constituição real e efetiva passa a não ter correspondência com seu texto escrito<sup>364</sup>, mas com os enunciados corporificados nos acórdãos do STF<sup>365</sup>.

Como já ventilado alhures, não é outro o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal EROS GRAU ao asseverar em recente acórdão que “não existe a Constituição de 1988”, “o que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada e aplicada por esta Corte”<sup>366</sup>, talvez parafraseando CHARLES HUGHES quando era *justice* da Suprema Corte norte-americana ao afirmar: “Nós vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é”. Será que estamos vivenciando um momento

---

<sup>362</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

<sup>363</sup> VERDU, Pablo Lucas. **La Constitución em la encrucijada**. Madrid: Real Academia de Ciencias Morais e Políticas, 2004, pp. 75-76.

<sup>364</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites**. In: Congresso Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Noesis, 2006, p. 335.

<sup>365</sup> ACOSTA SANCHES, José. **Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional**. Madrid: Tecnos, 1998, p. 366; GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1994, p. 223-225.

<sup>366</sup> Cf. Voto proferido na ADI nº 3.367-DF, Rel. Min. César Peluso.

histórico de derrocada da tradição civilista romano-germânica de nosso direito e a adoção do princípio da *stare decisis* próprio do sistema da *common law*?

Na doutrina de SUNSTEIN este seria o modelo perfeccionista de função judicial no qual os magistrados são ambiciosos em suas decisões, pois sua pretensão é reconhecer novos direitos ou atribuir-lhes novos significados tendo como base princípios positivados ou não no texto constitucional. Interpretam o texto constitucional a partir de questões políticas e morais profundas, ou seja, “pretendem fazer da Constituição o melhor que ela pode ser<sup>367</sup>”. Em suma, os tribunais devem elaborar “juízos interpretativos independentes” sobre o significado do texto constitucional com apoio em argumentos de princípios<sup>368</sup>.

O Judiciário passou a ser lugar comum das decisões que envolvem grandes questões sociais, políticas, econômicas e diplomáticas do país de modo que dificilmente algo escapa a seu controle<sup>369</sup> e auto-reconhece seu lugar como o mais relevante intérprete da Constituição em detrimento dos demais propiciando intensa judicialização das questões políticas e uma postura cada vez mais ativista por vezes apontada como usurpadora das competências dos demais poderes, talvez conducentes à “juristocracia”<sup>370</sup>.

Como exemplos recentes de judicialização da política constatamos que a reforma política no Brasil fora realizada, ao menos inicialmente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando este Tribunal estabeleceu normas de fidelidade partidária<sup>371</sup> e asseverou que o mandato não pertence ao parlamentar, mas ao partido e em caso de infringência dessa (nova) orientação, o parlamentar em discussão poderia perder seu lugar na casa legislativa a qual pertencia, este foi um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário onde o STF criou, em nome do princípio democrático (assim manifestado no acórdão), uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional.

---

<sup>367</sup> SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. xii.

<sup>368</sup> SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 07.

<sup>369</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, pp. 23-24.

<sup>370</sup> Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

<sup>371</sup> Cf. RESOLUÇÃO Nº 22.526 – TSE; MS Nº 26.602, MS Nº 26.603 e MS Nº 26.604 – STF.

No mesmo sentido de ativismo ao criar a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, assumindo posição claramente normativa. Atuando em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extraiu uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional.

Igualmente políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos).

Sem olvidar a própria reforma do Poder Judiciário e os limites de atuação do Conselho Nacional de Justiça, além do delineamento dos poderes das comissões parlamentares de inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) no âmbito do Poder Legislativo, do papel do Ministério Público na investigação criminal, a demarcação de terras indígenas (reserva raposa serra do sol), a regulamentação do exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos civis, o monopólio dos serviços de postagem pela ECT (Empresa de Correios e Telégrafos), a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias<sup>372</sup>, a cláusula de barreira<sup>373</sup>, a análise da urgência e necessidade das medidas provisórias, além de estabelecer obrigatoriedade aos entes da federação em fornecer medicamentos e tratamentos médicos gratuitos aos hipossuficientes, dentre outras.

Vale ressaltar que o ativismo judicial no Brasil não está cingido apenas às questões que envolvem concretização dos direitos fundamentais face à inércia dos demais poderes, mas avança em direção a resolução de temas que deveriam estar na pauta e serem discutidos no âmbito legislativo, inclusive de reforma constitucional<sup>374</sup>.

Segundo BARROSO: “O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais

---

<sup>372</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3.150, Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Urge ressaltar que as audiências públicas e o julgamento sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei, o que denota o deslocamento da agenda política do Legislativo para o Judiciário no Brasil.

<sup>373</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 1351-3 e ADI nº 1354-8.

<sup>374</sup> Fato é que recentemente, em mais uma decisão política e ao arrepijo da Constituição Federal e de toda a legislação eleitoral infraconstitucional, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) brasileiro decidiu sobre a cassação do mandato do Governador e Vice-Governador dos Estados da Paraíba e do Maranhão e determinou que fossem empossados os respectivos segundos lugares nas eleições, contrariando a Constituição Federal de 1988 que determina a realização de novas eleições diretas (em noventa dias, caso a dupla vacância ocorresse nos dois primeiros anos de mandato) ou indiretas (em trinta dias, caso a dupla vacância ocorresse nos dois últimos anos de mandato), conforme o art. 81 da Constituição Federal de 1988.

constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público”, mas embora o fenômeno da judicialização da política conducente ao ativismo judicial seja mundial haja vista o constante afastamento do constitucionalismo clássico e o advento do Estado Constitucional contemporâneo trazendo consigo maior relevo da jurisdição constitucional, entende-se que o caso brasileiro mereça um estudo mais profundo, pois não obstante os inúmeros e recorrentes casos em todo o mundo, no Brasil torna-se especial pela extensão e pelo volume, além de traduzir-se em posição relativamente recente, haja vista o Supremo Tribunal Federal (STF) sempre ter se reservado no enfrentamento de questões políticas ou de efetivação de direitos fundamentais pela via de promoção de políticas públicas.

A radical viragem paradigmática do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento dessas questões e consequente judicialização da política e ativismo pode ser inicialmente explicada por alguns fatores que passaremos a expor e discutir em subitem oportuno.

Recorremos mais uma vez à doutrina de CANOTILHO para ventilarmos a problemática de se encontrar o equilíbrio entre um “tribunal excessivamente jurisdicional” e um “tribunal excessivamente político” quando se verifica a questão das relações da jurisdição constitucional com o legislador.

Segundo o doutrinador português: “um tribunal excessivamente jurisdicional aplicará com rigor a ‘guilhotina fiscalizadora’ cortando cerce as raízes inconstitucionais semeadas nos actos normativos. Um tribunal excessivamente político apostará numa apreciação ponderada, graduada e modelada da inconstitucionalidade dos actos normativos, tendo em conta a ‘sensibilidade política’ do problema submetido à sua apreciação”<sup>375</sup>.

Perceba-se que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade abstrata que foram eleitos no texto constitucional em alguns casos trariam prejuízos irreparáveis ao erário estatal e, portanto, trariam instabilidade institucional. A modelação destes efeitos na decisão judicial quando da fiscalização de constitucionalidade (no Brasil, controle de constitucionalidade) não é vislumbrada como algo negativo e afrontador aos demais poderes, mas como *mister* necessário para manutenção do próprio Estado.

---

<sup>375</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva.** In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976.* Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

A ideia de um tribunal atuando simplesmente como legislador negativo, demolidor, cujas tarefas seriam essencialmente cassatórias (KONRAD HESSE) não se coaduna com a realidade fática a qual exige postura diversa. CANOTILHO entende que: “quando os tribunais constitucionais usam e abusam de sentenças manipulativas, modeladoras dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou quando fixam em termos estritos os pressupostos da inconstitucionalidade de uma norma, corre-se sempre o risco de as folgas democráticas de apreciação política serem restringidas a ponto de os tribunais constitucionais merecerem a censura de se arvorarem em ‘superlegisladores’”.

A problemática torna-se acentuada quando se verifica o fenômeno da judicialização da vida com a ideia de que tudo pode ser resolvido no âmbito judicial.

Importante é verificar se o ativismo judicial desequilibra a harmonia entre os poderes em todas as suas manifestações. Partimos do pressuposto que não. Como antes asseverado, a Constituição Federal brasileira dota o Judiciário de competência para decidir de forma aditiva, no que tange a omissão do legislador, nas ações de mandado de injunção e de informar a falta da norma nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. No mandado de injunção a sentença aditiva é instituída pela própria Constituição (art. 5º, LXXI e art. 103, parágrafo 2º).

Pela teoria dos poderes implícitos, se a Constituição confere um poder para uma determinada finalidade, há, de modo implícito, que oferecer os meios para obtê-la<sup>376</sup>.

Vale ressaltar que acerca da omissão do legislador é preciso verificar se estamos diante da “liberdade de conformação do legislador” ou de “omissão inconstitucional”, pois o legislador embora tenha a prerrogativa de escolher o melhor momento para normatizar – não cabendo, portanto, qualquer decisão judicial que fira este princípio utilizando o magistrado de discricionariedade para efetivar estes direitos em visível caso

---

<sup>376</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 91.661/PE, Rel. Min. Ellen Gracie. J. 10.03.2009. DJU 03.04.2009. Ementa: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBTATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. (...) 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. *Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.* 8. *Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público.* 9. *Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.* (Grifo nosso).



de ativismo judicial no sentido danoso do termo – não pode olvidar eternamente a concretização dos direitos, o que resultaria em uma omissão inconstitucional, portanto, estando presente uma omissão inconstitucional inequívoca, estaria o juiz, no Brasil, legitimado a saná-la por meio da decisão aditiva. Destarte, ao fim e ao cabo, o princípio da separação dos poderes não desautoriza que o juiz crie norma jurídica desde que cingida aos limites impostos pela própria Constituição.

## 2.4 Jurisdição constitucional e teoria da separação dos poderes

Historicamente, a teoria da separação dos poderes do Estado encontra gênese na Grécia Antiga<sup>377</sup> especialmente na obra “A Política” de Aristóteles quando este autor falava das funções deliberativa, executiva e jurisdicional da *polis*<sup>378</sup>. Na Inglaterra do final da Idade Média, instituindo seu protetorado, Cromwell admite a separação dos poderes Legislativo e Executivo<sup>379</sup>.

Na modernidade foi fruto do pensamento inicialmente tecido por JOHN LOCKE<sup>380</sup> e MONTESQUIEU<sup>381</sup>, este último o formulou como hoje o conhecemos<sup>382</sup> afirmando que: “em todo o Estado há três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil” e que fora recepcionada sob os auspícios do constitucionalismo liberal como instrumento de autolimitação do Estado<sup>383</sup> (séc. XVIII).

Nas palavras de MONTESQUIEU: “Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário,

<sup>377</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 31.

<sup>378</sup> ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 177.

<sup>379</sup> Cf. QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. **O controle judicial de atos do Poder Legislativo: atos políticos e internacorporis**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

<sup>380</sup> Na obra intitulada ‘Segundo tratado do governo civil’.

<sup>381</sup> Embora Montesquieu afirmasse ser o Juiz a “boca da lei” defendia seu afastamento do controle das políticas públicas da Administração a menos que ferisse direitos individuais; ora, não é outro o pensamento esopado pelo constitucionalismo liberal.

<sup>382</sup> MONTESQUIEU. Charles de Secondat **Do espírito das leis**, v. 1. São Paulo: Nova Cultural (Os Pensadores), 1997, p.200. Afirmara que “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”.

<sup>383</sup> Tal princípio fora incluído de forma destacada no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como princípio fundamental da organização política liberal.

pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”<sup>384</sup>.

A Teoria da separação dos poderes logo se tornou essencial ao modelo liberal clássico do constitucionalismo do séc. XVIII e consistia em uma técnica com o intuito de limitar o poder do Estado e coibir a prática de arbitrariedades<sup>385</sup>; apresenta, outrossim, caráter instrumental e apóia-se em três pontos fundamentais, quais sejam a democracia, a funcionalidade e os direitos fundamentais<sup>386</sup>.

Tal teoria como fora concebida sofre sérias críticas acerca de sua aplicabilidade na realidade jurídica introduzida pelo constitucionalismo das Constituições sociais (séc. XX), especialmente no que tange às funções do Poder Judiciário nessa conjuntura na busca pela concretização dos direitos fundamentais e pelo sistemático adentramento em questões políticas.

É preciso verificar a mudança de paradigmas ocorrida com a transição do modelo do Estado de Direito Legalista para o Estado Constitucional, o qual alarga os espaços de atuação da jurisdição constitucional.

De fato até meados do séc. XX as Constituições eram entendidas como meros documentos políticos os quais deveriam ser submetidos à regulamentação por leis infraconstitucionais e só após tal legislação é que poderiam ser aplicados pelos tribunais judiciais; era o mito do legislador universal e ao juiz era atribuído um papel débil, neutro e pouco expressivo na aplicação do direito<sup>387</sup>. Não é outro o entendimento de Montesquieu ao asseverar: “Os julgamentos devem se basear num texto preciso de lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”<sup>388</sup>.

Era preciso rever essa teoria com o escopo de adequá-la à realidade atual, pois, naturalmente por sua vetustez existiram desgastes; nas palavras de BARROSO: “ao longo de seu ciclo evolutivo, que ora se encaminha, quando não para a

---

<sup>384</sup>MONTESQUIEU, Charles de Secondat **Do espírito das leis**, v. 1. São Paulo: Nova Cultural (Os Pensadores), 1997, p.198.

<sup>385</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, p.143; BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44.

<sup>386</sup> ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. Harvard Law Review. Vol. 113, nº 03, 2000, p. 639.

<sup>387</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad e legitimidad de la justicia constitucional*. In: FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 612.

<sup>388</sup>MONTESQUIEU, Charles de Secondant. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 175.

decadência, ao menos para uma ampla reformulação”<sup>389</sup>. O modelo liberal que conduzia a decisão judicial ao processo silogístico lógico-formal de subsunção do fato à norma não é adequado para solucionar as novas demandas contemporâneas.

Fato é que o modelo de Estado Constitucional (Estado Democrático de Direito) exige a existência de uma Constituição dotada de caráter jurídico e de força normativa. O Estado Constitucional requer uma Lei Fundamental rígida, juridicamente subordinante de todos os poderes constituídos e asseguradora dos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>390</sup>.

Essa mudança de paradigmas altera a atividade desempenhada pelo Judiciário. O estabelecimento de metas e programas sociais, capitaneadas por leis de semântica fluida, vagas e imprecisas, ocasiona maior liberdade na interpretação jurídica pelo Judiciário, representando alargamento da discricionariedade interpretativa, com a possibilidade de incremento da criação judicial do direito. CAPPELLETTI enfatiza a estrutura aberta dessas leis como “poderosa causa da acentuação que, nessa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”<sup>391</sup>.

Com o Estado Democrático de Direito os códigos não mais ocupam a centralidade do ordenamento jurídico, lugar este que passa a ser ocupado pelas Constituições democráticas. Neste viés, a importância do poder judiciário é aumentada na medida em que a jurisdição constitucional assume relevante papel neste novo modelo de Estado, pois a ela cabe:

- a) o controle da constitucionalidade de toda produção legislativa e de suas omissões inconstitucionais;
- b) a interpretação em caráter de definitividade do texto da Constituição envolvendo, inclusive e sobretudo, a densificação semântica dos princípios;
- c) a intrincada questão de equacionar conflitos políticos de cariz constitucional;
- d) a defesa do Estado Democrático de Direito quando da proteção de minorias;
- e) proteção aos direitos fundamentais e garantia dos mesmos frente a possíveis arbítrios estatais.

---

<sup>389</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. São Paulo: Renovar, 2002, p. 124.

<sup>390</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 55. CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003, p. 130.

<sup>391</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 42.

Perceba-se que este acúmulo de funções, ou pelos menos, esta competência mais alargada constitui demanda deste modelo, qual seja, Estado Democrático de Direito em contraponto ao Estado de Direito legalista (Estado Liberal) que impunha ao poder judiciário um papel de coadjuvante em função meramente técnica donde a subsunção do fato a norma decorria de forma quase autômata.

Não se pode olvidar que o Estado Democrático de Direito não pode ser entendido como um estágio de superação total do antigo Estado Liberal nem do Estado Social, mas como uma evolução dos modelos anteriores ao albergar os aspectos positivos de ambos. A normatividade da Constituição se estende por todo o ordenamento jurídico e todos os poderes são vinculados e limitados por ela; seria a “constitucionalização do ordenamento jurídico”. Neste sentido, relevante é o papel da jurisdição constitucional que assume o ônus de garantir a supremacia constitucional e conseqüentemente o respeito aos seus ditames.

O legislador não tem atuação ilimitada como no Estado Liberal, pois sofre fiscalização pelo judiciário que, verificando o conteúdo material das Constituições, controla as ações e omissões dos poderes legislativo e executivo.

Na verdade desde a Revolução Francesa de 1789 até os dias atuais o princípio da separação dos poderes, alçado ao status de dogma constitucional por parte da doutrina, nunca experimentou uma rígida separação, posto que em determinados momentos históricos prevaleceu um ou outro dos poderes e na contemporaneidade trazido pelo neoconstitucionalismo, cuja base filosófica estruturante é o pós-positivismo jurídico (que se contrapõe ao pensamento liberal dezanovista) e o Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário encontra destaque nos debates e decisões jurídico-políticas.

Segundo GILMAR FERREIRA MENDES, “a Constituição francesa de 1791 embora abrigasse norma decretando que não haveria Constituição sem separação de poderes, construiu um sistema fundado na supremacia do Legislativo”<sup>392</sup>. Logo, o Poder Legislativo pós-revolução francesa assume papel de destaque em detrimento dos demais. Em França, a lei passa a ocupar o lugar central no Estado, haja vista ser fruto da vontade popular. Nos Estados Unidos da América do Norte, na mesma época histórica, a preponderância era – e ainda é – do Poder Executivo.

---

<sup>392</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 177.

Os princípios, dada sua natureza aberta, moldam-se às especificidades da sociedade no tempo e na história, portanto, sua plurivocidade permite a adoção de conteúdo semântico diverso ao longo da história. O princípio transforma-se (não aderimos ao termo *evolui* dada sua extremada subjetividade) com os moldes atuais do pensamento jurídico e para sua própria longevidade é preciso por vezes ser repensado e revisado. Segundo COELHO: “Cumprer repensar a separação dos poderes sem perspectiva temporalmente adequada, porque sua sobrevivência, enquanto princípio, dependerá da sua adequação, enquanto prática, às exigências da sociedade aberta dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição”<sup>393</sup>.

Não se pode defender a sacralidade semântica de um princípio – e em especial o da separação dos poderes – tendo o mesmo singrado mais de dois séculos e, no caso brasileiro, também não se concebe que o mesmo tenha passado incólume em seu conteúdo ao longo de sete Constituições, não obstante ainda ter experimentado a filosofia jurídico-política do constitucionalismo liberal, social e por último, democrático de direito. Evidentemente, nem a sociedade e nem as relações sociais se mantiveram idênticas do século XVIII até o século XXI, daí a necessidade de uma releitura do princípio da separação dos poderes à luz do Estado Democrático de Direito<sup>394</sup>.

Um dos sinais de mudança é que o próprio MONTESQUIEU posicionava o Judiciário em um patamar menor ao asseverar: “os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor”<sup>395</sup>.

Esta tese que ora se apresenta, ao analisar o ativismo judicial, vem demonstrar que tudo fora cambiado, pois o tímido poder agiganta-se em seu atuar e promove *de per se* à releitura do vetusto dogma e reposiciona-se.

Entende-se no Estado Democrático de Direito que o juiz não é apenas a boca da lei, inanimado, mas cria norma mediante trabalho hermenêutico de cotejar os

---

<sup>393</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional**. In: MENDES, *et ali*. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.99.

<sup>394</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetividade da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 338 entende que a separação absoluta entre poderes é impossível e indesejada e propõe uma coordenação ou co-participação entre os poderes. Não é outro o entendimento de que os poderes exercem funções típicas e atípicas. Nesse viés, o Poder Executivo de forma atípica legisla por meio das medidas provisórias e o Poder Judiciário legisla por meio das sentenças aditivas.

<sup>395</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondant. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 172.

enunciados lógicos e axiológicos com a intenção de buscar o real – ou mais plausível – significado da lei<sup>396</sup> e que não existe um núcleo essencial à separação dos poderes de forma fixa e imutável.

## **2.5 Separação dos Poderes no Brasil ao longo da história e Poder Judiciário: da autocontenção ao ativismo**

A primeira Constituição brasileira após a independência em 7 de Setembro de 1822 fora outorgada pelo então Imperador Dom Pedro I em 1824. O Poder Judiciário fora então criado e definido em sua hierarquia, estrutura, competências e vinculado à lei. O órgão máximo do Judiciário era o Supremo Tribunal de Justiça. Embora existindo tais previsões e estruturas não se pode defender a independência total do magistrado, pois suas decisões poderiam ser alteradas pelo Poder Moderador ao encargo do Imperador. Segundo SILVEIRA: “revelava-se absolutamente parcial e comprometida com interesses privados, refletindo os ensejos de uma elite local”<sup>397</sup>.

No Império Brasileiro (1824-1889), há clara preponderância do Poder Executivo sobre os demais poderes – haja vista o Poder Moderador – concentrando funções e de certa forma subjugando o Legislativo e o Judiciário.

Com a proclamação da República em 15 de Novembro de 1889, fora inaugurado um novo Estado, agora federativo (contrário à forma de Estado anterior, qual seja, unitário) e sem a presença do poder moderador, libertando o Judiciário do controle direto exercido por aquele revogado poder.

A República brasileira surge sem legitimidade popular, haja vista a instituição do voto censitário o qual conduzia ao poder os indicados pela política coronelista que mediante o voto de cabresto determinavam os membros do Poder Executivo federal e estadual, bem como os parlamentares estaduais e federais (deputados e senadores). Estava criada a política do “café com leite” cujo domínio se apresentava com a alternância de um governo oriundo do Estado-membro Minas Gerais (cuja economia baseava-se na produção de laticínios) e de São Paulo (com produção voltada à cafeicultura).

---

<sup>396</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 291.

<sup>397</sup> SILVEIRA, Daniel Barile. **Patrimonialismo e Burocracia: uma análise do Poder Judiciário na formação do Estado brasileiro**. Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.fd.unb.br/index.php?option=com\\_zoo&task=item&item\\_id=181&Itemid=1469&lang=br](http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=181&Itemid=1469&lang=br).

O Poder Judiciário se fortalece na república e as garantias persistentes até os dias atuais foram reconhecidas, quais sejam a inamovibilidade, a irredutibilidade de subsídios, vitaliciedade e uma autonomia nunca antes experimentada até aquele momento, mas distante da realidade social do povo. Surgiu a Constituição de 1891 sem legitimidade popular, pois apenas homens brancos e proprietários de terras possuidores de certa quantia pecuniária eram alistáveis e elegíveis.

Igualmente para lograr uma cadeira na magistratura era preciso indicação política e o coronelismo ditava as regras e deste modo subjugava o Poder Judiciário que moldava suas decisões para atender aos reclamos daquela oligarquia dominante. Verifica-se com isso um Executivo ainda desproporcionalmente mais forte que os demais poderes<sup>398</sup> que timidamente avançavam em busca de mais autonomia e no equilíbrio entre eles.

Em 1890 fora criado o Supremo Tribunal Federal em substituição do Supremo Tribunal de Justiça e constitucionalizado nos artigos 55 a 59 em 1891. Fora instituído o *habeas corpus* e com ele o respeito e proteção aos direitos fundamentais. De fato o Poder Judiciário, não obstante as dificuldades impostas por uma filosofia política impeditiva de maiores intervenções externas, ao menos de forma embrionária, começava a desenvolver-se com lampejos de autonomia, em irrefutável constatação de crescimento e amadurecimento institucional.

A Constituição de 1934 representou uma viragem paradigmática ao passo que rompe com o antigo modelo de república (república velha) e inaugura a segunda república em meio ao chamado “Estado Novo” capitaneado pelo então Presidente da República Getúlio Vargas. Fora um período efervescente de conquistas e garantias de cidadania sob forte e auspiciosa influência do constitucionalismo social inaugurado pelas Constituições Mexicana (1917) e Alemã (Weimar, 1919). O Estado liberalnãointerventor é substituído pelo Estado Social intervencionista, cria-se a justiça eleitoral, voto feminino, secreto, universal e periódico, além do mandado de segurança.

Pouco tempo depois, Getúlio Vargas promove um golpe de Estado, outorga uma nova Constituição em 1937 e centraliza o poder no Executivo federal desmontando de uma vez por todas o coronelismo e a política dos governadores dos

---

<sup>398</sup> Neste sentido: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetividade da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 336.

Estados-membros. Foi criada a Justiça do Trabalho com o reconhecimento dos direitos sociais. Não obstante, Getúlio instalou a *ditadura constitucional* subjugando os demais poderes.

É *mister* frisar que mesmo as 4 (quatro) Constituições consagrando a separação dos poderes, é factível e verossímil afirmar que não havia harmonia e equilíbrio entre eles, a balança pendia sempre mais forte para o Poder Executivo que praticamente anulou a existência do Legislativo e Judiciário.

Com o fim do “Estado Novo” Getulista, o Brasil passou pelo processo de redemocratização e em 1946 é promulgada uma nova Constituição e a separação dos poderes é disposta no artigo 36. Mais uma vez retrata desarmonia e desequilíbrio entre os poderes, pois fortalece o Legislativo em detrimento do Executivo<sup>399</sup>. O Poder Judiciário, ainda tímido, ao menos recupera espaço perdido no cenário político anterior.

A experiência democrática esvaiu-se com o golpe militar em 1964 e o advento da Constituição de 1967 a qual recrudescer as relações entre os poderes, instituições e conflitos internos resultando no sepultamento do regime democrático e instauração de um Estado ilegítimo e violento perpetrador dos mais diversos vilipêndios aos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana ao descortinar um rosário de desmandos, ilegalidades e manipulações dos poderes Legislativo e Judiciário que tombavam sob seu pesado jugo<sup>400401</sup>.

A Constituição de 1967 previa a separação dos poderes, mas na prática, apenas existia o Poder Executivo com força política imposta sob o medo e a violência e os demais figuravam como meros fantoches, manipulados pelos

---

<sup>399</sup> A favor desta constatação: REALE, Miguel. **Direito Natural/Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 91. Em sentido contrário entendendo que havia uma partilha equânime do poder político entre os poderes Executivo e Legislativo: MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 164.

<sup>400</sup> Segundo BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 367: “Durante a ditadura dos militares o Brasil testemunhou a ação de dois poderes constituintes paralelos: um tutelado, fez sem grande legitimidade a Carta semi-autoritária de 24 de Janeiro de 1967; o outro, derivado da plenitude do poder autoritário e autointitulado poder revolucionário, expediu, à margem da legalidade formalmente imperante, os Atos Institucionais, bem como a Emenda nº1 à Constituição de 1967, ou seja, a ‘Constituição’ da Junta Militar, de 17 de Outubro de 1969.

<sup>401</sup> MORAES FILHO, José Filomeno. **Separação de Poderes no Brasil Pós-88: Princípio Constitucional e Práxis Política**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição: Estudo sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 153 destaca que: “a desordem constitucional pós-64 o desfigurou, proclamando-o muito mais como espécie de homenagem do vício à virtude do que como pedra angular do edifício constitucional, tal a concentração de poderes armazenados no Executivo e o amesquinamento do Legislativo e do Judiciário.



caprichos dos que governavam o país. Mais uma vez verifica-se concentração de poderes no Poder Executivo.

Em tempo, conclui-se que até o momento histórico estudado não verificamos o *cheks and balances*, harmonia e equilíbrio entre os poderes, mas ao contrário, gritantes disparidades. Durante o período do golpe militar diversas leis e atos normativos inconstitucionais foram editadas, houve intervenção militar no Congresso Nacional, alterou-se critérios de eleição para deputados bem como o quórum para aprovação de Emenda Constitucional, prisões arbitrárias foram realizadas, censura de todas as espécies, perseguições políticas, tortura como prática institucional, a manipulação das decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive com o aumento no número de ministros passando de 11 para 16 com o intuito de ocupar estas vagas com pessoas indicadas pelo regime de exceção.

Em uma transição *lenta e gradual* o regime militar deu lugar a mais uma experiência democrática e em 1988 surge a atual Constituição brasileira fruto de intensa presença e participação dos mais diversos segmentos da sociedade que, unidos aos constituintes, lapidaram um texto longo, mas precioso, donde tentava-se criar um modelo de democracia com pretensões de longevidade e que fosse capaz de trazer estabilidade institucional. Não obstante o gigantismo leviatanesco do Poder Executivo no regime precedente, ele continuara fortalecido na redemocratização haja vista a competência na edição de medidas provisórias com força de lei, mas não tão distante de uma mais harmoniosa relação com os demais poderes<sup>402</sup>.

No que tange especificamente ao objeto de análise investigado, constatamos que a atual Constituição brasileira dotou o Poder Judiciário de mecanismos de controle da atuação dos demais poderes como nunca antes experimentado. WERNECK VIANNA<sup>403</sup> defende a tese de que *o constituinte desconfiou do legislador* alargando as competências do Poder Judiciário e conferindo-lhe um protagonismo nunca antes outorgado por outra Constituição ao longo da história.

A Constituição atual trata da autonomia financeira e administrativa do poder judicante, bem como reconhece novas prerrogativas, além de consolidar todas as

---

<sup>402</sup> O Poder Executivo sempre foi acusado de ser contumaz legislador pela constatação fática de abuso no uso das medidas provisórias. Exemplificando, no governo do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso foram editadas, em média, 6 (seis) medidas provisórias por dia, contando com sábados, domingos e feriados. Fato que causava - e ainda causa - desequilíbrio entre os poderes.

<sup>403</sup> VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 41.

anteriores e de erigir definitivamente o STF como guardião da Constituição e órgão que prolata a última palavra em matéria constitucional.

Como asseverado, a Constituição Federal de 1988 promoveu substancial mudança no papel do Poder Judiciário no tocante ao sistema político brasileiro, permitindo um novo arranjo institucional e transformando demandas políticas em questões aptas a serem equacionadas judicialmente; contribui para isto o fato de ser uma Constituição analítica. Os meios de acesso ao Judiciário foram alargados em uma multiplicidade de ações cujos autores alcançam desde o cidadão individualizado, até expressões da sociedade civil organizada, tais como associações, sindicatos e demais pessoas jurídicas. Na verdade, a Constituição atual conjugou de forma inédita no Brasil a democracia política aliada a um controle recíproco entre os poderes e o reconhecimento de um longo rol de direitos fundamentais<sup>404</sup>.

A Constituição garantiu autonomia ao Poder Judiciário, aumentou de forma significativa suas competências, inclusive com um extenso catálogo de ações difusas e abstratas de controle (fiscalização) de constitucionalidade. Promoveu o fortalecimento de importantes instituições como a Defensoria e o Ministério Público, tudo isso contribuiu para a consolidação do acesso das decisões políticas via Poder Judicial, cujos fatores, quando somados, criam um terreno fértil para expansão do Poder Judiciário criando-se um “fórum de contestação de políticas públicas e projetos de governo, uma espécie de segunda instância deliberativa”<sup>405</sup>.

Frise-se que a judicialização da política fora institucionalizada pela própria Constituição Federal de 1988 e incentivada pela multiplicidade de ações que podem ser ajuizadas. Segundo TAYLOR: “em vez de ter tido que conquistar seu poder, os tribunais receberam uma abundância de poderes na Constituição e somente depois tiveram que decidir como melhor os utilizar sem provocar reações dos poderes eleitos”<sup>406</sup>.

A judicialização da política não decorreu de uma criação autônoma do Poder Judiciário. Nas palavras de BARROSO: “A judicialização, que de fato existe, não

---

<sup>404</sup>Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **A judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. ABCP. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: [www.cienciapolitica.org.br/Ernani\\_Carvalho.pdf](http://www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf). Acesso em 20 de Dezembro de 2013.

<sup>405</sup> VERÍSSIMO, Marcos P. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira**. Revista Direito GV, v. 4, p. 407-440, 2008, p. 412.

<sup>406</sup> TAYLOR, Matthew M. **O Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n° 2, p. 229-257, 2007, p. 244.

decorreu de opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte, que se limitou a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”<sup>407</sup>.

Evidentemente, com o alargamento constitucional de sua competência e a multiplicidade de demandas crescentes geometricamente, o Supremo Tribunal Federal modificou sua postura diante de questões políticas de autocontenção para o ativismo proativo materializado em decisões paradigmáticas acerca do mandado de injunção, bem como a prerrogativa de modificar decisões oriundas dos demais poderes. Como paradoxo, o Judiciário não tem controle absoluto sobre a judicialização da política, haja vista não ser este poder o demandante das ações, deste modo haverá mais ou menos este fenômeno na conveniência e decisão dos atores políticos no ajuizamento das ações, notadamente grupos de interesse sem expressão política relevante no sentido de ver suas demandas materializadas em votação majoritária, ou mesmo, com igual conotação, partidos políticos minoritários na impossibilidade de implementar suas bandeiras políticas.

Neste diapasão podemos verificar a judicialização da política como: a) uso de Poder Judiciário para obtenção de demandas minoritárias; b) uso do Poder Judiciário para alcançar regras procedimentais que beneficiem um determinado ator ou um conjunto deles; c) uso do Poder Judiciário como instrumento de governo, no sentido de ser o STF aquele que implementa ou corrobora as políticas públicas de interesse do governo.

Quando o Poder Judiciário, mediante a judicialização da política, aceita e assume o protagonismo nas decisões políticas frente aos poderes majoritários, tem-se o ativismo judicial, mais ainda, quando este protagonismo é assumido pelo STF ele o faz sobre os demais poderes e também sobre os demais juízes e tribunais com forte tendência até de uma supremacia judicial sobre o próprio texto constitucional. Para VIEIRA, o STF seria o “responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias, até pelo reconhecimento doutrinário de temas judicializáveis”<sup>408</sup>.

---

<sup>407</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em Julho de 2013, p. 6.

<sup>408</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 445.

Neste momento, há uma tendência de que tudo no Brasil parece exigir uma última palavra do STF, assim há uma pluralidade de temas que são apreciados os quais perpassam desde a concretização dos direitos fundamentais, como normas sobre representação política, delimitação de atribuições das demais esferas do Estado, questões federativas, econômicas, etc.

Decorrência natural no estudo sobre estes temas é analisar o controle (fiscalização) de constitucionalidade adotado no Brasil donde são contemplados os dois modelos clássicos, quais sejam o nascido em solo europeu (abstrato, em tese, concentrado) desde a EC nº 16/65 e o estadunidense (concreto, casuístico, difuso) desde a Constituição de 1891. Vale ressaltar que o controle da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade das leis “não supõe o ato político do Legislativo ou do Executivo, mas o ato normativo, que tem vida própria e integra-se ao sistema jurídico”<sup>409</sup>.

Entretanto, não obstante o art. 101, I, “k” da Constituição Federal de 1946 determinar no controle concentrado a competência do STF para: “processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual”, somente de propositura do Procurador-Geral da República, a mesma fora substancialmente ampliada com a promulgação da atual Constituição que logo no texto original criou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e ampliou o rol dos legitimados para propor as duas ações, conforme redação do art. 103. A ampliação conducente à judicialização da política fora incrementada com a criação, pela EC nº 3/93 da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), inclusive com a previsão da lei nº 9868/99 e lei nº 9882/99, de manipulação dos efeitos da decisão e efeito vinculante.

Neste cenário, o controle (fiscalização) de constitucionalidade favorece maior interação com os demais atores sociais mediante a previsão de audiências públicas e da presença do *amicus curiae* nos processos do controle concentrado, transformando o STF em mais uma arena de debates políticos.

---

<sup>409</sup> SILVA, Nanci de Melo e. **Da Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 164-165.

A competência e poderio do STF foi ampliada igualmente pela EC nº 45/05 que empreendeu realmente uma reforma do Poder Judiciário. Sob o argumento de diminuir as demandas julgadas pelo STF surgiram as súmulas vinculantes por força do art. 103-A, com a edição de tais súmulas as demais instâncias do Judiciário estariam impedidas de julgar de forma diversa sob pena de reclamação constitucional no STF. Tal medida aumentou significativamente o poder do STF, inclusive com o art. 102, parágrafo 2º, o qual garantiu, no texto constitucional, a vinculatividade das decisões desta Corte Suprema nas ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.

Houve, ademais, ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de recurso extraordinário quando se julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, d), mas, quando o questionamento for a validade de ato de governo local em face de lei federal, a competência repousará no Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, b). Foi criada a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso como requisito para o conhecimento de recurso extraordinário, deste modo, houve a delimitação da competência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais que tenham relevância econômica, social, política ou jurídica, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 102, § 3º).

Entenda-se que o controle de constitucionalidade não supõe o ato político do Legislativo ou do Executivo, mas o ato normativo, que tem vida própria e integra-se ao sistema jurídico<sup>410</sup>.

O STF não é um tribunal constitucional. Esta Corte Suprema, nos moldes dos arts. 102 e 103 da Constituição Federal de 1988, estabelece uma tríplice caracterização jurisdicional tornando-o, ao mesmo tempo, um a) Tribunal Constitucional ao julgar as ações do controle concentrado de constitucionalidade: ADIN, ADIN por omissão, ADC, ADPF, ADIN interventiva; b) Foro Judicial Especializado, pois julga casos onde atua como tribunal de única instância, a saber, quando julga originariamente ações contra deputados federais, senadores, presidente da república e casos de extradição; c) Tribunal Recursal de Última Instância quando atuando como guardião da Constituição julga recurso dirigido contra decisão dos

---

<sup>410</sup> Neste sentido conferir: SILVA, Nanci de Melo e. **Da Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 164-165.

demais tribunais inferiores quando se questiona alguma matéria constitucional como o recurso extraordinário (RE) e agravo de instrumento (AI).

FALCÃO, CERDEIRA E ARGUELHES, em relevante trabalho, analisaram o comportamento do STF entre os anos 1988 a 2009 e verificaram que em 91,69% dos processos o STF atuou como tribunal recursal de última instância, donde a Administração Direta e Indireta figura como os maiores e mais recorrentes litigantes. Em 7,8% o STF atuou como foro judicial especializado e em apenas 0,51% como Tribunal Constitucional<sup>411</sup>.

A relevância destes dados se justifica posto que, agindo apenas quando provocado, é importante analisar: a) quem o provoca, b) quais são as demandas apresentadas e a c) qualidade do discurso decisório se mais político ou mais enquadrado na norma jurídica no intuito de verificar o ativismo e sua caracterização dentre as diversas tipologias. Situação que investigaremos em capítulo próprio desta Tese.

Pelo que fora ventilado, inegavelmente a competência do STF foi aumentada pela atual Constituição, posto que além das garantias e prerrogativas, promoveu aumento nas ações constitucionais para defesa de direitos e fiscalização da constitucionalidade, a saber: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, mandado de injunção, mandado de segurança individual e coletivo, ação popular, *habeas corpus*, *habeas data*, ação por descumprimento de preceito fundamental e ação declaratória de constitucionalidade.

O cidadão é instado pela Constituição para defesa de seus direitos, as minorias parlamentares são estimuladas a buscar outra arena de decisão e estes fatos ampliaram a participação do magistrado na sociedade. Frise-se que este fenômeno chama-se *judicialização*, ou seja, a ampliação da participação do Poder Judiciário nas relações sociais onde antes ele não adentrava.

O Poder Constituinte de forma proposital promoveu uma nova estruturação e rol de competências mais extensas ao Poder Judiciário, pois qualitativamente foram ampliados os objetos sobre os quais recaem o controle judicial e quantitativamente aumentando sua competência para áreas não outorgadas por nenhuma outra Constituição.

---

<sup>411</sup> FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números – o múltiplo supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 38.

A atual Constituição reconhece o Judiciário como um Poder, tentando equilibrar os três poderes para de fato existir o *cheks and balances*, entretanto, ainda é demasiadamente forte o Poder Executivo no Brasil, pois não se pode olvidar que a indicação para ocupar uma vaga de ministro do STF é do Presidente da República e muito embora o indicado deva se submeter à sabatina pelo Senado Federal, jamais um indicado deixou de ser aprovado e empossado.

A Constituição brasileira atual ao trazer novas competências ao Judiciário estimulou a participação mais efetiva deste poder no equacionamento de novas – e múltiplas – demandas, portanto, a *judicialização* era algo previsto e (talvez) objetivado pelo constituinte originário. Ao texto original foram somadas ainda mais competências pelo constituinte derivado que ao promulgar a Emenda Constitucional nº 45/2004 reforçou a legitimidade do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional como um todo, pois com o advento desta emenda foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão fiscalizador das atividades do Poder Judiciário e a criação da súmula vinculante além de estabelecer o princípio da duração razoável do processo para aumentar a celeridade nas decisões judiciais.

Perceba-se que a crença no processo célere e eficaz faz aumentar o número das demandas, mais um fato que contribui com a judicialização.

Igualmente, a criação dos juizados especiais – com ritos processuais mais rápidos e menos burocráticos – cíveis, criminais, federais e da fazenda pública, promoveram aumento no número de processos judiciais o que favorece à judicialização.

Diante de tal esforço na reconstrução de fragmentos da história, o subtítulo mais coerente para este subitem poderia ser: “a desarmonia e desequilíbrio na separação dos poderes na história constitucional brasileira”, haja vista existirem apenas lampejos de *cheks and balances*, mas sem continuidade e controle recíproco efetivo, entretanto, essa *desarmonia* reflete sempre o momento político pelo qual atravessa o país.

Na atualidade o Brasil experimenta seu mais longo período democrático com o fortalecimento das instituições e maior atuação da sociedade civil organizada legitimada para a busca pela concretização dos direitos e da Constituição e o credo em um Judiciário atento e diligente capaz de responder positivamente às suas expectativas.

O momento político atual, somado às novas funções judiciais e a consolidação da democracia tornou fértil o solo da judicialização da política, de modo que nos dias atuais é difícil encontrar problema que não seja solucionado pelo magistrado.

## 2.6 Sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal

Ponto de partida apriorístico é compreender a problemática relação entre justiça e legislação e, neste diapasão, entender se nas decisões judiciais, segundo CANOTILHO, “os tribunais partem da Constituição entendida como um sistema de normas ou como uma ordem de valores”, como por exemplo, “o valor da paz, o valor da liberdade de associação, o valor do ideal europeu, o valor da vida”. Partimos da premissa que o Supremo Tribunal Federal agrega em si tanto a natureza de órgão jurisdicional como também possui conotação política, nos moldes constitucionais, afastando-nos do entendimento de déficit democrático em seu atuar.

Na esteira do pensamento de CANOTILHO:

É que se a ideia da *Wertordnung* é actualmente depreciada como cânone metodológico espúrio, nem por isso a chamada atractividade dos valores (...) deixa de impelir a *jurisdictio* constitucional para o acolhimento razoável de metapreferências em vez de aplicar metodicamente as normas ou princípios jurídico-constitucionais. Este ‘deslizar’ não explicitado da retórica argumentativa dos tribunais constitucionais no sentido de um discurso moral realizador-concretizador de valores pode, segundo alguns, transformar os tribunais em instâncias autoritário-decisórias transportadoras de uma compreensão paternalista e moralizante da jurisdição constitucional<sup>412</sup>.

A jurisdição constitucional também possui legitimidade. Na doutrina de BARROSO: “A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição

---

<sup>412</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva.** In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976.* Coimbra: Coimbra Editora, 1996.



constitucional”<sup>413</sup>. A Constituição, considerada o estatuto jurídico do político, denota que a tarefa de interpretá-la tem indubitavelmente cariz político. Neste diapasão, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel eminentemente político no exercício da jurisdição constitucional.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal não são investidos no cargo mediante voto popular, mas não obstante a ausência de sufrágio universal em sua escolha, não se pode defender a falta de legitimidade democrática deste órgão de cúpula, pois seus ministros são nomeados pelo Presidente da República e aprovados em sabatina no Senado Federal, deste modo, passa pelo crivo de dois poderes de representação popular; ademais, a Constituição o erigiu como garantidor da estabilidade do sistema democrático, tanto ao limitar os demais poderes, como também zelar pelos direitos fundamentais. Logo, a legitimidade de um Poder de Estado não se vincula apenas à ideia da escolha via escrutínio, mas também decorre de outros elementos, como a função democrática na defesa das minorias e a submissão do juiz aos limites previstos no texto constitucional<sup>414</sup>.

CANOTILHO ressalta dois problemas cruciais acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, a saber:

a) a verificação da questão do juízo sobre a “bondade ou maldade constitucional dos actos do poder político – maxime dos actos normativo-legislativos – deve permanecer dentro da esfera do político ou se deve deslocar-se para órgãos fora desse poder, designadamente para órgãos judiciais;

b) “o de averiguar se a dinamização dos processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade deve pertencer só a órgãos ou entidades constitucionais do Estado”<sup>415</sup>.

<sup>413</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

<sup>414</sup> Segundo CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 107: “Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneo, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um Judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante outros centos de poder (não governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas”.

<sup>415</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva**. In: MIRANDA, Jorge. (Org.) **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 872.

Ressaltamos, porém, que a jurisdição constitucional encontra limites democráticos no próprio texto da Constituição o qual não poderá ser desvirtuado com interpretações casuísticas conducentes com as opções políticas de quem ocupa os cargos de poder nem pode ser utilizada como oportunidade de usurpação de competência expressa atribuída a outra esfera de poder<sup>416</sup>.

Os poderes estatais ao lado das funções típicas, exercem funções atípicas, deste modo, nunca houve separação absoluta dos poderes, nem mesmo na concepção da teoria por MONTESQUIEU<sup>417</sup>, como bem observa CANOTILHO<sup>418</sup>.

Em frase de grande relevância histórica, MONTESQUIEU, afirmou que os órgãos estatais deveriam controlar-se reciprocamente (“*Le pouvoir arrête le pouvoir*”). Este autor supracitado contribuiu sobremaneira na construção da teoria da separação dos poderes por ter sido o marco precípua para a evolução deste princípio. Aquele esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro onde cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado: uma de caráter prevalente e as outras duas a título excepcional ou sem caráter subsidiário daquele<sup>419</sup>.

JORGE MIRANDA, com a lucidez que lhe é peculiar, elucida que a legitimidade do Tribunal Constitucional não é maior nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição e se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma

---

<sup>416</sup> Segundo ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: [s.n.], v. 96, p. 189-194, 1977, p. 190: “Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que os elegeram e as elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos. Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional. Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição, e os por ela repelidos. São dotados de condições objetivas de independência, para serem imparciais; quer dizer: para não serem levados a decidir a favor da parte mais forte, num determinado litígio”.

<sup>417</sup> Não é outra a visão de MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Editorial Trotta, p. 231 quando discorre que “en efecto, Montesquieu, siguiendo a Bolingbroke, no insiste tanto en una clara separación entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial, sino en la distribución del poder legislativo, que representa la voluntad general del Estado, entre el rey y las dos cámaras, de manera que la distinción de poderes no coincide con la de los órganos”.

<sup>418</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 115.

<sup>419</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 301.

legitimidade democrática<sup>420</sup>. PAULO BONAVIDES assevera que: “toda a legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica”<sup>421</sup>.

O constitucionalismo liberal exigia uma função meramente técnico-jurídica do Judiciário e o afastava das questões políticas; nesse viés, tal órgão seria limitado a mero aplicador da lei ao caso concreto apresentado de subsunção do fato à norma seja equacionando conflitos entre os indivíduos entre si ou entre esses e o Estado. Discorrendo acerca da nova função do Judiciário, CLÈVE questiona: “se o direito dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica, e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz. Terá, todavia, o juiz consciência disso?”<sup>422</sup>.

CLÈVE discorre que: “o juiz participa, ainda que procure negá-lo, ativamente, do processo de formação e eterna reconstrução da ordem jurídica. Logo, possui vontade; não constitui um autômato, escravo da técnica surrealista e mentirosa do silogismo”<sup>423</sup>.

Ademais quando o magistrado decide exercitar um poder que é tão político quanto aquele exercido pelo legislador ou pelo administrador da *res pública*<sup>424</sup>.

O diferencial desta atuação política repousa no fato que o juiz está adstrito ao que dispõe a Constituição e as leis não tendo competência para alterar seu texto, mas apenas para criar norma jurídica (por meio da decisão) fundamentada nos textos legais e sem o condão de desvirtuá-la.

Ao legislador é dada uma competência mais ampliada no que concerne às decisões políticas, uma vez que há possibilidade de alteração e mesmo revogação do próprio texto da lei e da Constituição respeitados apenas os limites impostos pelo constituinte originário. Em outras palavras, o atuar político do juiz é possível nos

<sup>420</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 533.

<sup>421</sup> BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil**. In: Revista de Direito Constitucional. São Paulo: USP, nº 51, maio/agosto, 2004, p. 131.

<sup>422</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Judiciário: autonomia e justiça**. In: Revista de Informação Legislativa nº117, Brasília, jan./mar. 1993, p. 304.

<sup>423</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Judiciário: autonomia e justiça**. In: Revista de Informação Legislativa nº117, Brasília, jan./mar. 1993, p. 301.

<sup>424</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais**. In: Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 1, nº 3, abr/jun. de 1993, p. 244. Segundo SILVA, Nanci de Melo e. **Da Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 160: “A diferença entre o legislador, principal criador de direito objetivo em nosso sistema, e o juiz, é, na verdade, mais de grau que de natureza. O legislador atua mais livremente; o juiz, mais limitadamente. Porém, ambos estão contidos pela Constituição de onde qualquer órgão estatal retira sua força e sua autoridade. Esse o papel político do juiz quando interpreta uma norma ou mesmo um ato administrativo à luz da Constituição e das leis”.

limites impostos pela Constituição e apresenta-se em grau bem menor que aquele reservado ao legislador. Portanto, não deve causar estranheza o atuar político do juiz quando adstrito à Constituição, merecendo cuidado quando ultrapassa esse limite.

Para CAPPELLETTI o que é “essencialmente democrático” é o sistema de governo mediante o qual o povo tem o “sentimento de participação”, embora este sentimento possa ser com facilidade desvirtuado por legisladores e aparelhos burocráticos distantes e inacessíveis, enquanto, pelo contrário:

Constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública<sup>425</sup>.

Não obstante tudo que fora ventilado, percebe-se que no Brasil, embora não se discuta a legitimidade apriorística dos poderes Executivo e Legislativo, na realidade há um afastamento desta legitimidade pela prática de cada um deles, haja vista o gigantismo do Executivo sobre o Legislativo e da pífia consonância dos parlamentares e a sociedade civil. Pela falta de diálogo e interação na oitiva dos reclamos populares, gera-se a impressão que o resgate da cidadania e das “antigas promessas” expressas na Constituição deve acontecer no âmbito do Poder Judiciário cujo rol de atribuições integra a impugnação de leis, dos atos administrativos, omissões dos demais poderes e concretização dos direitos fundamentais sem o comprometimento de agradar a maioria, ou seja, em respeito às minorias. Este é um resumo do cenário profícuo e auspicioso de expansão do poder judicial no Brasil.

## **2.7 Legitimidade do Supremo Tribunal Federal no equacionamento de questões políticas promotoras de direitos fundamentais**

Deste o surgimento da primeira Constituição brasileira em 1824, há indicação política na composição da Corte Suprema no Brasil, desta forma, pode-se argumentar positivamente acerca da legitimidade de suas decisões, arrimadas, inclusive no cariz democrático nos moldes constitucionais (de defesa das minorias) em detrimento da vontade da majoritária eventual em determinado momento histórico.

---

<sup>425</sup>CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 100.

Na Constituição Imperial de 1824, o art. 102, III assim determinava: “O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principais<sup>426</sup> atribuições: III. Nomear Magistrados”.

O Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890: “Art. 47. Compete privativamente ao Presidente da República: 11. Nomear os magistrados federaes; 12. Nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os ministros diplomaticos, mediante aprovação do Senado; podendo, na ausência do Congresso, designal-os em comissão até que o Senado se pronuncie”.

A Constituição Republicana de 1891 manteve o texto, nestes termos: “Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: 11) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal; 12) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. Na ausência do Congresso, designá-los-á em comissão até que o Senado se pronuncie”<sup>427</sup>.

A Constituição Federal de 1934 manteve a nomeação política para os membros do Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

Art 74 - Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade.

Mas trouxe uma proibição expressa ao asseverar que: “Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Neste momento cabe um esclarecimento. A proibição ao Judiciário era a de conhecer de questões que não tivessem sido postas sob a forma de ação ajuizada, ou por não serem suscetíveis de se proporem como tais, ou porque não as enunciou como tais o autor, ou, na reconvenção, o réu<sup>428</sup>.

<sup>426</sup> Transcrito na língua portuguesa original da época.

<sup>427</sup> Vale ressaltar a Lei Federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, determinava: Art. 13, §10 “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4320/por-uma-perspectiva-constitucionalmente-adequada-dajurisducao-e-do-processo-constitucional-em-um-paradigma-democratico-de-direito/3>>. Acessado em Novembro de 2013.

<sup>428</sup>Cf: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 148.

A Constituição Federal de 1937 assim determinava:

Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Art 98 - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, não devendo ter menos de trinta e cinco, nem mais de cinquenta e oito anos de idade.

Na Constituição Federal de 1946:

Art 99 - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros (art. 129, nº s I e II), maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

A Constituição Federal de 1967, fruto de golpe militar, assim estabelecia a nomeação para os Ministros do STF:

Art. 113 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de 11 (onze) Ministros. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

§ 1º - Os Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

Na Atual Constituição brasileira, qual seja a promulgada em 05 de Outubro de 1988, a nomeação política dos Ministros do STF continuou nos seguintes termos:

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.

Não são poucos os óbices apontados pela doutrina a uma atuação mais criativa no sentido do Judiciário equacionar questões de natureza política, mesmo quando

promotora dos direitos fundamentais, questionando sua legitimidade em adentrar nesta discussão, dentre os quais destacamos<sup>429</sup>:

- a) O princípio da separação dos poderes como limite funcional;
- b) Positivação genérica e abstrata, em regra, dos direitos sociais e heterogeneidade desses direitos;
- c) Necessidade de coadunar a concretização dos direitos sociais com opções políticas que considerem as possibilidades econômico-financeiras do Estado, posto que a simples decisão judicial não teria exequibilidade na ausência de meios materiais, fato que conduziria a um comando judicial vazio;
- d) Ausência de plena eficácia das normas programáticas;
- e) Inexistência de controle judicial sobre a discricionariedade administrativa;
- f) Ausência de aparelhamento técnico-operacional; g) Ausência de legitimidade do judiciário;
- h) Inadequação das ações judiciais clássicas para tutela dos direitos sociais;
- i) Falta de tradição do Poder Judiciário em matéria de direitos sociais;
- j) O caso concreto julgado ser momento pouco apropriado para discutir medidas de alcance geral;
- l) O princípio da progressividade.

Apresenta-se como necessário enfrentar o argumento de impossibilidade de atuação judicial em invalidar decisões qualificadas como políticas, além do ato administrativo estar embasado em conhecimento ou perícia técnica próprios da

---

<sup>429</sup> Embora existam ferrenhos defensores como CAPPELLETTI, Mauro. *Apuntes para una fenomenologia de la justicia em el siglo XX*. In: Revista de Processo, São Paulo: RT. CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel dirittocomparato*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1968 ao demonstrar o novo papel dos juízes discorrendo que os mesmos devem: “*hacer observar normas y derechos constitucionales vagamente formulados y que a menudo requieren la intervención activa del Estado*”, discorre ainda que resta ao judiciário duas alternativas: ou mantém aquela clássica e típica concepção oriunda do séc. XIX ou assume seu novo papel e “*eleva-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador*”.

Administração e estranhos ao Judiciário, portanto, o processo judicial não seria o *locus* adequado para discussão destas temáticas.

PAULO BONAVIDES afirma que: “cumprida toda uma trajetória de avanços sociais das Constituições já não se reclamam direitos, mas garantias”<sup>430</sup>. Acerca do tema LUCIANO OLIVEIRA observa: “se os direitos civis e políticos podem ser assim considerados porque podemos recorrer ao Judiciário caso eles sejam desrespeitados, manda pelo menos a coerência que nos indaguemos a respeito da possibilidade de utilização do mesmo Judiciário para a defesa dos direitos sociais e econômicos”<sup>431</sup>.

Não há uma definição absoluta ou essencial acerca do caráter “político” ou “técnico” de uma questão, o que constitui uma fronteira indeterminável entre tais questões e aquelas “jurídicas”, embora nosso entendimento repousa no argumento que quanto maior for a margem de decisão do legislador ou administrador em promover políticas públicas, menor será a possibilidade de atuação judicial haja vista o órgão judicante não poder substituir as demais funções do poder em suas típicas competências.

Considerando o óbice de natureza técnico-operacional, não há como olvidar que os poderes Executivo e Legislativo encontram-se melhor aparelhados de órgãos técnicos com maior capacidade de assessorá-los quando da solução de problemas complexos, especialmente no tocante às implicações macropolíticas que afetam vários campos de ação do poder público e da tomada de decisões de grande impacto político. Há maior previsibilidade das conseqüências de suas decisões. O poder Judiciário não dispõe de iguais subsídios, pois quando analisa o caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença; desta forma, quando da análise dos problemas de maior complexidade – concretização dos direitos sociais prestacionais e consequente adoção de determinadas políticas públicas – os órgãos políticos (Legislativo e Executivo) teriam mais condições de apreciação.

No Brasil está cada vez mais presente a “corrente substancialista” que parte da premissa que: “a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira”<sup>432</sup>.

---

<sup>430</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 382.

<sup>431</sup> OLIVEIRA, Luciano. **Os direitos sociais e econômicos como direitos humanos: problemas de efetivação**. In: LYRA, Rubens Pinto (org.) *Direitos Humanos: os desafios do Século XXI – uma abordagem interdisciplinar*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 161-162.

<sup>432</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais**. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e*



LÊNIO STRECK explica que: “Quando clamo por um intervencionismo substancialista, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais”<sup>433</sup>.

Interessante é a doutrina de ANDREAS KRELL ao afirmar que:

Onde o processo político (Legislativo e Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao poder judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção de prestações dos serviços sociais básicos<sup>434</sup>.

Ainda na doutrina de ANDREAS KRELL, este autor, sob influência de CAPPELLETTI, sugere uma “mescla do nosso sistema legalista (brasileiro) com ingredientes do juízo discricionário da equidade, para transformar o terceiro poder em grande instrumento de evolução frente às disposições constitucionais programáticas”<sup>435</sup>.

Entendemos que a atuação judicial não deve ser mitigada nem afastada do debate acerca da criação de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais, muito menos de se abster em equacionar questões políticas promotoras de direitos fundamentais, mas não se deve, entretanto, permitir uma inversão de competências entre as funções do poder; em sede de direitos sociais, por exemplo, o Judiciário deve assumir papel secundário e subsidiário que deverá manifestar-se – com a devida prudência – quando a inércia do Legislativo e Executivo puser em risco a dignidade da pessoa humana.

GOUVÊA cita o argumento clássico de HAMILTON, segundo o qual “o magistrado, ao controlar a atuação dos demais poderes, está fazendo com que prevaleça não a sua vontade pessoal, mas sim a vontade do povo corporificada na

---

Comparado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 203. Sustentam esta corrente CAPPELLETTI, ACKERMAN, EROS GRAU, BONAVIDES, COMPARATO.

<sup>433</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais**. In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 203.

<sup>434</sup> KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos**. In: Anuário dos cursos de pós-graduação em direito n° 10 – Recife: Universidade Federal de Pernambuco / CCJ/ João Maurício Adeodato (Coord.), Recife: editora universitária da UFPE, 2000, p. 56.

<sup>435</sup> KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos**. In: Anuário dos cursos de pós-graduação em direito n° 10 – Recife: Universidade Federal de Pernambuco / CCJ/ João Maurício Adeodato (Coord.), Recife: editora universitária da UFPE, 2000, p. 57.

Constituição”<sup>436</sup>; logo, a alegação de ordem político-funcional no qual cada Poder possui esfera específica de atuação que deve ser seguida rigidamente para um melhor rendimento, afastando o Judiciário de prerrogativas políticas, aliada a afirmativa de que o Judiciário não possui aparato técnico para equacionar questões policêntricas que envolvem atuação macropolítica não deve subsistir aprioristicamente haja vista serem problemáticas aventadas com o escopo de subjugar a atuação judicial; verifica-se o problema da inexistência de função única e rígida entre os poderes e no caso do aparato técnico não há da mesma forma problema haja vista o Judiciário poder recorrer ao auxílio de *experts* (peritos), esses velhos conhecidos da prática forense sempre que falta ao julgador conhecimento técnico específico em determinada área para solucionar a controvérsia e concretizar os direitos, entretanto, como observa CANOTILHO: “o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional”<sup>437</sup>.

Por fim, conforme ventilado, há argumentos defendendo que decisões políticas devem ser prolatadas pelos órgãos eleitos diretamente pelo voto popular como os poderes Legislativo e Executivo, pois seriam os representantes diretos do povo em oposição ao Judiciário que não dispõe dessa legitimidade.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência constitucional, na Alemanha, não recusam uma atitude política do judiciário, desde que desenvolvida dentro de certos limites<sup>438</sup>.

O Judiciário, em suas decisões, não estará livre para decidir sem nenhum parâmetro legal, mas deve ser orientado pelos princípios fundamentais e pelos valores contidos na Constituição. CLÈVE orienta que “Justiça e racionalidade; aqui se encontram os fatores legitimadores da atuação jurisdicional do Estado democrático de

---

<sup>436</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21-22.

<sup>437</sup> In: **Canotilho e a Constituição dirigente**. (org.) Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

<sup>438</sup> Nesse sentido, Andreas Krell citando Roman Herzog quando este defende que o juiz estaria envolvido no processo da política social e obrigado a “tomar partido”, bem como a doutrina de Jutta Limbach que, repudiando a ideia do juiz político-partidário, defendeu o juiz político, representante do seu Estado. KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 95.

direito”<sup>439</sup>, mais adiante explicita que “a justiça da decisão judicial é a justiça deduzida de um texto constitucional que procura privilegiar a dignidade de pessoa humana”<sup>440</sup>.

Ademais, tal limitação que é imposta pela doutrina à atuação judicial no desiderato do equacionamento de questões políticas promotoras de direitos fundamentais de falta de legitimidade do órgão judicante, condição essencial para tomada de decisões de natureza política é refutado nos casos de eleição dos juízes pelo voto popular ou mesmo quando tais juízes forem indicados pelo executivo eleito, donde de modo inequívoco são chamados à tomada de decisões políticas<sup>441</sup>.

BARACHO contribui com nossa explanação ao afirmar que a legitimidade dos juízes embora não encontre guarida em origem popular pelo caráter representativo, pode ser expressa nas decisões por ele prolatadas sempre que forem amparadas nas aspirações do povo em consonância com o ordenamento jurídico, bem como encontra sua legitimidade “em conformidade com as espécies de recrutamento de seus componentes, isto é, na maneira como são chamados a exercer a própria função”<sup>442</sup>.

Neste sentido firmamos o entendimento que em pelo menos duas hipóteses o Judiciário deverá, além de invalidar a norma ou o ato administrativo, também determinar o substitutivo dos mesmos, quais sejam: a) Existência de apenas uma solução possível, nos casos de “discricionariedade reduzida a zero”; b) Se a tutela jurisdicional substituindo a norma ou ato impugnado for de extrema urgência sob pena de perecimento do direito<sup>443</sup>.

---

<sup>439</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Judiciário: autonomia e justiça**. In: Revista de Informação Legislativa nº117, Brasília, jan/mar. 1993, p. 300.

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>441</sup> Embora entendamos que a legitimidade obtida por meio do voto constitui apenas um dos pontos de partida para aferi-la, ademais, um dado representante do povo pode ter legitimidade no início do mandato e, com seus atos, perdê-la pelo fato de adotar medidas em desconformidade com os anseios populares e com os princípios constitucionais. Logo, sustentamos a tese que o Judiciário, mesmo sem seus membros serem eleitos pelo povo, pode ter seus atos plenos de legitimidade, sempre que traduzir e efetivar os princípios constitucionais, notadamente no que pertine a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, quando o mínimo necessário à dignidade da pessoa humana estiver sendo vilipendiado, olvidado ou preterido. No mesmo sentido que defendemos conferir CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Judiciário: autonomia e justiça**. In: Revista de Informação Legislativa nº117, Brasília, janeiro-março 1993, p. 299.

<sup>442</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A plenitude da cidadania (teoria geral da cidadania) e as garantias constitucionais e processuais**. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Costa Rica, 1996, p. 435.

<sup>443</sup> CORREIA, Sérvulo. **Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses**. In Estudos em Homenagem ao

Caso haja omissão legislativa inconstitucional acerca dos direitos fundamentais e tal omissão causar prejuízos e danos ao mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana, o Judiciário deve colmatar a lacuna e, diretamente, determinar o fim da patente inconstitucionalidade, garantindo a efetividade destes direitos<sup>444</sup>.

Em relação à legitimidade do STF, existe em favor desta Corte Suprema uma legitimidade intrínseca no texto constitucional que o autoriza a equacionar questões políticas envolvendo direitos fundamentais, haja vista ser o mesmo o garantidor da máxima efetividade destes direitos, quando se atua conforme o determinado na Constituição há o cumprimento do papel político nela expresso<sup>445</sup>. A implementação dos direitos fundamentais deve ser um objetivo primordial dos poderes políticos. HERMANN HELLER entende que: “implica uma compreensão radical e perigosa do Estado de Direito Constitucional considerar a divisão de poderes e os direitos fundamentais como duas instituições independentes uma da outra”<sup>446</sup>.

Evidentemente quando se evoca uma legitimidade intrínseca não se fala em representatividade da soberania popular expressa pelo voto, pois a efetivação dos direitos fundamentais não devem estar adstritos a vontade da maioria, mas também à garantia das minorias, portanto, tal legitimidade se observa pela intangibilidade dos direitos fundamentais que traz consigo uma democracia substancial<sup>447</sup>.

---

Professor Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa (Edição da FDUL): Coimbra Editora, 2004, p. 970.

<sup>444</sup> No Brasil foi travada uma intensa discussão política na sociedade acerca da situação dos portadores do vírus da SIDA. Houve paradigmática decisão que no caso concreto obrigou o Estado a custear todo o tratamento para portador do vírus da SIDA – mesmo sendo de custo elevado – pois não existia política pública nesse sentido (omissão administrativa), nem lei que garantisse esse direito (omissão legislativa infraconstitucional), entretanto, o Judiciário de forma acertada, fundamentou diretamente do texto constitucional sua decisão para garantir o tratamento ao autor da ação e que foi confirmado nas instâncias superiores. Houve, após essa decisão, uma verdadeira “enxurrada” de ações e, pela reiterada procedência das mesmas, nos dias atuais todo e qualquer indivíduo portador do vírus da SIDA tem o tratamento custeado pelo Estado. Caso o Judiciário fosse afastado *a priori* de enfrentar a questão, o índice de óbitos pela SIDA seria bem mais acentuado e o direito à saúde (e conseqüentemente vida) seria letra morta e a Constituição transformar-se-ia em um grande cemitério jurídico, ou melhor, no inferno, sempre repleto de “boas intenções”.

<sup>445</sup> RUIZ, Marian Ahumada. *Hay alternativas a la judicial review?* In: GÓMEZ, Juan Veja; SOSA, Edgar Corzo (orgs.). Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memorial del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 23.

<sup>446</sup> HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 292.

<sup>447</sup> Neste sentido, PELICOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**. São Paulo: LTR, 2008, p. 178 leciona que: “A defesa dos direitos fundamentais é fator que determina a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, devendo este atuar não só como garante da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, mas como legislador positivo, nos limites impostos pela Constituição, sob pena de que a efetividade da ordem constitucional, no que tange aos direitos fundamentais, se transforme em ‘folha morta que a corrente transporta’”.

Tal legitimidade deve estar cingida estritamente aos ditames constitucionais, sem converter o STF em um segundo poder constituinte originário, como defende PAULO BONAVIDES e ANGELA PELICIOLI<sup>448</sup>, nem mesmo exercendo a função de legislador positivo, como defende SILVA: “Como poder político, também deve atender às necessidades da sociedade pela interpretação da Constituição e sua aplicação no exame do caso concreto. Então estará atuando como legislador positivo, atuação inerente à sua função jurisdicional, condizente com sua função precípua de um dos Poderes políticos da nação”<sup>449</sup>.

Por estes exageros doutrinários, urge verificar os limites e possibilidades na decidibilidade de casos que envolvam questões políticas mesmo aquelas decorrentes de respeito aos direitos fundamentais, antes que o STF torne-se de fato um superpoder e arvore para si um alargamento ainda maior do que o constitucionalmente determinado.

---

<sup>448</sup>Cf: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006. PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**. São Paulo: LTR, 2008

<sup>449</sup> SILVA, Nanci de Melo e. **Da Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 174.

### **Capítulo 3 Possíveis fundamentos da viragem paradigmática da autolimitação ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro**

#### **3.1 Legitimidade do Supremo Tribunal Federal brasileiro no equacionamento de questões de política “pura” ou “mega-política”**

Historicamente, no Brasil, o controle judicial preocupava-se com as questões jurídicas, mesmo que sua decisão tivesse um grau maior ou menor de politicidade, pois esta carga política exarada na decisão estava adstrita aos limites de atuação do Judiciário intransponíveis do texto normativo e, as questões puramente políticas, prospectivas e de escolha baseada em conveniência e oportunidade traçando linhas de ação política, políticas públicas generalistas, escolhas de gastos públicos, investimentos, reforma tributária, fiscal, política e assemelhados, eram assuntos impenetráveis que dispensavam o atuar judicial o qual seria imprescindível apenas para verificar a constitucionalidade – adstrito ao texto constitucional e sem recorrer à criação de uma interpretação holística e questionável baseada em princípios – das medidas.

Não é outra a conclusão de SOUZA JÚNIOR ao asseverar:

Afora as possíveis (desejáveis ou não) repercussões políticas de qualquer deliberação judicial, a apresentação ao Judiciário de uma questão exclusivamente política, sob qualquer forma, acaba retirando-lhe a ‘pureza’ política, por mais óbvia que seja a imunidade jurisdicional de que desfrute a questão em si, convertendo-a em uma questão política judicializada<sup>450</sup>.

Como visto no capítulo anterior, a legitimidade do Judiciário no adentramento relativo às políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais já não causa mais estranheza, ao contrário, encontra na doutrina atual, vozes que além de incentivar e aplaudir tais medidas, ainda tentam teorizar acerca da constitucionalidade e conseqüente legitimidade do órgão judicante nesta seara.

Questão diversa é saber se as demandas envolvendo “política pura” ou “megapolítica” também podem ser sindicáveis ou não e se uma possível intromissão

---

<sup>450</sup> SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. São Paulo: Síntese, 2008, p. 66.

judicial seria possível e em que medida. Mais uma vez é um problema de entender limites<sup>451</sup>.

O temor de parte relevante da doutrina é que o Judiciário promova a técnica de integração do direito a qual consiste em manipular um texto de lei com a intenção de encontrar normas não expressas (na Itália, isto é denominado superinterpretação), agindo deste modo, não há nada no direito que pudesse fugir ao controle da Constituição, pois a decisão do legislador é de uma forma ou outra regida por ela.

Assim, não se vislumbra espaço para qualquer discricionariedade legislativa, não se observa questão de legitimidade constitucional da qual se possa afirmar ser somente uma *political question*, ou seja, uma questão puramente política, estranho ao conhecimento Judicial da legitimidade constitucional da lei<sup>452</sup>. Frise-se que a interferência judicial pode causar problemas de governança e aumento das despesas muitas vezes não previstas no orçamento ou no planejamento das ações administrativas<sup>453</sup>.

Partimos da premissa que as questões de “política pura”, uma vez definidas e bem delineadas, são limites materiais à jurisdição constitucional<sup>454</sup>.

É preciso, entretanto, conceituar o que se entende por “política pura” ou “megapolítica” e se é possível transformar, no caso concreto apresentado, uma questão política em questão judicial<sup>455</sup>, como preleciona REPETTO ao afirmar que a atividade do Órgão controlador vai tornando precisa pouco a pouco a esfera de atuação que compete ao Legislativo<sup>456</sup>.

---

<sup>451</sup> ESTEVES, Maria Assunção. **Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário**, in: Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional (1993: Lisboa). Legitimidade legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

<sup>452</sup> GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2001, p. 158.

<sup>453</sup> Não se questiona a importância da jurisdição constitucional, mas apenas a definição de seus limites. MALFATTI, Elena. *Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2007, pp. 297-298: “*La giustizia costituzionale è oggi ritenuta, quasi unanimemente, come un elemento essenziale delle democrazie contemporanee e come un valore connotato allo stato costituzionale, in quanto fondato sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla sottoposizione della sfera politica a canoni costituzionali garantiti dalla presenza di un controllo di tipo giurisdizionale. In tal senso si è parlato della giustizia costituzionale come di un ‘valore costituzionale comune’ e come un correttivo della forma di governo parlamentare*”.

<sup>454</sup> Corroborar esta posição: LLORENTE, Francisco. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid: McGraw, 1998, p. 113-114.

<sup>455</sup> BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, São Paulo: Saraiva, 1933, v. 4, p. 41.

<sup>456</sup> REPETTO, Raul. *Control de constitucionalidad de la ley*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 88.

Não se olvida que todo exercício do poder é político e jurídico concomitantemente (mesmo em graus diferentes), desta forma os atos de poder têm caráter jurídico-político<sup>457</sup>, assim, a competência jurisdicional para o controle é expresso diretamente pela Constituição, a qual não permitiria a retração judicial em velar pela sua observância, ao contrário, ensejaria a proatividade judicial, sem prejuízo de eventuais conflitos com os demais poderes<sup>458</sup>. Caso a “política pura” vise lesar ou ameaçar de lesão direito, não se pode afastar, no direito brasileiro, a apreciação do Poder Judiciário. Tais argumentos põem em relevo, entretanto, a seguinte problemática: as questões de “política pura” existem realmente? Caso existam, são sindicáveis à luz da Constituição?<sup>459</sup>

Partimos da premissa que não se pode substituir solução política utilizando-se resposta jurídica, posto que, embora aparentemente semelhantes, guardam diferenças abissais entre si. O direito consegue fornecer soluções jurídicas no campo da política, economia, religião, etc, mas está impossibilitado, enquanto sistema, de dar resposta religiosa para solucionar problemas religiosos ou de dar solução política para problemas políticos, pois ao direito é estranho a utilização de “meios essencialmente políticos: a negociação, a composição de interesses, a conciliação, etc”<sup>460</sup>.

Na lição de MARCELO NEVES há uma circularidade que se operacionaliza mediante controle e limitações mútuas entre a política e o direito com prestações recíprocas entre eles, deste modo, “como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas normativas no sistema jurídico”<sup>461</sup>.

---

<sup>457</sup> VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**, vol. I, Brasília: IBET, 2003, p. 388.

<sup>458</sup> HESSE, Konrad. *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, **Heidelberg: Ausgewählte Schriften**, 1984, pp. 311 e segs, *apud* MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. p. 195.

<sup>459</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 130 pergunta: “ora, o que é Poder político? A resposta não é fácil. Todavia podemos tentar responder que é a faculdade exercida por um povo de autoridade própria (não recebida de outro poder) instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispendo dos necessários meios de coação”.

<sup>460</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 214.

<sup>461</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 92.



A Constituição baliza a atividade política e jurídica, entretanto, observa-se uma nova postura interpretativa do Supremo Tribunal Federal que em manobras hermenêuticas arvora-se no sentido de tornar possível corrigir, modificar, criar direito onde não se encontra determinação legal e, mais grave, criar normas constitucionais pela via da decisão judicial. Há o afastamento da conveniência e oportunidade legislativa quando o Judiciário prolata decisões políticas em temas políticos.

CAMPILONGO discorre que:

No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política (...) ocorre que os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares a esse sistema. Enquanto a política opera num quadro de complexidade elevada e indeterminada, o direito atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos. Só quando o direito procura limitar a política e a política determinar o direito a 'politização da justiça' e a 'judicialização da política' tornam-se problemas relevantes<sup>462</sup>.

Tentando trazer novas luzes a um tema tão controverso, posto encontrar-se no limite demarcatório entre o sistema jurídico e o sistema político, entende-se que a seara política seria determinante e o jurídico seria determinado. A discussão e solução no sistema político é diferente daquele ocorrido no sistema jurídico.

O código lícito/ilícito<sup>463</sup> ou direito/não-direito pertence ao sistema jurídico, já a política apóia-se no binômio maioria/minoria ou poder/não-poder. Interessante é perceber que a Constituição encontra-se na fronteira do direito com a política, posto que ela sintetiza, para a política, as conquistas históricas de um povo e pauta constante de discussão e criação com base em seu texto e para além de seu texto; para o direito, a Constituição significa o ápice hierárquico da pirâmide normativa, base legal para quaisquer decisões judiciais as quais estão adstritas ao seu texto, sem a possibilidade de criação normativa pela via decisória para além de seu texto.

Tal fato é compreensível, pois a criação das leis, por exemplo, decorreu das discussões comunicativas oriundas do sistema político e caberia ao sistema jurídico

---

<sup>462</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 25.

<sup>463</sup> Alguns autores preferem caracterizar o subsistema jurídico pelo binômio direito/não-direito e para o subsistema político o binômio poder/não-poder ou governo/não-governo, entretanto, utilizaremos o binômio lícito/ilícito e maioria/minoria para caracterizar os subsistemas jurídico e político respectivamente.

garantir a manutenção das expectativas normativas com base em valores já previamente selecionados<sup>464</sup>.

Para a teoria dos sistemas de LUHMANN, o sistema desenvolve códigos que lhe são próprios a fim de que possam ter condições de desenvolverem suas funções na sociedade<sup>465</sup>, desta forma é possível compreender como a sociedade funciona. Considerando a complexidade do ambiente, a qual é plúrima e extensa, ÁLVAREZ discorre que: “Um sistema surge em um processo de redução de complexidade. É menos complexo que seu entorno e seus limites não são físicos, mas de sentido”<sup>466</sup>, apresenta-se como um conjunto de elementos que se relacionam entre si e obtém unidade pelas suas interações e suas propriedades são distintas da simples soma de seus elementos. Isto chama-se autoreferência e que denota o fechamento operacional do sistema, ou seja, a “capacidade de estabelecer as relações entre si ao mesmo tempo em que diferenciam essas relações das relações mantidas com seu ambiente”<sup>467</sup>. O próprio LUHMANN esclarece que: “o sistema produz operações próprias antecipando e recorrendo à operações próprias e, desta maneira, determina aquilo que pertence ao sistema e aquilo que pertence ao entorno”<sup>468</sup>, por “entorno” entendemos “ambiente”.

Os sistemas, fechados operacionalmente, são constantemente “irritados”<sup>469</sup> pelo ambiente e, conforme seu código binário irá interpretar o elemento comunicativo externo conforme as possibilidades de sentido comunicativo que ocorre em seu interior, portanto, o sistema jurídico quando “irritado” pelo ambiente (sociedade complexa e multi-sistêmica) deve buscar elementos comunicativos em seu interior e recorrer ao código lícito-ilícito (fechamento operacional) para responder juridicamente àquela provocação, pois é ele (código) que permite as operações dentro do sistema e identifica o que lhe é próprio daquilo que ultrapassa seus limites.

---

<sup>464</sup> Cf: CAMPILONGO, Celso. **Governo representativo “versus” governo dos juízes: A autopoiese dos sistemas político e jurídico**. Belém: UFPA, 2008.

<sup>465</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Javier Torres Nafarrate (Trad.). México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 490.

<sup>466</sup> ÁLVAREZ, Emilio Geraldo Arringa. *La teoría de Niklas Luhmann*. In: Convergência. México. Maio – Agosto, 2003, p. 281.

<sup>467</sup> CHAI, Cássius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 50.

<sup>468</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Javier Torres Nafarrate (Trad.). México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 100.

<sup>469</sup> A palavra “irritação” é utilizada no sentido de capacidade de reação em face de situações geradas por fatores externos, ou quando um sistema provoca comunicativamente outro sistema. Nos limites desta investigação, seria como a política, mediante a criação normativa, provoca constantemente o direito.

O sistema jurídico denota sua autopoiese na medida em que produzindo suas operações específicas faz referência às suas próprias operações, desta forma é em seu interior que ocorre a variação de seu sistema. Entretanto, os sistemas devem naturalmente adaptarem-se ao ambiente sob pena de não subsistirem, desta forma surge a ideia de acoplamento estrutural para permitir a interação entre sistema e ambiente e, embora o sistema seja sempre “irritado” pelo ambiente, não é destruído por ele, pois seu código binário mantém-se sem ser descaracterizado pelo ambiente.

Considerando se tratar de dois sistemas distintos, com forma de comunicação funcionalmente diferenciada, mas fronteiriças, GIANCARLO CORSI entende que a Constituição tenta resolver as problemáticas oriundas da diferenciação entre direito e política ao enfrentar a questão da positivação do direito, qual seja sua autodeterminação, e a questão da soberania popular<sup>470</sup>.

O sistema jurídico objetiva a estabilização das expectativas comportamentais no meio social<sup>471</sup>, para este desiderato comunica-se através de seu código lícito/ilícito, mas não queda-se alheio ao sistema político, antes realiza com ele um acoplamento estrutural, qual seja a Constituição.

A Constituição seria o acoplamento estrutural<sup>472</sup> (*strukturelle kopplung*) entre os sistemas jurídico e político, pois propicia a interpenetração entre eles promovendo solução jurídica em relação ao sistema político ao passo que permite igualmente solução política em relação ao sistema jurídico<sup>473</sup>. Tais assertivas, antes de expurgarem qualquer

<sup>470</sup> CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição**. Juliana Neuenschwander Magalhães (Trad.). In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. n° 35, jan.-jun/2001, Belo Horizonte, p. 173.

<sup>471</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Javier Torres Nafarrate (Trad.). México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 187 entende que a função do direito é o de: “preparar-se, pelo menos no nível das expectativas, diante de um futuro incerto – genuinamente incerto, Por isso com as normas variam à medida em que a sociedade produz um futuro acompanhado de insegurança”.

<sup>472</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Javier Nafarrate Torres (Trad.). México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 51 entende que “os acoplamentos estruturais apenas funcionam com um efeito de inclusão e de exclusão. Uma Constituição, por exemplo, pode ter sido aprovada em seu texto, mas não funcionará se não puder evitar os efeitos contrários à Constituição da violência política sobre o sistema do direito. Estes acoplamentos estruturais, por outro lado, conformam mecanismos que são considerados de maneira distinta de cada um dos sistemas acoplados e desta maneira conseguem as irritações ou trocas mútuas”. (Tradução livre). Para CAMARGO, José Aparecido. **Teoria dos Sistemas: Autopoiese e Alopoiese**. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2456.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2456.pdf). Acesso em 15 de Março de 2014: “Um mecanismo que possibilita a superação do hermetismo autopoietico é o acoplamento estrutural entre os subsistemas sociais (como a moral, a política partidária, a economia) e que revela (no caso do direito positivo) a abertura para influências externas, oxigenando-o e retoralimentado-o, desde que essas interferências permaneçam sob o controle do próprio sistema jurídico (que garante a sua integridade, oq eu não ocorre com o sistema alopoiético que tende a se corromper pela influência da política, da corrupção, do compadrio ou das intervenções econômicas”.

<sup>473</sup> Cf: LIMA, Fernando Rister Sousa. **Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico**. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, vol. 4. Curitiba, 2008, p. 1.

atuação judicial que cause impacto no sistema político, as legítimas, ao passo que não está o magistrado proibido de julgar matéria política, desde que se mantenha no marco dos limites estruturais do sistema jurídico, subordinado, portanto, ao código caracterizador deste sistema, qual seja, lícito/ilícito ou direito/não-direito.

Deste modo, “questões políticas” são traduzidas e decididas como “questões jurídicas” na verificação de licitude ou não de seus ditames; ao agir deste modo, é correto afirmar que o magistrado pode decidir sobre temas políticos, mas isto não significa que invariavelmente estará decidindo politicamente.

Há, portanto, uma diferenciação comunicativa entre os sistemas donde cada um é caracterizado pela sua funcionalidade e por ter um código próprio. LUHMANN entende que: “para sua aplicação, o direito depende da política e sem a perspectiva desta imposição não existe nenhuma estabilidade normativa convincente que seja atribuída a todos. A política, por sua vez, utiliza o direito para diversificar o acesso ao poder concentrado politicamente”<sup>474</sup>.

Seguindo o raciocínio até então desenvolvido poderíamos afirmar que não existiriam temas políticos insindicáveis, desde que tratados dentro do código caracterizador do sistema jurídico (lícito/ilícito)? Em outras palavras, seriam decididos juridicamente com base no texto constitucional. Haveria excesso e usurpação caso o magistrado decidisse questão política utilizando-se do código caracterizador do sistema político (maioria/minoria) ou mesmo que fizesse prevalecer suas opções partidárias ou escolhas motivadas por interesse pessoal ou de lobistas, deste modo, estaria confirmando a tese de um governo de juízes ativistas.

A utilização do binômio lícito/ilícito ou direito/não-direito caracterizador do sistema jurídico não autoriza e nem se mostra suficiente para o Judiciário adentrar em questões intrínsecas e caracterizadoras do sistema político, tais como as escolhas de mérito, a conveniência e oportunidade, elementos estes que orientarão os agentes políticos a confeccionar o texto da lei, portarias, decretos e outras espécies normativas. Vale dizer, o juiz cria direito quando de sua decisão, mas no balizamento delineado pelas opções políticas daqueles que agem no binômio poder/não poder, ou seja, predeterminado pelo sistema político.

---

Disponível em: [www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br](http://www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br), acesso em 05 de Janeiro de 2014. Cf: NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>474</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Javier Torres Nafarrate (Trad.). México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.208.

Todo este esforço teórico justifica-se no sentido de buscar subsídios para entendermos os limites e as justificativas da decisão judicial, pois é cediço que as relações humanas estão cada vez mais complexas e sofisticadas, as quais exigem respostas igualmente complexas muitas vezes extrapolando a clássica clausura interpretativa das normas jurídicas pelo magistrado.

Uma importante contribuição do pensamento de NIKLAS LUHMANN é a compreensão que, embora existam os operadores do sistema, os quais são responsáveis pela atualização das operações do sistema, quais sejam os Tribunais para o sistema jurídico ou os representantes eleitos pelo povo para o sistema político, qualquer um que se utilize do código caracterizador do sistema em questão estará decidindo em conformidade com ele, em outras palavras, qualquer pessoa ou entidade pode decidir juridicamente, desde que utilize o código do sistema jurídico lícito/ilícito ou direito/não-direito, do mesmo modo, estará decidindo politicamente aquele que utiliza o código poder/não-poder ou maioria/minoria.

Deste modo, se o Executivo ou o Legislativo decide com base no código direito/não-direito ou lícito/ilícito estará decidindo juridicamente, embora não sejam órgãos jurisdicionais, igualmente, quando os Tribunais decidem utilizando o código da política estará decidindo politicamente e, neste momento, pode caracterizar a judicialização da política, pois não se trata de um cidadão comum cujas ações não trazem, em tese, consequências danosas ao sistema político, mas trata-se do operador do sistema jurídico, o guardião do código, que decidindo com base em outro código corrompe o sistema na medida em que promove a descaracterização de sua diferenciação funcional, também chamada alopoiese<sup>475</sup>. As decisões inovadoras que promovem alterações no sistema devem ser toleradas – ou previstas - no próprio sistema<sup>476</sup>.

---

<sup>475</sup> CAMARGO, José Aparecido. **Teoria dos Sistemas: Autopoiese e Alopoiese**. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2456.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2456.pdf). Acesso em 15 de Março de 2014 discorre que: “Caso não houvesse um fechamento às influências exógenas, o sistema perderia sua estabilidade e auto-referibilidade e se corromperia ao sabor das ingerências políticas e econômicas”.

<sup>476</sup> PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A decisão jurídica em Niklas Luhmann: Operação, diferença e abertura**. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2261.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2261.pdf). Acesso em 23 de Fevereiro de 2014 entendem que: “Por isso que, por mais inovadora que seja uma decisão jurídica, ela só passa a constituir-se como referência para novas operações jurídicas se o próprio sistema do direito a tolerar dentro de suas estruturas. A decisão inovadora, portanto, sempre será uma decisão já esperada pelo sistema, tolerada pelo sistema e estruturalmente compatível com o estado imediatamente anterior da rede de operações do sistema. Ela inova em relação às operações anteriores, mas não inova em relação às potencialidades desde já sempre projetadas pelo sistema”.

Como síntese, entende-se como decisão jurídica aquela que utiliza o direito como sistema de referência. Deste modo, pode-se falar em questão de política pura não equacionável pelo Poder Judiciário sob pena de usurpação de competência e consequentemente ativismo judicial? Parece-nos que ao considerarmos os tribunais como guardiões do código caracterizador do sistema jurídico e principais atores da coerência lógica deste sistema, pois são responsáveis pela atualização funcional do direito, quando as decisões são tomadas com base em outros códigos estranhos ao direito, via de regra, econômicos, políticos, religiosos, dentre outros, há, no mínimo um problema.

Segundo PEREIRA e SIMIONI:

Por mais que se possa ver, do ambiente do sistema jurídico, uma decisão jurídica como sorte, como inspiração divina (religião), como bela (arte), como pagamento (economia), como um ato de poder (política), como verdade (ciência), ela continua a possuir a identidade da decisão jurídica na medida em que decidida com base no código direito/não-direito<sup>477</sup>.

Caso o magistrado não decida com base no direito, mas nos impactos econômicos da decisão, tomou uma decisão econômica. Caso não julgue conforme o direito, mas com base em suas preferências religiosas, decidiu conforme a religião. Quando os tribunais decidem uma demanda realizando uma política pública ou tomando decisão política sem precedentes legais, ou seja, inovando no sistema jurídico em detrimento da atividade (ou inatividade) do legislador, opta por uma decisão política e não jurídica, descaracteriza o sistema jurídico, invade a competência de outro Poder, judicializa *de per si* e não contribui para a construção do Estado Democrático de Direito o qual pressupõe a segurança das relações humanas e a criação de um ambiente sistêmico de paz.

Pela teoria dos sistemas de LUHMANN podemos concluir que a judicialização de questões políticas pode acontecer na comunicação interna do sistema jurídico e o ativismo judicial está ligado à comunicação externa deste sistema com o ambiente e se reestrutura incorporando informações advindas do ambiente; quando tais informações forem introduzidas utilizando-se o código do sistema jurídico não há usurpação

---

<sup>477</sup> PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A decisão jurídica em Niklas Luhmann: Operação, diferença e abertura.** Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2261.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2261.pdf). Acesso em 23 de Fevereiro de 2014.

indevida, mas mero exercício de alimentação, manutenção e crescimento do sistema em resposta às irritações do ambiente, mas quando for utilizado outro código distinto, há o enfraquecimento do sistema jurídico e sua descaracterização.

A busca pela fundamentação jurídica de decisões notoriamente políticas pelos tribunais denota uma mudança na postura hermenêutica do Poder Judiciário e traz consigo algumas causas às quais discorreremos em seguida.

### **3.2 A redemocratização do Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e as novas funções conferidas ao Poder Judiciário.**

O advento de um Estado Democrático após vinte e quatro anos de ditadura suscitou expectativas plúrimas acerca da construção deste novo Estado ao passo que exigiu o fortalecimento das instituições e da própria sociedade civil organizada cujas atuações foram mitigadas pela mão-de-ferro de um regime de exceção, logo, o texto constitucional atual fora construído tentando conciliar as diversas ideologias e categorias sociais presentes na sociedade brasileira ao passo que houve a tentativa de resgatar o *check and balances* há muito tempo vilipendiado e olvidado. Segundo NALINI: “(...) é o resultado de uma intensa discussão travada não apenas no Parlamento, mas na Universidade, no âmbito empresarial, na mídia e na comunidade jurídica em geral”<sup>478</sup>.

Os constituintes de 1987, redatores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foram profícuos em novidades insertas no texto constitucional as quais promoveram a criação de um novo Brasil bem distinto daquele experimentado em meio à ditadura militar.

Dentre estas novidades, foram atribuídas ao Poder Judiciário diversas funções que seriam inimagináveis na concepção clássica da teoria da separação dos poderes as quais trazem inequivocamente funções de cunho político aos órgãos judicantes, problemático, haja vista a inexistência de limites estritos prefixados ao conteúdo da decisão a ser proferida e a interpretação conducente à decisão pautar-se em ampla discricionariedade sob as bases imprecisas, abertas e plurissignificativas dos princípios constitucionais. NALINI expõe que o Judiciário: “Além de ser considerado o menos

---

<sup>478</sup> NALINI, José Renato. **O Poder Judiciário na Constituição de 1988**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Constitucional. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1083.

corrupto, é o detentor da derradeira esperança da cidadania descrente da atuação do Poder Público<sup>479</sup>.

A atual Constituição brasileira conferiu ao Poder Judiciário autonomia institucional, administrativa e financeira<sup>480</sup>, além de assegurar a autonomia funcional dos juízes<sup>481</sup> e de reconhecer as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, embora esta última seja comum a todo e qualquer cidadão brasileiro membro ou não de Poder, servidor público ou da iniciativa privada.

Vale destacar que os tribunais podem eleger seus órgãos de direção, bem como elaborar seu regimento interno dispondo sobre a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos; também organizam suas secretarias e serviços auxiliares; a eles cabe prover os cargos de juiz de carreira e de propor a criação de novas varas judiciárias<sup>482</sup>. Até mesmo o numerário arrecadado com as custas processuais e emolumentos são destinados exclusivamente para o custeio dos serviços afetos às atividades específicas da justiça<sup>483</sup>.

A redemocratização foi fato importante e determinante nas novas funções conferidas ao Judiciário e a forma de atuação deste Poder, o qual passou de mero aplicador subsuntivo do fato à norma para agente político proativo na concretização dos ditames constitucionais.

Entre as novas (ou reforçadas) funções conferidas pela atual Constituição brasileira ao Poder Judiciário, especialmente ao seu órgão de cúpula, qual seja o Supremo Tribunal Federal destaca-se: a) O exercício do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade em única instância no Supremo Tribunal Federal; b) A última palavra acerca da declaração da constitucionalidade ou não da lei em tese; c) O controle da inconstitucionalidade por omissão; d) O mandado de injunção; e) A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); f) A ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

---

<sup>479</sup> NALINI, José Renato. **O Poder Judiciário na Constituição de 1988**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Constitucional. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1109.

<sup>480</sup> BRASIL. Art. 99 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>481</sup> Cf: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 974.

<sup>482</sup> BRASIL. Art. 96 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>483</sup> BRASIL. Art. 98, parágrafo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.



Aliados a este extenso rol de competências associe-se a ampliação do rol dos legitimados para a propositura das ações diretas<sup>484</sup>, os efeitos *erga omnes* e *ex tunc* nas ações diretas com a possibilidade de modulação dos efeitos destas decisões e a possibilidade de decisões vinculantes e mesmo da edição de súmulas que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

Em toda a história do Brasil o Poder judicante nunca experimentou momento mais profícuo de competências e expectativas sociais, causando a impressão de que ao lado da constitucionalização das problemáticas existentes no âmbito dos demais ramos do direito, nada escapa ao exame constitucional e, em consequência, não há demanda que não possa ser resolvida nos tribunais. Segundo SIFUENTES:

O crescimento, projeção e protagonismo do Poder Judiciário, tanto em Portugal como no Brasil, são, portanto, o reflexo do processo de democratização de ambos os países, fenômeno que, aliás, se tem verificado em praticamente todos os países ocidentais. A atribuição do controle da constitucionalidade das leis, difuso ou concentrado, reafirma o seu papel político, em igualdade com os demais poderes<sup>485</sup>.

Pelo que fora investigado na doutrina e asseverado neste subitem, tais causas contribuíram para a viragem hermenêutica na atuação judicial, mas não isoladamente cabendo-nos analisar outras possíveis causas.

### **3.3 Mandado de Injunção: viragem hermenêutica do magistrado como legislador negativo para legislador positivo autorizado pela Constituição Federal de 1988?**

Considerando as inovações trazidas pela atual Constituição brasileira, notadamente com a recuperação das garantias da magistratura descritas algures e o conseqüente despertar do terceiro gigante, destaca-se aquelas que estabelecem competência para além de simplesmente julgar uma causa, mas exigem do magistrado uma resposta proativa, intervencionista e criadora muito próxima do atuar típico dos representantes políticos.

---

<sup>484</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>485</sup> SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 186.

A multiplicidade de ações que compõem o controle de constitucionalidade brasileiro, o qual alberga tanto o difuso quanto o concentrado, remete-nos a concluir que não há questão que possa escapar ao controle dos juízes, fato este que contribui sobremaneira para o ativismo judicial. Logo, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes do mundo e, associado ao princípio de inafastabilidade da tutela jurisdicional e a proibição do *non liquet*, são apontados como possíveis causas do ativismo judicial.

O mandado de injunção fora introduzido no Brasil pela atual Constituição e será utilizado: “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”<sup>486</sup>. Nas palavras de LÊNIO STRECK o mandado de injunção é “delegação expressa do legislador constituinte ao órgão aplicador da lei, para que este, na falta de norma regulamentadora de um direito, edite a referida norma, para o caso *sub judice*”<sup>487</sup>

O constituinte, ao estabelecer esta ação constitucional, dotou de legitimidade ativa todo e qualquer cidadão o qual pode demandar em qualquer instância jurisdicional, evidentemente ajuizando a ação no 1º grau de jurisdição e acompanhando o processo até os Tribunais Superiores.

MACHADO entende que: “com o mandado de injunção, o Poder Judiciário implementa o direito, prolatando decisão de caráter constitutivo, pois cria uma situação jurídica efetiva, inexistente antes da decisão”<sup>488</sup>.

Pode-se apontar três correntes com entendimentos diversos acerca dos efeitos do mandado de injunção, quais sejam: a) reconhecer a mora legislativa e decidir acerca do provimento do direito previsto na Constituição; b) comunicar ao Legislativo a omissão normativa marcando prazo para supressão da lacuna e, persistindo a omissão, a mesma seria suprida pelo Judiciário; c) reconhecer a mora do Legislativo e comunicar a esse Poder que falta a norma regulamentadora. Durante mais de vinte anos esta última tese foi a que prevaleceu nas decisões do Supremo Tribunal Federal, embora boa parte da doutrina constitucionalista brasileira discrepasse da visão majoritária desta Corte Suprema.

---

<sup>486</sup> BRASIL. Art. 5º, inciso LXXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>487</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1991, p.68.

<sup>488</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. São Paulo: Atlas, 199, p. 141.

BARROSO assim destacava: “(...) o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária”<sup>489</sup>, entretanto, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia um posicionamento consolidado em sentido contrário como se observa nas palavras do Ministro do STF CELSO DE MELLO: “O STF não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora.

A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da visão funcional do poder”<sup>490</sup>, o qual fora seguido pelo então Ministro do STF SEPÚLVEDA PERTENCE: “o mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado”<sup>491</sup>.

O Supremo Tribunal Federal ainda equiparava de maneira equivocada o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mesmo a doutrina evidenciando que o único ponto semelhante entre eles repousava na qualidade de terem aplicação quando não houvesse norma regulamentadora infraconstitucional indispensável para dar plena eficácia a uma norma constitucional consagradora de direitos fundamentais.

Entre as diferenças destaca-se:

a) legitimidade para a causa, que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão estão dispostos no art. 103 da Constituição, como *numerus clausus*, ou seja, rol taxativo sem inclusão de nenhum outro; no mandado de injunção qualquer pessoa individualmente ou associações, sindicatos e o Ministério Público se se tratar de direito coletivo;

b) Órgão competente para julgamento: na ação direta de inconstitucionalidade por omissão apenas o STF, pois se trata de controle abstrato (concentrado) de constitucionalidade; no mandado de injunção o controle é difuso;

---

<sup>489</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Mandado de Injunção: perfil doutrinário e jurisprudencial**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, nº 191, jan/mar. 1993, p. 5.

<sup>490</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 191-0 RJ, DJ 01.02.90, p. 280.

<sup>491</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 168-5 RS, DJ 20.04.90, p.3.047.

c) O objetivo, segundo ZAMENHOF: “no mandado de injunção busca-se a concretização de direito abstrato por falta de norma regulamentadora, enquanto que, na inconstitucionalidade por omissão, o que se pretende é a elaboração da norma inexistente, não sendo necessário, para tanto, que o direito de alguém seja impedido ou violado”<sup>492</sup>.

Mesmo assim, os Ministros do Supremo Tribunal Federal adotavam postura absentéista e não concretista, receoso de adentrar em seara que entendia não ser de sua competência e denotando de forma clara a aplicação e respeito ao princípio da separação dos poderes como dogma e paradigma para as suas decisões.

Segundo o então Ministro do STF MOREIRA ALVES, o qual consagrou a posição não-concretista:

Ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e é ação que visa a obter do Poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ele dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adotem as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>493</sup>.

Este entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal é compreensível em vários aspectos. O Brasil estava experimentando a redemocratização, mas historicamente muito próximo do fim da ditadura; o instrumento processual era uma novidade introduzida pelo constituinte e, portanto, totalmente desconhecida e jamais aplicada no direito pátrio; os então Ministros do Supremo eram praticamente os mesmos do tempo da ditadura, portanto não se sentiam à vontade para inovar na seara jurídica e por último havia um grande respeito à separação dos poderes como dogma constitucional.

Não obstante à inércia e falta de vontade em aplicar efetivamente tal instrumento ao longo do tempo, a doutrina reagiu e quase dez anos após seu surgimento, BARROSO, hoje Ministro do STF, escreveu artigo com título sugestivo: “Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido – uma proposta de reformulação”. STRECK igualmente afirmou: “não é temerário afirmar, neste ponto, que se está diante de um paradoxo, representado pelo fato de o instrumento jurídico forjado pelo constituinte para

<sup>492</sup> ZAMENHOF, Volney. *apud* MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. São Paulo: Atlas, 199, p. 128.

<sup>493</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 107 – DF, Rel. Min. Moreira Alves.

dar eficácia às normas constitucionais ter sido tornado ineficaz pelo Poder Judiciário”<sup>494</sup>.

Não obstante, os percalços iniciais e que perduraram mais de duas décadas, a composição dos 11 Ministros do STF foi alterada na medida em que seus membros se afastavam por idade, morte ou renúncia, e as novas composições revisitaram a aplicação desta ação constitucional e deram-lhe novos contornos de efetividade no sentido de concretizar o direito por meio do mandado de injunção.

Mesmo determinando prazo de sessenta dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria fruto do MI nº 708 e 712, qual seja a falta da lei de greve para os servidores públicos civis, o Supremo Tribunal Federal determinou que enquanto não houvesse lei específica fossem aplicadas as leis nº 7.701/88 e 7.783/89. O próprio acórdão traz a frase: “Evolução do tema na jurisprudência do STF” e “Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do STF”<sup>495</sup>.

PELICIOLI discorre que: “foi atribuído ao STF, por meio do mandado de injunção, a função de legislador positivo, sem os atributos da sentença normativa, pois não há o caráter de generalidade, a não ser no caso de mandado de injunção coletivo com efeito *erga omnes*”<sup>496</sup>.

Vale uma explicação. O Mandado de Injunção foi criado pelo constituinte originário dentro do controle incidental, difuso, concreto e seus efeitos deveriam ser *inter partes*.

Não há previsão constitucional de um mandado de injunção coletivo com efeito *erga omnes*, entretanto, no vetusto julgamento do MI nº 20 DF o STF assim decidiu:

Mandado de Injunção Coletivo: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição<sup>497</sup>.

<sup>494</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 537.

<sup>495</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Pleno. J. 25.10.2007. DJU 31.10.2008.

<sup>496</sup> PELICIOLI, Ângela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo**. São Paulo: LTR, 2008, p. 116.

<sup>497</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 20-DF. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. J. 19.05.1994. DJ 22.11.1996.

No julgamento do Mandado de Injunção nº 712 encontra-se textualmente a viragem paradigmática acerca do mandado de injunção, donde o STF assume o papel de legislador positivo explicado nos votos do Ministro Relator EROS ROBERTO GRAU e do Ministro CELSO DE MELLO.

O Min. EROS GRAU discorreu que: “(...) no caso de concessão do mandado de injunção, o Poder Judiciário formula a própria norma aplicável ao caso, embora ela atue como novo texto normativo”.

Em outro trecho de seu voto, temendo a crítica de afronta à separação e harmonia dos poderes e tentando fundamentar sua decisão aos limites impostos textualmente pela Constituição, embora tenha ocultado o flagrante desvirtuamento do mandado de injunção pelo STF ao conferir efeito *erga omnes* a uma ação concebido com efeito *inter partes*, discorre:

Ademais, não há que se falar em agressão à ‘separação dos poderes’, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada ‘separação dos poderes’ provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de ‘separação dos poderes’, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original. De resto, o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante<sup>498</sup>.

Onde está definido na Constituição a existência de um mandado de injunção coletivo com efeito *erga omnes*? Trata-se de uma verdadeira “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”<sup>499</sup>.

Como já fora supramencionado, o MI nº 712 provocou o STF a examinar a falta da lei de greve para os servidores públicos civis que, ao constatar tal omissão, determinou que enquanto não houvesse lei específica fosse aplicada a Lei nº 7.783/89, entretanto, há especificidades no serviço público que não são albergadas pela lei em comento, por exemplo, o princípio da continuidade do serviço público. Logo, a simples aplicação análoga da referida lei seria insuficiente para regulamentar o caso, por isso, o

---

<sup>498</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712 Rel. Min. Eros Roberto Grau. Pleno. J. 25.10.2007. DJ 06.11.2007.

<sup>499</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

STF mais uma vez inovou ao criar, a partir da lei geral de greve, aquela versão final que deveria ser aplicada aos servidores públicos<sup>500</sup>.

Igualmente no MI nº 721 da lavra do Ministro MARCO AURÉLIO, *in verbis*:

(...) Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto de impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção. Decisão. Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Art. 40, parágrafo 4º, da CF. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – art. 57, parágrafo 1º, da Lei nº 8.213/1991<sup>501</sup>.

O novo entendimento gerou o ajuizamento de centenas de mandados de injunção, ou seja, aumentando em mais de dois mil e setecentos por cento<sup>502</sup>.

Podemos chegar a algumas conclusões:

a) a mera criação constitucional de ação ou instrumento processual capaz de provocar o magistrado a prolatar decisão aditiva e de cunho proativo não é suficiente, pois outras condições como a composição dos tribunais, o momento histórico, a estabilidade institucional e a permissividade dos demais poderes são determinantes neste sentido<sup>503</sup>;

<sup>500</sup> Segundo EROS GRAU: “Não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-o, exclusivamente, e em sua plena redação, a Lei nº 7.783/89, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros do seu exercício. Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só”.

<sup>501</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Pleno. J. 30.08.2007. DJU 30.11.2007.

<sup>502</sup> Cf: FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números – o múltiplo supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 45 e SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Tese de Doutorado defendida na UERJ. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/2e/I-Relat%C3%B3rio-Supremo-em-N%C3%BAmeros.pdf>, acesso em: 10 de Novembro de 2013.

<sup>503</sup> Demonstra bem esta conclusão o voto do Min. Sepúlveda Pertence relator no MI nº 283 –DF quando asseverou: “lamento, em casos como este, que o direito positivo – segundo a orientação da Corte, à qual, em termos dogmáticos, me mantenho solidário -, não dê instrumentos mais eficazes, pelo menos, para induzir à urgência no suprimento da omissão inconstitucional do Poder Legislativo, cuja persistência frustra a eficácia da Constituição e pode eventualmente engajar a responsabilidade patrimonial do Estado”. O referido Ministro continua seu voto esquivando-se da competência de equacionar o caso levado a julgamento e reafirmando a competência do Congresso Nacional: “De qualquer sorte, confio em que, atento ao seu dever constitucional, o Congresso nacional, declara a omissão, certamente se utilizará dos mecanismos de urgência, que o processo legislativo lhe propicia, para cumpri-lo no menor tempo adequado”.

b) o aumento das demandas judiciais não acarreta necessariamente em maior ativismo judicial, haja vista em mais de vinte anos terem sido ajuizadas menos de mil mandados de injunção, número já bastante superado nos últimos seis anos, o que demonstra o contrário, ou seja, a prolatação de decisão ativista estimula o ajuizamento das ações e gera a possibilidade do Judiciário reafirmar centenas ou milhares de vezes seu entendimento gerando, não obstante a edição de súmulas vinculantes, uma jurisprudência firmada, consolidada e fonte do direito, uma colonização efetiva dos espaços de poder;

c) A inegável abertura constitucional para decisões concretizadoras de seu texto com o alargamento das competências dos magistrados e a adesão dos mesmos em participar das escolhas jurídico-políticas;

d) A compreensão do caráter suplementar do magistrado quando da colmatação da lacuna legislativa faltante face a inércia dos demais poderes;

e) Destacamos que o STF, mesmo sem necessidade de determinar prazo para a supressão da lacuna legislativa pelo Congresso Nacional, assim o faz para legitimar sua atuação legislativa suplementar;

f) Quando a decisão judicial é pautada e fundamentada na Constituição, portanto, utilizando-se o código do sistema jurídico, mesmo que haja ampliação dos direitos, pode-se racionalmente argumentar um possível fundamento nos princípios nela insertos, entretanto, se a decisão ocorre ao arpejo do código caracterizador do direito, há uma imposição da vontade do julgador cuja subjetividade, motivada por elementos extrajurídicos, são desprovidas de legitimidade e maculam o processo democrático.

g) Ao inovar o texto constitucional criando o mandado de injunção coletivo, assume o ativismo judicial e avoca para si o papel de legislador positivo, mesmo sem anuência expressa da Constituição.

Por estes motivos entende-se que esta ação constitucional inovadora é, ao lado das outras, uma das causas do ativismo judicial.

### **3.4 Mudança na concepção institucional da magistratura**

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, a chamada “reforma do Judiciário”, alguns critérios, especialmente para ingresso como juiz de carreira, de permanência e promoção nos quadros do Judiciário e mesmo de produtividade e aperfeiçoamento foram encetadas com o objetivo de construir um novo Poder



Judiciário, não priorizando jovens bacharéis recém-saídos da universidade com as leis, doutrina e jurisprudência decoradas, mas que tivessem vivência e experiência na área jurídica. Para tanto, exige-se três anos de atividade jurídica<sup>504</sup>.

Para a promoção realizar-se-á a aferição conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento<sup>505</sup>. Diante de tais mudanças ainda não há uma diretriz clara e precisa advinda da cúpula do Poder Judiciário a fim de determinar inequivocamente qual é o perfil de magistrado que se pretende formar nos cursos de aperfeiçoamento<sup>506</sup> se mais ou menos ativista ou se deve ficar adstrito aos limites da lei.

NALINI confirma essa afirmação ao ventilar:

Qual o papel do Juiz brasileiro? Deverá ele ser aplicador da lei ou concretizador da justiça? Servo da jurisprudência ou agente de transformação? Técnico em direito ou árbitro da pacificação? Ainda não há respostas. Nem mesmo o Judiciário sabe definir qual o perfil de magistrado que recruta ou de que necessita<sup>507</sup>.

Parece-nos, entretanto, que a clássica concepção do magistrado como a “boca da lei”, (*judicial self restraint*) cingido aos limites da subsunção e a mudança de paradigmas ocorrida com a transição do modelo do Estado de Direito Legalista para o Estado Constitucional, o qual alarga os espaços de atuação da jurisdição constitucional sepulta a visão do magistrado mais vinculado à lei (visão moderna dezenovista<sup>508</sup>) e aproxima-se da tese do Poder Judiciário vinculado à Constituição (visão pós-moderna vintista), considerando que o texto constitucional é pródigo em normas de interpretação fluida, plurissignificativa, de semântica aberta e principiológicas conducente a uma atividade interpretativa mais intensa o que conduz

<sup>504</sup> BRASIL. Art. 93, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>505</sup> BRASIL. Art. 93, inciso II, alínea “c” da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>506</sup> O doutorando, autor desta tese, leciona há mais de sete anos na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE), ou seja, desde a vigência da referida Emenda Constitucional e atesta na prática que não há preocupação na formação de magistrados mais ou menos ativistas, apenas que conheçam de forma minudente a lei, a jurisprudência e a doutrina.

<sup>507</sup> NALINI, José Renato. **O Poder Judiciário na Constituição de 1988**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1110.

<sup>508</sup> Neste sentido SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Tito Lívio Cruz Romão (Trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 02 discorre que: “Na realidade, desde o Século XIX, o termo ‘Estado de Direito’ passou a ser entendido nos países do continente europeu apenas como referência a um Estado legiferante, mais precisamente ao Estado legiferante parlamentar”.

igualmente à ideia que o magistrado está vinculado ao direito nele envolvendo a totalidade das fontes, quais sejam, para além da lei, a jurisprudência, analogia, costume jurídico, equidade e os princípios gerais do direito.

Neste sentido há a concepção do magistrado não mais como a “boca da lei”, mas a “boca do direito” ao conjugar as demais fontes do direito que o conduz do *juris dicere* ao *jus dare* como exigência do neoconstitucionalismo.

ANDREAS KRELL entende que:

Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a ‘neutralização política do Judiciário’, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não-criativa, fortalecendo desse modo o valor da segurança jurídica, o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material “ancorado em normas éticas e políticas”, expressão de ideias além das decorrentes do valor econômico<sup>509</sup>.

Uma das expressões políticas mais eficazes para a sociedade, constituindo-se *mister* precípua dos poderes eleitos pelo povo, é a promoção de políticas públicas, as quais mediante um conjunto coordenado de ações, com previsão orçamentária, estudos acerca do tempo necessário para alcançar os objetivos, metas iniciais, parciais e finais a serem logradas, tentam concretizar os direitos fundamentais, com especial atenção às demandas sociais e respeito aos hipossuficientes. Logo, políticas públicas decorrem de atuações exigidas ao estado no sentido de concretização das metas determinadas na Constituição ou nas leis em geral. É expressão política, pois deve-se escolher, dentre tantas formas, aquela mais adequada e eficiente aos auspícios pretendidos. Fala-se, então, de decisão política. Esta decisão cabe aos Poderes Executivo e Legislativo.

No julgamento da ADPF nº 45, o Supremo Tribunal Federal concorda com o pensamento acima descrito quando discorre no voto do Ministro CELSO DE MELLO que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo<sup>510</sup>.

<sup>509</sup> KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 73.

<sup>510</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF –MC nº 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão de 29.04.2004, publicada no DJ de 04.05.2004.

Entretanto, na continuação do voto, o supracitado Ministro avoca para o Judiciário, bem como para o STF, a competência na formulação e implementação das políticas públicas, demonstrando claramente uma posição proativa e ativista, pois traz inovação no ordenamento jurídico e acréscimo de poder não necessariamente previsto no texto constitucional. Em suas palavras, na continuação de seu voto:

(...) Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e coletivos impregnados de estatura constitucional ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático<sup>511</sup>.

Esta decisão é lapidar, pois demonstra a colonização dos espaços de poder político deixados pelos demais Poderes pelo Poder Judiciário que cria uma espécie de “doutrina jurisprudencial” para explicar esta ocupação, cria-se, portanto, pela via jurisprudencial, mediante o julgamento desta ADPF nº 45, uma espécie de competência residual ou complementar ao Poder Judiciário sempre que houver inércia do Legislativo e Executivo.

Considere-se que a repartição de competências é matéria típica da Constituição, pois trata-se de constituir de forma primigênia a organização e estrutura do Estado determinando os espaços de poder e procurando delimitar as competências em nome da harmonia e da estabilidade institucional. Entende-se que ao avocar para si uma competência determinada a outro Poder, há uma usurpação de competência e, portanto, carente de constitucionalidade. Como defendido anteriormente, esta decisão demonstra de forma clara a posição ativista, proativa e inovadora da atual composição do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo em sua argumentação o Ministro CELSO DE MELLO concorda mais uma vez que repousa nos demais poderes a competência de formular e implementar políticas públicas, haja vista serem mandatários do povo que os elegeram, bem como a conclusão que são decorrentes de opções políticas, mas relativiza esta competência ao afirmar:

(...) não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta,

---

<sup>511</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF –MC nº 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão de 29.04.2004, publicada no DJ de 04.05.2004.

nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo<sup>512</sup>.

Por fim, fundamenta a competência judicial para formular e implementar políticas públicas (a qual chamamos de “competência residual ou complementar” cunhada por esta decisão) em “razões fundadas em um imperativo ético-jurídico”, em suas palavras:

(...) É que, se tais poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustificadamente recusada pelo Estado<sup>513</sup>.

Analisando a decisão supracitada, entende-se que o STF tenta justificar a colonização dos espaços políticos, mediante um visível ativismo judicial, fundamentando esta escolha hermenêutica na exemplificação daquilo que pior pode acontecer à sociedade, qual seja, a completa irresponsabilidade dos mandatários do povo, a insensibilidade com a miséria e a sofrimento da população, a inércia vilipendiadora dos direitos fundamentais em um nível tão elevado capaz de comprometer o “mínimo existencial para uma vida digna”.

A doutrina, em situações excepcionais, não se opõe às decisões judiciais concretizadoras de direitos fundamentais sociais, entretanto, não discorrem acerca do Judiciário ser competente para formular e implementar políticas públicas. Neste sentido, SÉRVULO CORREIA discorreu:

O juiz possui, no entanto, competência excepcional para, julgando segundo a equidade, corrigir os efeitos mais nocivos da inação do legislador, ou seja, as situações de necessidade excepcional ou de injustiça extrema possibilitadas pela inação legislativa, condenando as entidades públicas com atribuições na matéria em prestações de conteúdo mínimo susceptíveis – à luz das

---

<sup>512</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF –MC nº 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão de 29.04.2004, publicada no DJ de 04.05.2004.

<sup>513</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF –MC nº 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão de 29.04.2004, publicada no DJ de 04.05.2004.

circunstâncias do caso concreto – de reparar ofensas intoleráveis à dignidade da pessoa humana<sup>514</sup>.

Seguido por REIS:

Ao gerarem situações subjetivas para os cidadãos – consistentes em interesses legítimos e, em casos extremos, direitos subjetivos – a sua violação permite que o legitimado recorra ao Poder Judiciário, que exercerá um papel mais destacado quando a implementação da finalidade estampada na norma for necessária e essencial à realização, em concreto, das condições mínimas de existência humana digna<sup>515</sup>.

E JORGE MIRANDA:

se ao tempo da entrada em vigor das normas constitucionais já se verificarem os pressupostos – económicos, financeiros, institucionais – da efectivação, tais normas podem ser entendidas como tendo aplicação imediata (mesmo se o reconhecimento desses pressupostos e, por vezes, a determinação ou determinabilidade das normas exigem uma intervenção do legislador<sup>516</sup>.

É importante frisar que decisões judiciais em matéria de direitos fundamentais podem – e devem – ser exaradas nas peculiaridades do caso concreto, mas de forma particularizada e pontual, entretanto, o carácter generalista das políticas públicas não se coaduna com a competência judicial.

Imagine-se o caso do STF entender que, embora exista a política pública, a mesma é irrazoável, inconveniente ou inoportuna. Haveria uma espécie de controle de qualidade nas decisões meritórias dos demais poderes no sentido de corrigir as referidas políticas na visão enviesada do Poder Judiciário. Este acúmulo de poder não se mostra coadunado com o atual Estado Democrático de Direito, donde as discussões devem ser travadas de forma equânime para se lograr um determinado objetivo e não admite imposições fruto das ideologias parciais. Este fenómeno foi também verificado por BARCELLOS ao ventilar: “(...) cada vez mais com mais intensidade, o Judiciário passou a ingressar no exame do que tradicionalmente se identifica como ‘mérito

---

<sup>514</sup> CORREIA, Sérvulo. **Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses.** In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa (Edição da FDUL): Coimbra Editora, 2004, p. 970.

<sup>515</sup> REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 232.

<sup>516</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 384.

administrativo' para aferir sua compatibilidade com determinados princípios constitucionais"<sup>517</sup>.

Neste cenário de terra arrasada trazido pelo STF poucas vezes seriam contrárias a atuação diligente, razoável e auspiciosa do Poder Judiciário, entretanto, pode-se utilizar a exemplificação do pior cenário possível para justificar – mesmo em outro cenário - esta atuação judicial na formulação e implementação de políticas públicas? Entendemos que não, mas restou fundamentado que há uma mudança na concepção institucional da magistratura, por ela própria e baseada em suas próprias razões, que é mais um possível fundamento da viragem paradigmática da autolimitação ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

### 3.5 O fortalecimento da democracia

O fortalecimento da democracia reavivou a cidadania conferindo maior nível de informação e consciência de direitos a amplos segmentos da população que passaram a buscar a proteção de seus interesses no âmbito do Judiciário, logo, a existência de um sistema político democrático e o exercício dos direitos políticos pode estimular o ativismo judicial.

Ao estimular a participação popular por meio da construção de uma sociedade civil organizada e dotá-la de mecanismos processuais de provocação – e consequente resposta – judicial, a Constituição instigou o aumento das demandas e invariavelmente a quantidade e qualidade das respostas judiciais. Ações constitucionais como o mandado de segurança individual ou coletivo, ação popular, ação civil pública, *habeas data* e mandado de injunção são importantes instrumentos de provocação da tutela jurisdicional e podem pôr em rota de colisão as escolhas exaradas pelos Poderes, a criação de tensão institucional e desestabilidade estatal.

As ações constitucionais são capazes de provocar na arena judicial a pretensão de um só cidadão frente ao todo poderoso Estado, donde serão analisadas por um terceiro gigante (Judiciário) seus atos e omissões, neste momento não há que se falar em ser onipotente, inatingível e invulnerável, mas em alguém que responde e se responsabiliza pelo vilipêndio aos direitos alheios. Quando há uma resposta positiva do

---

<sup>517</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional.** In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44.

Judiciário, logo multiplicam-se os pedidos em milhares ou milhões de ações tornando a sociedade democrática em uma arena de disputas<sup>518</sup>.

Reside neste ponto uma problemática essencial que não raras vezes passa despercebida pela doutrina que trata acerca do tema. Em geral argumenta-se que a multiplicação em escala geométrica no ajuizamento de ações e, conseqüentemente, maior atuação dos tribunais constitucionais ou assemelhados, estaria ligado invariavelmente ao fortalecimento do Estado Democrático ao oportunizar o acesso à justiça. Parece-nos uma mitigação do que ele seja verdadeiramente e em essência.

Primeiramente consideramos que a atuação judicial deve acontecer em último caso, quando não existe mais nenhuma possibilidade de conciliação, tratativas, negociações, destarte pretensões que por serem tão distintas e inconciliáveis, apenas possam ser equacionadas por um terceiro inicialmente não participante e por isso imparcial. Neste diapasão, a atuação judicial não deve ser a primeira alternativa, mas sim a última.

Segundo, o Poder Judiciário deve garantir a democracia para que as decisões públicas tomadas nas arenas políticas não sejam simplesmente descumpridas por uma minoria insatisfeita, máxime, entretanto, que a democracia pressupõe o respeito às minorias e que elas devem ter vez e voz no Estado Democrático, mas não pode, a minoria, querer decidir politicamente pela maioria por via transversa, qual seja via judicial, quando esta claramente é proativa e ativista.

Terceiro, os tribunais constitucionais estão autorizados a discutir a política que esteja consagrada no arcabouço textual da Constituição, portanto, quanto maior for o número de assuntos constitucionalizados, maior será a atuação destes tribunais<sup>519</sup>.

Neste sentido verifica-se, no caso brasileiro, que atos *interna corporis* do Poder Legislativo é pauta comum nos julgamentos do STF, judicializando a arena política, ou seja, tornando ordinária uma intervenção que deveria ser extraordinária, inclui-se na discussão apriorística do cenário político como se não houvesse condições de discussão

---

<sup>518</sup> NALINI, José Renato. **O Poder Judiciário na Constituição de 1988**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Constitucional. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1117.

<sup>519</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 30 discorre que: “Quanto mais democrático for um sistema político, no sentido de um regime onde as decisões são tomadas com base na regra da maioria, menor serão as atribuições de um tribunal constitucional, restando a estes tão somente a função de garantir que as regras democráticas, principalmente a igualdade dos cidadãos na tomada de decisões públicas, não sejam violadas. Em contrapartida, a função dos tribunais constitucionais será tanto maior, quanto mais constitucionais forem os sistemas políticos, o que significa dizer, quanto maior for o número de assuntos colocados acima dos procedimentos de decisão majoritários, por intermédio da sua constitucionalização”.

política no Parlamento sem a figura do terceiro. Não há fortalecimento da democracia, ao contrário, tal fato denota uma democracia titubeante.

### 3.6 A constitucionalização do direito após a II Guerra Mundial.

Antes da II Guerra Mundial vigia o Estado Legislativo de Direito donde a Constituição era considerada um documento político sem aplicação direta de seus ditames e dependente da atuação do Executivo e Legislativo e um pífio – e até mesmo inexistente em alguns locais – controle de constitucionalidade pelo Judiciário<sup>520521</sup>.

A lei era a expressão jurídica central e havia a crença na supremacia do Parlamento como representantes legítimos e eleitos pelo povo. Depois da II Guerra, e notadamente no Estado Constitucional de Direito, evidencia-se a Constituição como norma jurídica disciplinando a produção das leis e atos normativos, com limites ao seu conteúdo e imposição de deveres ao Estado.

É cediço que após a II Guerra Mundial houve expansão na adoção da jurisdição constitucional na Itália (1948), Alemanha (1949), Turquia (1961), Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978) apenas para citar alguns. Segundo BLANCO DE MORAIS:

Só a criação de um sistema judicial próprio, destinado à interpretação, aplicação e garantia tanto das normas constitucionais como, eventualmente, de outras normas passíveis de integrar um “bloco de constitucionalidade” ou de “legalidade qualificada”, pode permitir a passagem de um direito constitucional institucional com “caráter mais ou menos obrigatório” (e frequentemente convertido em “catálogo de receitas da Ciência Política”), para um direito efetivamente hierarquizado, normativo e relacional<sup>522</sup>.

Segundo BARROSO: “nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”<sup>523</sup>.

<sup>520</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** Disponível em: [http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf), acesso em 27 de janeiro de 2014.

<sup>521</sup> Cf: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. In: Marina Gascón (Trad.) Valladolid: Trotta, 1999.

<sup>522</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 354.

<sup>523</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** Disponível em:



A lei passa a ser interpretada à luz da Constituição aumentando a importância da jurisdição constitucional sobre o legislador, posto os Tribunais Constitucionais serem os intérpretes e guardiães principais do texto constitucional.

Na verdade o surgimento do neoconstitucionalismo trouxe novas luzes à concepção de Constituição, a qual deixou o papel de apenas reproduzir sistemas políticos, mas de determinar objetivos a serem alcançados, além de estabelecer princípios norteadores com força normativa e, na visão de muitos constitucionalistas, exigíveis no âmbito judicial.

Na doutrina de SILVA o neoconstitucionalismo tem o condão de: “destacar as relevantes transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional no período histórico posterior ao término da segunda guerra mundial”<sup>524</sup>.

COELHO discorre acerca das premissas do neoconstitucionalismo e evidencia-se a aproximação deste fenômeno com a possibilidade de subsidiar o ativismo judicial. Em suas palavras, estas premissas são: “a) supremacia e a força normativa da Constituição; b) a garantia constitucional; c) as características de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição; d) a incorporação de valores e opções políticas ligados aos direitos fundamentais; e) a expansão dos conflitos constitucionais”<sup>525</sup>.

Ao se reconhecer o guardião dessas promessas, o STF pode sentir-se estimulado a ter uma postura proativa e ativista como resposta ao momento histórico vivenciado.

Pode-se afirmar que a Segunda Guerra Mundial provocou importantes transformações na ordem mundial, pois gerou o debate universal acerca dos direitos humanos e sua real efetivação com reflexos no fortalecimento do ideal democrático e um repensar a teoria constitucionalista com papel mais destacado para o Poder Judiciário como protagonista na construção deste novo modelo, posto que o término desta Guerra Mundial “consolidou a necessidade da criação de justiça constitucionais em vários países do mundo”<sup>526</sup>.

---

[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf), acesso em 27 de janeiro de 2014.

<sup>524</sup> SILVA, Alexandre Garrido. **Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais**, In: Neoconstitucionalismo. OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 93.

<sup>525</sup> COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade**. Porto Alegre: SAFE, 2010, p. 58.

<sup>526</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 39.

A constitucionalização do direito após a II Guerra Mundial e a inevitável demanda ao Poder Judiciário constitui em mais uma possível causa do ativismo judicial, embora considerado em termos globais, haja vista que no Brasil tal fenômeno seja verificado apenas após a Constituição Federal de 1988, pois a Constituição Federal de 1946 teve uma vigência muito curta, haja vista sua revogação pela Constituição Federal de 1967 iniciando a regime de golpe militar o qual perduraria até meados da promulgação da atual Constituição brasileira de 1988.

### **3.7 Da decisão vinculante às súmulas vinculantes: um novo papel do Supremo Tribunal Federal na atividade legislativa**

No direito brasileiro as decisões do Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante foram introduzidas com a criação da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) desde a EC nº 03/93. O objeto desta ação, pertencente ao controle concentrado de constitucionalidade, não é outro senão declarar definitivamente que uma determinada lei ou ato normativo federal é realmente constitucional quando a mesma estiver sendo questionada em sua constitucionalidade em diversas ações oriundas do controle difuso e existam controvérsias nas decisões dos Tribunais brasileiros.

O STF surge, então, como Órgão legitimado para proferir a decisão final que determinará o fim da controvérsia acerca da constitucionalidade e cuja decisão deverá ser seguida de forma vinculativa no julgamento das ações difusas em tramitação em todo o Poder Judiciário brasileiro. Máxime, portanto, que conforme o parágrafo 1º do artigo 103-A, a súmula vinculante exige, como requisito para sua criação, a existência de controvérsia atual entre Órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica.

Frise-se que este foi o início do que futuramente seria criado pelo legislador brasileiro na EC nº 45/2004<sup>527</sup>, disciplinado pela Lei nº 11.417/2006 e intitulado como

---

<sup>527</sup> Conforme o texto do Artigo 103-A da Constituição Federal de 1988: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em

“súmula vinculante”, o que para parte da doutrina, consagra o STF como legislador positivo aproximando-nos das escolas jurídicas da *common law* ao estabelecer o *stare decisis et quia non movere*.

A força vinculante destas súmulas do STF obriga todos os Poderes<sup>528</sup>, não apenas o Judiciário, o que demonstra o poderio atual da justiça constitucional para funções muito além das concebidas no clássico controle de constitucionalidade. Segundo ELIVAL RAMOS: “(...) 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”<sup>529</sup>.

Não é objeto desta investigação vergastar detidamente acerca deste novo instituto, mas compreender seu papel como mais uma possível causa do ativismo judicial posto que incentiva a proatividade<sup>530</sup> nas decisões judiciais, pois como é cediço, o magistrado não mais tem a preocupação com a exequibilidade de sua decisão, haja vista o caráter vinculativo. Na visão de RAMOS:

Em segundo lugar, menciono precisamente o fato de vir a se converter a atribuição do STF *sub examine* em elemento impulsionador do ativismo judicial, porquanto se observa aqui uma aproximação excessiva (e, a meu juízo, desnecessária) da atividade legiferante, a qual, embora compatível com o princípio da separação dos Poderes, uma vez contemplada em nível constitucional, se prestará a ir, lenta e progressivamente, solapando-lhes as bases<sup>531</sup>.

---

lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

<sup>528</sup> Segundo RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010: “Muito embora não vincule o Poder Legislativo, que poderá continuar editando leis conflitantes com o entendimento sumulado, uma vez aplicado o ato legislativo contrário à súmula – pela edição de ato administrativo ou pela prolação de decisão judicial – estará aberta a via da reclamação”.

<sup>529</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

<sup>530</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 268 fala em “função paralegislativa”, pois a súmula vinculante apresenta-se antes como um ato de criação de normas do que de aplicação normativa muito mais pela liberdade de escolha que se reconhece à referida corte de editá-la. VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 37 entende que: “Em decorrência das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 45/04 e pela própria mudança da composição do Supremo Tribunal Federal a partir de 2003, é possível perceber uma espécie de ativismo judicial, eminentemente formal e preocupado com a redefinição das competências do próprio STF, como um processo autônomo por parte de nossa jurisdição constitucional.

<sup>531</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300. No mesmo sentido FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 384.

LEITE discorda da posição de RAMOS ao asseverar que: (...) a observância da interpretação jurídico-constitucional fixada pelo Supremo Tribunal Federal em súmula vinculante atua no sentido de prestigiar a segurança jurídica e a aplicação isonômica do direito, buscando uniformizar a exegese constitucional<sup>532</sup>.

No direito brasileiro há previsão de quatro espécies de súmulas, quais sejam:

a) Súmula persuasiva que não possui caráter vinculante e apenas densifica entendimento pacificado do tribunal acerca de determinada matéria com amplitude processual permitindo o julgamento monocrático pelo relator nos tribunais;

b) Súmula impeditiva de recurso: estabelecendo mais um requisito de admissibilidade do recurso de apelação posto a sentença do juízo monocrático não estar em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal;

c) Súmula de repercussão geral: impede o seguimento de recurso extraordinário quando ausente a repercussão geral;

d) Súmula vinculante as quais devem tratar sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer das entidades federadas, interpretação de dispositivo legal em face da Constituição da República ou de dispositivo da própria Constituição, vigência de lei ou ato normativo diante da Constituição ou a eficácia de dispositivo constitucional.

A criação das súmulas vinculantes objetivou eliminar danosa insegurança jurídica motivada face às controvérsias entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública, bem como também objetivou diminuir o acúmulo de processos versando sobre mesmo assunto no Supremo Tribunal Federal e desta forma garantir a duração razoável do processo.

As súmulas vinculantes são, portanto, diretivas obrigatórias emanadas pelo Supremo Tribunal Federal que estendem seus efeitos para equacionar casos concretos análogos no futuro condicionando a interpretação judicial. Há críticas doutrinárias no sentido de perceber que as súmulas seriam semelhantes à atividade legislativa e uma afronta à separação dos poderes ao objetivar a conversão de criação de norma jurídica, plenamente possível pela atividade jurisdicional, para a criação de texto de norma jurídica, esta impossível de acontecer sem ferir a função típica do Legislativo, pois seria

---

<sup>532</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. Disponível em: [http://www.livrosgratis.com.br/arquivos\\_livros/cp041169.pdf](http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cp041169.pdf), p. 76, acesso em 02 de Maio de 2014.

ultrapassar os limites da *law making* também presente na atividade judicial, mas cingida aos limites processuais<sup>533</sup>.

### **3.8 A expansão do protagonismo político dos Tribunais nas democracias contemporâneas no ocidente no início do século XXI com o advento do neoconstitucionalismo o qual traz a necessidade de Interpretação construtiva via *chain novel*: a aplicação dos princípios como forma de decisão**

O termo “neoconstitucionalismo” foi apresentado à comunidade acadêmica em coletânea organizada por MIGUEL CARBONELL<sup>534</sup>. Seus pontos primordiais podem ser assim elencados: 1. As Constituições da atualidade positivam extenso rol de direitos fundamentais; 2. A mudança das práticas jurisprudenciais haja vista a utilização dos princípios constitucionais na interpretação da Constituição tornando-a mais flexível pelo fato dos princípios terem semântica aberta e plurissignificativa; 3. Advento de novos modelos teóricos constitucionais<sup>535</sup>. SARMENTO sinaliza a dificuldade em lograr um sentido preciso ao termo constitucionalismo, pois talvez

(...) não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica elaborada e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns e relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa<sup>536</sup>.

BARROSO identifica-o como um “conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional” e assinala como marco histórico:

A formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do Século XX, como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>537</sup>.

<sup>533</sup> Cf: STRECK, Lenio Luis. **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 155.

<sup>534</sup> CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>535</sup> CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo: Elementos para uma definição**. In: PUGLIESI, Antonio (Coord.). **Os 20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199.

<sup>536</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 270.

<sup>537</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 61.

Significa a superação da dogmática jurídica tradicional (escudada no mito da objetividade do direito e neutralidade do intérprete) pela teoria crítica com seu cariz emancipatório e transformador. Desta forma, há a criação de um conjunto de ideias que não se prendem ao legalismo estrito do positivismo normativista, este fenômeno, qual seja o pós-positivismo, traz uma marca, a saber, na lição de BARROSO:

A ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao direito. O Pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para outro<sup>538</sup>.

A decisão judicial passa a ser pautada mais por princípios que por regras e a ponderação supera a subsunção, além da Constituição permear todo o ordenamento jurídico e ser aplicável praticamente a todas as situações na chamada constitucionalização da vida.

O neoconstitucionalismo reconhece uma sociedade pluralista, não homogênea, uma ética construtivista, não monista, em meio ao Estado Constitucional (superando o vetusto Estado de Direito) e ampliada atuação do Tribunal Constitucional e, por fim, supera-se o império da lei como principal fonte do direito ao dar relevo à Constituição em detrimento à lei ordinária e elevação da importância da jurisprudência das Cortes Constitucionais.

Neste diapasão, não há como o Judiciário quedar-se indiferente à toda revolução estrutural desenvolvida pelo neoconstitucionalismo. Instado a reagir diante da complexidade das novas relações jurídicas e *hard cases* a exigir solução, o magistrado assume postura proativa e ativista, pois, na lição de MAIA: “as decisões judiciais dependem de argumentos complexos, exigem decisões envolvendo princípios que vão além do lógico-dedutivo, e requerem também por parte do juiz o uso da racionalidade teleológica”<sup>539</sup>.

STRECK assevera que o neoconstitucionalismo inaugurou um novo paradigma donde o mundo prático interessa ao jurista, pois questões morais, políticas e econômicas que foram mitigadas pelo positivismo jurídico passaram a ter importância, deste modo,

---

<sup>538</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Coords.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 47.

<sup>539</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. In: PUGLIESI, Antonio (Coord.). Os 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 407.

“o direito já não poderia mais ser epitetado e/ou acusado de ser ‘uma mera racionalidade instrumental’ ou um instrumento destinado à proteção dos interesses das classes dominantes”. E continuando sua abordagem conclui que: “o direito deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais, circunstância que pode ser facilmente constatada a partir do exame dos textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra”<sup>540</sup>. Ou seja, há aumento da complexidade das relações jurídicas nas sociedades contemporâneas e conseqüente ocaso da objetividade legislativa.

Salientamos, por oportuno, que o neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo para alguns) difere do vetusto positivismo ao inserir como fundamento de decisão judicial os princípios constitucionais, ou seja, há uma positivação dos princípios. Segundo POZZOLO:

Para o neoconstitucionalismo, o juízo de retidão é dado com base em uma norma de valor que se considera positivada constitucionalmente. É nesse ponto que surgem as dificuldades e as incompatibilidades com a visão positivista, já que o neoconstitucionalismo parece pressupor um significado valorativo e cognoscível, eliminando os aspectos discricionários ou não objetivamente cognoscíveis relacionados à atividade interpretativa<sup>541</sup>.

DWORKIN resgata historicamente esta discussão quando discorre que “o ideal norte-americano de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios, é a contribuição mais importante que nossa história já deu à teoria política”<sup>542</sup>. Preocupamos esta aproximação do direito brasileiro com a *common law* estadunidense, pois, em terras brasileiras, há a potencialização do ativismo judicial ao espelhar-se no exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana donde as questões políticas são resolvidas como questão judiciária.

Diante deste contexto complexo e cambiante, urge compreender a fundamentação racional das decisões judiciais por entender-se o perigo iminente da discricionariedade judicial diante das múltiplas possibilidades de escolha da decisão. SARMENTO salienta que “o neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no

<sup>540</sup> STRECK, Lênio. **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205.

<sup>541</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2010, p. 85.

<sup>542</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição Norte-Americana**. Marcelo Brandão Cipolla (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas Constituições contemporâneas”<sup>543</sup>.

São muitas as dificuldades em operacionalizar este que se apresenta como novo paradigma ao direito e à forma como são solucionados os conflitos sob a poderosa mão do Estado-Juiz.

O STF utiliza comumente os princípios como fundamentação em suas decisões mais polêmicas, tais como o reconhecimento da união homoafetiva na ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) nº 4.277 e ADPF (ação por descumprimento de preceito fundamental) nº 132. Segundo o Min. Celso de Mello “O STF – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares”<sup>544</sup>.

Neste mesmo sentido de priorização dos princípios, o STF decidiu, na ADIN nº 2.649, pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade do passe livre a pessoas portadoras de deficiência. Segundo o autor da ação, qual seja a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros (ABRATI), a lei nº 8.899/94 violava os princípios da ordem econômica, isonomia, livre iniciativa e direito de propriedade ao instituir o passe livre a estas pessoas. Em seu voto, a Relatora Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha invocou o princípio da solidariedade extraído do preâmbulo da Constituição e dos objetivos da República Federativa do Brasil, além dos fundamentos de cidadania e dignidade da pessoa humana para julgar improcedente tais pedidos<sup>545</sup>.

---

<sup>543</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Organizadores). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 288.

<sup>544</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 477.554-AgR, Rel. Min. Rel. Celso de Mello. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

<sup>545</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN nº 2.649. Rel. Min. Carmem Lúcia Antunes Rocha. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em 12 de Julho de 2014.



Portanto, fica demonstrado que o neoconstitucionalismo advindo deste início de século constitui-se em mais uma possível causa da viragem hermenêutica de autocontenção à proatividade judicial, ou ativismo judicial<sup>546</sup>.

Segundo NALINI: “Se ele (o juiz) já foi mero aplicador da lei, a boca pronunciadora das palavras da lei, o enfraquecimento do produto do Parlamento o converte em porta-voz do direito”<sup>547</sup>.

### **3.9 A alteração no quadro do Supremo Tribunal Federal com a progressiva saída dos Ministros indicados durante o regime militar**

Na tentativa de compreender a viragem paradigmática do STF no que pertine ao cambio de uma hermenêutica conservadora, baseada no juiz como a boca da lei e altamente restritiva no sentido da decisão de questões de cunho político para uma nova forma de julgar mais proativa e ativista, trazemos à baila o fato de que nos últimos dez anos houve uma ampla reformulação nos quadros de Ministros do Supremo Tribunal Federal com a progressiva saída dos membros indicados ainda durante o regime militar.

Fato é que uma vez nomeado pelo Presidente da República – e aprovado em sabatina pelo Senado Federal – o novo Ministro do STF goza de inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade. Por esta última garantia só deixa o cargo por vontade própria, se condenado em procedimento administrativo em caso de falta grave com direito à ampla defesa ou na aposentadoria compulsória ao completar setenta anos de idade. Destacamos que não houve em toda a história do STF Ministro afastado por falta grave, embora muitos sejam os casos de afastamento voluntário.

Fato é que com a redemocratização do Brasil tendo como marco constitucional a abertura dos trabalhos constituintes em 1987 e a promulgação da Constituição Federal em 1988 iniciou-se esta reformulação.

---

<sup>546</sup> Não é outra a análise de RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314 quando discorre: “(...) a tendência teórica auto-intitulada de neoconstitucionalismo, a despeito de padecer de inúmeras fragilidades, vem se constituindo em elemento incentivador do ativismo, por haver disseminado na doutrina brasileira, começando, agora, a influir no âmbito de nossa jurisprudência constitucional. A pricipiologização do direito, característica do moralismo jurídico, desponta como a face mais visível desse pretenso ‘pós-positivismo’ tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-se os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolatotres”.

<sup>547</sup> NALINI, José Renato. **O Poder Judiciário na Constituição de 1988**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1116.

O primeiro Presidente da República da volta ao regime democrático, qual seja José Sarney, nomeou três novos Ministros: Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.

Seu sucessor, Fernando Collor de Mello nomeou mais quatro: Marco Aurélio de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão e Francisco Rezek. O Presidente Itamar Franco nomeou Maurício Corrêa e o Presidente Fernando Henrique Cardoso nomeou Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Ferreira Mendes.

Vale ressaltar que tais alterações ocorridas até 2003, ano em que os últimos Ministros indicados pelo regime militar deixaram o STF, quais sejam os Ministros Sydney Sanches e Moreira Alves ainda não haviam surtido a viragem paradigmática na hermenêutica dos julgamentos deste Tribunal, posto que o *judicial self restraint* ainda vigia de forma inalterada.

Eis que em 2003, durante o mandato do Presidente Luís Inácio Lula da Silva houve um fato inédito na história do Brasil, qual seja a indicação e nomeação de sete Ministros (de um total de onze), quais sejam: Cezar Peluzo, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Roberto Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes da Rocha e Carlos Alberto Menezes Direito.

Em 2007, o STF contava com os Ministros: Celso de Mello, Marco Aurélio de Mello, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes da Rocha e Carlos Alberto Menezes Direito. Com esta composição, a viragem hermenêutica foi realizada e alguns pontos merecem destaque, a saber: a) A inédita inclusão de duas mulheres no STF; b) Nenhum Ministro foi titular de cargo eletivo; c) Uma composição baseada em critério técnico-jurídico; d) Desta composição – neste momento já alterada – cinco Ministros eram professores universitários na cátedra da Direito Constitucional e profundos conhecedores deste ramo do direito o que propiciou que o debate acadêmico restrito ao âmbito universitário na confecção e discussão de suas teses pudessem enfim ser aplicadas na prática das decisões judiciais.

Em 2009, por motivo de falecimento, Carlos Alberto Menezes Direito abriu vaga no STF e foi nomeado Dias Toffoli. Em 2011, Eros Grau, por motivo de aposentadoria compulsória, abriu vaga que fora ocupada por Luiz Fux. Também em Ellen Gracie pediu exoneração e foi nomeada Rosa Weber. Cezar Peluzo abriu vaga para a qual foi nomeado Teori Zavascki em 2012 e por motivo de aposentadoria compulsória Carlos Ayres Britto abriu vaga para a nomeação de Luís Roberto Barroso em 2013.

A atual composição do STF é esta: Celso de Mello, Marco Aurélio de Mello, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes da Rocha e Dias Tóffoli. Vale destacar que dos onze Ministros, o número de professores universitários aumentou consideravelmente, pois se em 2007 haviam cinco docentes, na atual composição há oito docentes o que reforça o caráter acadêmico nas decisões judiciais.

Vale ressaltar que mais uma possível causa do ativismo judicial seja que no Brasil há uma constitucionalização abrangente trazendo em seu bojo diversas matérias que antes eram reservadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, tal fato ensejaria uma maior proatividade judicial na concretização da Constituição a partir de seu texto e sem a necessidade de intermediação legislativa ordinária, fazendo da Constituição “o melhor que ela pode ser” no reconhecimento judicial de seu papel concretizador. Esta constitucionalização de direitos seria um importante estímulo ao aumento das áreas de atuação dos Tribunais por meio do poder de revisão judicial das ações legislativas e executivas utilizando-se os mecanismos de *cheks and balances*. CAPPELLETTI entende que: “As próprias leis inclusive as Constituições – quando formuladas genericamente e em termos programáticos – são, na verdade, um convite aos juízes para, legitimamente (através do legislador), colaborarem na evolução do Direito. Essa tarefa, aliás, também é entendida como um dever de democrática prestação de contas por parte do judiciário”<sup>548</sup>.

Entretanto, como antes asseverado em capítulo anterior, evanta-se a hipótese da impossibilidade de atuação judicial em invalidar decisões qualificadas como políticas, além do ato administrativo estar embasado em conhecimento ou perícia técnica próprios da Administração e estranhos ao Judiciário, portanto, o processo judicial não seria o *locus* adequado para discussão de tais temas.

Mesmo considerando não existir definição absoluta ou essencial acerca do caráter “político” ou “técnico” de uma questão, o que constitui uma fronteira indeterminável entre tais questões e aquelas “jurídicas”, entendemos que quanto maior for a margem de decisão do legislador ou administrador, menor será a possibilidade de atuação judicial haja vista o órgão judicante não poder substituir as demais funções do poder em suas típicas competências.

---

<sup>548</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 96.

### 3.10 O uso dos Tribunais pela oposição e pelos grupos de interesse.

Neste subitem investiga-se o ajuizamento de ações pelos partidos de oposição no intuito de reverter decisão legislativa majoritária, bem como dos grupos de interesse para concretizar suas bandeiras de luta. Cabe uma explicação. Desde a promulgação da atual Constituição brasileira nunca o chefe do Poder Executivo Federal governou com minoria no Congresso Nacional, posto ser imperioso lograr a maioria como apoio na aprovação de suas iniciativas. Neste contexto, a minoria tem a garantia constitucional de ser ouvida, mas nas votações, não obstante o barulho que produzam, não conseguem concretizar seus anseios pela via do processo legislativo.

Esta mesma Constituição confere aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional a legitimidade ativa para a propositura de ações diretas no Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. Portanto, basta que o partido tenha pelo menos 1 (um) deputado federal entre os 513 (quinhentos e treze) ou 1 (um) senador entre os 81 (oitenta e um) para lograr esta legitimidade. Uma vez provocado, cabe ao STF pronunciar-se sobre a matéria. Problemático é quando o STF arvora-se em competência típica do Legislador e decide contrariamente à maioria parlamentar utilizando-se um discutível fundamento arrimado em algum princípio constitucional.

Os partidos políticos, legitimados como estão para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade pelo art. 103, VIII da Constituição Federal brasileira, não encontram restrições de pertinência temática<sup>549</sup>, posto gozarem de legitimação ativa universal, neste diapasão, têm “ampla prerrogativa de impugnar qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material”<sup>550</sup>. Portanto, tanto o texto constitucional, quanto a jurisprudência do STF entendem que os partidos políticos têm o poder-dever, mediante inclusive a fiscalização de constitucionalidade pela via do controle concentrado, de zelarem pela preservação da supremacia normativa da Constituição bem como defender a integridade jurídica do ordenamento com fundamento nesta Carta Magna.

---

<sup>549</sup> “O reconhecimento da legitimidade ativa das agremiações partidárias para a instauração do controle normativo abstrato, sem as restrições decorrentes do vínculo de pertinência temática, constitui natural derivação da própria natureza e dos fins institucionais que justificam a existência, em nosso sistema normativo, dos Partidos Políticos”. ADIn 1.096/RS. Min. Rel. Celso de Mello, DJ de 22.09.1995.

<sup>550</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 1.096/RS. Min. Rel. Celso de Mello, DJ de 22.09.1995.

Os grupos de interesse também foram igualmente legitimados a ajuizar ação direta de inconstitucionalidade pelo art. 103, IX da Constituição Federal brasileira ao contemplar *in verbis*: “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”. Exige-se, entretanto, que haja pertinência temática considerando o objetivo social previsto no estatuto e o alcance da norma questionada em sua constitucionalidade<sup>551</sup>.

Não obstante a previsão constitucional, não são poucos os doutrinadores que apontam a instrumentalização do Poder Judiciário pelos grupos de interesse ou partidos minoritários ao criar um novo *locus* de decisão parlamentar ou administrativa que desloca-se de seu primigênio (e constitucional) lugar para uma nova arena sempre que não obtém êxito em suas pretensões nas arenas próprias, quais sejam legislativa e executiva. Com esta manobra, desejam lograr, por esta via transversa, os objetivos impossibilitados pelo processo de decisão majoritária, haja vista serem minoria. O Poder Judiciário apresenta-se como uma possibilidade factível da vitória da minoria sobre a maioria notadamente quando as circunstâncias favorecem a interpretação extensiva da norma jurídica pela via da utilização de princípios constitucionais. Segundo CARVALHO: “os partidos de oposição, não podendo barrar as alterações realizadas pela maioria, utilizam-se dos tribunais para frear, obstaculizar e até mesmo inviabilizar as alterações em curso”<sup>552</sup>.

Não obstante a possibilidade de ajuizar ações diretas no STF, os grupos de interesse podem se habilitar como *amicus curiae* juntando ao processo pareceres ou informações relevantes acerca da matéria em julgamento no intuito de subsidiar os Ministros do STF para que prolatem uma decisão com mais segurança e arrimo tanto na ciência jurídica, quanto nos impactos sociais e econômicos bem como sobre os reflexos de um ou outro resultado da decisão.

Vale ressaltar que há previsão legal para a realização de audiências públicas, qual seja a Lei nº 9.868/99, art. 9º e 20, com o objetivo de ouvir a opinião de diversos grupos de interesses, ou seja, ao decidir acerca da possibilidade de liberar o uso da maconha, poderiam ser ouvidos grupos dos mais variados com suas considerações e

---

<sup>551</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 1.508-7/RJ, Min. Rel. Marco Aurélio, DJ de 29.11.1996.

<sup>552</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>, p. 119, acesso em 25 de Maio de 2014.

argumentos políticos, técnicos, científicos, empíricos, religiosos, jurídicos, dentre outros.

Tal previsão legal foi materializada no julgamento da ADPF nº 54 no âmbito do STF o qual decidiu acerca da possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Naquela ocasião foram realizadas 4 (quatro) audiências públicas com a oitiva de mais de uma dezena de entidades religiosas, acadêmicos das mais variadas formações, a classe médica mediante representação do Conselho Federal de Medicina, populares, especialmente mulheres que vivenciaram esta situação, e curiosamente, até mesmo parlamentares não furtaram em contribuir nas referidas audiências.

Especificamente tratando do uso dos Tribunais pelos políticos de oposição, é cediço, pela frequência, que tais parlamentares judicializam as disputas políticas como forma de garantir seus interesses ou para conseguir que alguma política pública já aprovada pela maioria seja implementada. VIANNA e BURGOS entendem que: “a tendência contemporânea de buscar aquisição de direitos no Judiciário, contornando instituições da democracia representativa, tem sido entendida como uma patologia característica das sociedades democráticas”<sup>553</sup>. Esta prática “demonstra a tentativa de enfraquecer seus adversários, bem como revela uso estratégico da justiça para fins de curto prazo”<sup>554</sup>

Considerando o período compreendido entre 1988 a 2012<sup>555</sup>, constatamos que foram ajuizadas 4.752 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs). Deste total, 1.202 ou 25,4% foram impetradas por confederações sindicais ou entidades de classe, e 821 ou 17,3% foram propostas por partidos políticos, perfazendo um total de 2.023 ações ajuizadas ou 42,6%, portanto, há de fato a utilização desta ação judicial pelos chamados grupos de interesse e partidos políticos no sentido de lograr seus desideratos.

Tal problemática não possui fácil resolução, pois nada há de ilegal ou inconstitucional no ajuizamento destas ações, ao contrário, há previsão constitucional, portanto, as instituições majoritárias não podem impedir que uma disputa legislativa seja equacionada na arena judicial, ainda mais quando se faz presente o ativismo

---

<sup>553</sup> WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann. **Dezessete anos de judicialização da Política**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>, acesso em 16 de Junho de 2014, p. 368.

<sup>554</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas**. Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 36.

<sup>555</sup> Dados oficiais disponibilizados no endereço eletrônico do STF.

judicial, ávido em prolatar decisão com a proatividade que o caracteriza. Esta nova arena de disputa legislativa se torna cada vez mais acionada sempre que reconhece a pretensão da minoria.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) foi analisado o Índice de Confiança Social no período de 2009 a 2012 e em relação à confiança nas Instituições trouxe dados interessantes, quais sejam: Na percepção da população brasileira, o Poder Judiciário é mais confiável que o Congresso Nacional e os Partidos Políticos, posto que, em uma escala de 0 a 100 obteve 53 (2009), 53 (2010), 49 (2011) e 53 (2012) frente à 35 (2009), 38 (2010), 35 (2011) e 36 (2012) obtidos pelo Congresso Nacional e 31(2009), 33 (2010), 28 (2011) e 29 (2012) obtidos pelos Partidos Políticos<sup>556</sup>. Diante de tal estatística, percebe-se que o grau mais elevado de confiança do Poder Judicante pode ser um fator a estimular o ajuizamento de demandas embora não se possa, necessariamente, afirmar que o maior número de processos estimule o ativismo judicial. Tal fenômeno decorre muito mais de uma mudança de atitude dos magistrados ao rever seu papel na jurisdição constitucional encetada pelo neoconstitucionalismo.

A pesquisa revela, ainda, que a população em geral percebe as instituições majoritárias como inoperantes, cujos mandatos são utilizados apenas em proveito dos próprios mandatários, que também são, frequentemente, associados à corrupção e negócios escusos. Por outro lado, a magistratura goza de melhor reputação, honestidade e expertise, haja vista a existência de rigorosa seleção por critérios eminentemente técnicos, são fatores de legitimação da expansão da atuação do Poder Judiciário.

Do uso dos Tribunais pelos grupos de interesse e partidos políticos decorre a transferência para o âmbito judicial de questões políticas controvertidas e que não são enfrentadas pelo Executivo e Legislativo, pois trazem desgaste político perante a opinião pública. Nesse diapasão, ao recorrer à formulação proposta por TATE<sup>557</sup>, verifica-se que diante de um custo político muito alto com a possibilidade no comprometimento da carreira política haja vista a natureza e complexidade das questões

---

<sup>556</sup> Os dados podem ser verificados no endereço eletrônico: [http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ICS\\_portugues\\_.pdf](http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ICS_portugues_.pdf). Acesso em 17 de Julho de 2014.

<sup>557</sup> VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University. 1995, p. 32.

exigirem decisões impopulares, as instituições majoritárias naturalmente delegam estas decisões ao Poder Judiciário. Segundo GARAPON:

Não é que o juiz tenha se transformado num novo ator político, mas foram os políticos que perderam sua imunidade em relação à justiça. [...] A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo de uma transformação da democracia<sup>558</sup>.

Ainda segundo GARAPON:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos<sup>559</sup>.

HIRSCHL denomina de “juristocracia” (*juristocracy*) a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário.

Tal autor, partindo do neoconstitucionalismo, constata que a judicialização promove o “entrenchamento constitucional de direitos” (*constitutional entrenchment of rights*), porque o Executivo e o Legislativo podem provocar o Judiciário para que decida temas controversos e polêmicos com base na Constituição<sup>560</sup>, desta forma, Executivo e Legislativo não seriam responsáveis pela adoção de medidas impopulares e evitaria desgaste político na busca por apoio parlamentar para aprovação de determinadas matérias.

Concordamos com CAMPILONGO discorre que: “os grupos sociais têm percebido o Judiciário como um ‘locus’ essencial da afirmação desses direitos e superação desse *déficit*. Trata-se, evidentemente, de uma sinalização do cidadão no sentido da legitimação da magistratura”<sup>561</sup>.

Por fim, destacamos que as condições políticas necessárias à concretização da judicialização da política estão todas presentes na realidade brasileira, as quais, na doutrina de TATE e VALLINDER seriam: a) a democracia; b) a separação dos poderes;

<sup>558</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas**. Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 35/39.

<sup>559</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas**. Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio De Janeiro: Revan, 2001, p. 48.

<sup>560</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 44.

<sup>561</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça, (org.) José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32.



c) os direitos políticos; d) a utilização dos tribunais por grupos de interesse; e) o uso dos tribunais pelos partidos de oposição; f) a ineficiência das Instituições majoritárias; g) a delegação de assuntos pelas Instituições majoritárias<sup>562</sup>.

---

<sup>562</sup> VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University. 1995.

## CAPÍTULO 4

### **Conseqüências do adversarismo entre os demais poderes e o Judiciário: reações legislativas às decisões ativistas do STF e problemas de governabilidade**

Na Câmara dos Deputados, em reação ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, e como forma de manutenção dos espaços de poder e delimitação de competência, em atitude que reforça a tese de que a leitura vetusta da separação dos poderes promove o adversarismo em detrimento da cooperação dialogal, encontram-se em tramitação as Propostas de Emendas Constitucionais (PECs) que tentam, via de regra, mitigar a intervenção do Supremo Tribunal Federal nas decisões políticas ou da intervenção judicial na esfera de competência dos poderes Executivo e Legislativo. Considerando o peso e a importância das discussões listamos as seguintes:

a) Projeto de Emenda Constitucional nº 3/2011: ampliação do poder político do Legislativo sobre o Poder Judiciário;

b) Projeto de Emenda Constitucional nº 33/2011: sujeitar a eficácia de certas decisões do STF à aprovação pelo Congresso Nacional;

c) Projeto de Emenda Constitucional nº 45/2011: Estabelece que os Membros das próprias instituições irão escolher e nomear os novos integrantes,

d) Projeto de Emenda Constitucional nº 143/2012: dispõe sobre a forma de escolha e a fixação de mandato de sete anos para Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Contas da União e dos Estados,

e) Projeto de Emenda Constitucional nº 161/2012: Acrescenta parágrafo ao art. 101 da Constituição Federal para estabelecer prazo de mandato para os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

f) Projeto de Emenda Constitucional nº 227/2012: altera o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

g) Projeto de Emenda Constitucional nº 275/2013: Cria a Corte Constitucional, altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e altera a composição do Conselho Nacional de Justiça,

h) Projeto de Emenda Constitucional nº 378/2014: institui mandato com duração de 10 anos, vedando a recondução para os Ministros do STF, TCU e TCE e modifica forma de investidura no STF.

Esta prática não é nova no constitucionalismo brasileiro haja vista ser comum ao Congresso Nacional, quando não concorda com decisões prolatadas pelo STF, a aprovação de uma emenda à Constituição no sentido de prevalecer a interpretação da Constituição pelo Legislativo, como se pode observar, por exemplo, com a Emenda Constitucional nº 29/2000 a qual permitiu a progressividade fiscal do IPTU após decisão em sentido contrário prolatada pelo STF; A Emenda Constitucional nº 39/2002 a qual autorizou os Municípios a criar a “contribuição” de iluminação pública após o STF ter decidido pela inconstitucionalidade das “taxas” de iluminação pública.

É importante ressaltar que a proposta de emenda constitucional (PEC), por força do Art. 60, incisos I a III da Constituição Federal de 1988 tem como legitimados a propô-la: “I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal”; “II - do Presidente da República”; “III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros”, portanto, todas as PECs que serão analisadas a seguir foram propostas por, no mínimo, um terço dos Deputados Federais, que no Brasil, corresponde a 171 (cento e setenta e um) de um total de 513 (Quinhentos e treze). Há, desta forma, um forte argumento de descontentamento institucional pelo Legislativo deste atuar proativo e ativista do Judiciário.

#### **4.1 Projeto de Emenda Constitucional nº 3/2011: ampliação do poder político do Legislativo sobre o Poder Judiciário**

O Deputado Nazareno Fonteles do PT/PI apresentou esta proposta de emenda constitucional em 10/02/2011 e visa dar nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal, qual seja o estabelecimento da competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

A justificativa desta proposição de emenda está assentada na ampliação do controle político de constitucionalidade diante do Poder Executivo e do Poder

Judiciário. O proponente tenta demonstrar que há uma lacuna no inciso V, do art. 49, conduzindo a uma desigualdade nas relações do Poder Legislativo com os outros Poderes, ou seja, na atualidade, o Poder Legislativo pode sustar atos do Poder Executivo, entretanto não pode fazê-lo em relação aos atos normativos do Poder Judiciário. Esta Emenda visa, pois, preencher essa lacuna e corrigir essa desigualdade, contribuindo assim para o equilíbrio entre os três Poderes.

Nas palavras do supramencionado Deputado:

Como podemos observar, a redação que estamos apresentando para o inciso V, do art. 49, é congruente e coerente com a redação já existente no inciso XI, do referido artigo<sup>563</sup>. Ou seja, a substituição da expressão “do Poder Executivo” por “dos outros poderes”. Assim, nada mais razoável que o Congresso Nacional passe também a poder sustar atos normativos viciados emanados do Poder Judiciário, como já o faz em relação ao Poder Executivo. Com isso estaremos garantindo de modo mais completo a independência e harmonia dos Poderes, conforme previsto no art. 2º da CF<sup>564</sup>.

Por fim, entende que “regras claras sobre o funcionamento harmônico e independente dos poderes fortalece o regime democrático, evitando que ocorram, com frequência, conflitos de competência entre os mesmos e o conseqüente desgaste de suas imagens perante a opinião pública”.

Conforme o teor da alteração proposta, a redação do Art. 49, V da Constituição seria: “sustar os atos normativos<sup>565</sup> dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar<sup>566</sup> ou dos limites de delegação legislativa”.

---

<sup>563</sup> Qual seja a redação do Art. 49, XI da CRFB/88: “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

<sup>564</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=8FEFDA6DBC351EF1C95BE51CBE54C7E4.proposicoesWeb2?codteor=839055&filename=PEC+3/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8FEFDA6DBC351EF1C95BE51CBE54C7E4.proposicoesWeb2?codteor=839055&filename=PEC+3/2011). Acesso em 22 de janeiro de 2014.

<sup>565</sup> Entende-se por “atos normativos” aqueles emanados pela Administração Pública com conteúdos análogos aos das leis, cuja diferença em relação á lei seria o fato de que os atos não podem inovar o ordenamento jurídico, portanto não podem criar para os administrados direito ou obrigações que não se encontrem previamente estabelecidos em uma lei, deste modo não criam direito novo (ex: decretos regulamentares e as instruções normativas).

<sup>566</sup> É um poder administrativo no exercício de função subordinada, qualquer que seja seu objeto, é, portanto, limitado e não inova a ordem jurídica.

Tal mudança sinaliza uma reação do Poder Legislativo em demarcar espaços de poder ao avançar o controle político de constitucionalidade também para os atos do Poder Judiciário.

Na verdade o objetivo é tentar evitar uma interpretação diversa do enunciado normativo constitucional por parte do Poder Judiciário em atitude ativista, mas não qualquer expressão do ativismo judicial, trata-se de combater um tipo específico qual seja aquele que fora praticado pelo abusivo exercício do poder regulamentar, como, por exemplo, as resoluções com efeito *erga omnes* arrimadas no Código Eleitoral, momento no qual o Judiciário atuou como legislador ativo ao suprimir direitos e criar ritos processuais como fora a Resolução nº 22.610<sup>567</sup>.

Nesse diapasão, as atividades típicas do Poder Judiciário não seriam de modo algum mitigadas pelo Legislativo, haja vista não ser objeto da supramencionada PEC 3/2011 o tolhimento aos acórdãos, sentenças, ou outro ato típico do Poder Judiciário, mas apenas os atos normativos atípicos e não jurisdicionais.

O próprio texto do projeto deixa claro esta pretensão quando utiliza expressões como “que exorbitem do poder regulamentar” e “dos limites da delegação legislativa”<sup>568</sup>, portanto, há uma clara intenção em controlar as decisões do Poder Judiciário no que pertine às competências administrativas e/ou regulamentares atribuídas atipicamente a este Poder e de maneira alguma mitigar sua competência judicante em suas funções típicas, portanto, esta PEC não tem o desiderato de permitir que o Legislativo venha a cassar decisões jurisdicionais típicas do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante os argumentos supramencionados, a Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Distrito Federal (OAB/DF) em sua Comissão de Assuntos

---

<sup>567</sup> IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes. **PEC nº 3/2011. Um salutar freio ao ativismo judicial predatório ou um retrocesso a efetivação das garantias fundamentais desprestigiadas pelo legislador.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11728&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11728&revista_caderno=9)>. Acesso em dez 2014.

<sup>568</sup> Esta percepção é compartilhada por COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Congresso quer limitar os poderes do STF?** Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/congresso-quer-limitar-os-poderes-do-stf>. Acesso em 16 de Outubro de 2014 ao asseverar: “não é qualquer “ato normativo” que pode ser suspenso com base na competência do art. 49, V. É necessário que tais atos ou desempenhem função regulamentar ou sejam resultado de um delegação feita pelo Congresso (no que se incluiria a delegação para a edição de regulamento – art. 84, IV – ou mesmo a edição de lei delegada – art. 68)”.

Constitucionais, considerou que: “os efeitos da Proposta podem acarretar um retrocesso quanto ao ideal de Estado Democrático de Direito, também podendo enfraquecer a independência e harmonia que deve existir entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”<sup>569</sup>. IGNÁCIO JÚNIOR discorda deste entendimento ao asseverar: “Pela redação original da PEC 03/2011, não vislumbramos ofensa a separação dos poderes, eis que não se esta alvejando atividade fim quer do Poder Judiciário, Executivo ou de outros órgãos, mas sim a atividade atípica, regulamentar, desde que excedente às suas metas, o que avistamos infelizmente cada vez mais”<sup>570</sup>.

É *mister* lembrarmos que este mesmo artifício, qual seja a demarcação de espaços de poder, já fora objeto de investigação na confecção desta tese ainda no primeiro capítulo (subitem 1.11) quando analisamos a pretensão dos Ministros GILMAR FERREIRA MENDES e EROS ROBERTO GRAU de, escudados no instituto da mutação constitucional, conferir mudança no texto constitucional para dotar de eficácia *erga omnes* as decisões de inconstitucionalidade pela via concreta<sup>571</sup>, posto que os efeitos são *inter partes* cabendo ao Senado Federal, por força do artigo 52, X: “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, logo, no direito brasileiro, até que o Senado Federal suspenda o determinado dispositivo da lei, por meio de resolução suspensiva, ele permanece vigente haja vista a decisão ter sido proferida em controle difuso, mas nos votos dos referidos Ministros caberia ao Senado tão somente “dar publicidade da decisão de inconstitucionalidade”. Tal suspensão pelo Senado não é obrigatória e o STF não tem competência para determiná-la, portanto, nem sempre quando o STF determinar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso haverá a suspensão da execução pelo Senado<sup>572</sup>.

<sup>569</sup> Brasil. Ordem dos Advogados do Brasil – DF. **Nota Pública: OAB/DF quer amplo debate sobre PEC 3/2011**. Disponível em <http://www.oabdf.org.br/noticias/nota-publica-oabdf-quer-amplo-debate-sobre-pec-32011/#.VJ7IssAHA>. Acesso em 14 de Novembro de 2014.

<sup>570</sup> IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes. **PEC nº 3/2011. Um salutar freio ao ativismo judicial predatório ou um retrocesso a efetivação das garantias fundamentais desprestigiadas pelo legislador**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11728&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11728&revista_caderno=9)>. Acesso em dez 2014.

<sup>571</sup> Conforme os autos da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>572</sup> Há inclusive precedente, segundo BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129: “O Senado, como regra, suspende a execução do ato

Perceba-se a busca na delimitação de espaços de poder pautada pelo adversarismo institucional e uma resposta ao galopante ativismo judicial. Tal proposta foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 25.04.2012 e encontra-se “aguardando Criação de Comissão Temporária pela Mesa da Câmara”.

Acerca desta aprovação na comissão mais importante da Câmara, qual seja aquela que analisa a adequação do projeto ao texto da Constituição vigente, STRECK entende que:

Não é difícil perceber que esse sucesso inicial da referida PEC na CCJ da Câmara representa um sintoma da patologia que vem se alastrando no Judiciário brasileiro. Trata-se de um “troco” do Legislativo ao Judiciário... Sintomas, à evidência, do “estado de natureza interpretativo” que se estabeleceu no Judiciário de *terrae brasilis*, onde cada um decide como quer, inventam-se princípios, aplicam-se teses sem contexto, além da “escolha” que Tribunais fazem acerca de “cumprir a lei ou não cumprir a lei”... Isso para dizer o mínimo<sup>573</sup>.

Em sua doutrina, QUINTAS assevera, referindo-se às PECs 3/2011 e 33/2011, que: “As PECs em destaque buscam, segundo as justificativas apresentadas, valorizar o papel do Poder Legislativo no debate das questões políticas e constitucionais relevantes e induzir o diálogo institucional entre os Poderes”<sup>574</sup>. Discorda desta tese STRECK, para quem “o Legislativo, como no exegetismo<sup>575</sup> francês do século XIX, é que passaria

---

declarado inconstitucional. Há, contudo, precedente de não-suspensão: no caso do art. 9º da Lei nº 7.689/1998, que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Referido dispositivo teve sua inconstitucionalidade declarada incidentemente no RE 150.764-PE, por maioria apertada. O Senado Federal foi comunicado da decisão em ofício de 16 de abril de 1993. A matéria foi apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça, que se manifestou pela não suspensão da norma, em parecer terminativo de 28 de outubro de 1993. Não houve recurso contra essa decisão, que se tornou definitiva em 5 de novembro de 1993, tendo sido comunicada à Presidência da República e ao Presidente do STF no dia 18 do mesmo mês”.

<sup>573</sup> STRECK, Lênio Luiz. **A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 13 de Novembro de 2014.

<sup>574</sup> QUINTAS, Fábio Lima. **Poder do Legislador para sustar decisões do Supremo**. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-08/observatorio-constitucional-poder-legislador-sustar-decisao-stf>, acesso em 12 de Novembro de 2014.

<sup>575</sup> A Escola da Exegese defendia que a atividade dos juízes seria pautada pelo método gramatical no sentido de encontrar a vontade geral contida na lei cuja interpretação estava cingida à busca da *voluntas legislatoris* ou da *voluntas legis*. Este entendimento já encontra-se superado haja vista a impossibilidade em se descobrir “o verdadeiro sentido” da norma ou a “vontade” escondida da norma ou do legislador. Cf: NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.29.

a cuidar da perfeita obediência à “letra da lei”<sup>576</sup>. VELLOSO concorda com os argumentos de STRECK enfatizando ser esta PEC um atentado à democracia e defendendo que a mesma diminui o Judiciário e é inconstitucional<sup>577</sup>.

A proposta de emenda ora analisada dialoga com a doutrina de VIEIRA<sup>578</sup> no sentido de atenuar a bradada ilegitimidade do Judiciário na anulação de atos legislativos, pois: “seria a redistribuição das competências do Supremo. Este não pode continuar atuando como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado”. Deste modo, a PEC em análise contribuiria no equacionamento da falta de legitimidade do Judiciário na realização de trabalho hermenêutico ilimitado em matéria constitucional. STRECK mais uma vez, na contramão desses argumentos, expõe ser necessário a problematização dos limites interpretativos no sentido de construir anteparos para a atividade judicante, mas que tais limites não devem ser realizados mediante um controle político do Judiciário e sim mediante um controle hermenêutico das decisões judiciais. Em suas palavras: “para resolver os problemas do ativismo judicial, da vontade de poder (*Wille zur Macht*) ou do voluntarismo, não precisamos voltar ao hermetismo do século XIX, como querem os parlamentares que aprova(ra)m a PEC nº 3 na CCJ”<sup>579</sup>.

Mesmo com a preocupação da OAB/DF, para quem: “a pretensão da PEC de restringir o exercício da jurisdição constitucional no Brasil, ou, pelo menos, de tentar afastar dos debates judiciais temas que outrora estavam afetados, exclusivamente, ao campo da política, vai de encontro à própria evolução da jurisdição constitucional, e esbarra diretamente no princípio da separação dos poderes”<sup>580</sup>, entendemos que esta PEC deve conduzir a uma maior comunicação entre os poderes mitigando as tensões entre eles.

---

<sup>576</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Poder Legislativo não deve revogar decisões judiciais**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>. Acesso em 13 de Novembro de 2014.

<sup>577</sup> VELLOSO, Gabriel. **PEC 3/2011 é inconstitucional e diminui Judiciário**. Disponível em: <http://politicacidadaniaedignidade.blogspot.com.br/2011/03/pec-32011-e-inconstitucional-e-diminui.html>. Acesso em 23 de Outubro de 2014.

<sup>578</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista Direito GV, 2008, p. 442.

<sup>579</sup> STRECK, Lênio Luiz. **A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 13 de Novembro de 2014.

<sup>580</sup> Brasil. Ordem dos Advogados do Brasil – DF. **Nota Pública: OAB/DF quer amplo debate sobre PEC 3/2011**. Disponível em <http://www.oabdf.org.br/noticias/nota-publica-oabdf-quer-amplo-debate-sobre-pec-32011/#.VJ7IssAHA>. Acesso em 14 de Novembro de 2014.



É com urgência que verificamos a necessidade de implementação de diálogos institucionais mais estreitos e de maior cooperação na esfera pública e talvez esta PEC provoque maior aproximação e condições de diálogo. MOREIRA<sup>581</sup> entende que esta PEC atribui mais um capítulo à separação dos poderes ao introduzir legitimidade ao ato decisório e afirma que: “se o Parlamento tem a prerrogativa de derrubar veto da Presidência da República, poderia/deveria também realizar a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade”, em sua doutrina defende que esta medida “devolveria legitimidade ao ordenamento jurídico, tornando efetiva a relação entre Direito e Política”<sup>582</sup>.

FRANCO BAHIA discorda de MOREIRA e também vislumbra que o Legislativo deseja imiscuir-se não apenas nos atos normativos como função atípica do Judiciário, mas sobretudo nas decisões judiciais ao asseverar:

O argumento de que a mudança não implicará a reforma de decisões judiciais – mas apenas possibilitará a revisão de atos praticados pelo STF no exercício de suas competências impróprias de regulamentação –, busca tão somente revestir com capa de sentido os verdadeiros interesses subjacentes às propostas, denunciados pelo contexto em que elas foram feitas<sup>583</sup>.

Para o autor supramencionado, o fato do Deputado proponente ter reclamado da crescente interferência do Judiciário em área de competência do Poder Legislativo quando interpreta algumas leis já demonstra quais são as suas intenções na propositura da referida PEC, qual seja a de: “refrear a atuação do Judiciário – para que ele deixe de alterar o entendimento do Congresso Nacional em relação às normas em vigor e deixe de cassar decisões judiciais que contrariem valores ético-políticos, interesses econômicos ou juízos morais de setores sociais que adquiriram representatividade no Poder Legislativo”<sup>584</sup>.

<sup>581</sup> MOREIRA, Luiz. **A PEC 3/2011 ou da Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/artigos/3480-a-pec-3-2011-ou-da-revisao-parlamentar-do-controle-de-constitucionalidade>. Acesso em 22 de Novembro de 2014.

<sup>582</sup> Vale uma ressalva. A PEC em análise em nenhum momento pretendeu – a menos que estejamos sendo ingênuos – a revisão legislativa de decisões típicas do Judiciário.

<sup>583</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **A revogabilidade política das decisões do STF: a vulnerabilização na tutela dos direitos fundamentais e o especial prejuízo aos grupos LGBT**. In: Revista de informação legislativa, v. 50, n. 199, p. 55-75, jul./set. 2013.

<sup>584</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **A revogabilidade política das decisões do STF: a vulnerabilização na tutela dos direitos fundamentais e o especial prejuízo aos grupos LGBT**. In: Revista de informação legislativa, v. 50, n. 199, p. 55-75, jul./set. 2013.

Urge verificar que tanto BAHIA quanto STRECK fazem uma digressão histórica no sentido de perceber com a propositura desta PEC uma espécie de volta ao passado, mais precisamente a Constituição Brasileira de 1937, ditatorial, que em seu art. 96 determinava:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Não obstante os interessantes argumentos doutrinários contrários à proposição e ao conteúdo desta PEC, entendemos que a mesma representa uma reação do Poder Legislativo face ao crescente ativismo judicial, que figura-se como contraponto necessário no entendimento (e estabelecimento) de limites ao referido ativismo e que provoca possibilidades de diálogo interinstitucional.

Reforçamos o dantes asseverado. Na verdade o objetivo é tentar evitar uma interpretação diversa do enunciado normativo constitucional por parte do Poder Judiciário em atitude ativista, mas não qualquer expressão do ativismo judicial, trata-se de combater um tipo específico qual seja aquele que fora praticado pelo abusivo exercício do poder regulamentar, como, por exemplo, as resoluções com efeito *erga omnes* arriadas no Código Eleitoral, momento no qual o Judiciário atuou como legislador ativo ao suprimir direitos e criar ritos processuais como fora a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nº 22.610<sup>585</sup>.

Com a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nº 22.610, mediante ato normativo, o Judiciário exorbitou os limites regulamentares e inovou no ordenamento jurídico, criando uma verdadeira emenda à Constituição.

Tal resolução resolveu disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, criando normas de fidelidade partidária e

---

<sup>585</sup> IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes. **PEC nº 3/2011. Um salutar freio ao ativismo judicial predatório ou um retrocesso a efetivação das garantias fundamentais desprestigiadas pelo legislador.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11728&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11728&revista_caderno=9)>. Acesso em dez 2014.

perda do cargo que não foram estabelecidas pela Constituição, portanto, uma inovação constitucional. Logo no início, o TSE fundamenta sua competência no art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604.

É justamente para frear o crescente ativismo que invade questões de mega política ou política pura<sup>586</sup>, que esta PEC foi proposta. A mesma ainda poderá alcançar outro objetivo que nos parece essencial, qual seja, promover o diálogo interinstitucional.

Neste sentido concordamos com MAUS: “quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instancia moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social”<sup>587</sup>.

#### **4.2 Projeto de Emenda Constitucional nº 33/2011: sujeitar a eficácia de certas decisões do STF à aprovação pelo Congresso Nacional.**

Também da lavra do Deputado Nazareno Fonteles do PT/PI, houve a apresentação da proposta de emenda constitucional nº 33/2011<sup>588</sup>, em 25/05/2011, visando alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis e condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo, além de submeter ao Congresso Nacional as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal, determinando que a decisão final do STF neste caso não produzirão imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

---

<sup>586</sup> No sentido dado por HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

<sup>587</sup> MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã**. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE nº 11, Recife: Editora da UFPE, 2000, p. 125.

<sup>588</sup> Segundo MORAES, Alexandre de. **A PEC 33/2011 cria uma guerrilha institucional inútil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/justica-comentada-pec-332011-cria-guerrilha-institucional-inutil>> Acesso em: 12 de Novembro 2014.

Eis mais uma proposta de emenda em reação ao ativismo judicial<sup>589</sup> e promotora do conflito interinstitucional, posto que fora apresentada 20 (vinte) dias após a decisão do STF julgando a ADIn nº 4277 e a ADPF nº 132 nas quais foram reconhecidas a união estável para casais de mesmo sexo.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, em 24 de abril de 2013, emitiu parecer opinando pela admissibilidade da PEC 33/11, nos termos do voto do Relator, Deputado João Campos no mesmo dia em que no STF o Ministro Gilmar Ferreira Mendes deferiu uma medida liminar em mandado de segurança contra o Projeto de Lei nº 4.470/2012 do Senado Federal determinando que: “a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”. Eis o cenário do conflito<sup>590</sup>.

Os temores da doutrina em relação à propositura da PEC 3/2011 se concretizaram com a PEC 33/2011, qual seja a tentativa de frear o ativismo judicial com a intervenção do Poder Legislativo em decisões típicas do Poder Judiciário.

Na justificativa da propositura desta proposta de emenda o supramencionado Deputado discorreu acerca do notório protagonismo do Poder Judiciário, em especial do STF e fez distinção entre a “judicialização das relações sociais e o ativismo judicial”.

Acerca da primeira entende ser decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil, pois é uma Constituição do tipo analítica. Conceitua ativismo judicial entendendo-o como um comportamento, “um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário o qual, adotando essa postura,

---

<sup>589</sup> Nas palavras do Deputado proponente: “Já é hora, pois, de superarmos o argumento de que os legisladores são menos aptos a tratar dos direitos da minoria por serem suscetíveis às pressões da maioria. Afinal, são os próprios parlamentares que na Constituição e nas leis ordinárias consignaram tais direitos. Alega-se também que as maiorias legislativas são passageiras e circunstanciais, sendo natural o papel do Judiciário enfrentar, por não delas depender, as correntes majoritárias. Esse argumento falacioso menoscaba o Poder Legislativo, pregando-lhe a pecha de incapaz e inconseqüente”.

<sup>590</sup> Segundo BERCOVICI, Gilberto & LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011**. In: Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013: “É necessário esclarecer que democracia é conflito. A maturidade de uma democracia política é aferida exatamente pela capacidade de seu sistema constitucional em resolver os conflitos sem que tal resolução venha a seduzir setores da mesma sociedade a pensarem em alternativas fora da democracia, fora da disputa política legitimada pelo poder constituinte, como é o caso do Brasil e de sua constituição dirigente”.

vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador”.

Continua seu arrazoado exemplificando os casos de ativismo judicial no Brasil, quais sejam:

a) o caso da fidelidade partidária criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar em adição às enumeradas no art. 55, sem que houvesse qualquer menção expressa no texto constitucional relacionada à sanção por infidelidade partidária;

b) A extensão da vedação do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, por meio de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso;

c) A controversa verticalização das coligações partidárias, estabelecida por Resolução do TSE<sup>591</sup> – aprovada a menos de sete meses das eleições de 2002 e outros casos de claro ativismo judicial.

O Congresso Nacional em reação a essa inovação jurídica aprovou a Emenda Constitucional nº 52/2006 clarificando a vontade de legislador, dando liberdade aos partidos na formação de coligações. Embora as Resoluções do TSE e a Emenda à Constituição tenham sido aprovados a menos de um ano da eleição, o STF entendeu que apenas a Emenda à Constituição devia observância ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF/88; art. 16)<sup>592</sup>. Esse caso é um verdadeiro paradigma do ativismo e da insegurança jurídica fundamentados no poder regulamentar de que dispõe a Justiça Eleitoral para tão somente administrar eleições, na visão do Deputado proponente<sup>593</sup>.

Em resumo, os argumentos da proposta repousam no fato de: a) ativismo judicial no STF deslocar questões relevantes do âmbito do Legislativo para o Judiciário, sem que haja legitimidade democrática e, com isso, violando a separação dos poderes e a soberania do povo; b) A atuação do STF como legislador positivo e, portanto, ultrapassando sua competência determinada na Constituição; c) O argumento que a súmula vinculante transformou-se em instituto eivado de inconstitucionalidade posto

---

<sup>591</sup> Resolução TSE nº 20.993, de 26.02.2002; e Resolução nº 21.002, de 15.03.2002.

<sup>592</sup> Tal medida gerou as ADINs nº 2628-3 e 2626-74 propostas pelos partidos: PFL, PCdoB, PL, PT, PSB e PPS contra a Resolução do TSE, entretanto, o STF não apreciou o mérito das ações, pois sequer as conheceu.

<sup>593</sup> Tal Resolução poderia ser suspensa pelo Congresso Nacional caso a PEC 3/2011 fosse promulgada.

que, ao possuir força de lei, permitiria ao STF sobrepor de ofício a competência do Congresso.

Portanto, observamos que a justificativa do Legislativo para aprovação da PEC nº 33 é restaurar o equilíbrio entre os poderes<sup>594</sup>, fortalecendo o Poder Legislativo e sua competência legislativa plena; ademais, visa reconstruir os mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade.

Para lograr este desiderato propõe:

a) O aumento da maioria qualificada para declarar a inconstitucionalidade de lei aprovada no Legislativo, ou seja, de maioria absoluta para 4/5 (quatro quintos) dos membros do STF, o que resultaria no aumento de 6 (seis) para 9 (nove) Ministros, para que haja, nas palavras do Deputado proponente: “nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte”;

b) Condicionar o efeito vinculante das súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo em sessão conjunta do Congresso Nacional;

c) Submissão ao Congresso Nacional da decisão sobre a inconstitucionalidade material de Emendas à Constituição e, caso o Congresso Nacional não aprove a decisão do STF, submeteria a controvérsia à consulta popular.

Não obstante a evidente reação do Poder Legislativo para obstar o avanço do ativismo judicial, outros elementos importantes podem ser encontrados nas palavras do deputado proponente, qual seja:

Observamos que a elaboração de uma súmula vinculante, na qual o STF enuncia seu entendimento sobre questões constitucionais concretas e reiteradamente decididas, não tem natureza jurisdicional e, portanto, a presente proposição não viola o princípio da separação de poderes. Essa medida, além de representar o cumprimento do que determina o art. 49, XI, da Constituição Federal ao Congresso Nacional – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes -, deve induzir o

---

<sup>594</sup> O Deputado Nazareno Fonteles do PT/PI afirmou em sua justificativa que a súmula vinculante vem sendo utilizada pelo STF como um “cheque em branco”, além de Além de não estar seguindo as regras postas à sua disposição pelo Congresso Nacional. Ainda segundo o parlamentar, cumpre ao Poder Legislativo rever as regras desse importante instrumento de racionalização das decisões judiciais, como forma de preservação de suas competências legislativas.

necessário (e hoje inexistente) diálogo institucional entre os Poderes da República<sup>595</sup>.

Em seus argumentos podemos identificar pelo menos três que denotam o entendimento do Legislativo frente ao ativismo, quais sejam: a) A proposta de emenda constitucional não violaria a separação dos poderes porque a elaboração da súmula vinculante não tem natureza jurisdicional; b) A proposta zela pelo fiel cumprimento da Constituição ao concretizar o art. 49, XI que dispõe: “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes” e c) A proposta tem o condão de induzir o diálogo entre os poderes.

Observe-se que o primeiro argumento está em dissonância com o arcabouço contudístico construído ao longo do tempo e da história da jurisdição constitucional, haja vista que as decisões do STF têm natureza jurisdicional, embora *a priori* não seria uma evidente afronta à separação dos poderes, mas uma nova configuração considerando se tratar do trabalho do constituinte derivado e a participação popular.

O segundo argumento representa uma tentativa de delimitar espaços de poder e recuperar uma “reserva de legislação” face aos demais poderes.

O terceiro argumento é deveras interessante, pois representa uma forma de superação da relação adversarial entre os poderes, qual seja o diálogo interinstitucional, tema este que será analisado no próximo capítulo. Nas palavras do deputado proponente: “Tal anomalia (ativismo judicial) precisa ser corrigida por mecanismos que fomentem o diálogo institucional entre os Poderes. É, portanto, o que se propõe, sem buscar suprimir qualquer parcela, ínfima que seja, da competência dos Poderes da República”. E ainda: “A presente Proposta de Emenda à Constituição pretende, insistimos, fomentar o diálogo institucional mediante a valorização do papel do Poder Legislativo, muito caro à democracia, e que traz consigo a insubstituível legitimidade da escolha popular”.

A proposta, em síntese, propõe uma revisão da sistemática de aprovação de súmulas vinculantes e do modelo de controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal com o intuito de aumentar a participação do Poder Legislativo.

---

<sup>595</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011), acesso em 22 de janeiro de 2014.

O deputado Nazareno Fonteles PT/PI tece, ainda, duras críticas ao ativismo judicial, o que denota não apenas seu posicionamento ou de seu partido, mas do próprio Poder Legislativo, incomodado com o avanço do Judiciário, em suas palavras:

O Poder Judiciário brasileiro tem, com efeito, lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade. Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do panprincipiologismo<sup>596</sup>.

Com esta PEC, o Legislativo demonstra seu incômodo com as decisões ativistas, entende que as mesmas representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes ao passo que entende ser imprescindível o estabelecimento de um diálogo interinstitucional. MORAES entende que a aprovação final deste projeto de emenda constitucional:

Configuraria ostensivo mecanismo de controle externo à atividade do Poder Judiciário, incabível em nosso ordenamento jurídico, pois possibilitaria ao Congresso Nacional a fiscalização e sustação dos atos normativos editados por aquele poder, sejam aqueles editados no exercício do poder normativo primário (atos do Conselho Nacional de Justiça, regimentos dos tribunais), sejam aqueles editados a partir de consolidação de interpretação constitucional legítima (resoluções do TSE); além de gerar direta ingerência do Legislativo no exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal<sup>597</sup>.

ARABI entende que: ““(…) não obstante as críticas que se possam fazer à PEC sob análise, é ela um movimento forte e que se coloca dentro de um quadro maior de fortes críticas ao Poder Judiciário e à sua atuação”<sup>598</sup>.

Este é um claro exemplo de manutenção de espaços de poder e reação ao ativismo judicial. Com esta proposição, o Legislativo tenta criar um controle externo ao

<sup>596</sup> Utilizando expressão de STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011 para designar o uso aleatório e descompromissado dos princípios constitucionais.

<sup>597</sup> MORAES, Alexandre de. **A PEC 33/2011 cria uma guerrilha institucional inútil**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/justica-comentada-pec-332011-cria-guerrilha-institucional-inutil>. Acesso em 23 de Outubro de 2014.

<sup>598</sup> ARABI, Abhner Youssif Mota. **Ascensão do Judiciário e tensão institucional: judicialização, ativismo e reação do Poder Legislativo (PEC 33/2011)**. Brasília, Câmara dos Deputados, Revista E-Legis. Nº 10. Jan./Abr. 2013. Disponível em: <http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/127>. Acesso em 10 de Outubro de 2014.



Poder Judiciário no sentido de permitir a intervenção do Congresso em matéria jurisdicional, e desta forma provocar um diálogo interinstitucional<sup>599</sup>.

Mesmo parte da doutrina asseverar que a PEC 33/2011 encontra-se eivada de inconstitucionalidade posto que adentra em competência constitucionalmente estabelecida ao STF e, mitigando esta determinação, afronta as cláusulas pétreas no que pertine a separação dos poderes, entendemos que a mesma traz à baila uma discussão interessante acerca dos limites democráticos das decisões e os limites de cada Poder conferidos pela Constituição Federal.

Uma emenda à Constituição é aprovada pelas duas casas legislativas que compõem o Congresso Nacional (Câmara e Senado) em *quorum* de três quintos dos membros em dois turnos de discussão e votação, investidos do Poder Constituinte Derivado. Tal fato deve ser considerado. O STF é o guardião da Constituição e deve zelar pelo fiel cumprimento de suas normas, inclusive declarando a inconstitucionalidade de emenda à Constituição quando a mesma afrontar os limites impostos pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Constituinte Derivado. Havendo desacordo, ou seja, o Congresso Nacional entendendo que sua atuação está cingida aos limites impostos e, em contraposição, o STF entender que houve afronta ao texto constitucional, é cediço entre a doutrina que prevalecerá este último.

A PEC 33/2011 acrescenta um novo elemento, qual seja a participação popular. Por mais estranho que pareça a redação é a seguinte:

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que,

---

<sup>599</sup> COSTA, Oswaldo Poll. **O espírito (antidemocrático) da PEC N° 33/2011: uma questão de validade e não de vigência.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12671&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12671&revista_caderno=9).

Acesso em 12 de Outubro de 2014 entende que tal projeto é inconstitucional, pois afronta o artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal e, portanto, atenta contra a divisão das funções e harmonia dos poderes constituídos; representa um atentado contra a democracia material; além de ser um regresso à história estamental-política. Em sentido oposto, OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **PEC 33, separação de poderes e o aprisionamento judicial da Constituição.** Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com/pec-33-separacao-de-poderes-e-o-aprisionamento-judicial-da-constituicao/> Acesso em 11 de Setembro de 2014.

manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. (Grifo nosso)<sup>600</sup>

Caso o Congresso nacional silencie por 90 (noventa) dias, será considerada aprovada a decisão do STF, nestes termos:

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos<sup>601</sup>.

Primeiramente é *mister* ventilarmos que a inclusão deste novo elemento, qual seja a “consulta popular” parece uma tentativa de estabelecer um diálogo entre os poderes com a inclusão inédita do povo nas decisões políticas mais relevantes, haja vista a alteração do texto constitucional. A pergunta principal é se haveria promoção dialogal simplesmente deslocando a decisão final do Judiciário para o Legislativo acrescido de consulta popular. Nas palavras de STRECK: “(...) em hipótese alguma, a juristocracia pode ser vencida pela instituição de uma espécie tardia de *Polizeistaat*. Nesse caso, o problema apenas mudaria de endereço na praça dos três poderes: do Poder Judiciário em direção ao Congresso Nacional”<sup>602</sup>.

Entretanto, não obstante as palavras de STRECK entendemos que esta PEC convida a uma reflexão acerca de um modelo de controle de constitucionalidade cada dia mais questionado, qual seja a teoria da “última palavra em matéria constitucional” pelo Judiciário brasileiro no STF. O diálogo interinstitucional deve ser estimulado para salvaguardar as próprias Instituições e o Estado Democrático.

<sup>600</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011), acesso em 22 de janeiro de 2014.

<sup>601</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011), acesso em 22 de janeiro de 2014.

<sup>602</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Poder Legislativo não deve revogar decisões judiciais**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>. Acesso em 13 de Novembro de 2014.

A aprovação desta PEC suscitaria o conflito – que na democracia é salutar -, mas não a crise<sup>603</sup> além de suscitar um interessante debate argumentativo na busca pela melhor decisão política.

A própria competência em declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional fora fruto de entendimento do STF, haja vista a Constituição atribuir-lhe no a competência precípua da guarda da Constituição cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Este é mais um argumento acerca da possibilidade de controle externo às decisões judiciais. O projeto de emenda não é antidemocrático, pois diante da divergência entre o Congresso Nacional e o STF, a questão é decidida por consulta popular.

Por fim, outra modificação interessante proposta pela PEC 33/2011 é a seguinte:

Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>604</sup>.

Ou seja, condiciona o efeito vinculante da Súmula após reiteradas decisões e à aprovação pelo Congresso Nacional. Interessante é que atualmente o único que pode reformar as súmulas vinculantes do STF é ele próprio.

BERCOVICI & LIMA citando ESPINOSA explica, que: "Se se objetiva a estabilidade da política, devem ser ouvidos diferentes atores, de modo que seja improvável a corrupção da maioria por poucos". Não atenta contra a democracia a

---

<sup>603</sup> Concordam com esta assertiva BERCOVICI, Gilberto & LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011**. In: Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013: "Não vemos como possa vir esta eventual aprovação desencadear crise, uma vez que, em seu próprio texto é extremamente limitativa e não se pode imaginar, com sinceridade, que todos os dias o Congresso Nacional esteja a reapreciar decisões do Supremo Tribunal Federal, ou sejamos todos os brasileiros chamados a manifestar-nos, por meio de plebiscito, a respeito destas decisões. Pelo simples e realista fato de que não se tem registro deste cenário na história constitucional brasileira, tampouco noutras sociedades".

<sup>604</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011), acesso em 22 de janeiro de 2014.

discussão acerca dos limites da jurisdição constitucional. Tanto o Poder Judiciário quanto o STF são poderes constituídos e, portanto, não soberanos<sup>605</sup>, deste modo o Judiciário deve ser controlado, pois não está acima da Constituição. Interpretando-a não pode dela assenhorar-se e para que “não abusem de suas funções, não usurpem funções constitucionais de outros poderes constituídos ou, ainda, tentem usurpar o próprio poder constituinte, colocando-se acima da própria Constituição e da soberania popular, que os criaram e os mantêm”<sup>606</sup>.

A criação de novos controles em relação ao Poder Judiciário não fere *de per si* a separação dos poderes, mas sim a falta deles, haja vista que contribui para constantes modificações não autorizadas pela Constituição sob o questionável pálio da mutação constitucional.

Por fim vale destacar que a súmula vinculante possui abstração e obrigatoriedade muito próximos da definição de lei e, portanto, não seria nenhuma afronta que o Legislativo – de onde deveria emanar a lei geral e abstrata – tenha o encargo de também decidir sobre sua criação<sup>607</sup>.

A cautela deve permear este debate, pois a existência de um diálogo verdadeiro depende sobremaneira da condição de liberdade presente entre os interlocutores sem hegemonia de nenhuma das partes; deste modo evita-se o monólogo como bem conhecemos.

---

<sup>605</sup> Neste sentido conferir GARCÍA, Pedro de Vega. *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo Jurisprudencial en la doctrina constitucional*. Teoría y realidad constitucional, n. 1, jan./jun. 1998, p. 86 ao se referir a um fenômeno chamado positivismo jurisprudencial.

<sup>606</sup> BERCOVICI, Gilberto & LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011**. In: Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013.

<sup>607</sup> Segundo ARAÚJO, Felipe Dantas de. **PEC 33/2011 – E a última palavra sobre alteração constitucional vai para...** In: Jus navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24381/pec-33-2011-e-a-ultima-palavra-sobre-alteracao-constitucional-vai-para#ixzz3N8FRvzL2>. Acesso em 16 de Novembro de 2014: “Recebendo o Congresso notícia de uma súmula do STF (e parte importante do processo de entendimento de uma súmula é o conhecimento sobre os precedentes que a fundamentam), ele pode decidir por bem modificar a(s) lei(s) para albergar o conteúdo sumulado, inserindo dispositivos de interpretação autêntica, ou especificando hipóteses normativas. Mesmo que o legislativo não concorde com a regra sumulada, ao deliberar pela rejeição do enunciado, seria possível iniciar um procedimento paralelo de modificação do texto das leis envolvidas de forma a tornar mais claro e inequívoco o sentido normativo que se quer conferir. Mais certeza quanto à normatividade, mais qualidade para o direito”.

### **4.3 Projeto de Emenda Constitucional nº 45/2011: Estabelece que os Membros das próprias instituições poderão escolher e nomear os novos integrantes.**

O Deputado Lúcio Vieira Lima - PMDB/BA apresentou esta proposta de emenda constitucional em 21/06/2011 e visa revogar as alíneas a, b e e, do inciso III e o inciso XI do art. 52, e alterar a redação do § 2º do art. 73, do inciso XIV do art. 84, do art. 94, do parágrafo único do art. 101, do parágrafo único do art. 104, do § 2º do art. 103-B, do caput do art. 111-A, do caput do art. 115, do art. 119, e do §1º do art. 120, dos §§ 1º e 2º do art. 128, do caput e § 6º do art. 130-A, da Constituição Federal.

O objetivo deste projeto de emenda constitucional é retirar da Constituição a competência do Chefe do Poder Executivo para a escolha e nomeação de membros do Poder Judiciário, do tribunal de Contas, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e do cargo de Procurador-Geral da República.

Na justificativa, o deputado proponente asseverou que: “em contraponto, é fortalecido o vetor constitucional da autonomia desses órgãos, passando os membros das próprias Instituições a escolher e nomear os novos integrantes”.

Tal projeto visa reduzir a competência do Poder Executivo e, curiosamente, não avançou para a discussão da forma de composição do STF cujos membros são, na totalidade, escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após sabatina realizada pelo Senado Federal.

Entretanto, assevera em sua justificativa, que as regras indispensáveis em caráter preliminar na concepção do Estado de Direito, atualmente, uma vez já alcançada a plena organização do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas, que auxiliam a fiscalização levada a cabo pelo Poder Legislativo, não há a menor razão de se persistir com tal cenário de indicação pelo Chefe do Executivo daqueles que, inclusive, irão fiscalizá-lo e julgá-lo.

Entende ainda que permitir que Conselheiros dos Tribunais de Contas, que têm a função de examinar a prestação de contas do Governador, sejam por ele escolhidos e nomeados, assim como Ministros dos Tribunais Superiores (cuja competência é, dentre outras, julgar o próprio Presidente da República), sejam por ele escolhidos e nomeados,

além de outros casos semelhantes ainda existentes na Constituição Federal colocaria em risco a separação entre os Poderes.

Propõe que a escolha para preenchimento destes cargos seja realizada por meio de eleição, pelos respectivos membros, em voto direto e secreto e considerado eleito o mais votado por maioria absoluta. Entende que deste modo é fortalecida a autonomia desses órgãos, passando os membros das próprias instituições a escolher e nomear seus novos integrantes.

Em suas palavras, há o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e a mitigação do protagonismo do Poder Executivo na escolha destas autoridades em cargos estratégicos.

Tal proposta objetiva, nas palavras do Deputado Lúcio Vieira Lima - PMDB/BA:

Ter-se-á tutelada plenamente a democracia, a separação independente e harmônica dos Poderes, cuja imunidade contra a influência do poder ganhará maiores grifos pautados na legalidade, impessoalidade, moralidade, imparcialidade, igualdade e eficiência, numa indubitável melhoria no sistema constitucional brasileiro de freios e contrapesos, indispensável na satisfação do interesse comum<sup>608</sup>.

A preocupação parlamentar na propositura desta PEC suscita questão antiga, qual seja a de que a gratidão àquele que nomeou determinada autoridade pudesse de alguma forma trazer benefícios políticos ao nomeante.

Como exemplo recente, a indicação do Ministro José Antônio Dias Tóffoli para ocupar vaga no STF suscitou intenso debate acerca da desconfiança acerca de seu verdadeiro papel na Corte Suprema, pois ocupara o cargo de advogado do PT e do Presidente Luís Inácio Lula da Silva em suas disputas eleitorais. O Senador Álvaro Dias assim se pronunciou: "A indicação é política, o presidente indica um cumpridor de suas ordens. Ele não tem trajetória jurídica que justifique sua indicação. O governo terá que usar de muitos argumentos para nos convencer"<sup>609</sup>.

---

<sup>608</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1268930&filename=PEC+45/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1268930&filename=PEC+45/2011), acesso em 22 de Janeiro de 2015.

<sup>609</sup> Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-set-17/oposicao-senado-fica-dividida-indicacao-toffoli>. Acesso em 29 de Dezembro de 2014.

Esta problemática no Brasil possui fundamentos racionais, haja vista que, a título de exemplo, entre os réus do caso mensalão, maior escândalo político da história do Brasil donde parlamentares recebiam altas quantias mensais para aprovarem os projetos do governo do PT, qual seja a Ação Penal nº 470 no STF, havia deputados federais fundadores do Partido dos Trabalhadores (PT), o tesoureiro do partido e demais integrantes. Havia a acusação do crime de formação de quadrilha e no julgamento perante os Ministros do STF houve a condenação dos réus por este crime no apertado placar de 6x4 (seis a quatro).

Segundo o Regimento Interno do STF caberia a interposição de um recurso denominado de embargos infringentes e a admissão de tais embargos gerou uma grande polêmica em todo o país, inclusive e, sobretudo no STF, posto que entre a interposição e o julgamento dos aludidos embargos, 2 (dois) dos Ministros do STF compulsoriamente, em razão da idade, seriam aposentados, o que abriria duas vagas para a nomeação de dois novos Ministros que não participaram do primeiro julgamento, mas poderiam participar do segundo. Quem nomeia os Ministros do STF no Brasil? O Presidente da República que neste momento histórico pertence ao PT, portanto, a alteração na composição do STF possibilitou um dos maiores vexames da história constitucional brasileira, pois o “placar” de 6x4 (seis a quatro) para a condenação, transformou-se, com a nova composição, em 6x5 (seis a cinco) para a absolvição do crime de formação de quadrilha.

Segundo STRECK:

Portanto, a diferença mesmo — e que fez a diferença — consistiu na mudança da composição da corte. Isso se prova ao observar o placar do primeiro julgamento, que ficou em 6x4 para a condenação, ao passo que no segundo o placar foi de 6x5 para a absolvição. A diferença? Saiu Carlos Ayres (que condenou) e entraram Zavascki e Barroso (com o que a votação ganha o placar final de 6x5 para a absolvição). Simples, pois!<sup>610</sup>

---

<sup>610</sup> STRECK, Lênio. **Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”**. Senso Incomum - CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em 29 de Dezembro de 2014.

NERY JÚNIOR defende, referindo-se ao STF, que “o Tribunal deveria ser formado por juízes indicados pelos Três Poderes, na proporção de um terço, e com mandato por tempo determinado”<sup>611</sup>.

É cediço que nosso modelo é inspirado no modelo estadunidense o qual prevê que a nomeação de seus integrantes é feita pelo Presidente da República, ratificada pelo Legislativo, ou seja, nos Estados Unidos, a escolha dos membros da Suprema Corte conta com a indicação do Presidente da República com posterior aprovação do Senado mediante votação com *quorum* simples. São nove juízes com a garantia de vitaliciedade e sem limite de idade para aposentadoria compulsória.

Não objetivamos fazer um juízo de valor acerca da forma de nomeação dos Ministros do STF, mas apenas verificarmos o que suscita este debate em torno da PEC nº45/2011 na Câmara dos Deputados.

Teria razão MAGALHÃES ao asseverar: “com a escolha pelo Presidente da República, dos membros do Supremo, temos que o órgão de cúpula do Judiciário torna-se inevitavelmente comprometido com as teses do Executivo”(?)<sup>612</sup>. SOUSA entende que é “o próprio procedimento constitucional que alimenta a legitimidade do órgão que o desenvolve”<sup>613</sup>.

É justa a preocupação de TAVARES quando expõe:

[...] apesar de o modelo ter funcionado, em geral, de maneira adequada, há gravíssimas deficiências que deveriam ser evitadas como a possibilidade de mudança de grande parte da Corte em brevíssimo espaço de tempo, potencializando a mudança brusca da base jurídica (direito constitucional) do país. Também é um problema a escolha unipessoal, que beira o arbítrio, do Presidente da República, quanto aos nomes para compor o STF<sup>614</sup>.

<sup>611</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 24.

<sup>612</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Democracia e crise: alternativas estruturais para o Brasil**. In: Jus Navigandi, nº 58, Agosto de 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3157>> Acesso em 10 de Junho de 2010.

<sup>613</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Legitimação da justiça constitucional e composição dos Tribunais Constitucionais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p. 216. Ainda em suas palavras: “[...] para todos os órgãos de soberania em termos de legitimação de exercício, conhece a fronteira da legitimidade de título constitucional como regra nas Democracias dos nossos dias. É a Constituição que define a divisão de poderes, na qual cabe a justiça constitucional, que não é nem poder constituinte nem poder constituído”.

<sup>614</sup> TAVARES, André Ramos. **As relações institucionais na avaliação de um constitucionalista**. Revista Jurídica Consulex, nº 304, setembro de 2009, p. 8.



Não se discute acerca da legitimidade da escolha dos Ministros do STF, haja vista que decorre do modelo adotado pelo Constituinte Originário, mas a questão torna-se relevante, pois até 2016, os governos de Lula e Dilma (PT) terão indicado 10 (dez) dos 11 (onze) Ministros do STF, fato que levou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes a asseverar que: “Não tenho bola de cristal, é importante que [o STF] não se converta numa corte bolivariana (...) Isto tem de ser avisado e denunciado.” Quando fala em bolivarianismo, o aludido Ministro denuncia que políticas intervencionistas em todas as esferas públicas podem ser perpetradas por aqueles que estão no poder, a exemplo da Venezuela (Hugo Chávez 1954-2013) e Argentina (Cristina Kirchner)<sup>615</sup>.

Percebe-se que há uma preocupação do Legislativo com a mitigação da competência do Poder Executivo ao passo que delimita espaços de poder e promove o debate acerca do tema.

#### **4.4 Projeto de Emenda Constitucional nº 143/2012: dispõe sobre a forma de escolha e a fixação de mandato de sete anos para Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Contas da União e dos Estados<sup>616</sup>.**

O Deputado Nazareno Fonteles - PT/PI apresentou esta proposta de emenda constitucional em 08/03/2012 e visa alterar a forma de escolha e a fixação de mandato de sete anos para Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Contas da União e dos Estados.

Em sua justificativa entende que se encontra ultrapassado o atual modelo constitucional acerca da forma de escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal e a vitaliciedade de seus mandatos. É importante ressaltar que uma vez nomeado o Ministro exercerá o cargo até a ocorrência de sua aposentadoria ou de renúncia ao cargo sem que haja a fixação de um prazo específico. Desde 1891 quando fora criado o STF a regra para escolha e nomeação permanece a mesma, qual seja, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos

---

<sup>615</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O STF não pode se tornar uma Corte bolivariana**. Entrevista publicada em 03.11.2014 no site <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-pode-se-tornar-uma-corte-bolivariana-diz-gilmar-mendes>. Acesso em 10.11.2014.

<sup>616</sup> Não obstante os projetos de emenda constitucional neste mesmo sentido que serão apresentados nesta tese, há pelo menos mais cinco, quais sejam: PEC nº 473/01, PEC nº 566/02, PEC nº 569/02, PEC nº 484/05 e PEC 68/05.

de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da Constituição Federal de 1988).

A Constituição determina que a forma de investidura ocorre com a livre escolha pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal, decorrente da importação do modelo de controle difuso de constitucionalidade de leis estadunidense, entretanto, houve uma gradual incorporação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade (cariz europeu) o qual enseja a apreciação da constitucionalidade de leis em caráter abstrato, com efeitos *erga omnes*. Em que pese esta aproximação, não houve nenhuma alteração em relação às típicas formas de investidura e duração de mandatos.

O parlamentar exemplifica o caso da Alemanha no qual o Tribunal Constitucional Federal é composto por dezesseis membros, com mandatos de doze anos, vedada a recondução e o caso de Portugal onde o Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, com mandato de nove anos, também sem renovação, bem como da Espanha onde o Tribunal Constitucional compõe-se de doze membros, com mandato de nove anos. No Chile, a Corte é composta por sete juízes, com mandato de oito anos. Na Colômbia, a Corte Constitucional é composta de nove juízes, com mandato de oito anos, sem recondução.

Defende sua propositura argumentando que diversos países democráticos existe uma participação mais contundente do Legislativo no procedimento de escolha dos integrantes das Cortes Constitucionais, a qual entende tratar-se de salutar prática democrática e utiliza o argumento interessante – e já discutido nesta tese – que o STF exerce papel não apenas jurisdicional, mas também um papel político, surgindo especulações acerca da orientação político-ideológica de determinados Ministros e, neste sentido, seria desarrazoado que um Ministro pudesse permanecer na Corte Suprema por extensos trinta e cinco anos.

O deputado proponente, demonstrando preocupação com o ativismo judicial pondera:

Sob a ótica da separação dos Poderes, é inegável que as Cortes Constitucionais exercem considerável ascendência sobre os demais Poderes do Estado, sobretudo quando decidem sobre a aplicação ou não de leis elaboradas democraticamente por representantes eleitos pelo

povo. Some a esse fato a possibilidade de ativismo judicial, caracterizado por uma conduta consistente na substituição do papel do legislador<sup>617</sup>.

Objetiva, portanto, terminar com a vitaliciedade sem acabar com a independência e indaga: “não seriam independentes os juízes constitucionais de nações democráticas da Europa continental que não adotam o modelo vitalício?”.

A proposta visa uma reestruturação do Supremo Tribunal Federal, tanto no modo de investidura quanto na permanência de seus membros. Do mesmo modo em relação aos Tribunais de Contas, pelo fato do caráter político de suas decisões seria, na visão do deputado proponente, uma mudança positiva e saudável a adoção da fixação de mandatos com prazo determinado para os seus membros.

Na proposição, os Ministros do Supremo Tribunal Federal seriam escolhidos, de forma alternada, pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, donde a indicação dos Ministros escolhidos pelo Congresso Nacional seria realizada, alternadamente, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, além de fixar o mandato dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em sete anos, vedada a recondução e o exercício de novo mandato, igualmente para os Ministros do Tribunal de Contas da União e dos Estados.

A doutrina brasileira, da lavra de DALMO DALLARI, PAULO BONAVIDES, JOSÉ AFONSO DA SILVA, FÁBIO KONDER COMPARATO, CEZAR BRITTO e GUSTAVO BINENBOJM defendem a vitaliciedade até os setenta anos, mas com mandato determinado que, varia na doutrina de cada um, entre 8 e 12 anos.

É salutar este debate, pois como está posto, é possível um Presidente da República escolher e nomear a maioria dos membros do STF e, caso seu partido permaneça no Poder Executivo Federal, é possível até a escolha da totalidade dos ministros do STF. Vale ressaltar que na atual composição apenas três ministros<sup>618</sup> não

---

<sup>617</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=968449&filename=PEC+143/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=968449&filename=PEC+143/2012), acesso em 22 de Janeiro de 2014.

<sup>618</sup> Quais sejam os Ministros: Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Gilmar Ferreira Mendes.

foram escolhidos e nomeados pelo Partido dos Trabalhadores nos governos de Luís Inácio Lula da Silva<sup>619</sup> e Dilma Rousseff.

Tal projeto visa mitigar a perpetuidade dos ministros no STF considerando que suas decisões são eminentemente políticas, além de dotar o Legislativo da competência de também escolher e nomear ministros do STF, ampliando, com tal medida, seus espaços de poder. Vale ressaltar que tais medidas não são determinantes, pois a crítica mais pujante é justamente a omissão do Legislativo, devendo ser adotado, como sugestão, um ativismo legislativo que seria obtido não apenas com a ampliação de sua competência, mas sobremaneira pelo seu atuar proativo e concretizador da Constituição<sup>620</sup>.

#### **4.5 Projeto de Emenda Constitucional nº 161/2012: Acrescenta parágrafo ao art. 101 da Constituição Federal para estabelecer prazo de mandato para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.**

Com proposta no mesmo sentido de estabelecer prazo de mandato para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o deputado Domingos Dutra - PT/MA apresentou no dia 12/04/2012 projeto com este desiderato.

Defende a propositura argumentando que uma rotatividade maior dos Ministros do STF será salutar para o país, pois terá o condão de promover um “maior pluralismo de ideias naquela Corte e uma maior evolução do pensamento jurídico, com reflexos positivos em toda a comunidade jurídica nacional”.

Conforme a redação do projeto, ao art. 101 da Constituição Federal de 1988 seria acrescentado mais um parágrafo com seguinte redação: “§ 2º O mandato dos ministros do Supremo Tribunal Federal será de oito anos, ressalvado o encerramento anterior ao prazo pela superveniência de aposentadoria, sendo vedada a recondução ou o exercício de novo mandato naquela Corte”.

---

<sup>619</sup> Em seu primeiro mandato, o então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva nomeou 6 (seis) Ministros, quais sejam: Antônio César Peluso, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Roberto Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia Antunes Rocha.

<sup>620</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 331.

A título de exemplo, na Alemanha, cabe aos 69 integrantes da Câmara Alta ou Senado (*Bundesrat*) a escolha da metade dos 16 ministros do Tribunal Constitucional, sendo a outra metade escolhida pelos 603 deputados da Câmara Baixa (*Bundestag*). Seis desses 16 ministros devem ser retirados entre os membros dos Tribunais Superiores Federais. Os ministros possuem mandato de doze anos e é proibida a recondução. Na Itália, dos quinze Ministros do Tribunal Constitucional, um terço é escolhido diretamente pelos integrantes dos tribunais superiores, outro terço é indicado pelo Parlamento e os últimos cinco ministros pelo Presidente da República, com a aprovação do primeiro-ministro. Como na Alemanha, os Ministros têm mandato de doze anos e proibida a recondução. Em Portugal todos os 13 ministros do Tribunal Constitucional são escolhidos pela Assembleia da República, entretanto seis deles compulsoriamente devem ser oriundos dos Tribunais Superiores. Não são vitalícios e podem atuar no Tribunal no máximo por nove anos, sem recondução. Na França, para a investidura no cargo de Juiz do Conselho Constitucional, composto por nove membros que são nomeados mediante a escolha política pelo Senado, Assembleia Nacional e Presidente da República. Há mandato de nove anos com a condição de renovação de um terço do tribunal a cada três anos.

Perceba-se que a proposta é quase idêntica ao Projeto de Emenda Constitucional nº 143/2012 com a ressalva do tempo do mandato, qual seja de oito anos. Segundo SILVA: “É preciso deixar claro que um tribunal constitucional, em todos os países do mundo, menos nos Estados Unidos, tem mandato temporário”<sup>621</sup>. O problema no caso brasileiro é o que o STF não é um Tribunal Constitucional posto que sua competência é muito mais ampliada.

A renovação dos membros de um Tribunal Constitucional é salutar ao desenvolvimento de suas atividades e entendemos ser um importante passo que ainda falta no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>621</sup> SILVA, Antônio Álvares da. **Reforma do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: [https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/98\\_reforma\\_STF.pdf](https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/98_reforma_STF.pdf). Acesso em 12 de Dezembro de 2014.

#### **4.6 Projeto de Emenda Constitucional nº 227/2012: altera o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.**

O Deputado Manoel Júnior – PMDB/PB apresentou esta proposta de emenda constitucional em 11/12/2012 visando alterar o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao oferecer um modelo alternativo, qual seja, o da repartição das indicações como acontece em alguns países europeus.

Em seus argumentos pondera que na Espanha o Tribunal Constitucional é composto por doze membros: quatro escolhidos pelo Congresso, quatro pelo Senado, dois pelo Poder Executivo e dois pelo Conselho-Geral do Poder Judicial.

A composição do STF seria mantida, qual sejam onze ministros, mas seria adotado o seguinte critério de escolha: três ministros escolhidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, três pelo Presidente da República, três pela Câmara dos Deputados e dois pela Ordem dos Advogados do Brasil, cabendo ao Senado Federal – como no modelo atual - a atribuição de aprovar a escolha dos indicados, pelo voto da maioria de seus membros. Inova também quando visa abolir a vitaliciedade dos novos Ministros do Supremo Tribunal Federal, limitados em mandatos de cinco anos, permitida uma única recondução para período imediatamente subsequente.

Nos argumentos do proponente há um “compartilhamento de responsabilidades entre os Poderes aperfeiçoando o atual sistema, de vez que torna o Poder Judiciário mais independente, transparente e livre de disputas partidárias”.

Este é mais um projeto que visa alterar o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em clara intenção de ampliar o controle externo do Poder Judiciário.

Na verdade, propostas de Emenda Constitucional versando sobre nova composição e modelo de indicação dos Ministros do STF não são novidade no cenário legislativo brasileiro, haja vista as seguintes:

a) PEC nº 92/1995 proposta pelo Deputado Nicias Ribeiro (no qual o STF elaboraria lista tríplice com candidatos escolhidos dentre membros dos tribunais superiores. Em

sua justificativa expôs que tal medida seria mais democrática visto possibilitar a um juiz de carreira ascender a Ministro do STF);

b) PEC nº 71/1999 proposta pelo Deputado Valdemar Costa Neto (visava compartilhar as indicações entre os três Poderes donde cada qual poderia indicar um terço dos membros);

c) PEC nº 473/2001 proposta pelo Deputado Antonio Carlos Pannunzio (em sua propositura, os Ministros do STF deveriam ser escolhidos pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional de forma alternada, com o *quorum* de maioria absoluta quando a escolha coubesse ao Congresso);

d) PEC nº 546/2002 proposta pela Deputada Telma de Souza (propunha que o candidato à vaga do STF deveria ter, pelo menos, quinze anos de magistratura, e o próprio STF elaboraria lista tríplice de candidatos para que fosse nomeado pelo Presidente da República com posterior sabatina pelo Senado Federal);

e) PEC nº 566/2002 proposta pelo Deputado Alceu Collares (O STF escolheria candidato a ser aprovado pelo Senado oriundo dos membros de, alternadamente, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e do Ministério Público Federal, Estadual, Distrito Federal e Territórios;

f) PEC nº 569/2002 proposta pelo Deputado Evilásio (o Presidente da República nomearia os Ministros do STF, após aprovação em concurso público de provas e títulos, desde que tivessem quinze anos de carreira na magistratura);

g) PEC nº 484/2005 proposta pelo Deputado João Campos (o Congresso Nacional ficaria responsável por escolher o candidato que, posteriormente, seria nomeado pelo Presidente da República, vedando a nomeação daqueles que tenham exercido presidência de partido político, algum cargo eletivo ou ainda cargo de Ministro de Estado por um período de até quatro anos, após o encerramento de suas respectivas atividades profissionais);

h) PEC nº 68/2005 proposta pelo Senador Jefferson Peres (propunha que existindo vaga no STF, o órgão representativo dos magistrados, Ordem dos Advogados do Brasil e o

do Ministério Público, cada um, indicaria dois candidatos, e caberia ao Presidente da República a escolha do novo membro).

Entretanto, o corte epistemológico adotado considerou as propostas mais recentes e que notadamente tentam mitigar o ativismo judicial no STF.

A questão de quem indica os membros de uma Suprema Corte ou Tribunal Constitucional é complexa e não resolve a problemática do ativismo judicial, haja vista mesmo nos países supramencionados há a crítica da ocorrência deste fenômeno considerando que ele decorre de uma atitude proativa do Judiciário e pouca relação possui com a forma da investidura no cargo. Quando é o Presidente da República quem escolhe, as críticas repousam nos argumentos já alguns ventilados nos subitens anteriores; mas, mesmo quando é o Legislativo quem nomeia os membros do Tribunal Constitucional, por exemplo, no sistema espanhol, donde dois terços das vagas são indicadas pelo Legislativo, cabe a crítica de que o partido político com maioria parlamentar seria o beneficiado nas indicações e preenchimento de tais vagas.

Também não há nenhuma garantia quando se trata de nomeações compartilhadas entre os três poderes, haja vista que, uma vez investido, o membro de Tribunal Constitucional integra a Corte e a independência funcional, aliás indispensável ao exercício da magistratura, é *sine qua non* na relação harmoniosa com os demais poderes.

Portanto, entendemos que a mudança na forma de nomeação dos Ministros do STF deve ser discutida e quiçá modificada, no sentido de oportunizar uma maior participação naquele órgão de cúpula, mas desconfiamos que tal medida possa frear o ativismo judicial e mesmo mitigar a atuação criativa das Cortes.

#### **4.7 Projeto de Emenda Constitucional nº 275/2013: Cria a Corte Constitucional, altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e altera a composição do Conselho Nacional de Justiça.**

A Deputada Luíza Erundina – PSB/SP apresentou esta proposta de emenda constitucional em 06/06/2013 visando, em suas palavras, aperfeiçoar o funcionamento



das instituições que compõem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, pois “a organização do Supremo Tribunal Federal, com efeito, padece de graves defeitos na forma de sua composição e no tocante ao âmbito de sua competência”.

Acerca da nomeação dos ministros do STF, a deputada proponente asseverou que a escolha realizada apenas pelo Presidente da República ocasiona pressões indesejáveis. Aponta, acerca da competência do Supremo Tribunal Federal, como “guarda da Constituição”, no art. 102, que esta finalidade é mitigada pelo excesso de atribuições para julgar processos de cunho meramente individual ou de grupos privados, irrelevantes para uma verdadeira jurisdição constitucional.

Aponta que o STF era o único tribunal situado acima do conjunto dos tribunais federais, dos Estados e do Distrito Federal, mas com a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela atual Constituição, deveria ter reservado ao STF apenas as causas de relevância constitucional. Atualmente são mais de 68.000 processos tramitando no STF fato que retarda o julgamento e sobrecarrega os Ministros.

Sob estes argumentos apresenta proposta para transformar o STF em uma autêntica Corte Constitucional, com ampliação do número de seus membros e redução de sua competência.

Em sua proposta, o número de Ministros passaria de 11 (onze) para 15 (quinze), nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplices de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia. Tais listas seriam elaboradas, respectivamente, pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nos argumentos da Deputada proponente, esta mudança “tornaria muito difícil, senão impossível, exercer com êxito alguma pressão em favor de determinada candidatura; além de estabelecer, já de início, uma seleção de candidatos segundo um presumível saber jurídico”.

Acerca da competência desta nova Corte Constitucional, a mesma estaria adstrita às demandas pertinentes à interpretação e aplicação da Constituição e todas as demais competências seriam deslocadas para o STJ (Superior Tribunal de Justiça).

Haveria mudança nas competências e composição do Superior Tribunal de Justiça que passaria de um mínimo de 33 (trinta e três) para um mínimo de 60 (sessenta) Ministros<sup>622</sup>.

Em suma, tal projeto visa criar uma Corte Constitucional e extinguir o STF, tal Corte teria a competência originária exclusiva para julgamentos de Controle Abstrato de Constitucionalidade (ADIn, ADIn por Omissão e ADPF) e os conflitos de competência entre o STJ e quaisquer tribunais. Mantém intacta a competência recursal extraordinária, inclusive de recursos do STJ, para quem seriam transferidas as competências originárias do STF.

Tal projeto pretende, ao propor modificar os critérios de escolha dos membros do STF, com a apresentação de listas prévias à Presidência da República, retirando, pois, deste Chefe do Poder Executivo Federal, a competência de escolher e nomear livremente quem entenda que deva ocupar tal cargo é uma mitigação à competência do Executivo, haja vista que a nomeação ficaria a cargo do Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplexes de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tais listas tríplexes dos candidatos seriam provenientes da magistratura e do Ministério Público serão compostas, alternadamente, de magistrados e membros do Ministério Público, federais e estaduais.

Atentamos, na justificativa de propositura do projeto, à seguinte afirmação da Deputada proponente sobre a necessidade de “aperfeiçoar o funcionamento das instituições que compõem a cúpula do nosso Poder Judiciário”.

---

<sup>622</sup> Atualmente temos a seguinte redação: “Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros”.

Tal assertiva denota preocupação parlamentar com o avanço do Poder judiciário no chamado ativismo judicial e uma tentativa do Legislativo ser o poder competente para nomear os novos Ministros do STF.

Tal proposta, caso seja aprovada, leva-nos a questionar se a simples mudança do nomeante terá o condão de diminuir o ativismo no STF, haja vista sua manutenção como poder independente e harmônico.

Pergunta-se igualmente a quem atende a mitigação das competências jurisdicionais do STF e o próprio fim do ativismo judicial, considerando este fenômeno como mola mestra do agigantamento judicial propiciador, ao lado de outros fatores, da possibilidade de abertura de canais de diálogo interinstitucional.

Cumprе ressaltar, ainda, que durante toda a história constitucional brasileira a mudança no número de Ministros do STF sempre fora precedida ou sucedida por golpes ou tentativas de tomada de poder, por exemplo, no Governo de Getúlio Vargas (1931) e em pleno golpe militar (1965 e 1969).

A proposição de extinção das Súmulas Vinculantes é outro ponto que merece ser profundamente discutido, haja vista ser fruto de atividade parlamentar a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>623</sup>, momento no qual o ativismo judicial ainda não havia atingido seu ápice e ainda boa parte da doutrina pugnava por uma atuação mais proativa do Judiciário.

#### **4.8 Projeto de Emenda Constitucional nº 378/2014: Institui mandato com duração de 10 anos, vedando a recondução para os Ministros do STF, TCU e TCE e modifica forma de investidura no STF.**

O Deputado Zé Geraldo - PT/PA apresentou esta proposta de emenda constitucional em 13/02/2014 e tem como objetivos fixar o mandato de 10 anos para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Contas da União e dos

---

<sup>623</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Tribunais de Contas Estaduais vedada a recondução; e alterar a forma de investidura no cargo de Ministro do STF.

Nas palavras do Deputado proponente, a proposta da PEC supramencionada possibilita que a Câmara dos Deputados possa conferir legitimidade ao processo de escolha dos Ministros do STF e destaca duas principais problemáticas atuais, quais sejam: a) “que os Tribunais Superiores exercem considerável ascendência sobre os demais Poderes do Estado, sobretudo quando decidem sobre a aplicação ou não de leis elaboradas democraticamente por representantes eleitos pelo povo”; b) “a possibilidade de ativismo judicial, caracterizado por uma conduta consistente na substituição do papel do legislador”.

Segundo SCHALLENMUELLER :

A proposta peca, entretanto, ao exigir maioria qualificada em cada casa para a ratificação das indicações. Em uma federação com estrutura partidária e representação fragmentadas no congresso, exigir ainda mais adesão às escolhas pode abrir mais um flanco por onde partidos da oposição e mesmo da coalizão governista podem exigir ainda mais dividendos políticos em troca de apoio aos nomes de preferência do governo<sup>624</sup>.

Argumenta ainda o Deputado proponente que esta PEC “é contributo à necessária renovação do Poder Judiciário, exigência flagrante de nossa sociedade civil. Com a democracia estimulada pelo novo processo, ganhariam o Judiciário e a sociedade”.

Conforme defendemos desde o início deste capítulo, o ativismo judicial trouxe uma reação legislativa à crescente colonização dos espaços de poder pelo Judiciário e termos como “legitimidade”, “democracia”, “renovação do Judiciário”, “critérios de escolha”, “controle externo” estão na ordem do dia no Estado brasileiro.

Em resumo, as PECs mais recentes em tramitação no Legislativo brasileiro ocupam-se com os seguintes temas: a) ampliação do poder político do Legislativo sobre

---

<sup>624</sup> SCHALLENMUELLER, Christian Jecov. **Poder judicial e democracia: duas possíveis implicações do empoderamento do Judiciário sobre o arranjo democrático.** In: 38º Encontro Anual da ANPOCS, 2014. Disponível em: [http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=8987&Itemid=456](http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8987&Itemid=456). Acesso em 29 de Dezembro de 2014.

o Poder Judiciário; b) sujeição da eficácia de certas decisões do STF à aprovação pelo Congresso Nacional; c) estabelecimento que os Membros das próprias instituições irão escolher e nomear os novos integrantes; d) disposições sobre a forma de escolha e a fixação de mandato para Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Contas da União e dos Estados; e) criação de uma Corte Constitucional e a extinção do STF; f) extinção das súmulas vinculantes. Todas estas propostas são reações legislativas ao ativismo judicial e a crescente expansão do poder judicial no Brasil.

#### **4.9 Comprometimento do projeto de governo no adversarismo entre Executivo e Judiciário.**

O ativismo judicial também provoca reações oriundas do Poder Executivo que acusa o Poder Judiciário de inviabilizar, via concessões de liminares e decisões aditivas, o projeto de governo do país com a adoção de uma agenda paralela cujo financiamento seria garantido pelo erário sem a devida previsão orçamentária nem no planejamento administrativo/governamental<sup>625</sup>.

Tal problemática conduziria a uma mitigação da discricionariedade administrativa, haja vista que as escolhas seriam deslocadas do âmbito do Poder Executivo para o âmbito judicial. Esta questão será problematizada analisando as seguintes perguntas: a) Há o comprometimento projeto de governo pelo Ativismo Judicial? b) Como se verifica o adversarismo também nesta relação com o Judiciário?

##### **4.9.1 Há o comprometimento do projeto de governo pelo Ativismo Judicial?**

O Poder Executivo está adstrito à lei orçamentária anual (LOA) para efetuar os gastos públicos necessários ao funcionamento e manutenção do Estado. A ela está preso e, considerando a finitude dos recursos e a infinitude de necessidades, faz escolhas e gastos com o valor orçado em cada rubrica aprovada pelo Legislativo. Entretanto, não são poucos os casos de determinação judicial para despesas adicionais, mesmo na falta

---

<sup>625</sup> Cf: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Regulação de medicamentos**. In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo, vol. 7, nº 1-3, p. 111-116, 2006; COSTA, Luiz Fernando Gaspar. **Listagem de medicamentos e a decisão proferida na STA nº 59-STJ: a justiciabilidade dos direitos sociais**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, vol. 5, nº 1, p. 119-135, 2004; MARQUES, Sílvia Badim. **A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político**. In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo, vol. 7, nº 1-3, p. 195-217, 2006.

justificada de alguma política pública<sup>626</sup>. Tal fato gera problemas de governabilidade. Nas palavras de STRECK, analisando o Estado de São Paulo:

(...) vários Estados da Federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual de Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos. Só em liminares mandando matricular crianças em creches há mais de 7 mil só nos primeiros seis meses de 2013...<sup>627</sup>

Analisando a problemática no Estado de Minas Gerais, CASTRO verificou o impacto deslocativo no orçamento público estadual em face de decisões judiciais no biênio 2009-2010 e chegou aos números seguintes: em 2009 foram gastos R\$ 34.454.995,81 ou o equivalente a 0,87% dos gastos com saúde. Em 2010 foram despendidos R\$ 61.551.288,54 ou 1,35% da despesa com saúde no Estado. O autor aponta um aumento de 78,64% de gastos com medicamentos por determinação judicial e aponta o impacto deslocativo destes recursos nas seguintes políticas: No fortalecimento e melhoria de qualidade dos hospitais do Sistema Único de Saúde (PROHOSP) redução de 21,38%, na promoção e execução de ações em saúde: diminuição de 8,48%, na ampliação da cobertura populacional do Programa Saúde Família diminuição de 7,10%, no complexo Urgência/Emergência: diminuição de 10,54%, no complexo de Hospitais Gerais: diminuição de 10,39%<sup>628</sup>.

Segundo LEITE (*et al.*) analisando o Estado de Santa Catarina verificou uma crescente demanda judicial por medicamentos. Em sua análise foi verificado que em

---

<sup>626</sup> Segundo BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. “Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública (...) Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública”.

<sup>627</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>.

<sup>628</sup> CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos de. **Impacto deslocativo no orçamento público estadual em face de decisões judiciais.** In: Secretaria de Orçamento Federal (SOF). Disponível em: [http://www.orcamentofederal.gov.br/educacao-orcamentaria/premio-sof-de-monografias/IV\\_Premio\\_SOF/Tema\\_2\\_3\\_lugar.pdf](http://www.orcamentofederal.gov.br/educacao-orcamentaria/premio-sof-de-monografias/IV_Premio_SOF/Tema_2_3_lugar.pdf). Acesso em 14 de Novembro de 2014.

2004 foi determinada a compra de 45 medicamentos o que correspondia a 15,1% das compras, este número foi elevado em 2005 para 368 (39,48%) e em 2006 foram 502 (72,23%)<sup>629</sup>.

Analisando o Estado do Espírito Santo, TAVARES verifica que tal interferência judicial causa grande impacto nos custos do sistema e interfere na execução de metas estabelecidas no planejamento da saúde além de favorecer, em regra, o individual em detrimento do coletivo<sup>630</sup>.

ARAÚJO questiona se: “a ponderação dos impactos econômicos e sociais das decisões judiciais não deverá porventura admitir a possibilidade de o judiciário ser, não parte da solução, mas parte do problema de ineficiência e de injustiça nas sociedades contemporâneas?”<sup>631</sup>,

Ainda segundo TAVARES, ao analisar a problemática sob a ótica da Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Espírito Santo, mesmo criando desde 2007 a Política Estadual de Assistência Farmacêutica, da criação de uma lista de medicamentos assegurados à população, da estruturação de Centros de Referência, bem como da elaboração de Protocolos Clínicos e Terapêuticos e da criação do Fórum Intersetorial Permanente de Assistência Farmacêutica, as ações judiciais são cada vez mais numerosas. Tal incremento: “fez com que a Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo (SESA) acendesse a luz amarela, tendo em vista que a possibilidade de comprometimento do orçamento destinado à Assistência Farmacêutica tornou-se cada vez mais real”<sup>632</sup>.

---

<sup>629</sup> LEITE, Nair L. et al. Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 2, p. 13-28, jul./out. 2009.

<sup>630</sup> TAVARES, Geruza Rios Pessanha (*et. al.*) **Diagnóstico das ações judiciais direcionadas à Secretaria de Estado da saúde do Espírito Santo**. Disponível em: [http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material\\_%20CONSAD/paineis\\_III\\_congresso\\_consad/painel\\_9/diagnostico\\_das\\_acoes\\_judiciais\\_direcionadas\\_a\\_secretaria\\_de\\_estado\\_da\\_saude\\_do\\_espirito\\_santo.pdf](http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_9/diagnostico_das_acoes_judiciais_direcionadas_a_secretaria_de_estado_da_saude_do_espirito_santo.pdf). Acesso em 28 de Dezembro de 2014.

<sup>631</sup> ARAÚJO, Fernando. Prefácio no livro de LEAL, Rogério Gesta. **Impacto econômico e social das decisões judiciais**. In: Coleção Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados). Disponível em: [http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos\\_site.pdf](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf). Acesso em 26 de Dezembro de 2014.

<sup>632</sup> TAVARES, Geruza Rios Pessanha (*et. al.*) **Diagnóstico das ações judiciais direcionadas à Secretaria de Estado da saúde do Espírito Santo**. Disponível em: [http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material\\_%20CONSAD/paineis\\_III\\_congresso\\_consad/painel\\_9/diagnostico\\_das\\_acoes\\_judiciais\\_direcionadas\\_a\\_secretaria\\_de\\_estado\\_da\\_saude\\_do\\_espirito\\_santo.pdf](http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_9/diagnostico_das_acoes_judiciais_direcionadas_a_secretaria_de_estado_da_saude_do_espirito_santo.pdf). Acesso em 28 de Dezembro de 2014.

Desta forma, a questão orçamentária está presente em todos os processos que têm por objeto a concretização de direitos sociais, como por exemplo, a saúde. Aliás, na efetivação do direito à saúde, o Judiciário brasileiro, desde a promulgação da atual Constituição, vem condenando o Estado ao pagamento/fornecimento de medicamentos e procedimentos médicos até de alta complexidade e despesa. Interessante o debate entre o procurador do Estado do Paraná e o então Ministro do STF José Delgado no RMS nº 11.183/PR.

O referido procurador, referindo-se ao limitado orçamento estadual e à impossibilidade de manusear verbas orçamentárias sem autorização legislativa, defendeu o Estado com a seguinte afirmação:

Acaso a decisão impugnada tivesse sido tomada em sentido contrário, tentando amenizar a situação individual da recorrente, acabaria de desestabilizar a previsão orçamentária e o estado de direito, que requer a independência dos poderes, em completa afronta ao art. 2º da CF/88, proceder ao inverso abriria espaço à punibilidade do administrador no manuseio das verbas públicas sem a competente autorização.

Com esta assertiva responde a questão suscitada por AMARAL & MELO quando questionam: “há direitos acima dos orçamentos?”. O direito à saúde seria uma “verdade estabelecida” diante de uma “questão menor” como o orçamento público? Segundo verifica-se na jurisprudência dos Tribunais, inclusive do STF, esta resposta é afirmativa, ou seja, o orçamento é mitigado frente às demandas de saúde levadas à julgamento<sup>633</sup>. Isto é verificado com o advento da atual Constituição<sup>634</sup>.

No supramencionado RMS nº 11.183/PR, a resposta do Ministro José Delgado, seguida pelos seus pares foi a de que:

---

<sup>633</sup> AMARAL, Gustavo. & MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. & TIMM, Luciano Benetti (Orgs). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 87.

<sup>634</sup> Antes da Constituição Federal de 1988 o Judiciário brasileiro adotava posição de não-intervenção na seara das políticas públicas e detinha uma deferência ao orçamento, como se depreende, como exemplo, no âmbito do STJ, o Resp nº 57.614-8/RS (Publicado no DJ de 01.07.1996) e o Resp nº 83.800/RS (Publicado no DJ de 21.09.1998) da lavra do mesmo relator, qual seja, o Min. Demócrito Reinaldo que decidiu: “No sistema jurídico-constitucional vigente, a nenhum órgão público ou autoridade é conferido o poder de realizar despesas sem a devida previsão orçamentária. A dotação consignada no orçamento, para o fim de a efetivação de despesa seja de qual natureza for, obriga os órgãos da administração, sob pena de incorrer no desvio de verbas. A realização de despesa está adstrita às regras de previsão da lei orçamentária. Ao administrador não é dado realizar despesas sem previsão na lei de meios, a não ser com prévia autorização legislativa, em que se indique, desde logo, a disponibilidade financeira específica”. As “despesas” nesses casos concretos seriam para custear o medicamento “Iofenlac”, importado dos Estados Unidos, pois os autores eram portadores de doença rara, qual seja, fenilcetonúria.



Penso que os argumentos articulados pelo Estado do Paraná, além de serem juridicamente inconsistentes, revelam o total desprezo por parte das autoridades públicas encarregadas da saúde no país. O Estado/recorrido preocupa-se, nitidamente, em contrapor-se à situação delineada nos autos com teses jurídicas de custosa credibilidade (desestabilização do estado de direito, quebra orçamentária, anarquia dos poderes, falência institucional) para negar à ora recorrente o sagrado direito de sobrevivência<sup>635</sup>.

O Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF nº 45, assim se pronunciou: “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas<sup>636</sup>, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo”. Entretanto, revê este argumento atribuindo também ao Poder Judiciário esta competência no que denomina de “bases excepcionais”: “Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”<sup>637</sup>.

Parece-nos relevantes as considerações de ARAÚJO quando discorre que: “Muitas proclamações de direitos, por solenes e grandiloqüentes que sejam, não inventam para elas mesmas as suas próprias possibilidades de concretização, havendo limites cuja transgressão acarreta uma "hubris" trágica”<sup>638</sup>.

Ao longo do tempo percebemos que a questão orçamentária é abordada de diversas formas nos acórdãos dos Tribunais e nas decisões monocráticas; juízes mais conservadores vislumbram a questão como óbice inquebrantável de impossível desconsideração; outros fazem o caminho diametralmente inverso desconsiderando por completo as amarras orçamentárias.

<sup>635</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS nº 11.183/PR, Relator Ministro José Delgado. Publicado no DJ em 04 de setembro de 2000.

<sup>636</sup> Na esteira de ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina, 1987, p. 207.

<sup>637</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 45, Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no DJU de 4.5.2004.

<sup>638</sup> ARAÚJO, Fernando. Prefácio no livro de LEAL, Rogério Gesta. **Impacto econômico e social das decisões judiciais**. In: Coleção Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados). Disponível em: [http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos\\_site.pdf](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf). Acesso em 26 de Dezembro de 2014.

Com tal argumento há aviltamento da legalidade orçamentária como mera burocracia estatal, nas palavras do Min. do STF Marco Aurélio Mello, Relator do RE nº 195.192-3/RS<sup>639</sup>: “Problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”.

O radicalismo nos posicionamentos concernentes a essa matéria conduz a equivocidades em ambos os extremos; nem se pode entronizar o orçamento e colocá-lo acima do bem e do mal, nem tampouco aviltar esse relevante instrumento de administração e previsão de gastos públicos.

EROS GRAU, discorre acerca da questão orçamentária e diferencia “capacidade orçamentária” e “exaustão da capacidade orçamentária”; a primeira ocorre quando: “embora pudesse a Administração adquirir recursos suficientes para efetuar os pagamentos a que foi judicialmente condenada, não obtém do Poder Legislativo autorização para isso”<sup>640</sup>, e a segunda ocorre quando: “inexistirem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais. Não há, no caso, disponibilidade de caixa que lhe permita cumpri-las”<sup>641</sup>

Analisando tais conceitos, entendemos que o Judiciário, em sua decisão, poderá compelir a Administração pública a concretizar direitos mediante gastos financeiros; utilizando o conceito fornecido por EROS GRAU de “capacidade orçamentária”, onde há dinheiro para a concretização, mas, ponderemos a possibilidade do Legislativo não autorizar essa despesa<sup>642</sup>.

<sup>639</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJ em 31.03.2000.

<sup>640</sup> GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública.** In: Revista Trimestral de Direito Público nº2, Malheiros, 1993, p. 133.

<sup>641</sup> GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública.** In: Revista Trimestral de Direito Público nº2, Malheiros, 1993, p. 144.

<sup>642</sup> A Constituição Federal de 1988 é clara ao opor a qualquer ato comissivo da Administração os preceitos estabelecidos no art. 167, incisos II, V e VI os quais dispõem: “Art. 167. São vedados: II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa”. Não obstante o art. 85 que determina: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) VI - a lei orçamentária”.

Dessa forma, EROS GRAU vislumbra o conflito entre o princípio da legalidade da despesa pública e o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário<sup>643</sup>. No caso concreto, deverá ser aplicado apenas um deles em detrimento do outro. A solução por ele encontrada é o afastamento dessas regras, pois: “Não tenho dúvida quanto ao prevalectimento do princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário em relação ao princípio da legalidade da despesa pública”<sup>644</sup>. Discorre ainda que tal prevalência sempre ocorrerá, pois o contrário “resultaria inteiramente insustentável”<sup>645</sup>.

Em relação ao segundo conceito desenvolvido por EROS GRAU, qual seja “exaustão da capacidade orçamentária”, ocorre quando não há recursos financeiros de forma alguma. Tal situação não poderá ser apenas alegada, mas comprovada ao Poder Judiciário. Nesse caso, EROS GRAU entende que a Administração pública não deve cumprir as decisões do Poder Judiciário; em suas palavras seria um “estado de necessidade” e uma “frustração material da finalidade do princípio da sujeição da Administração às decisões judiciais”<sup>646</sup>.

Não é outra a posição de GOUVÊA ao afirmar: “se os recursos realmente inexistem, o direito prestacional, por mais importante que seja, não poderá ser implementado”<sup>647</sup><sup>648</sup>.

---

<sup>643</sup> GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública**. In: Revista Trimestral de Direito Público nº2, Malheiros, 1993, p. 134.

<sup>644</sup> GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública**. In: Revista Trimestral de Direito Público nº2, Malheiros, 1993, p. 143.

<sup>645</sup> GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública**. In: Revista Trimestral de Direito Público nº2, Malheiros, 1993, p. 143.

<sup>646</sup> GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública**. In: Revista Trimestral de Direito Público nº2, Malheiros, 1993, p. 146.

<sup>647</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 249.

<sup>648</sup> Verdadeira batalha argumentativa foi travada no *leading case* de menor impúbere catarinense que, possuidor de doença degenerativa, necessitava de dinheiro para se submeter a transplante (única possibilidade real de cura) em hospital localizado em *Memphis* nos Estados Unidos, cujas despesas somariam a fabulosa quantia de US\$ 163.000,00 (cento e sessenta e três mil dólares). O AI nº 97.000511-3, no TJSC, cujo Relator foi o Des. Sérgio Paladino interpretou a eficácia plena e imediata diretamente do texto constitucional ao direito à saúde e condenou o Estado de Santa Catarina a custear o tratamento asseverando que: “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de

No STF, o Min. Celso de Mello adotou postura de desprezo em relação ao orçamento quando decidiu, no RE nº 273.834/RS<sup>649</sup>, que: “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas, ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes”.

É temerária pelo aviltamento da questão orçamentária, essa também constitucional. Segundo PASSOS: “Qualquer acréscimo de poder aos magistrados, como protagonistas do processo jurisdicional de produção do direito, é acréscimo de arbítrio e fonte geradora de insegurança e de instabilidade dos direitos. O Judiciário se disfuncionaliza, produzindo justamente os resultados para cuja inocorrência foi institucionalizado<sup>650</sup>”.

AVELÃS NUNES critica o STF quando este Tribunal entende como secundário o interesse financeiro do Estado bem como desconsidera a tese da escassez de recursos. Para este Professor Português, o posicionamento do STF não pode ser levado a sério<sup>651</sup>. O fato não é existir recursos financeiros para satisfazer os direitos invocados, mas a impossibilidade para atender de forma ilimitada a plena satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Também discorda da legitimidade do Poder Judiciário em intervir nestas políticas públicas, mesmo face à inércia do Poder Executivo, pois não é da competência do Poder Judiciário o controle do cumprimento dos programas de governo mesmo quando entender que as políticas adotadas sejam erradas, insuficientes ou mesmo inexistentes, haja vista se tratar de um juízo político cabendo ao povo e ao Parlamento<sup>652</sup>.

---

primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o erário”. Tal discussão foi parar no STF na PETMC nº 1.246/SC e o Min. Celso de Mello manteve a decisão do TJSC em condenar o Estado argumentando que a saúde é direito subjetivo assegurado na CF/88 e que deve prevalecer contra um “interesse financeiro e secundário do Estado” privilegiando o “respeito indeclinável à vida e à saúde humana”.

<sup>649</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJ em 02.02.2001.

<sup>650</sup> PASSOS, J.J. Calmon de. **A constitucionalização dos direitos sociais**. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, ano I, v.1, nº 6, setembro de 2001, p. 3. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-CALMON-DE-PASSOS.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-CALMON-DE-PASSOS.pdf)> Acesso em 05 de mar. de 2014.

<sup>651</sup> NUNES, Antônio José Avelãs & SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

<sup>652</sup> Neste ponto há a chamada discricionariedade administrativa e o mérito administrativo. O Judiciário não tem legitimidade e competência para adentrar na análise do mérito administrativo e fornecer solução para questões políticas. MORAES, Germana. **Controle jurisdicional da administração**

O supramencionado Professor Português também ventila que o Poder Judiciário não pode alterar os orçamentos devidamente aprovados pelo Legislativo e nem pode bloquear verbas do orçamento de nenhuma entidade federativa, nem decidir como as verbas públicas deverão ser gastas. O Judiciário, ainda na doutrina de AVELÃS NUNES, não tem legitimidade e competência para fazer opções políticas, nem para impor ao Poder Executivo a inscrição, em orçamentos futuros, de numerário a ser destinado para a realização dos objetivos políticos prioritários na opinião do Judiciário. AVELÃS NUNES fundamenta sua doutrina opositora à atuação dos Tribunais brasileiros ventilando que os demais direitos sociais não gozam do mesmo tratamento dado ao direito à saúde. Após tecer tais comentários, arremata seu raciocínio alegando que em determinados casos o Judiciário substitui não apenas o Executivo, mas o próprio povo, haja vista a falta de consulta popular acerca da adoção de prioridades em matéria de políticas públicas e a falta de eleição para o cargo de juiz. O autor supracitado teme que os juízes substituam o Estado Democrático e formem algo acima dele, capitaneado pelo Judiciário<sup>653</sup>.

Pergunta-se: o desprezo pelo fiel cumprimento da lei orçamentária com constantes liminares judiciais determinando despesas não previstas/não eleitas pela Administração Pública traz problemas de governabilidade?<sup>654</sup> É possível governar com a intromissão ativista do Judiciário? Considerando a pesquisa realizada a resposta é afirmativa e concordamos com AMARAL & MELO quando ventilam que:

---

**pública.** São Paulo: Dialética, 1999, p. 43 citando João Caupers, sustenta que existe controle judicial sobre a discricionariedade, mas não sobre o mérito da decisão administrativa; traçando diferenças entre os dois termos, a supracitada autora leciona que: “O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário”. A autora em discussão ainda ventila que “o juiz não pode imiscuir-se no mérito do ato administrativo”.

<sup>653</sup> NUNES, António José Avelãs & SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

<sup>654</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>. Acesso em 12 de Dezembro de 2014: “Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência”.

“afirmar um ‘direito ilimitado’ que deva ser realmente efetivo pressupõe que, na falta de meios, eles possam ser extraídos a despeito dos limites constitucionais”<sup>655</sup>.

Para SCAFF, não há como tratar o tema da concretização dos direitos sociais sem discutir sua relação com o direito financeiro, posto ser imprescindível analisar a arrecadação, o gasto e o endividamento do Estado<sup>656</sup>.

Em outras palavras, devemos estar atentos às receitas públicas, os gastos públicos e o crédito público em uma aplicação coordenada destes elementos que compõem o orçamento. SCAFF defende que cabe ao Poder legislativo estabelecer as prioridades no gasto público mediante a formação do Sistema Orçamentário que compreende uma tríade legal, quais sejam: a) O Plano Plurianual (PPA)<sup>657</sup>; b) A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)<sup>658</sup> e c) A Lei Orçamentária Anual (LOA). SCAFF, nesta seara, ventila que é *mister* analisar quem paga as contas (Receita Pública), quem deixa de pagar (Renúncia Fiscal), quem recebe as prestações (Gasto Público), qual geração pagará a conta (Crédito Público) e considera que o Orçamento Público é o instrumento hábil para coordenar tudo isso<sup>659</sup>.

É um grave erro o Judiciário tentar implementar direitos sociais pela via individual, tratando-o como se direito individual fosse, assim como é impossível por meio de uma decisão judicial *erga omnes* concretizar todos estes direitos.

SCAFF concorda com esta assertiva ao lecionar que ao ensejar prestações individuais, o Judiciário não realiza justiça comutativa e desta forma não implementa direitos sociais. Considera o direito à saúde, não um direito individual, mas difuso,

---

<sup>655</sup> AMARAL, Gustavo. & MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. & TIMM, Luciano Benetti (Orgs). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 104.

<sup>656</sup> NUNES, Antônio José Avelãs & SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

<sup>657</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 165: “estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.”

<sup>658</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 165, parágrafo 2º: “compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”.

<sup>659</sup> NUNES, Antônio José Avelãs & SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

assim que devem ser logrados sob a forma da justiça distributiva, tarefa atribuída aos demais poderes da República. Também MARQUES concorda que:

Esta individualização da prestação coletiva pode levar a favorecimentos individuais, em detrimento dos interesses de uma coletividade que não se faz representar em juízo. Assim, a alocação de recursos para atender os casos que chegam ao Judiciário prejudica a alocação de recursos e o estabelecimento de prioridades, pelo sistema político, com base em critérios globais. E, desta forma, prejudica aqueles que não têm acesso à informação e não conseguem "chegar" até o Judiciário<sup>660</sup>.

Nesse diapasão, o princípio da isonomia estaria sendo ferido todas as vezes que uma decisão judicial determinasse a concretização de um direito econômico, social e cultural de modo casuístico (caso concreto, microjustiça) e esta decisão não pudesse ser estendida a todos por falta de recursos; ademais, os recursos financeiros despendidos para apenas um indivíduo, via decisão judicial, feriria a realização de uma política pública de caráter geral e universal.

Nesses casos o Judiciário estaria ferindo de morte o princípio igualitário, conferindo não um direito no caso concreto, mas sim privilégios que não podem ser estendidos a todos. Logo, uma crítica recorrente na doutrina repousa no argumento que o controle judicial resultaria, na decisão de casos concretos, prejuízo ao princípio igualitário e democrático.

Não é este o entendimento do STF. Este Pretório Excelso não dissocia o direito à vida do direito à saúde, portanto, as demandas envolvendo a questão da saúde são tratadas por uma de suas facetas, qual seja o direito à vida. O Ministro CELSO DE MELLO em diversos julgamentos asseverou que: “(...) o direito fundamental à vida, de que o direito à saúde representa um indissociável consectário(...)”<sup>661</sup>. O qual fora seguido pelos seus pares.

---

<sup>660</sup> MARQUES, Sílvia Badim. **A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político**. In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo, vol. 7, nº 1-3, p. 195-217, 2006. No mesmo sentido: TAVARES, Geruza Rios Pessanha (*et. al.*) **Diagnóstico das ações judiciais direcionadas à Secretaria de Estado da saúde do Espírito Santo**. Disponível em: [http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material\\_%20CONSAD/paineis\\_III\\_congresso\\_consad/painel\\_9/diagnostico\\_das\\_acoes\\_judiciais\\_direcionadas\\_a\\_secretaria\\_de\\_estado\\_da\\_saude\\_do\\_espirito\\_santo.pdf](http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_9/diagnostico_das_acoes_judiciais_direcionadas_a_secretaria_de_estado_da_saude_do_espirito_santo.pdf). Acesso em 28 de Dezembro de 2014: “A judicialização pode levar a um desequilíbrio no SUS e também a uma violação ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, visto que o fornecimento de determinado medicamento não padronizado para um indivíduo pode representar a falta de outro para o restante da coletividade”.

<sup>661</sup> Neste sentido Conferir: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgR nº 175-CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.04.2010; RE 556.886/ES (adenocarcinoma de próstata); AI

O supramencionado Ministro proclamou em seu voto no STA nº 175-CE a existência de uma Constituição dirigente e vinculante em relação à atuação dos demais poderes. Classificou a falta de atuação do Executivo e Legislativo nesta seara como “desrespeito e transgressão motivados por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”<sup>662</sup>, ao mesmo tempo que justificou o ativismo judicial e a criação jurisprudencial do direito pelo Judiciário:

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos (...) A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

É interessante ventilar conceitos como microjustiça e macrojustiça, esta entendemos como a decisão judicial que concretiza os direitos fundamentais sociais prestacionais de todos aqueles que encontram-se em situação semelhante e aquela seria utilizada apenas concretizando o direito para o caso individual, particularizado. O Judiciário está pronto e legitimado para concretizar os direitos em tela no caso concreto particularizado (microjustiça), concorda com esse pensamento GUSTAVO AMARAL quando ventila que: “o Judiciário está aparelhado para decidir casos

---

457.544/RS (artrite reumatóide); AI 583.067/RS (cardiopatia isquêmica grave); RE 393.175-AgR/RS (esquizofrenia paranóide); RE 198.265/RS (fenilcetonúria); AI 570.455/RS (glaucoma crônico); AI 635.475/PR (hepatite “c”); AI 634.282/PR (hiperprolactinemia); RE 273.834-AgR/RS (HIV); RE 271.286-AgR/RS (HIV); RE 556.288/ES (insuficiência coronariana); AI 620.393/MG (leucemia mielóide crônica); AI 676.926/RJ (lipoparatiroidismo); AI 468.961/MG (lúpus eritematoso sistêmico); RE 568.073/RN (melanoma com acometimento cerebral); RE 523.725/ES (migatia mitocondrial); AI 547.758/RS (neoplasia maligna cerebral); AI 626.570/RS (neoplasia maligna cerebral); RE 557.548/MG (osteomielite crônica); AI 452.312/RS (paralisia cerebral); AI 645.736/RS (processo expansivo intracraniano); RE 248.304/RS (status marmóreo); AI 647.296/SC (transplante renal); RE 556.164/ES (transplante renal); RE 569.289/ES (transplante renal).

<sup>662</sup> Para VIEIRA, Fabíola; ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil.** *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, abr. 2007, não há omissão estatal nesta seara, o que existe realmente são preferências por medicamentos específicos, muitos deles de eficácia não comprovada. Verifica ainda que: “(...) partir do pressuposto de que qualquer reivindicação de medicamento deve ser atendida, pois, está-se garantindo o direito à saúde, em um mercado farmacêutico com mais de 15 mil especialidades farmacêuticas, revela desconhecimento sobre as políticas públicas de saúde e seu componente farmacêutico. As ações judiciais descritas revelam que a PNM e suas diretrizes foram desconsideradas, em franca contraposição à tendência internacional de racionalizar o uso de tecnologias na área da saúde”.



concretos, lides específicas que lhe são postas. O referido autor trata, portanto, da microjustiça do caso concreto<sup>663</sup>; mas embora haja dificuldades em concretizar os direitos sociais de todos (macrojustiça)<sup>664</sup>.

GUSTAVO AMARAL leciona que: “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia<sup>665</sup> e por esse autor defender a afastabilidade do Judiciário nas questões que envolvam “escolhas trágicas”, ventila que os critérios adotados no âmbito da micro e macrojustiça resulta em “escolhas individuais racionais que produzem um resultado coletivo irracional<sup>666</sup>”.

LOPES concorda com as assertivas de AMARAL quando ventila que para que exista a prestação do serviço é preciso ter os meios suficientes para tal e não fazer preferências entre os indivíduos, em sua dicção expõe:

Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros?<sup>667</sup>.

Esse argumento utilizado pelo professor de história do direito da USP certamente se refere, haja vista a falta de especificação, ao caso de transplantes donde alguém no final da fila pode ser atendido antes, pelo seu grave estado de saúde e pela impossibilidade da espera, por determinação judicial.

Na doutrina de CANOTILHO: “Ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e

---

<sup>663</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 38.

<sup>664</sup> “Apenas a disseminação da tutela coletiva proporciona o adequado tratamento do *quantum* a ser reconhecido a cada credor de direito prestacional, já que o magistrado passa a ter a responsabilidade de apreciar a questão sob uma ótica macroscópica ao mesmo tempo em que se garante, na máxima extensão possível, o acesso à justiça”. GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 386-7.

<sup>665</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

<sup>666</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 175.

<sup>667</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito**. In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça, (org.) José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131.

econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais”<sup>668</sup>.

BLANCO DE MORAIS, ventila que:

Poderá, pois, o Tribunal, diante de um espectro necessariamente limitado de opções normativas de carácter alternativo resultantes da densificação da Constituição e não objectivamente inconstitucionais, excluir legitimamente uma delas, pelo facto de a mesma regra: (...) implicar custos financeiros adicionais de carácter relevante, não antecipados pelo legislador, que se mostrem susceptíveis de afectar negativamente o valor constitucional do equilíbrio orçamental<sup>669</sup>.

Segundo OLIVEIRA: “a decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas”<sup>670</sup>.

SCAFF defende que: “O papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, não é o de transformar ‘discricionariedade legislativa’ em ‘discricionariedade judicial’, mas o de dirimir conflitos nos termos da lei. Proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade da perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário”<sup>671</sup>.

Mais uma vez é suscitada a discussão acerca das decisões políticas emanadas pelo Judiciário. COMPARATO nos adverte que: “afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de poderes, para julgar questões políticas”.<sup>672</sup> Certo que o Poder Judiciário é igualmente um poder político, seus membros são representantes do povo mediante

<sup>668</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 369.

<sup>669</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **As Sentenças com Efeitos Aditivos**. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.) *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 112 e 113.

<sup>670</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006, p. 243.

<sup>671</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. & TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 157.

<sup>672</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: Revista RT, vol. 737, mar. de 1997, São Paulo: RT, p. 19.

seleção por meios técnicos, “político sim, partidário ou dependente, jamais”.<sup>673</sup> Entretanto, frisa CANOTILHO que “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas”<sup>674</sup>, logo, as questões políticas, atinentes à competência do Poder Executivo, devem ficar fora do controle jurisdicional. O ex-Ministro do STF JOAQUIM BARBOSA tem posicionamento diferente, para ele: “argumentos como a impossibilidade de controle dos atos administrativos de mérito pelo Judiciário ou a ausência de conhecimento técnico do magistrado não podem ser utilizados, sem a devida ponderação, como um escudo contra a realização do direito fundamental à saúde”<sup>675</sup>.

Na doutrina de BARROSO<sup>676</sup>: “para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador”, embora entenda que “O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa (...) Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios”<sup>677</sup>.

---

<sup>673</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Controle público e social da atividade econômica**. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). *Presente e futuro das relações de trabalho: estudos em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*. São Paulo, LTR, 2000, p. 431.

<sup>674</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.309.

<sup>675</sup> Notícia do Jornal “O Estado”. Coluna Direito & Justiça. 03 de Junho de 2013. Disponível em: <http://www.oestadoce.com.br/noticia/barbosa-defende-o-direito-saude-dos-brasileiros>, Acesso em 12 de Outubro de 2014.

<sup>676</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

<sup>677</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Ainda segundo este autor, hoje Ministro do STF: “Quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média”.

Mas outra pergunta é exigida: será que realmente não há previsão orçamentária? O Orçamento Geral da União (OGU) em relação à efetivação do direito à saúde é insuficiente e não suportaria a intervenção judicial? Vejamos.

Observemos a evolução do orçamento federal (2007 a 2012), em bilhões de reais na tabela abaixo<sup>678</sup>:

Orçamentos	2007	2008	2009	2010	2011	2012
FISCAL	862,4	878,3	977,5	1.015,3	1.427,9	1.529,6
Dívida Pública	565,4	493,3	544,3	581,1	928,9	910,9
Refinanciamento	374,8	277,8	265,7	373,4	678,5	653,3
Juros e amortizações	190,6	215,5	278,7	207,6	250,4	257,6
Programações	297,0	385,0	422,1	434,2	499,0	618,7
<b>SEGURIDADE SOCIAL</b>	<b>330,0</b>	<b>370,8</b>	<b>425,1</b>	<b>473,9</b>	<b>512,7</b>	<b>588,7</b>
INVESTIMENTO DAS ESTATAIS	39,8	53,5	79,7	84,0	107,5	106,8
TOTAL ORÇAMENTO FEDERAL	1.232,2	1.302,6	1.482,3	1.573,1	2.048,1	2.225,1

Percebe-se pela tabela acima, que a previsão orçamentária para custeio da seguridade social, a qual envolve previdência, assistência social e saúde, vem paulatinamente sendo majorada ao longo do tempo, donde a previsão orçamentária para 2012 correspondeu a mais de 80% daquela prevista para 2007. Não obstante a estratosférica rubrica para pagamento da dívida pública (a qual quase duplicou neste mesmo período), não se pode negar a evolução positiva do numerário a ser destinado a esta área.

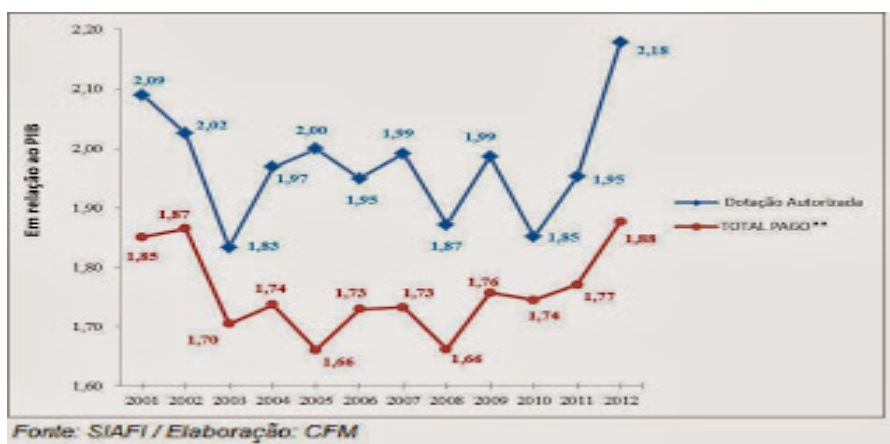
<sup>678</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Disponível em: [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2012/110831\\_orc\\_fed\\_alc\\_todos.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2012/110831_orc_fed_alc_todos.pdf).

Quando analisamos especificamente a previsão de recursos financeiros para o custeio do direito à saúde, pelo Ministério da Saúde, deparamo-nos com a seguinte situação:

Orçamento Geral da União - Ministério da Saúde*			
Ano	Dotação Autorizada	TOTAL PAGO**	TOTAL PAGO - Dotação Autorizada
2001	64.615.383.529,66	57.221.931.058,35	-7.393.452.471,31
2002	62.606.809.598,76	57.664.701.560,71	-4.942.108.038,05
2003	53.109.404.583,40	49.363.667.541,32	-3.745.737.042,08
2004	59.519.860.654,01	52.511.183.749,69	-7.008.676.904,32
2005	63.098.505.297,21	52.404.996.732,64	-10.693.508.564,57
2006	66.723.419.835,52	59.195.531.175,44	-7.527.888.660,07
2007	72.868.919.476,20	63.379.308.816,28	-9.489.610.659,93
2008	70.138.953.845,45	62.292.956.597,29	-7.845.997.248,16
2009	78.123.982.661,17	69.112.100.156,93	-9.011.882.504,24
2010	80.279.411.496,30	75.650.818.892,45	-4.628.592.603,85
2011	85.735.199.997,06	77.752.977.557,18	-7.982.222.439,88
2012	95.927.702.594,00	82.630.460.707,93	-13.297.241.886,07
<b>TOTAL</b>	<b>852.747.553.568,73</b>	<b>759.180.634.546,21</b>	<b>-93.566.919.022,52</b>

Fonte: SIAFI / Elaboração: CFM  
 \* Valores atualizados pelo IGP-DI, da FGV.  
 \*\* Inclui os restos a pagar pagos

Ou seja, dos recursos destinados ano a ano, e como não há vinculação entre previsão e aplicação, nos últimos doze anos a Administração Pública Federal deixou de gastar quase noventa e quatro bilhões de reais, ou quase vinte e dois milhões de reais por dia. E mesmo considerando o crescimento em valores nominais do previsto para aplicação, em relação ao Produto Interno Bruto (PIB) os percentuais mantiveram-se constantes, não é outra a conclusão que se chega ao verificar que em 2001 e 2002 a proporção era de 1,85% e 1,87%, respectivamente, caindo no período de 2003 a 2011 e em 2012 atingindo 1,88%, quase o mesmo percentual de 2001, conforme se observa no gráfico abaixo:



Durante o período apurado, verificou-se a falta de investimentos em obras e equipamentos, não por não existirem recursos financeiros, nem previsão orçamentária, mas por falta de ação da Administração Pública Federal, conforme gráfico abaixo:

<b>Investimentos Ministério da Saúde*</b>			
<b>Ano</b>	<b>Dotação Autorizada</b>	<b>TOTAL PAGO**</b>	<b>TOTAL PAGO - Dotação Autorizada</b>
2001	7.032.086.808,06	2.863.248.355,45	-4.168.838.452,60
2002	5.060.585.545,13	3.912.391.671,11	-1.148.193.874,03
2003	2.431.439.019,09	1.162.437.753,79	-1.269.001.265,30
2004	3.888.184.560,64	1.893.713.441,45	-1.994.471.119,19
2005	3.805.463.765,94	1.409.014.961,42	-2.396.448.804,52
2006	4.791.618.019,89	2.204.531.822,98	-2.587.086.196,91
2007	6.481.906.710,09	1.918.761.794,33	-4.563.144.915,76
2008	4.869.924.390,96	1.531.520.570,42	-3.338.403.820,54
2009	5.176.378.033,54	1.960.852.475,81	-3.215.525.557,73
2010	5.268.559.967,39	2.617.474.978,35	-2.651.084.989,05
2011	6.096.084.528,70	2.521.910.394,36	-3.574.174.134,34
2012	12.142.587.348,00	3.500.525.571,71	-8.642.061.776,29
<b>TOTAL</b>	<b>67.044.818.697,44</b>	<b>27.496.383.791,18</b>	<b>-39.548.434.906,26</b>

Fonte: SIAFI / Elaboração: CFM  
 \* Valores atualizados pelo IGP-DI, da FGV.  
 \*\* Inclui os restos a pagar pagos

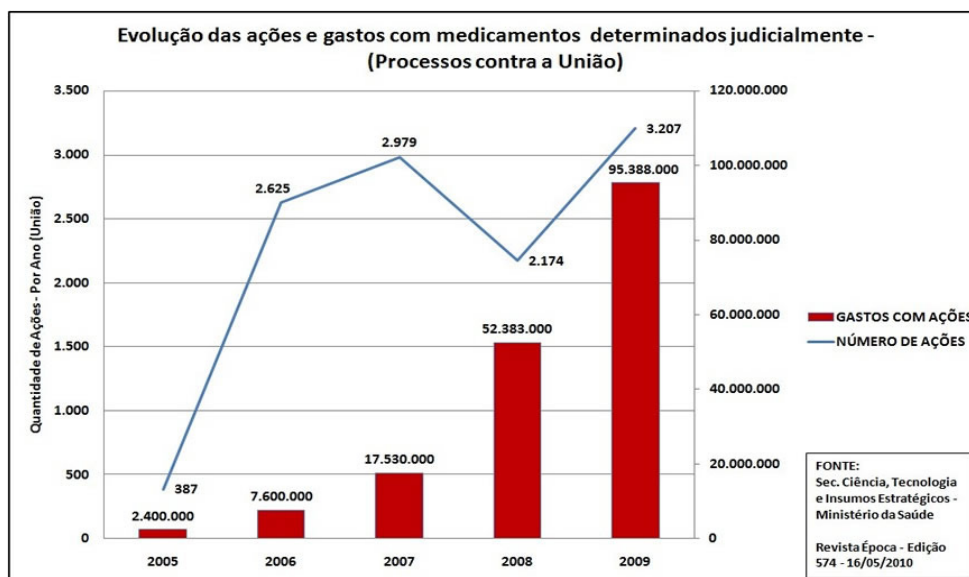
Ou seja, 69% (sessenta e nove por cento) deixaram de ser investidos na melhoria da infraestrutura em saúde, como por exemplo, compra de equipamentos, construção, reforma e ampliação de unidades de saúde, compra de ambulâncias, etc.

Conforme estes dados oficiais é difícil defender a não-intervenção de outro Poder da República – qualquer que seja – na implementação de políticas públicas nesta área ou mesmo o custeio de medicamentos e tratamentos. No Brasil, esta “questão política” foi assumida pelo Poder Judiciário que vem condenando o poder público a prestações na área de saúde, chegando até a obrigar a compra de fraldas descartáveis, conforme decisão do STF, julgada em 2013:

Direito à saúde. Portador de doença grave. Determinação para que o Estado forneça fraldas descartáveis. Possibilidade. Caracterização da necessidade. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas<sup>679</sup>.

<sup>679</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 668.722-AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 27-8-2013, Primeira Turma, DJE de 25-10-2013.

Acerca das condenações da União Federal para a compra de medicamentos, verifica-se significativo aumento tanto nas demandas judiciais quanto no valor total despendido por tal *mister* conforme tabela abaixo<sup>680</sup>:



Em 2005 foram contabilizadas 387 (trezentas e oitenta e sete ações), número que saltou para 2.625 (duas mil seiscentas e vinte e cinco) no ano seguinte e em 2009 chegou a 3.207 (três mil, duzentas e sete). Igualmente os valores foram sendo majorados de dois milhões e quatrocentos mil reais em 2005 para mais de noventa e cinco milhões de reais em 2009.

Considerando que neste mesmo período, conforme tabela algures exposta, o Ministério da Saúde deixou de investir, mesmo com dotação orçamentária, cerca de quarenta e quatro bilhões e meio de reais, concluímos que o impacto das decisões judiciais que determinam a compra de medicamentos não é tão alta assim e pode ser suportada pela Administração Pública Federal sem comprometimento à governabilidade.

<sup>680</sup> In: SANTOS, Flávio José dos. **A Atuação do Judiciário na Efetivação do Direito à Saúde e a Reserva do Possível: Colisão com Direitos.** Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5522](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5522). Acesso em 12 de Dezembro de 2014.

Problemática é a condenação das demais entidades federativas, quais sejam os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, haja vista a saúde ser de responsabilidade solidária entre todas as entidades<sup>681</sup>.

Neste caso, a governabilidade estaria comprometida se tais entidades utilizassem apenas os recursos financeiros de seu próprio orçamento.

WANG, analisando o Município de São Paulo, Constatou que os valores despendidos para compra de medicamentos, por determinação judicial, pelo Ministério da Saúde saltou de R\$ 2,5 milhões em 2005 para pouco mais de R\$ 266 milhões em 2011. Também neste período, o número de medicamentos fornecidos judicialmente pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo aumentou de 799 para 14.563, ou seja, um exponencial crescimento de 1.722,65% em cinco anos<sup>682</sup>. Há, portanto, a proliferação de ações judiciais e tal fato causa grande impacto no orçamento público das entidades federativas.

Defendemos que também neste caso é imprescindível a abertura dos poderes ao diálogo, haja vista estarmos em zona fronteira, uma espécie de encruzilhada acerca dos três poderes. Consideremos o fato de uma decisão judicial que necessite de grande dotação financeira (ou centenas, milhares que somadas chegam a um valor expressivo), mesmo existindo dinheiro é preciso verificar as razões da Administração Pública em não ter agido ou não querer agir, bem como o Legislativo que não permitiu o remanejamento das verbas orçamentárias de uma rubrica menos urgente para esta mais urgente.

---

<sup>681</sup> Conforme o STF: "Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo." (AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, *DJE* de 16-8-2012).

<sup>682</sup> WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa**. In: Revista de Administração Pública vol. 48 nº 5 Rio de Janeiro Sept./Oct. 2014: "Estimou-se que o gasto total da judicialização em 2011 representa 6% do que o município gastou nesse ano com sua política farmacêutica e 10% do orçamento para fornecimento de medicamentos e material hospitalar, ambulatorial e odontológico. Além do mais, cerca de 55% do gasto com judicialização da saúde são destinados ao fornecimento de medicamentos de responsabilidade de estados ou União, distorcendo a organização federativa do sistema, e 45% para tratamentos não contemplados pelo SUS".



Segundo FERRAZ & VIEIRA: “a interpretação atualmente dominante no Judiciário brasileiro, segundo a qual o direito à saúde é um direito individual a atendimento médico ilimitado, é sustentável apenas à custa dos princípios de equidade e universalidade estabelecidos na Constituição. Ou seja, para dar atendimento ilimitado a alguns, diminuem-se necessariamente os serviços e ações que beneficiam a outros”<sup>683</sup>.

Em outras palavras, mesmo existindo dotação orçamentária, a saúde é um direito social e não individual, portanto, não se pode tratar uma pessoa em detrimento do tratamento de dezenas. É uma questão de macro justiça, *erga omnes*, universalista que não pode ser decidida apenas pelo Poder Judiciário obrigando a Administração Pública à prestação desconsiderando diversos argumentos, nem deixando à discricionariedade Administrativa, pois há o comprovado risco da inércia.

Há autores defendendo que na hipótese de nem mesmo existir previsão orçamentária atinente a determinada política pública, estaria o Judiciário legitimado para determinar a imediata concretização do direito cujo numerário necessário seria retirado de outras áreas não fundamentais, qual seja KRELL ao lecionar que: “e se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde”<sup>684</sup>. Concordamos, entretanto, com FERNANDO ARAÚJO ao ventilar que: “O óptimo social encontrar-se-á, em suma, num meio-termo: numa justiça que não se transforme num peso-morto do aparelho produtivo, num entrave à actividade económica, mas que em contrapartida não transmita à sociedade a ilusão de uma justiça gratuita e inesgotável, que geraria o incentivo ao sobre-uso (à "sobre-judicialização") e provocaria o colapso”<sup>685</sup>.

A opção pelo ativismo judicial na condenação do Poder Público à concretização de direitos sociais pode desestabilizar a gestão do Administrador Público haja vista a

---

<sup>683</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582009000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007). Acesso em 23 de Novembro de 2014.

<sup>684</sup> KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 53.

<sup>685</sup> ARAÚJO, Fernando. Prefácio no livro de LEAL, Rogério Gesta. **Impacto econômico e social das decisões judiciais**. In: Coleção Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados). Disponível em: [http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos\\_site.pdf](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf). Acesso em 26 de Dezembro de 2014.

imprevisibilidade de gastos e a insegurança jurídica em seu planejamento orçamentário, posto que a qualquer momento uma liminar judicial pode determinar uma despesa inesperada.

Tal fato é mais impactante quando se considera a responsabilidade solidária de todas as unidades federativas, incluindo as mais pobres, quais sejam os Municípios, os quais possuem orçamentos bem menores que outras entidades federativas como Estados e União Federal.

MACHADO Concorde com nosso entendimento ao asseverar que: “o que se observa é um processo de judicialização excessiva, que se manifesta pela proliferação de decisões que condenam o Poder Público ao custeio de tratamentos irracionais e remetem ao gestor a responsabilidade da decisão de alocação de recursos que, muitas vezes, contradiz o princípio da equidade em saúde e o acesso à assistência à saúde de qualidade”<sup>686</sup>.

É *mister* elucidarmos nosso entendimento quanto ao respeito pelo cumprimento da lei orçamentária, entretanto não adotando posição maniqueísta. O caminho é o diálogo interinstitucional o qual deve estar aberto para analisar as possibilidades de exequibilidade da decisão judicial no que tange o aumento de despesa não prevista no orçamento e não o Judiciário se investir da armadura do heroísmo passando o problema para o Administrador como se isso não fosse problema do órgão judicante.

Eis novamente a problemática. Escudados em suas “reservas”, os três poderes tentam delimitar espaços inexpugnáveis uns em relação aos outros; este comportamento gera o adversarismo e a desconfiança recíproca, donde os atos de um são recebidos com ressalvas mesmo que, em certos casos, injustificáveis. As teorias dialógicas fornecem pistas importantes para a superação deste vetusto debate ao mesmo tempo em que apresenta uma releitura atual da teoria da separação dos poderes.

---

<sup>686</sup> MACHADO, Marina A. et al. Judicialização do acesso a medicamentos no estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011.

#### 4.9.2 Como se verifica o adversarismo também nesta relação com o Judiciário?

A teoria da separação dos poderes é interpretada literalmente quando se trata de reservar espaços de poder e negar a legitimidade de um em relação ao outro.

O então Presidente do STF, Ministro Marco Aurélio Mello, em entrevista a uma emissora de rádio do Estado do Rio Grande do Sul, questionou a ampliação de R\$ 8,5 bilhões para R\$ 10,5 bilhões no orçamento da União do Programa Bolsa Família em pleno ano eleitoral.

Tal fato gerou a indignação do então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva que externou toda a sua indignação com as seguintes frases (as quais nos trazem pistas de como o Executivo vislumbra esta relação entre poderes na atualidade): “Seria tão bom se o Judiciário metesse o nariz apenas nas coisas dele, o Legislativo nas coisas dele e o Executivo nas coisas dele. É preciso que a gente reordene as instituições brasileiras para que elas funcionem cada vez mais de forma harmônica”<sup>687</sup>.

Há, portanto, uma percepção deste ex-Chefe do Poder Executivo Federal que a harmonia na separação dos poderes significa, nesta frase infeliz, mas que retrata o vetusto pensamento dezenovista, que há “reservas” inexpugnáveis e hermeticamente delimitadas nas funções de cada Poder, como se não houvesse uma inter-relação entre eles e como se cada um quedasse adstrito ao seu próprio, restrito e particular espaço de poder. O STF ao reler este posicionamento e adotar postura ativista, incomoda sobremaneira o Administrador da *res* pública que se sente invadido em sua competência.

Na mesma entrevista o então Presidente asseverou que: “É preciso perguntar a quem falou essa sandice, se ele quer ser ministro da Suprema Corte ou político. Se quer ser político, renuncie lá e se candidate a um cargo para falar as bobagens que quiser, a hora que quiser, mas não ficar se metendo nas políticas do governo federal”.

Esta frase, também infeliz, retrata uma conflituosa relação entre os poderes que neste caso particular desceu os porões do desrespeito, haja vista que a expressão “sandice” em língua portuguesa quer dizer: “característica, condição, particularidade de

---

<sup>687</sup> Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/brasil/lula-critica-intromissao-do-judiciario-no-executivo-470971.html>.

quem se comporta ou se comunica através de tolices, de modo tolo ou simplório, ação ou discurso que denota tolice, ignorância ou ausência de inteligência; idiotice, parvoíce, ausência de lógica”<sup>688</sup>. Máxime se tratar de um “diálogo” entre os então Presidentes da República e do Supremo Tribunal Federal (STF).

A assertiva “se ele quer ser ministro da Suprema Corte ou político” demonstra que para o então Presidente da República, Ministro do STF não deve ter atuação política, mas adstrito à ideia de jurista no sentido de subsunção do fato à norma sem a possibilidade de uma interpretação extensiva, sentenças aditivas, decisões em matéria de políticas públicas, muito menos questões que envolvam política pura, ou qualquer outra expressão que denote o denominado ativismo judicial.

Eis o desconforto externado com este fenômeno. Este incidente fornece para o pesquisador pistas importantes acerca da relação entre os poderes e como cada um deles percebe sua competência determinada pela Constituição Federal, ou seja, há uma “reserva administrativa”, uma “reserva judicial” e uma “reserva legislativa”, caso algum deles ultrapasse esta linha divisória, há intromissão indevida e usurpação de competência, cuja reação será imediata e, deste modo, a harmonia transmuda-se em adversarismo conducente ao crescente embate pela colonização e demarcação de espaços de poder.

Esta conclusão evidencia-se com a frase final do ex-Presidente da República supramencionado: “Não tem um palpite meu no Legislativo. O governo não se mete no Poder Judiciário. Se cada um ficar no seu galho, o Brasil tem chance de ir em frente. Se cada um der palpite na vida do outro, a gente pode conturbar a sociedade”<sup>689</sup>.

Outra questão relevante foi o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.357 e 4.425 acerca da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 62/2009 a qual instituía um novo regime de pagamento de precatórios<sup>690</sup>.

---

<sup>688</sup> Disponível em: <http://www.dicio.com.br/sandice/>

<sup>689</sup> Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/brasil/lula-critica-intromissao-do-judiciario-no-executivo-470971.html>.

<sup>690</sup> Precatório é o instrumento pelo qual o Poder Judiciário requisita, à Fazenda Pública, o pagamento a que esta tenha sido condenada em processo judicial. É o documento pelo qual o Presidente de Tribunal, por solicitação do Juiz da causa, determina o pagamento de dívida da União, de Estado, Distrito Federal ou do Município, por meio da inclusão do valor do débito no orçamento público”.

À guisa de explicação a situação é a seguinte. O texto original da Constituição Federal não estipulava prazo para pagamento dos precatórios e nem de percentuais de comprometimento de receitas pelas entidades federativas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Sem existir vinculação alguma, tais entidades federativas efetuavam os pagamentos como bem queriam, incluíam o valor dos precatórios no orçamento do ano seguinte e nem mesmo assim honravam os pagamentos, pois alegavam falta de recursos financeiros.

Tal problemática ensejava o aumento exponencial das dívidas oriundas de precatórios e os credores não possuíam nenhuma expectativa temporal acerca do recebimento dos valores o que consistia no inadimplemento sistemático do poder público. Fato que levou o Ministro Luiz Fux a asseverar:

De que serve uma sentença condenatória incapaz de surtir efeitos práticos? A resposta é simples e direta: nada. Uma sentença condenatória despida de força executiva é incapaz de tutelar a esfera do cidadão, sob o ângulo subjetivo, e insuscetível de restaurar a higidez da ordem jurídica, sob o prisma objetivo. Um processo efetivo é aquele apto a proporcionar os resultados que almeja<sup>691</sup>.

A referida Emenda Constitucional nº 62/2009 visava, portanto, alterar o art. 100 da Constituição Federal e acrescentar o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, entretanto, instituía moratória de 15 (quinze) anos para o pagamento dos precatórios.

Eis a controvérsia: O Ministro Luiz Fux ventilando o descaso da Administração Pública no pagamento destes valores afirmou que: “a moratória de hoje é o prenúncio da moratória de amanhã” referindo-se ao ADCT, art. 33 do texto original da Constituição Federal e da Emenda Constitucional nº 30/00.

---

<sup>691</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>. p. 50.

O Ministro Gilmar Mendes votou pela improcedência das ADINs e justificou: “A medida vem cumprindo essa função. Qual é o sentido de declarar sua inconstitucionalidade e retornar ao texto original? Para dizer que o caos é o melhor que a ordem?”<sup>692</sup>

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.357 e 4.425 foram julgadas parcialmente procedentes. Foram declarados inconstitucionais dispositivos do artigo 100 da Constituição Federal, que institui regras gerais para precatórios e integralmente inconstitucional por afrontar cláusulas pétreas, como a de garantia de acesso à justiça, a independência entre os Poderes e a proteção à coisa julgada o artigo 97 do ADCT, que cria o regime especial de pagamento.

O problema, entretanto, é que está em discussão no STF a modulação dos efeitos destas decisões e pelos votos já realizados o Ministro Luiz Fux pronunciou seu voto pela prorrogação do regime instituído pela EC 62/209 até 2018 com a ressalva do índice de correção monetária, o sistema de leilões e acordos e de compensações, o qual foi seguido pelo voto do Ministro Teori Zavascki e parcialmente pelo Ministro Luís Roberto Barroso que, mantendo a prorrogação da validade da EC nº 62/2009 por cinco anos, divergiu no que tange a aplicação da taxa de remuneração da caderneta de poupança (TR) para correção monetária dos precatórios<sup>693</sup>. A discussão está parada em virtude do voto-vista requerido pelo Ministro Dias Tófoli.

Tal modulação, se realmente aprovada pelo STF impactaria significativamente os orçamentos de todas as entidades federativas, posto que todos os precatórios deveriam ser pagos até o ano de 2018. Acerca deste julgamento STRECK faz a seguinte crítica: “E o que diríamos ou o que diremos se o STF decidir que todos os precatórios devem ser pagos até o ano 2018 (voto do ministro Luis Fux modulando os efeitos das

---

<sup>692</sup> Neste pronunciamento ventilou que o Estado de São Paulo reduziu seu passivo de precatórios de R\$ 19 bilhões, em 2009, para R\$ 15 bilhões em dezembro de 2012.

<sup>693</sup> Avançando na questão, o Ministro Luís Roberto Barroso sugeriu algumas medidas de transição para concretizar o pagamento de precatórios, quais sejam: a) a utilização obrigatória, com início em janeiro de 2015, de 70% do estoque da conta dos depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios; b) abertura da possibilidade de negociação com os credores, seguindo a ordem cronológica, com deságio máximo de 25% do valor do precatório; c) possibilidade de compensação dos precatórios vencidos com débitos registrados em dívida ativa; e d) aumento, em 1%, da receita corrente líquida de estados e municípios, sendo 0,5% a partir de 2015 e 0,5% a partir de 2016. No texto original da Emenda Constitucional nº 62/2009, essa vinculação varia de 1% a 2% da receita de estados e municípios.

ADIs 4.357 e 4.425, perquirindo a EC de 2009), intervindo nos orçamentos dos Executivos?”<sup>694</sup>

Tal doutrinador brasileiro deduz que “pelo que se vê, o STF está fazendo juízos políticos (...) ingressando em seara não sua”<sup>695</sup>.

Estes são exemplos que demonstram o “estado da arte” nas relações entre o Executivo e o Judiciário e como a falta de um diálogo interinstitucional pode comprometer a atuação de todos eles.

Passaremos a analisar uma possibilidade de superação do adversarismo entre os três poderes, qual seja a propositura de uma nova leitura da separação dos poderes: do isolamento decisório e adversarial na manutenção dos espaços de poder à interação cooperativa dialogal interinstitucional.

---

<sup>694</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>.

<sup>695</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>.

## CAPÍTULO 5

### **Propositura de uma nova leitura da separação dos poderes: do isolamento decisório e adversarial na manutenção dos espaços de poder à interação cooperativa dialogal interinstitucional.**

Em situações limítrofes jurídico-políticas, urge a cooperação dialogal interinstitucional como exigência atual no contexto relacional entre os três poderes assecuratória de uma verdadeira harmonia na independência de cada um; há dessa forma, uma relação mais transparente e conducente à melhor decisão possível haja vista não ter sido tomada de forma isolada, mas fruto de argumentos e proposições amplamente discutidas entre os poderes<sup>696</sup>. Segundo VALLE & SILVA: “A idéia de constitucionalismo cooperativo e teorias dialógicas é a de que os grandes conflitos relacionados a direitos serão melhor decididos num ambiente que se beneficie da visão pluralista dos distintos atores envolvidos na importante tarefa de proteção a direitos fundamentais e da Constituição”<sup>697</sup>, mitigando a supremacia judicial embora reconheça sua importância, bem como a sociedade e os demais Poderes.

Há três funções do Poder, independentes e harmônicos, suas competências são constitucionalmente estabelecidas, mas que não prescindem da necessidade de diálogo na busca pela melhor decisão em casos complexos e paradigmáticos; quando isto ocorre, há a manifestação do Poder, como se fora um só, entretanto cada qual mantendo seu *status quo*.

Desta forma, as competências de cada um não são mais entraves ou instrumentos de dominação, não há mais o sentido pejorativo de aviltamento ou usurpação da competência de outro poder, pelo contrário, cada um deles apresenta seus argumentos

---

<sup>696</sup> Segundo TAVARES, Rodrigo de Souza e BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2259.pdf), acesso em 28 de Outubro de 2014: “A justificação da prática dialógica, diante deste quadro, possui ao menos três importantes vetores: 1) permite restabelecer o reequilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática; 2) articula a defesa de um *weak judicial review* como contraponto aos riscos de um ativismo judicial, e ainda; 3) assegura a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de segmentos minoritários”.

<sup>697</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio. & SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo Cooperativo ou Supremacia do Judiciário?** Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2209.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2209.pdf). Acesso em 15 de Fevereiro de 2015, p. 2251.



dentro de sua *expertise* e especialidade ao mesmo tempo em que está aberto a receber dos outros poderes outras contribuições; esta relação dialogal permite que a problemática suscitada pelo caso concreto ou abstrato seja enfrentada por uma conjugação de forças e não decidida isoladamente por cada um.

Os intérpretes da Constituição como sociedade aberta (Häberle) qual seja a superação de uma exegese hermeticamente fechada para outra bem mais ampliada e multifacetária<sup>698</sup>, em condições iguais de diálogo no auditório universal (Perelman) unidos pelo desiderato de lograr uma ação comunicativa (Habermas), de igual consideração e respeito (Dworkin) e legitimados pela Constituição como norma jurídica (Kelsen) têm mais possibilidade de prolatar decisão que obtenha a resposta mais correta e eficaz de resolução do problema.

Em outras palavras, os papéis não se apresentam de forma estanque, nem na busca em encontrar o poder competente em dizer a última palavra em matéria constitucional, haja vista o STF como “guardião da Constituição” não afigurar-se como seu senhor não se confundindo com ela própria como se fosse uma só realidade, mas em encontrar na seara jurídico-política uma solução dialogada de forma a abranger a comunicação entre os poderes sob o pálio da norma constitucional, desta forma, a independência dos poderes não pode conduzir a um isolamento, mas em buscar pela via comunicativa a melhor decisão, sem, contudo, descaracterizar-se. SCHOR, analisando os Estados Unidos da América do Norte e o Canadá discorre que: “*The constitutions of the United States and Canadá speak of constitutional supremacy but do not state who is the ultimate interpreter. Neither constitutional dialogue nor judicial supremacy is hardwired into the constitutional text*”<sup>699</sup>.

---

<sup>698</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014 explica que: “A tese esposada pelo constitucionalista alemão é a de que na interpretação da constituição se acham potencialmente abrangidos “todos” os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os cidadãos, todos os grupos, não havendo numerus clausus de intérpretes constitucionais. A interpretação da Constituição, havida até então como um ato consciente, deliberado, formal, do jurista de profissão, como cousa de “sociedade fechada”, deve porém na realidade considerar-se pela nova metodologia como obra da “sociedade aberta”, de quantos dela participam materialmente. A interpretação da Constituição, assim entendida, está sempre a co-constituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.

<sup>699</sup> SCHOR, Miguel. *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy*. Drake University (Legal studies research paper series) nº 12-02, December, 2010, p. 13. Em tradução livre: “As constituições dos Estados Unidos e do Canadá falam da supremacia constitucional, mas não indica quem é o intérprete final. Nem diálogo constitucional nem supremacia judicial é programado no texto constitucional”.

O enfrentamento na arena política entre os três poderes seria, senão por completo, pelo menos mitigada. Como sói acontecer, a decisão final em matéria constitucional pelo STF não exclui a possibilidade de aprovação de emenda constitucional aprovada pelo Legislativo com o mesmo conteúdo impugnado, da mesma forma, nem todas as decisões do STF determinando procedimento a ser concretizado pelo Executivo será exequível<sup>700</sup>. O sistema de freios e contrapesos seria muito mais leve pela via da interação cooperativa dialogal e tal atitude seria promotora de uma consistente e duradoura estabilidade democrática e institucional, haja vista os poderes terem decidido interativamente como Poder e não em uma relação adversarial.

O ativismo judicial apresenta-se como fenômeno imprescindível para o despertar do “terceiro gigante”, qual seja o Judiciário, que ao afastar-se do absenteísmo e inércia decisória (mesmo desde sempre provocado), ao verificar a mudança nas demandas sociais cada vez mais complexas e de difícil solução, fruto também da democratização dos instrumentos processuais e acesso à justiça, de uma Constituição analítica e ambiciosa, das exigências cada vez mais pujantes de uma teoria neoconstitucional e do Estado Democrático de Direito, da denúncia de distanciamento e inércia legislativa e falta de operatividade e proximidade entre o Executivo e os anseios populares e de concretizar as promessas constitucionais, reconheceu-se como igual em força e poder político aos demais poderes.

Esta situação de igualdade na diversidade entre os três poderes, possível apenas pelo advento do ativismo judicial, problematizou as relações entre eles causando furor na doutrina que se coloca contrária peremptoriamente ou favorável invariavelmente, bem como os que apontam virtudes e ignomínias, mas que com toda certeza abriu intenso e grandiloquente debate para entender os limites e as possibilidades de um ativismo judicial. Houve, sem dúvida, uma demarcação empírica dos espaços de poder, espaços estes por vezes colonizados uns pelos outros.

Entendemos que entre o ativismo e a abstenção judicial descortina-se uma nova perspectiva relacional com o despertar deste “terceiro gigante”, qual seja a interação dialogal entre os poderes. Em síntese, o relacionamento dialogal entre os poderes surge como uma nova leitura da separação dos poderes instigada pelo advento do ativismo judicial e colonização dos espaços de poder historicamente existentes. Segundo CAMPOS uma questão constitucional deve ser amplamente discutida e sua definição

---

<sup>700</sup> Máxime a existência da teoria da reserva do possível fática.

deve ser o resultado de uma construção coordenada entre os poderes por meio de um processo dialógico, caso contrário estaríamos diante de um ativismo judicial antidialógico<sup>701</sup>.

O diálogo interinstitucional constitui-se em uma das formas de superação ao ativismo judicial ao permitir ao Judiciário participação e construção das decisões sem a acusação do desejo em formar um governo de juízes<sup>702</sup>, mas deve estar cingido pelo ideal de democracia almejado em um estado democrático<sup>703</sup>.

#### Segundo BRANDÃO:

É fundamental para a realização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito um desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja ‘supremo’, mas antes, que cada um dos ‘poderes’ contribua com a sua específica capacidade institucional<sup>704</sup>.

Pretende-se responder qual é a margem de interação dialogal entre os três poderes fortalecendo uma nova leitura da separação dos poderes no Brasil; como estes três poderes têm dialogado entre si para a tomada de decisões e a propositura de um novo modelo mitigador do adversarismo<sup>705</sup>.

<sup>701</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 333.

<sup>702</sup> SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012 entende que: “Uma decisão do STF é, certamente, um elemento de grande relevância no diálogo sobre o sentido de uma norma constitucional, mas não tem o condão de encerrar o debate sobre uma controvérsia que seja verdadeiramente importante para a sociedade. Sob o ângulo prescritivo, não é salutar atribuir a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é (...) Se a disputa for de fato muito relevante, é pouco provável que uma decisão judicial baste para colocar uma pá de cal no assunto, aquietando os grupos perdedores e os setores da opinião pública que o apóiam”.

<sup>703</sup> Na Constituição brasileira de 1937, fruto de outorga pelo governo golpista denominado “Estado Novo” do então ditador Getúlio Vargas havia a expressa previsão de diálogo entre os poderes, mas com o nítido objetivo de mitigar a atuação judicial às vontades autoritárias do Executivo, considerando a submissão do legislativo neste regime de exceção. O Art 96 assim determinava: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

<sup>704</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p. 287.

<sup>705</sup> Nos Estados Unidos da América do Norte, acerca da teoria do diálogo, aponta-se a doutrina de FISHER, Louis. *Judicial finality or an ging colloquy?* In: MILLER, Mark C.; BARNES, Je. (Ed.). *Making policy, making law: interbranch perspective*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 153-169. FISHER, Louis. *Interpreting the Constitution: more than what the Supreme Court says. Extentions*. (A journal of the Carl Albert Congressional Research and Studies Center). University of Oklahoma, 2008 o qual entende a interpretação constitucional como um processo político não restrito à

## 5.1 Teorias sobre o diálogo entre os poderes ou das teorias do Diálogo Constitucional

TUSHNET<sup>706</sup> e WALDRON<sup>707</sup> defendem que a supremacia judicial é incompatível com a democracia. TUSHNET chega a defender a supressão da competência do Judiciário na invalidação de decisões oriundas dos demais poderes e propõe uma “conversação” entre diversos atores, tais como o Legislativo, Judiciário, a sociedade e o Executivo, dito isto, faz uma contraposição ao modelo de supremacia judicial e WALDRON critica aduzindo que: “O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, seja um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”<sup>708</sup>. BATEUP<sup>709</sup> entende que não deve existir o monopólio judicial na interpretação constitucional e que a via dialogal pode ser importante contribuição para a interação entre os três poderes com o desiderato da construção do conteúdo e significado das normas constitucionais. Para tanto, apresenta as teorias do diálogo constitucional.

---

Suprema Corte, mas compartilhado com os três poderes e o povo; BARNES, Jeb. *Adversarial legalism, the rise of judicial policy making, and separation-of-powers doctrine*. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (Ed.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004 compartilha esta tese e refere-se a um consenso público. O doutrinador inglês PICKERILL, J. Mitchell. *Constitucional deliberation in congress: The Impact Of Judicial Review In a Separated System*. Duke University Press, 2004. p. 23 também entende que o Poder Judiciário ao decidir não encerra definitivamente o debate, posto que o mesmo pode ser rediscutido em sede de atividade legislativa quais sejam as edições de novas leis ou emendas constitucionais considerando os argumentos exarados na decisão judicial. No Brasil encontramos um exemplo de diálogo entre o Judiciário e o Legislativo aconteceu no julgamento da MC na ADIn 2178 a qual analisava a inconstitucionalidade da Lei nº 9.960/00; esta lei foi declarada inconstitucional pelo fato de ter sido elaborada com erros formais os quais foram apontados no acórdão. O Legislativo rediscutiu a matéria, fora elaborado um novo projeto de lei, o qual tramitou, foi aprovado e fez surgir a Lei nº 10.165/2000, posteriormente declarada constitucional pelo STF no RE 416.601 (Rel. Min. Carlos Velloso). Em suas palavras o referido Ministro do STF assim concluiu seu voto: “(...) o projeto que se transformou na Lei 10.165/2000, que deu nova redação à Lei 6.938/81, libertou-se das inconstitucionalidades corretamente detectadas pelo Pretório Excelso”.

<sup>706</sup> TUSHNET, Mark 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, Princeton University Press, 1999.

<sup>707</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. The Yale Law Journal, 115:1346-1406, 2006.

<sup>708</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

<sup>709</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014.

Em suas palavras:

*Of particular interest, many theories claim that dialogue between the judiciary and other constitutional actors is a structural feature of the United States constitutional system. This would appear to alleviate much of the anxiety about judicial review that is expressed by popular constitutionalists, who call for a reassertion of the American historical tradition of the involvement of the People in constitutional interpretation<sup>710</sup>.*

Ou seja, defende que as teorias dialógicas afastam a vetusta ideia assentada na premissa de que o Poder Judiciário deve ter o monopólio da interpretação constitucional e, com isso, alivia a ansiedade dos constitucionalistas populares os quais reivindicam uma reafirmação da tradição histórica americana do envolvimento popular na interpretação constitucional acerca do *judicial review*.

A contribuição das teorias dialógicas, portanto, é a defesa da interlocução entre os três poderes e o povo com a mitigação do monopólio judicial na interpretação da Constituição. Entendemos que o diálogo interinstitucional fomenta a harmonização em detrimento ao adversarismo característico da vetusta interpretação da teoria da separação dos poderes.

Na verdade objetiva-se a criação de um novo paradigma protetivo dos direitos constitucionais em face ao modelo do *judicial review*, para tanto procurando entender o papel do Poder Judiciário bem como das instituições democráticas na interpretação da Constituição.

Neste sentido é condição imprescindível o fomento a um sistema que busque a cooperação progressiva interinstitucional no estreitamento relacional em um viés dialógico e, quando possível, convergente criando uma espécie de “rede de reciprocidade” donde, considerando a complexidade de uma sociedade cada vez mais plural, exige um procedimento democrático de decisão coletiva coadunada a esta realidade; a ideia da decisão judicial isolada<sup>711</sup> e soberana é transmutada pela de

---

<sup>710</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 1-2. Em tradução livre: “De particular interesse, muitas teorias afirmam que o diálogo entre o Judiciário e outros atores constitucionais é uma característica estrutural do sistema constitucional dos Estados Unidos. Esta parece aliviar muito a ansiedade sobre a *judicial review* que se expressa por constitucionalistas populares, que apelam a uma reafirmação da tradição histórica americana do envolvimento do Povo, em interpretação constitucional”.

<sup>711</sup> Segundo BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012: “a freqüente

diálogo entre as instituições com o condão de harmonizar a vetusta dicotomia entre o *judicial review* e a democracia<sup>712</sup>, pois permite um equilíbrio necessário entre os Poderes<sup>713</sup> os quais têm a possibilidade de atuar conjuntamente e cada um em particular se sente guardião da Constituição.

BATEUP<sup>714</sup> realiza uma sistematização teórica e apresenta as diversas teorias dialógicas, a saber:

1. Teorias dialógicas do método judicial. Ocupam-se, de modo mais prescritivo e interno no âmbito do Judiciário, das teorias da decisão judicial e da capacidade do Judiciário em fomentar comportamentos do legislador, quais sejam: a) Teorias de conselho judicial (*Judicial advice-giving*), b) Teorias processuais (*Process-Centered Rules*) e o c) Minimalismo judicial (*Judicial Minimalism*).

2. Teorias Estruturais do diálogo (*Structural Theories of Dialogue*). Possuem cariz mais descritivo e externo, uma vez que põem em relevo a dinâmica do diálogo constitucional na perspectiva dos arranjos institucionais), quais sejam as Teorias da construção coordenada (*Coordinate Construction Theories*) e Teorias dos princípios judiciais (*Theories of Judicial Principle*) que se subdividem em Princípios e controle político sobre a Corte (*Principle and Political Checks on the Court*) e Princípio e articulação legislativa da política (*Principle and Legislative Articulation of Policy*);

---

desconsideração da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos faz com que as tradicionais teorias de interpretação do Direito pressuponham uma visão idealizada e romântica das capacidades judiciais, segundo a qual o juiz teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos, ou, em outras palavras, para construir a ‘correta interpretação’ (*first best theory*) mesmo em face de questões muito complexas”. BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 252 concorda com tal assertiva quando discorre que: “os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se *experts* em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”.

<sup>712</sup> Neste sentido WALDRON, Jeremy. *A right-based critique of constitutional rights*. Oxford Journal of Legal Studies, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

<sup>713</sup> TREMBLAY, Luc. B. *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. Oxford University Press and New York University School of Law 2005, I-CON, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 617–648. Disponível também em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/617.abstract>, acesso em: 21 de Setembro de 2014.

<sup>714</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014.

Teorias de Equilíbrio (*Equilibrium Theories*); Teorias de Parceria (*Partnership Theories*);

3. Teoria da Fusão Dialógica (*Dialogic Fusion*), esta a autora apresenta como mais auspiciosa.

Vejamos cada uma delas.

### 5.1.1 Teorias dialógicas do método judicial

#### a) Teorias do Conselho Judicial (*Judicial advice-giving*)

Acerca das **Teorias do Conselho Judicial** (*Judicial advice-giving*), o Judiciário, ao decidir, tece recomendações a serem observadas pelo Poder Legislativo sem as quais haveria afronta à Constituição. Segundo BATEUP, tais teorias sugerem que os juízes utilizem variadas interpretações dinâmicas ligadas a técnicas decisórias objetivando recomendar determinadas ações a serem seguidas pelas instituições políticas e aconselhá-las no intuito de evitar problemas constitucionais, portanto, neste aconselhamento, os juízes orientam os demais poderes utilizando-se de pareceres não vinculantes. O principal objetivo é, nas palavras da autora: “*ensure that the political branches learn the judiciary’s views about constitutional meaning, which will assist them in drafting new legislation, or amending current legislation, so that it will survive future constitutional challenges.*”<sup>715</sup> Assim procedendo, portanto, a tensão existente entre tais poderes seria sobremaneira amenizada face aos futuros desafios constitucionais.

BATEUP especifica dois momentos principais para utilização do aconselhamento, quais sejam: a) Em primeiro lugar, os juízes invalidam a legislação e mostram caminhos capazes de corrigir a inconstitucionalidade, como se descortinassem como um mapa a apontar a direção correta a ser seguida e conseqüentemente equacionar a inconstitucionalidade, é o que BATEUP denomina de *constitutional road maps*; b)

---

<sup>715</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 18.

Em segundo lugar, o Judiciário indica a fragilidade e ambigüidade da solução existente, mas não pronuncia a inconstitucionalidade da norma<sup>716</sup>.

Utilizando-se a técnica do aconselhamento há a possibilidade de se construir conjuntamente o significado das normas constitucionais e, portanto, o equacionamento conjunto das problemáticas, pois cria as condições para um diálogo produtivo entre os tribunais e os poderes políticos sobre o significado e a responsabilidade constitucional. NEIL KATYAL entende que estas técnicas dialógicas mostram como as Cortes podem, ao mesmo tempo, serem servos fiéis do constitucionalismo e agirem como parceiros do legislador<sup>717</sup> ao indicar aos poderes políticos como interpretar a Constituição. TAVARES & BERMAN sintetizam estas teorias do aconselhamento como: “técnicas de interpretação e de construção da decisão que se revelem proativas, e que recomendem específicos cursos de ação aos poderes políticos, por meio dos quais se terá afastado o risco de violação constitucional.”<sup>718</sup>

O Judiciário, aplicando estas teorias do aconselhamento (*Judicial advice-giving*) promove uma forma de comunicação que indica suas preferências interpretativas e apontam as decisões que poderão tomar no futuro caso a legislação não seja alterada conforme seu entendimento.

Estas teorias sofrem a crítica de não apoiar um verdadeiro intercâmbio de idéias dialógicas entre iguais, nem propiciar a criação de um espaço para todos os atores

---

<sup>716</sup> No original: “First, judges may invalidate legislation on constitutional grounds, yet also provide advice to the political branches regarding constitutional methods for achieving the same end. Commentators have referred to such methods as “constitutional road maps,” enabling judges to strike down statutory provisions but then offer a “road map” for legislators to follow when they draft new legislation. Second, judges may uphold legislation as constitutional, while at the same time using techniques that encourage political actors to revise statutes in order to remove ambiguities and vagueness from the law”. BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 18.

<sup>717</sup> KATYAL, Neal Kumar. *Judges as Advicegivers*, apud BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 19.

<sup>718</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza e BERMAN, José Guilherme. *Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense*. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2259.pdf), acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 2165.



envolvidos discutirem e deliberarem de forma independente sobre a interpretação das normas constitucionais, mas apenas aconselha a fazer o que o Judiciário diz<sup>719</sup>.

### b) Teorias processuais (*Process-Centered Rules*)

Acerca das **Teorias processuais (*Process-Centered Rules*)**, BATEUP discorre que os juízes são incentivados a perceber se as autoridades políticas prestaram atenção e adequadamente deliberaram acerca das questões que afetam valores constitucionais substantivos. Se for determinado que eles assim não o fizeram, o Judiciário pode forçar os poderes políticos a reconsiderar suas decisões com o nível adequado de atenção para esses valores<sup>720</sup>. A decisão judicial provoca o Legislativo a ter um “segundo olhar” em conformidade com o que fora decidido pela Corte. Os defensores destas teorias afirmam que ela permite aos juízes para iniciar um processo de diálogo com e entre as autoridades políticas conduzindo à elaboração compartilhada do significado constitucional. Amplia o caráter dialógico, pois entende que o legislador responderá à inconstitucionalidade apontada pelo Judiciário e propicia, ainda, após esta resposta legislativa, nova decisão judicial verificando mais uma vez a atuação parlamentar.

Ao adotar estas teorias permitindo ao legislador um “segundo olhar”, o Judiciário aumenta o espaço disponível para a deliberação democrática ao mesmo tempo em que incentiva os juízes a se engajar politicamente de forma mais clara e direta no debate constitucional. O legislador deve responder às decisões judiciais de forma aberta, fundamentada e cuidadosa e fazer futuras decisões políticas com níveis adequados de cuidado e deliberação. Ademais, têm o condão de minimizar preocupações democráticas e de legitimidade devido ao aumento do espaço que é criado

---

<sup>719</sup> Segundo BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 21: “Accordingly, rather than supporting a genuine dialogic exchange of ideas amongst equals, or even the creation of greater space for the political branches to deliberate independently about questions of constitutional meaning, advice-giving simply encourages the political branches to do what the judiciary says”.

<sup>720</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 22: “In process-centered theories, judges are encouraged to determine whether political officials have paid sufficient attention or adequately deliberated on policy judgments that affect substantive constitutional values. If it is determined that they have not, then the judiciary may force the political branches of government to reconsider their decisions with the appropriate level of attention to those values”.

para os poderes políticos para resolver as questões substantivas de ordem constitucional<sup>721</sup>. Máxime que o magistrado não entra no mérito, limitando-se a perscrutar se as devidas cautelas procedimentais foram seguidas pelo legislador.

BATEUP aponta uma substancial crítica a esta compreensão de diálogo, quais sejam as teorias processuais, haja vista as dificuldades em superar completamente a problemática sobre a legitimidade democrática da revisão judicial. Segundo a referida autora supracitada, uma questão que permanece sem resposta refere-se a forma como as regras centradas no processo e regras substantivas de tomada de decisão judicial interagem. Aponta que uma crítica ainda mais fundamental é que o uso de regras centradas no processo pode implicar custos democráticos invisíveis. Os poderes políticos podem encontrar grandes dificuldades revisitando suas decisões anteriores. Isto significa que, em muitas circunstâncias, será improvável que eles vão ser capazes de ter um "Segundo olhar" para as decisões de política, mesmo o Judiciário conferindo a oportunidade de fazê-lo. Por exemplo, o equilíbrio político que existia na época em que a legislação fora confeccionada pode ter mudado, tornando mais difícil para a legislatura atingir consenso sobre a questão em causa. Além disso, a questão pode não ter mais suficiente proeminência política, nem ser considerada suficientemente importante<sup>722</sup>.

### c) Minimalismo judicial (*Judicial Minimalism*)

Por fim, o **Minimalismo judicial** (*Judicial Minimalism*). Conforme desenvolvido no item 1.10 desta Tese, o minimalismo possui uma pretensão descritiva da interpretação constitucional posto que sugere ao magistrado decidir menos e tenta evitar considerações teóricas complexas, com isso são reduzidas as dificuldades nas decisões polêmicas nos tribunais e conseqüentemente são reduzidas as complicações futuras de decisões equivocadas. SUNSTEIN ressalta a falta de legitimidade do Judiciário em adentrar em questões políticas reservadas aos demais poderes pelo fato de não serem eleitos pelo povo, de não possuírem qualificação em teoria ética, moral ou

---

<sup>721</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 23-26.

<sup>722</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 26.

política e por não terem conhecimento técnico para antever as conseqüências de suas decisões sobretudo nos planos político e econômico<sup>723</sup>.

CASS SUNSTEIN apresenta O “minimalismo judicial” sob duas concepções, a saber: a) *procedimental* versando acerca de sugestões de caráter formal aos juristas com o escopo dos mesmos evitarem empregar argumentos filosoficamente densos e controversos ao prolatar e fundamentar decisões judiciais concretas e b) *substancial*, a qual promove condições prévias para melhor funcionamento de uma democracia constitucional deliberativa, em outras palavras, estabelece um conteúdo específico nas decisões como resposta às diversas vozes do público<sup>724</sup>. Tanto o método procedimental quanto o substancial são postos como colunas morais no seio da democracia que exigem, na doutrina de SUNSTEIN: “igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política”<sup>725</sup>.

BATEUP acentua que no minimalismo o juiz permite maior espaço para consideração democrática e escolha por parte do legislador. Em suas palavras: “*In contrast to the theories examined above which center on how judges can actively encourage dialogue with the political branches, judicial minimalism involves judges stepping back from deciding cases in order to allow increased space for democratic consideration and choice*”<sup>726</sup>.

Os tribunais devem evitar o pronunciamento sobre matérias que não dizem respeito diretamente ao caso concreto sob sua análise e julgamento, destarte, deve estar cingido aos limites daquilo para o qual fora provocado, esquivando-se das controvérsias morais ou políticas que não sejam indispensáveis à solução do problema *in concreto*<sup>727</sup>. A intenção é clara, qual seja a de reduzir o acúmulo de tarefas das decisões judiciais tornando, inclusive, mais escassos possíveis erros do Judiciário<sup>728</sup>.

<sup>723</sup> SUNSTEIN, Cass. *Radical in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for América*. New York: Basic Books, 2005.

<sup>724</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999, p. ix-xi.

<sup>725</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999, p. ix-xi.

<sup>726</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 27.

<sup>727</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999, p. ix-xi.

<sup>728</sup> Com isso aproxima-se da “doutrina das virtudes passivas” de BICKEL, Alexander M. *Foreword: The Passive Virtues*. *Faculty Scholarship Series. Paper 3968*, 1961, disponível em:

Portanto, defende que as manifestações sobre questões secundária sem relação ao caso concreto analisado sejam evitadas, o magistrado deve estar cingido à resolução de cada litígio de forma individual e apenas existam decisões de cunho político quando for imprescindível, desta forma, o minimalismo propõe uma postura de cautela, como se fora uma pessoa sensata, as quais optam em tomar decisões sem comprometer aspectos futuros<sup>729</sup>.

Vale ressaltar que o minimalismo enquanto compreendido como “procedimento” recomenda argumentações modestas, enfrentando o problema do desacordo razoável duradouro, contudo, como “substância” é promotor da deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. Defende-se a ideia de que a harmonia e amálgama destes conceitos são capazes de articular de forma correta os distintos papéis institucionais dos poderes judiciário e legislativo. SUNSTEIN entende que decisões limitadas e com pouca profundidade, as quais evitam adentrar na análise substantiva da questão a ser decidida, ou mesmo preferem não apreciar o caso, são uma forma evidente de validação dos processos democráticos, pois deixam amplo espaço para a democracia deliberativa<sup>730</sup>. O minimalismo propõe que o tribunal volte-se ao caso concreto não elegendo fundamentos abstratos ou estabelecendo diretrizes abrangentes, pois o magistrado deve conhecer suas limitações inclusive a impossibilidade de prever as conseqüências futuras de seus julgados<sup>731</sup>, desta forma impede que o magistrado atrole o processo democrático no exercício típico do Poder Legislativo, com isso, a probabilidade de erro judicial é reduzido e a resolução de questões fundamentais seriam deixadas aos poderes políticos.

O minimalismo propõe duas virtudes fundamentais, quais sejam: a) superficialidade (*shallowness*) em relação à fundamentação e estreiteza (*narrowness*) acerca do âmbito da decisão.

Acerca da superficialidade, os adeptos do minimalismo decidem de maneira mais superficial que profunda poque preferem deixar questões fundacionais não decididas apreciando apenas o que é estritamente necessário sem se comprometer na

---

[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4962&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4962&context=fss_papers), acesso em 28 de janeiro de 2015.

<sup>729</sup> SUNSTEIN, Cass. *Beyond judicial minimalism*. John M. Olin Law & Economics Working Paper. N} 432, p. 1-25, setepember, 2008, p.1.

<sup>730</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999. p. 24.

<sup>731</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999. p. 53.

resolução de problemas com grau maior de complexidade. Esta opção pela superficialidade é um limite à profundidade teórica da decisão, apartada de considerações abstratas da sua fundamentação. Todas as decisões são motivadas, mas as questões fundacionais são afastadas, pois evitam tecer uma teoria geral ou maiores explicações sobre a situação decidida<sup>732</sup>.

Acerca da estreiteza refere-se às decisões em que o tribunal resolve um caso observando bem suas particularidades, podendo deixar boa parte dos seus aspectos sem decisão, pois concentra-se na situação específica sob sua apreciação e evita estabelecer uma diretriz mais ampla<sup>733</sup> que atinja outras situações, volta-se, portanto, ao âmbito da decisão. Evita a generalidade que na verdade é o que distingue legislação e jurisdição. A estreiteza pode ser adotada por diversos fatores, tais como a necessidade de se estabelecer consenso num órgão colegiado; pelo fato de desconhecimento da matéria ou mesmo pela possibilidade de criar constrangimentos futuros decorrentes de suas decisões.

SUNSTEIN ventila as situações onde o magistrado pode apoiar-se, em sua decisão, em princípios mais amplos e abstratos: (1) A hipótese de uma decisão mais ampla que reduz os custos da incerteza da decisão tanto para as partes envolvidas quanto para o tribunal; (2) Quando faltarem decisões claras e com isso ocasionar a privação dos cidadãos de uma base sólida em seu atuar democrático; (3) Quando a existência de uma postura mais ativista promover objetivos democráticos e forneça pressupostos essenciais ao funcionamento da democracia deliberativa<sup>734735</sup>.

Em sentido oposto, SUNSTEIN aponta os casos que exigem postura moderada, não-ativista: (1) Quando qualquer solução mais ampla possa acarretar grandes incertezas para casos futuros; (2) na inexistência de necessidade premente de estabelecer critérios públicos de planejamento para o futuro; (3) Quando as pré-

---

<sup>732</sup>SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999. p. 13.

<sup>733</sup>SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999. p. 10.

<sup>734</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999. p. 57.

<sup>735</sup> Como no paradigmático *case* julgado pela Suprema Corte Norte-Americana *Brown vs. Board of Education*.

condições da deliberação democrática não estão em risco e os objetivos democráticos dificilmente serão promovidos por um juízo mais ousado<sup>736</sup>.

Em suma, segundo SUNSTEIN, o Judiciário não deveria decidir questões desnecessárias na resolução de um caso e exercer as chamadas “virtudes passivas”, concernentes ao uso construtivo do silêncio.

Acerca das teorias dialógicas do método judicial observamos, especialmente nas teorias do aconselhamento judicial e nas teorias centradas no processo que o condutor do diálogo é o Poder Judiciário, não obstante este “diálogo” ser mais que meramente conduzido chegando-se ao ponto de uma certa imposição dos pressupostos tecidos pelo magistrado. O aconselhamento se operacionaliza em uma conduta previamente estabelecida pelo juiz a qual deve ser adotada pelo legislador sob pena de ter mais uma vez o diploma legal declarado inconstitucional.

De igual maneira, centrado no processo, o Judiciário perscruta se o legislador prestou atenção e adequadamente deliberou acerca das questões que afetam valores constitucionais substantivos dando-lhe uma segunda chance de acertar, conforme, mais uma vez, a interpretação do Judiciário; o “segundo olhar” do legislador seria o derradeiro momento de alinhar a produção legislativa com a interpretação judicial, sob pena de declaração de inconstitucionalidade. Embora exista uma troca de argumentos e “conversa” acerca de determinada questão, não há o diálogo em sua forma mais cristalina, qual seja a abertura isonômica entre as Instituições em falar e ser ouvido, sem estratégias de imposição do argumento que se entende verdadeiro.

O minimalismo navega em outros mares. Nele o Judiciário é convidado à superficialidade acerca da fundamentação e estreiteza no âmbito decisório. Afasta-se a proatividade e adota-se posição mais reticente em relação ao caso julgado. Igualmente há uma mitigação dialogal haja vista que o diálogo deve ser conduzido por atores com igual força decisiva em uma relação isonômica com condições de contribuir reciprocamente na busca pela melhor decisão.

A doutrina de SUNSTEIN não se preocupa em quem deve dizer a última palavra, antes relembra a necessidade da existência de diálogo sério e comprometido com a cooperação da sociedade em geral, dos Poderes representativos do Poder

---

<sup>736</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999, p. 57.

contramajoritário e de órgãos detentores de conhecimento técnico tendo em vista a deliberação, portanto a interpretação das normas constitucionais deve contemplar as mais diversas contribuições argumentativas dos mais variados atores e perspectivas teóricas as quais naturalmente mitigam a centralidade judicial ocasionando uma posição de autocontenção. DIXON parece concordar com tal assertiva quando defende a importância da efetividade dos direitos em uma postura menos ativa do Judiciário calcada no diálogo institucional<sup>737</sup>.

### 5.1.2 Teorias Estruturais do diálogo (*Structural Theories of Dialogue*)

Segundo as **Teorias Estruturais do diálogo** (*Structural Theories of Dialogue*) as quais possuem cariz mais descritivo e externo, pois põem em relevo a dinâmica do diálogo constitucional na perspectiva dos arranjos institucionais e não o método construtivo da decisão judicial como visto anteriormente. Em outras palavras, confere mais relevo às “formas pelas quais se podem cunhar as relações entre estruturas, por intermédio de mecanismos institucionais ou políticos que permitam oferecer resposta a uma decisão que gere desacordo”<sup>738</sup>.

Nestas teorias não cabem as críticas tecidas às teorias dialógicas do método judicial, pois não há preponderância da interpretação judicial sobre os demais poderes ou atores políticos, mas ao contrário, favorecem que todos possam contribuir para a construção da decisão. Segundo BATEUP: “*On this more positive understanding, dialogue about constitutional meaning emerges when these mechanisms of response are engaged, enabling a dynamic process of to-and-fro to take place between judges and other constitutional actors*”<sup>739</sup>. Este processo de vai-e-vem é salutar na busca pela

<sup>737</sup> DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. Center for Human Rights and Global Justice working paper economic, social and cultural rights series number 3, New York, NYU School of Law, 2006, p. 8. Disponível em: [http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ\\_Dixon\\_Final.pdf](http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ_Dixon_Final.pdf). Acesso em 17 de Janeiro de 2015.

<sup>738</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza e BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2259.pdf), acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 2167.

<sup>739</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 32. Em tradução livre: “Nesta mais positiva compreensão, o diálogo sobre o significado constitucional surge quando esses mecanismos de resposta estão envolvidos, permitindo um processo dinâmico de vai-e-vem que será realizada entre juízes e outros atores constitucionais.

melhor interpretação possível da norma constitucional, pois envolve as *expertises* de cada um dos poderes constituídos aliviando o contramajoritarismo do *judicial review*. A melhor resposta pode ser aquela que se em respeito aos princípios constitucionais ou aquela que se apresenta como mais durável e amplamente aceita na sociedade ou mesmo como resultado da combinação de perspectivas institucionais dos diferentes atores constitucionais.

Em muitos casos é afastado um papel especial ao juiz, em outros há a defesa que o juiz deve fazer uma contribuição única para o diálogo ajudando na obtenção de melhores respostas para questões constitucionais, mas sem primazia judicial.

São Teorias Estruturais do diálogo (*Structural Theories of Dialogue*, a saber: a) as Teorias da construção coordenada (*Coordinate Construction Theories*) e as b) Teorias dos princípios judiciais (*Theories of Judicial Principle*) que se subdividem em Princípios e controle político sobre a Corte (*Principle and Political Checks on the Court*) e Princípio de articulação legislativa da política (*Principle and Legislative Articulation of Policy*).

#### **a) Teorias da construção coordenada (*Coordinate Construction Theories*).**

As **Teorias da construção coordenada (*Coordinate Construction Theories*)**. Originalmente propostas por MADISON & JEFFERSON, reconhecem que todos os poderes podem construir a interpretação constitucional de forma compartilhada/repartida e terão supremacia na interpretação realizada quando a fizerem dentro de suas respectivas competências. Segundo BATEUP, THOMAS JEFFERSON considerou que cada Poder deve ser "coordenado e independente" do outro, e que cada um tem uma responsabilidade primária pela interpretação da Constituição, uma vez que diz respeito às suas próprias funções<sup>740</sup>.

DEVINS & FISHER propõem um modelo em grande parte descritivo do diálogo constitucional sugerindo que o judiciário e os outros poderes interajam de forma dialógica para moldar o significado da Constituição em um processo de controles

---

<sup>740</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 33. No original: "Thomas Jefferson considered that each branch of government must be "coordinate and independent" of each other, and that each branch has primary responsibility for interpreting the Constitution as it concerns its own functions".



recíprocos<sup>741</sup>, com isso há mitigação na margem de erro de qual decisão será tomada, ou seja, qual é o conteúdo constitucional. O debate é provocado pelo Judiciário que não poderá transpor seus limites competenciais sob pena de sofrer controle pelos demais poderes em sua decisão, excetuando-se apenas os casos de omissão legislativa grave. Tal doutrina tenta responder às críticas de que a multiplicidade de intérpretes do texto constitucional poderia conduzir a uma situação de anarquia haja vista não existir uma interpretação prevalecente<sup>742</sup>.

Deste modo, o Judiciário controla os demais poderes mediante o *judicial review*, mas também é controlado por eles caso haja desacordo com a sua interpretação da Constituição, pois também o Judiciário está exposto ao erro. A abertura ao questionamento e controle da interpretação judicial pelos poderes majoritários põe em relevo que as decisões judiciais não são definitivas, mas na melhor das hipóteses, resolvem a questão momentaneamente. É certo que, na doutrina de DEVINS & FISHER: “*all three institutions are able to expose weaknesses, hold excesses in check, and gradually forge a consensus on constitutional issues*”<sup>743</sup>.” Chegar a um consenso sobre questões constitucionais, eis a linha de chegada.

BATEUP destaca que: “*Particularly in its descriptive dimensions, by demonstrating that the judiciary often does not have the final word on constitutional questions, this account largely displaces the concern that judicial review enables judges to overturn decisions of the elected representatives of the people*”<sup>744</sup>. Eis uma grande contribuição destas teorias, tenta equacionar a problemática – e crítica - que o *judicial review* permite que os juízes possam anular as decisões dos representantes eleitos do

---

<sup>741</sup> DEVINS, Neal & FISCHER, Louis . *Judicial Exclusivity and Political Instability* apud BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 34.

<sup>742</sup> Cf: SCHAUER, Frederick e ALEXANDER, Larry. *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*. In: Harvard Law Review, vol. 110, n. 7, 1997.

<sup>743</sup> DEVINS, Neal & FISCHER, Louis . *Judicial Exclusivity and Political Instability* apud BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 36.

<sup>744</sup> Em tradução livre: “Particularmente em suas dimensões descritivas, demonstrando que o Judiciário , muitas vezes não tem a palavra final em questões constitucionais , esta conta em grande parte desloca a preocupação de que a revisão judicial permite que os juízes possam anular as decisões dos representantes eleitos do povo”

povo, pois as decisões judiciais estão sujeitas aos processos políticos e revisão/controlado político.

Entretanto, as Teorias da construção coordenada (*Coordinate Construction Theories*) não estão imunes às críticas. A mais dura delas repousa no argumento de que expõem uma visão competitiva do diálogo constitucional sugerindo que o consenso só é alcançado quando o processo político tem o seu curso. O Poder institucionalmente mais forte em uma determinada questão constitucional vai prevalecer na batalha pelo significado constitucional ou, pelo menos, os outros participantes no diálogo tendem a concordar com ele. Há a crítica que haveria aquiescência ao invés de um acordo duradouro. Caso os diferentes intervenientes no diálogo ativamente discutissem as suas opiniões e procurassem aprender uns com os outros o diálogo seria mais auspicioso.

Por fim, entende-se que o papel desempenhado pelo Judiciário nestas teorias é deveras incipiente e poderia, nesse viés, ser melhor realizado por um ator não judicial e, possivelmente, instituição mais democrática no meio social.

#### **b) Teorias dos princípios judiciais (*Theories of Judicial Principle*)**

As **Teorias dos princípios judiciais (*Theories of Judicial Principle*)** diferentemente às teorias da construção coordenada (donde o Judiciário não ocupa nenhum lugar especial no diálogo constitucional), as teorias dos princípios judiciais propõem que os juízes desempenham uma função dialógica única, baseada em sua competência institucional especial em relação a questões de princípio. Segundo BATEUP: “*Some scholars claim that dialogue is generated as a result of the political branches checking the principled interpretations of the Court in the event of judicial error*”<sup>745</sup>, ou seja, o diálogo é resultado dos poderes políticos verificando as interpretações de princípios dos tribunais em caso de erro judicial nestas interpretações, posto que mesmo considerando uma posição privilegiada do Judiciário para lidar com questões de princípios este Poder também é passível de errar, cabendo aos demais Poderes a devida fiscalização, daí decorrem os Princípios e controle político sobre a Corte (*Principle and Political Checks on the Court*). Ademais, abre-se ainda uma

---

<sup>745</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 40.

segunda possibilidade de diálogo, qual seja o Princípio de articulação legislativa da política (*Principle and Legislative Articulation of Policy*), seu desiderato é a contribuição do Legislativo para a formação de um diálogo substantivo, haja vista sua *expertise* na elaboração de políticas públicas; concentram-se em como o diálogo emerge através da articulação legislativa da política, objetivo quando o legislador responde a decisões judiciais.

Também estas teorias não promovem o fortalecimento de um diálogo substantivo, pois resultam em descrições de cima para baixo de aquiescência legislativa para pronunciamentos judiciais de princípio, devido à maneira pela qual privilegiam o papel judicial. Apenas no desacordo haveria a possibilidade dialogal.

WALDRON, em contraposição a esta teoria, entende que os juízes não têm habilidades superiores quando se trata de determinar essencialmente as questões morais sobre os direitos. Não porque os considere ineptos moralmente, mas porque o ambiente institucional em que eles atuam e do papel que adotam os obriga a abordar questões sobre direitos em um caminho legalista, de uma forma que, às vezes, faz com que seja mais difícil, em vez de mais fácil para questões morais essenciais serem identificadas e tratadas.

Em suas palavras:

*Of course, what we want is for moral issues to be addressed, not as one would make a personal moral decision, but in the name of the whole society. Perhaps the judicial mode of addressing them satisfies that description, but there are other ways of satisfying it too—including legislative approaches, which proceed by identifying all the issues and all the opinions that might be relevant to a decision, rather than artificially limiting them in the way that courts do*<sup>746</sup>.

---

<sup>746</sup> WALDRON, Jeremy. **Judges as moral reasoners.** In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 7, nº 1, 2009. Em tradução livre: “É claro que o que nós queremos é que as questões morais sejam resolvidas, não como seria tomar uma decisão moral pessoal, mas em nome de toda a sociedade. Talvez o modo judicial de abordar os satisfaça nessa descrição, mas existem outras formas de satisfazê-la, incluindo abordagens legislativas, que procedem pela identificação de todos os problemas e todas as opiniões que possam ser relevantes para uma decisão, em vez de limitar artificialmente da maneira que os tribunais fazem”.

### **Princípios e controle político sobre a Corte (*Principle and Political Checks on the Court*)**

Os Princípios e controle político sobre a Corte (*Principle and Political Checks on the Court*) reconhecem um papel de destaque na interpretação judicial concernente às questões de princípios<sup>747</sup> e o controle político seria realizado em caso de erro nesta interpretação. Assim, o Legislativo poderia reeditar a legislação impugnada, pode restringir os efeitos das decisões judiciais, pode promulgar emendas constitucionais e propor seu ponto de vista sobre a interpretação constitucional.

Interessante é a crítica assentada na seguinte argumentação: quem dirá que tal interpretação está errada? Ademais, a própria ciência jurídica como instituidora de um dever ser normativo no máximo pode pleitear a verossimilhança, mas jamais a verdade absoluta e irrefutável haja vista a dinâmica transformação social diuturna que está a exigir desta ciência respostas em velocidade maior que a produção legislativa ou jurisprudencial. Neste viés, apontar o “erro” na interpretação aponta muito mais para um argumento retórico, pois teria que se fazer uma teoria geral da interpretação para fundamentar o que é acerto e o que é erro. Além disso, parte-se da premissa – também questionável – do Judiciário ter uma competência especial para resolver questões de princípios, cujo controle político seria *a posteriori*. Entretanto, acerta ao amenizar as críticas ao déficit democrático do *judicial review*.

BICKEL considera a existência de uma habilidade especial que o Judiciário possui para proteger, preservar e defender os princípios pelo fato de estar politicamente isolado e o "mistério maravilhoso do tempo" o qual pelo desenvolvimento ao longo do tempo de fiscalização da constitucionalidade da legislação no contexto de casos concretos confere aos magistrados a capacidade de "segundo pensamento sóbrio"<sup>748</sup>, embora não afaste o Legislativo haja vista que em relação aos valores sociais fundamentais este Poder encontra-se em posição melhor pela sua proximidade com a pessoas<sup>749</sup>, embora considerasse que o Judiciário possui a “voz da razão”, maior que os

<sup>747</sup> Cf: BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Paperback – September 10, 1986.

<sup>748</sup> BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Paperback – September 10, 1986.

<sup>749</sup> Aqui cabe também uma crítica a este autor, qual seja a de que no contexto brasileiro há a acusação de distanciamento do Parlamento com os anseios populares e a judicialização surge como fruto deste hiato

demais poderes, além do mais, o isolamento político do Judiciário o deixaria em vantagem em relação aos demais poderes como deliberadores morais.

Criticamos estas premissas haja vista a falta de fundamentação acadêmica das mesmas que se apresentam muito mais proclamatórias que efetivamente comprovadas uma vez que generaliza de forma rasa a atuação de Instituições basilares no Estado democrático<sup>750</sup>. O que dizer quando membros de um mesmo Tribunal divergem em relação à interpretação? Não é raro as divergências e desacordos no âmbito dos próprios Tribunais. O próprio BICKEL revê sua doutrina e afasta-se da premissa que os magistrados têm uma habilidade especial para decidir os casos com base nos princípios<sup>751</sup>.

Outra crítica tecida por BATEUP é: “*if the judiciary is indeed a superior institution to deliberate on issues of principle, why should the political branches of government be trusted to correct judicial mistakes?*”, ou seja, se o poder judicial é de fato uma instituição superior, para deliberar sobre questões de princípio, por que devem os poderes políticos ser confiáveis para corrigir os erros judiciais?<sup>752</sup>

O exemplo mais concreto desta teoria encontra-se na experiência canadense especificamente na Seção 33 de sua Constituição.

---

relacional exigindo do magistrado posição proativa e muitas vezes, como exposto nesta investigação, ativista.

<sup>750</sup> Vide as considerações tecidas no subitem 1.7 desta investigação intitulado: “O Supremo Tribunal Federal como (in)fiel promotor da estabilidade institucional e segurança jurídica – análise de histórico recente” para fundamentar nossa crítica à assunção do Poder Judiciário como “a voz da razão”.

<sup>751</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 47-48: “*Indeed, in his later work Bickel himself moved away from the idea that judges have a special ability to decide cases on the basis of principle, due to what he perceived to be significant failures of the Court in this regard*”. Em tradução livre: “De fato, em sua obra posterior Bickel se afastou-se a ideia de que os juízes têm uma habilidade especial para decidir os casos com base no princípio, devido ao que ele percebeu ser falhas significativas do Tribunal a este respeito”.

<sup>752</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 49.

### **Princípio de articulação legislativa da política (*Principle and Legislative Articulation of Policy*)**

Em relação ao Princípio de articulação legislativa da política (*Principle and Legislative Articulation of Policy*), com contribuição efetiva de ROACH, HOGG e BUSHELL, também como desdobramento das Teorias dos princípios judiciais (*Theories of Judicial Principle*),<sup>2</sup> há a propositura de uma atuação mais destacada do Legislativo na formação de um diálogo substantivo uma vez que se entende sua maior aproximação na temática de elaboração de políticas públicas. O Legislativo, segundo este princípio ora estudado, possui especial competência, haja vista ter mais condições de conciliar múltiplos objetivos presentes na sociedade. A promoção dialogal acerca do significado da Constituição aparece de forma clara quando o Legislativo fornece resposta ao Judiciário articulando uma questão de princípio por ele – Judiciário – decidida, mas ampliando sua abrangência considerando os objetivos políticos, entretanto, ainda considera, como na teoria dos princípios e controle político sobre a Corte que o Judiciário tem uma capacidade ímpar de fornecer uma decisão firme em relação às questões de princípio.

ROACH enfrenta as seguintes problemáticas: o que é o ativismo judicial? É a Carta tornando-nos como a América, onde a política dos juízes podem determinar o resultado de uma eleição nacional? Juízes podem simplesmente ler as suas próprias preferências políticas na Carta? Será que o Tribunal tem a última palavra sobre legislaturas democraticamente eleitas? O que os canadenses e os seus governos podem fazer se eles acham que o Tribunal de Justiça entendeu errado?<sup>753</sup>

ROACH não considera que o Judiciário tem competência institucional especial para interpretar direitos e considerar questões de princípio face ao seu isolamento político, mas considera seu importante papel no desempenho do *judicial review*. As decisões judiciais deveriam funcionar como o início de um diálogo com os poderes políticos sobre a melhor forma de conciliar os valores individualistas da Carta com a realização de políticas sociais e econômicas para o benefício da comunidade como um todo e o início da conversa seria no Judiciário, posto que os princípios de

---

<sup>753</sup> ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Irwin Law Inc. October, 2001.

justiça, das liberdades fundamentais e do respeito pelos direitos das minorias são aqueles que são susceptíveis de serem ignorados nos processos legislativo e administrativo<sup>754</sup>. O Legislativo, por seu turno, pode contribuir a partir da decisão judicial e ampliar a interpretação considerando atingir objetivos políticos mais dilatados.

O exemplo mais concreto desta teoria encontra-se na experiência canadense especificamente na Seção 1 de sua Constituição.

BATEUP, com quem concordamos, aponta as deficiências desta teoria, a saber: “*the judiciary is still regarded as possessing superior abilities in relation to principle*”, ou seja, a crítica de que o Judiciário possui habilidades especiais e destacada em relação aos demais poderes ainda persiste; isto gera uma segunda crítica, qual seja a de que mesmo pretendendo uma participação dialógica substantiva em relação ao Judiciário e Legislativo, a natureza do diálogo constitucional continua centralizado no Judiciário, pois há resistências em reconhecer no Legislativo seu papel de intérprete constitucional independente. A posição do Legislativo é meramente passiva ou reativa.

BATEUP destaca que: “a posição dialógica subordinada e secundária do legislador também levanta grandes preocupações sobre o impacto da *judicial review* no raciocínio legislativo e deliberativo”<sup>755</sup>. Há ainda o risco de que o legislador escolherá adotar políticas com base no que os juízes têm dito sobre os valores constitucionais, posto que não são eles próprios considerados como tendo um papel legítimo na interpretação desses valores.

A primazia judicial não permite que estas teorias sejam bons exemplos de diálogo interinstitucional com vistas à deliberação, por faltar o elemento paritário.

---

<sup>754</sup> ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Irwin Law Inc. October, 2001. p. 285. No original: “*The Court, is the one that must initiate the conversation, because the principles of fairness, fundamental freedoms, and respect for the rights of minorities are ones that are likely to be ignored or finessed in the legislative and administrative processes*”.

<sup>755</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 33. No original: “*The subordinate and secondary dialogic position of the legislature also raises great concerns about the impact of judicial review on legislative reasoning and deliberation*”.

### 5.1.3 Teorias de Equilíbrio (*Equilibrium Theories*)

As Teorias de Equilíbrio (*Equilibrium Theories*) são defendidas por FRIEDMAN<sup>756</sup> (para quem a opinião pública pode controlar o ímpeto judicial haja vista este Poder considerar importante a opinião da grande maioria da sociedade acerca do significado da Constituição), POST & SIEGEL<sup>757</sup> os quais discorrem acerca da importância da opinião pública/sociedade, bem como o papel do Judiciário em fomentar e facilitar um auspicioso debate acerca do significado da Constituição. O Judiciário apresenta-se como um dos intérpretes, mas sem primazia, pois objetiva-se que a opinião pública/sociedade participe ativamente, isto promove um equilíbrio no tocante ao significado constitucional.

Mesmo não tendo primazia, o Judiciário tem um importante papel, pois conduz e facilita a discussão com toda a sociedade acerca do significado das normas constitucionais. Desta forma ele promove o debate no seio social quando decide determinado caso apresentando seus argumentos. Segundo BATEUP: *“The Court’s decisions then facilitate further debate, either by acting as a catalyst for discussion along particular lines, prodding other institutions into deliberative action, or protecting political institutions so that debate can more readily occur”*<sup>758</sup>.

Esta teoria considera que toda a sociedade é capaz de participar ativamente na construção do significado das normas constitucionais em um amplo e irrestrito debate a longo prazo, considerando a decisão judicial como ponto de partida.

---

<sup>756</sup> Cf: FRIEDMAN, Barry. *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*. *University of Cincinnati Law Review*, 72:1257, 2004. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=632462](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=632462). Acesso em 22 de Novembro de 2014. FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo popular mediado**. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6(1):123-160, 2005. Disponível em: [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n6N1- Octubre2005/061Juridica06.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1- Octubre2005/061Juridica06.pdf). Acesso em 24 de Novembro de 2014.

<sup>757</sup> Cf: POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Faculty Scholarship Series*, 169. *Yale Law School*. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/169](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169). Acesso em 12 de Dezembro de 2014.

<sup>758</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 58. Em tradução livre: “As decisões da Corte em seguida, facilitam ainda mais o debate, seja por atuar como um catalisador para a discussão ao longo de linhas particulares, estimulando outras instituições em ação deliberativa, ou proteger as instituições políticas para que o debate possa ocorrer mais facilmente”.



BATEUP, com quem concordamos, destaca que mesmo argumentando que o alargamento do foco para o diálogo de toda a sociedade é uma contribuição teórica significativa, a natureza singular deste foco minimiza inversamente os aspectos institucionais do diálogo constitucional<sup>759</sup>, ou seja, há uma mitigação da importância do diálogo interinstitucional (entre os Poderes) especialmente quando da decisão de questões com pouca repercussão popular.

HÄBERLE entende que o Tribunal Constitucional considere “a especial legitimação democrática” acerca das leis envolvidas no processo de interpretação constitucional<sup>760</sup>. Neste diapasão, defende que quando a lei aprovada for fruto de um efetivo controle social com participação expressiva da opinião pública, tal fato, no controle de constitucionalidade, deve ser considerado por este Tribunal o que facilitaria reconhecer a sua validade e legitimidade constitucional.

#### 5.1.4 Teorias de Parceria (*Partnership Theories*)

Considera que cada Poder constituído possui uma *expertise*, a qual é posta em diálogo. O Poder Legislativo possui uma visão mais alargada acerca dos temas, haja vista sua proximidade na construção de políticas públicas abrangentes e coletivas; o Poder Judiciário, por seu turno, atua como Poder contramajoritário e sua especialidade é decidir casos concretos, determinados e com uma abrangência menos alargada. Haveria, portanto, uma complementaridade destas *expertises* considerando os argumentos de cada um, esta relação dialogal, ao utilizar-se dos mecanismos institucionais, fortalece, assim, uma interpretação constitucional conducente à melhor decisão.

Não há supremacia de nenhum Poder, pois se complementam. A condição para que isto ocorra é o comprometimento recíproco para obtenção do diálogo sem adversarismos apriorísticos nem submissões aos argumentos já apresentados. Segundo VALLE: “Esta concepção possibilita uma resposta satisfatória à objeção

---

<sup>759</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 69.

<sup>760</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 45.

contramajoritária em um plano institucional, dado que a posição do judiciário não é considerada superior à dos demais poderes. De fato, elas são tidas como complementares”<sup>761</sup>.

O problema reside na mitigação da dimensão social do diálogo ao elevar sobremaneira a importância dos mecanismos institucionais restringindo o diálogo aos poderes constituídos. Interessante notar que as teorias do equilíbrio mitigam o papel dos Poderes Legislativo e Executivo ao elevar a participação popular nas discussões. Nesta teoria ora estudada, qual seja a da parceria, ocorre diametralmente o oposto.

### 5.1.5 Teoria da Fusão Dialógica (*Dialogic Fusion*)

A teoria da fusão dialógica apresentada por BATEUP propõe a combinação das teorias do equilíbrio e da parceria objetivando resolver o problema da legitimidade democrática, ao passo que compreende os aspectos sociais e institucionais do diálogo. O Judiciário é um facilitador da discussão e o desiderato seria a obtenção de um consenso aceito por todos os Poderes e a sociedade.

Nas palavras de BATEUP:

*The most promising vision of constitutional dialogue and, consequently, the strongest normative account of the role of judicial review in modern constitutionalism emerge when the equilibrium and partnership understandings of dialogue are combined. On the one hand, this synthesis helps to resolve lingering democratic legitimacy concerns with the partnership model. More importantly, this combined vision enables a more comprehensive understanding of the different institutional and social aspects of constitutional dialogue, and of the various unique ways in which different actors participate in the search for constitutional meaning*<sup>762</sup>.

<sup>761</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. (org.) **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 99.

<sup>762</sup> BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014, p. 58. Em tradução livre: A visão mais promissora do diálogo constitucional e, conseqüentemente, a conta normativo mais forte do papel da avaliação judicial no constitucionalismo moderno emergem quando o equilíbrio e de parceria entendimentos de diálogo são combinados. Por um lado, esta síntese ajuda a resolver persistentes preocupações legitimidade democrática com o modelo de parceria. Mais importante, esta visão combinada permite uma compreensão mais abrangente dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional, e das diversas formas únicas em que diferentes atores participam na busca de significado constitucional”.

Ainda verificamos, não obstante o esforço teórico de BATEUP, que sua teoria ainda propõe a concretização de direitos pela via judicial.

MENDES destaca que tais teorias: “Defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares *expertises* e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre as instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais”<sup>763</sup>. DIXON enquadra as teorias dialógicas dentro do constitucionalismo cooperativo que se caracteriza por existir conversação, departamentalismo e minimalismo<sup>764</sup>. Segundo RIBEIRO: “Assim como uma deliberação política vicia-se pela falta de elementos jurídico-constitucionais, uma decisão judicial acerca de questão política ainda não devidamente amadurecida pela sociedade pode causar sérios problemas – e para evitar ambos os extremos é que se firma a perspectiva dialógica”<sup>765</sup>.

O diálogo pode oportunizar ao Poder Judiciário a obtenção da legitimidade democrática que o mesmo é acusado de não possuir, deste modo, pode imiscuir-se nas decisões jurídico-políticas mais controversas sem a crítica que seu caráter contramajoritário e o *standard* de legislador negativo lhe impõe, pois houve um encontro entre as argumentações dos Poderes, maior interação institucional, abertura para expor e ouvir argumentos. MENDES utiliza a expressão “rodada procedimental” para denotar uma deliberação constante entre os poderes, não obstante existir uma decisão judicial, haja vista a mesma ser provisória (“última palavra provisória”), pois passível ao erro e não obsta a interação dinâmica entre as Instituições, cada qual de seu modo peculiar, mas buscando sempre a melhor decisão possível<sup>766</sup>. AARNIO defende

---

<sup>763</sup> MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

<sup>764</sup> DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited**. Center for Human Rights and Global Justice working paper economic, social and cultural rights series number 3, New York, NYU School of Law, 2006, p. 8. Disponível em: [http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ\\_Dixon\\_Final.pdf](http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ_Dixon_Final.pdf). Acesso em 17 de Janeiro de 2015.

<sup>765</sup> RIBEIRO, Eduardo Kahler. **Revisão judicial, paradoxo democrático e diálogo institucional**. In: Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nº 63, 2014. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Eduardo\\_Ribeiro.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Eduardo_Ribeiro.html). Acesso em 23 de Janeiro de 2015.

<sup>766</sup> MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

que pressupor uma “resposta correta” não nos ajuda a servir melhor a sociedade, haja vista o que realmente precisamos é uma justificativa racional<sup>767</sup>.

Neste sentido, O debate enriquece, pois cada Poder tem uma visão que lhe é própria acerca de cada problemática. A apresentação argumentativa destas diferenças em “rodadas procedimentais” traz contribuições extremamente relevantes para determinação do conteúdo constitucional, adoção de políticas públicas ou mesmo da tomada da melhor decisão até mesmo em política pura. Qualifica, portanto, a deliberação pública, pois ao entender que cada Poder possui potencialidades e deficiências, não se deve confiar a nenhum deles uma decisão final, irretroatável, irrevogável e intransponível.

As qualidades de cada um podem ser potencializadas na relação dialogal e as possibilidades de erro, uma vez que serão apontadas e discutidas entre todos, são mitigadas pela constante, e talvez interminável, construção do sentido das normas constitucionais ou da adoção de determinada medida política. Logo, a vetusta ideia de supremacia judicial é mitigada face à promissora interação dialogal entre os Poderes, afinal, é isto que as teorias dialógicas procuram demonstrar. Logo, a deliberação não põe fim ao processo decisório, mas apenas encerra uma “rodada procedimental”, posto isso, haverá a decisão, mas não obstante surtir seus efeitos, será dotada de provisoriedade, pois poderá provocar reações argumentativas dos demais atores envolvidos.

Tal envolvimento dos diversos atores na compreensão da contribuição que podem oferecer ao debate e, conseqüentemente, na decisão propriamente dita, ocasiona uma maior ou menor atuação do Poder Judiciário o qual deverá verificar no caso a ser decidido a qualidade de sua intervenção dentro da *expertise* que possui afastando desta forma argumentos desprovidos de racionalidade ou de pouca densidade jurídico-política.

Desta forma, entendemos, por exemplo, que questões orçamentárias podem ser discutidas no âmbito judicial, mas os argumentos do Poder Executivo, desde que comprovados e plausíveis, devem ser considerados em maior grau que uma decisão judicial que obrigue o cego cumprimento da Constituição embasado em princípios

---

<sup>767</sup> AARNIO, Aulis. *La Tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante, nº 8, 1990, p. 38.

abertos e plurissignificativos. Face ao argumento de escassez de recursos ocasionado por uma grave crise econômica, o Executivo com respaldo do Legislativo pode decidir pela redução numerária de determinado benefício social. Tal decisão não deve ser nulificada pelo Judiciário apressadamente, mas, utilizando-se dos instrumentos dialogais, deve-se, pela análise criteriosa do melhor argumento, decidir pelo bem da coletividade.

Segundo STRECK: “O “controle” das decisões é um controle que se opera hermeneuticamente. Aquele que interpreta deve (de)mo(n)strar que sua construção é a melhor segundo o direito da comunidade política. Aqueles que são destinatários da interpretação, por sua vez, têm o dever de questioná-la, apontando os fracos argumentos e as construções mal alicerçadas”<sup>768</sup>.

Admitir que o STF tem o monopólio interpretativo das normas constitucionais e mitigar qualquer possibilidade de interação dialogal com vistas a uma deliberação pública traria o risco de um Legislativo e Executivo subservientes, os quais atuariam apenas baseados no entendimento jurisprudencial daquela Suprema Corte sem manifestarem interpretação próprias acerca do conteúdo das normas constitucionais ou, no limite, atuariam de forma inconseqüente, sem um controle constitucional apriorístico de suas decisões ou confecção de legislação, haja vista a sujeição destas medidas ao entendimento “correto” *a posteriori* pela suprema decisão do intérprete oficial, qual seja o STF.

Os posicionamentos extremos são perigosos e pouco contribuem para uma solução parcimoniosa, dito isto, o maximalismo e o minimalismo não contribuem com a ideia de um reposicionamento dos Poderes na teoria da separação dos poderes.

Disto decorre a importância de se efetivar a relação dialogal entre os Poderes, tanto em uma dimensão descritiva ao apresentar com que intensidade o diálogo pode ser adequado concretamente na realidade brasileira; quanto na dimensão normativa ao ventilar a possibilidade da criação de certo diálogo que permita ao Judiciário o adentramento em determinadas questões políticas.

---

<sup>768</sup> STRECK, Lênio Luiz. **A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 13 de Novembro de 2014.

## 5.2 Separação dos Poderes e interação comunicativa para argumentação e deliberação

Inicialmente faz-se necessário diferenciar deliberação interna e externa.

A Deliberação Interna é fruto do diálogo *interna corporis* e promove intercâmbio de razões e argumentos em meio a um determinado grupo de modo que seus membros sigam orientação convergente e sejam capazes de prolatar decisão unitária, mesmo que não seja unânime e que existam divergências na construção desta decisão, deste modo, a decisão é fruto do órgão evitando-se a fragmentação decisória, o isolamento minoritário e a impossibilidade de uma manifestação uníssona institucional. Pode, e deve, existir no processo constitutivo da decisão institucional, intenso debate e diálogo entre os pares com respeito às divergências entre seus membros, consequência esta plenamente aceitável em uma decisão colegiada, mas uma vez chegada à decisão final, ela passa a representar a palavra da própria Instituição como ponto de partida para a deliberação externa<sup>769</sup>. SILVA, apoiado na doutrina de FERREJOHN & PASQUALE PASQUINO verifica que o modelo europeu adota, sobretudo, o modelo de deliberação interna posto que são raras as vezes em que há audiências e sustentações orais, com juízes que não dialogam com advogados, decisões tomadas a portas fechadas e em muitos casos sem a possibilidade de votos divergentes; desta forma, não se expõem individualmente para o exterior e tentam sempre lograr uma decisão clara, objetiva, única, institucional e consensual<sup>770</sup>.

A deliberação externa concentra-se no convencimento dos atores externos ao grupo, haja vista promover o fluxo argumentativo entre os Tribunais e os demais poderes, assim como a opinião pública. Neste sentido, SILVA entende que o modelo norte-americano se aproxima mais do modelo de deliberação externa, posto que os juízes quase nunca interagem entre si, fazendo, portanto, um trabalho isolado cujo

---

<sup>769</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 250, 2009, p. 210 ss. Disponível também em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf), acesso em 30 de Outubro de 2014.

<sup>770</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 250, 2009, p. 211. Disponível também em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf), acesso em 30 de Outubro de 2014.

objetivo não é convencer seus pares, mas pretendem atingir com seu voto um público externo, qual seja o Legislativo e o Executivo, as faculdades de direito e jornalistas<sup>771</sup>.

Em nossa visão, o diálogo entre os Poderes apenas será possível quando houver uma conjugação destes dois modelos, pois quando os argumentos apriorísticos de cada Instituição já foram delineados como fruto de deliberação interna, existe a possibilidade do diálogo interinstitucional com a devida exposição argumentativa de cada um objetivando uma deliberação externa, evidentemente, considerando que a interpretação constitucional não pode ser monopolizada por um só poder pelo fato do conteúdo plurissignificativo das normas constitucionais cuja indeterminação tem a possibilidade plausível de desacordos interpretativos.

Eis que surge a indagação: como suscitar um diálogo entre os poderes constitucionais? A nosso ver uma possível resposta encontra-se na concepção de controle de constitucionalidade haja vista que há modelos de controle que permitem um enfrentamento mais claro e objetivo do legislador às decisões judiciais e modelos que, ao contrário, apresentam exigências de enfrentamento mais complexas.

Na Europa, com raras exceções<sup>772</sup>, uma decisão final em controle de constitucionalidade só poderá ser superada por via de emenda constitucional, tal realidade é diferente no Brasil, haja vista a superação (ou “correção” legislativa) também ser possível por meio de lei, sempre que não afronte a uma das cláusulas pétreas, pois não se admite sequer proposta de emenda constitucional tendente a aboli-

---

<sup>771</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 250, 2009, p. 211. Disponível também em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf), acesso em 30 de Outubro de 2014.

<sup>772</sup> Na Inglaterra, por exemplo, o *Human Rights Act* (1998) determina que as decisões de controle de constitucionalidade não vinculam totalmente o legislador, haja vista não apresentarem-se como decisões de invalidade, mas de incompatibilidade. Cf: BAMFORTH, Nicholas. ***Parliamentary sovereignty and the human rights act 1998***. Public Law, 1998, p. 572. Segundo TAVARES, Rodrigo de Souza e BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2259.pdf), acesso em 28 de Outubro de 2014: “A supremacia judicial, que surgiu aos poucos, acompanhando a trajetória histórica do judicial review, não encontra campo fértil para florescer em países que vejam no Parlamento o espelho da vontade soberana da nação. É o que ocorre no Reino Unido e em suas antigas colônias, até hoje ligadas à monarquia britânica pelos laços da commonwealth. Esta é, provavelmente, a razão pela qual foram adotadas outras formas de proteção aos direitos individuais. Aqui, apesar de os direitos serem garantidos judicialmente, o Judiciário não recebe o monopólio de decidir acerca de seu verdadeiro alcance”.

las<sup>773</sup>. Não obstante a possibilidade de superação da decisão judicial, o processo legislativo, pela via de emenda, torna-se mais dificultoso, haja vista, no caso brasileiro, de *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros das duas casas legislativas (Câmara e Senado) em dois turnos de discussão e votação em cada uma delas, sempre com a ressalva das cláusulas pétreas que torna o diálogo mais difícil.

Entretanto, em modelos como o canadense há a competência para o legislador diante de uma decisão de inconstitucionalidade promulgar novamente a lei considerada inconstitucional, além de imunizá-la contras outras decisões judiciais no mesmo sentido, além de poder renovar esta imunidade a cada cinco anos. Neste modelo, o legislador pode cumprir a decisão judicial que considera a lei inconstitucional ou pode superar esta decisão (*legislative override*)<sup>774</sup>.

Teríamos deste modo uma inversão do ativismo judicial donde seria dada a última palavra ao legislador, uma espécie de soberania parlamentar? A resposta é negativa, pois:

a) Tal modelo suscita amplo debate entre os poderes sem que haja preponderância absoluta de um sobre o outro. O legislativo se pronuncia após a decisão judicial que traz consigo um ônus deliberativo a ser superado no âmbito do Poder Legislativo resultando não raras vezes em dificuldade de superação. SILVA expõe que o diálogo tem uma primordial função, qual seja a de: “desacelerar o debate político. Ele faz com que decisões legislativas tomadas em momentos de crises circunstanciais

---

<sup>773</sup> Conforme o Art. 60, parágrafo 4º, incisos I a IV: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

<sup>774</sup> Evidentemente, entre o Canadá e o Brasil há diferenças abissais em relação ao controle de constitucionalidade e as competências constitucionais da Suprema Corte. No Canadá há uma forma fraca de *judicial review* e a possibilidade expressa de atuação parlamentar superadora de decisão judicial; no Brasil, há a ideia de supremacia judicial e uma forte expressão de *judicial review*. Mesmo assim, a experiência canadense é interessante quando se trata de perceber a possibilidade de diálogo entre os Poderes. No Canadá, além do diálogo institucional acontecer por meio de consultas abstratas e prévias à Corte ocasionando uma efetiva comunicação dialética entre as cortes e as instituições representativas, constituindo em um novo modelo donde os argumentos precedem a judicialização das questões constitucionais, haja vista a possibilidade de discussão prévia, segundo o Art. 53 do *Supreme Court Act* (1985).



possam ser repensadas, sobretudo diante dos ponderados argumentos de uma Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional”<sup>775</sup>;

b) A superação de uma decisão judicial acarreta um pesado ônus político ao legislador que seria acusado de atuar de forma inconstitucional caso seus argumentos fossem fracos e inconsistentes;

c) Tal possibilidade gera o diálogo entre Judiciário e Legislativo e denota o controle de constitucionalidade como um processo de diálogo sempre disposto a novos argumentos por diversos atores, inclusive a sociedade civil.

No Brasil está presente, assim como nos Estados Unidos da América do Norte, o modelo de deliberação externa, haja vista a vitaliciedade de seus membros, a forma de sua nomeação, a existência de sessões públicas e as sustentações orais, a regra da publicação dos votos divergentes e a decisão como forma individuada; o que aproxima o modelo brasileiro do modelo europeu de controle de constitucionalidade é o controle abstrato por ações diretas e vinculação das decisões do STF.

O modelo externo no Brasil é explicado pelo fato da: a) Falta de interação argumentativa entre seus membros, não obstante debate oral, haja vista o julgamento ser marcado pela leitura de votos previamente elaborados e lidos sempre na mesma ordem conforme o art. 135 do seu Regimento Interno<sup>776</sup> ocasionando em prejuízo discursivo com os membros que votam por último<sup>777</sup>; b) O STF decide de forma igual aos poderes majoritários, haja vista que não há uma decisão final uníssona e consensual donde os argumentos são plenamente considerados, mas adota-se a regra da maioria e do placar dos votos individuais, ocasionando a falta de unidade institucional; c) Dificuldade em vislumbrar o posicionamento institucional do STF e suas reais razões de decidir determinados casos, pois as decisões não são claras, nem objetivas e não traduzem a opinião da Instituição. Há uma perda significativa de legitimidade, pois a qualidade de

---

<sup>775</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 250, 2009, p. 214. Disponível também em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf), acesso em 30 de Outubro de 2014.

<sup>776</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento Interno. Art. 135. “Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade”, disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoregimentointerno/anexo/ristf\\_maio\\_2013\\_versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoregimentointerno/anexo/ristf_maio_2013_versao_eletronica.pdf), acesso em 25 de outubro de 2014..

<sup>777</sup> É importante ressaltar que, conforme o art. 135 do Regimento Interno do STF, supracitado, os Ministros mais antigos votam por último, ou seja, a falta de diálogo entre os Ministros ocasiona um empobrecimento interativo e mitiga a experiência dos mais antigos.

suas decisões passa a ser questionável. Não há, portanto, possibilidades de fazer uma análise prospectiva, intuitiva, pois mesmo os julgadores que decidiram em um mesmo sentido não raras vezes fundamentaram seus votos em razões diferentes<sup>778</sup>.

Para JOHN RAWLS<sup>779</sup> não se pode deixar o poder final nas mãos do Legislativo, nem do Judiciário. Nas palavras de BARROSO: “Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado”<sup>780</sup>.

Consideramos que o poder final deve ser compartilhado conjuntamente e harmoniosamente entre os três poderes considerando que todos assumem responsabilidades em vista a sociedade civil. Poder compartilhado e com vistas à deliberação só é possível com diálogo e a unidade interna em cada Instituição é pré-requisito para o diálogo institucional. GARDBAUN entende que o diálogo significa estabelecer “pontes procedimentais e institucionais”<sup>781</sup>.

O STF em sua forma atual, conforme preceitua seu Regimento Interno, não prima pela deliberação, nem há busca de clareza ou de consenso, não há o estímulo de concessões recíprocas entre seus membros e não se configura como modelo privilegiado de deliberação e razão pública. Ao Legislativo dado seu caráter multifacetário, pluripartidário e com diferentes expressões de *lobby*, além de suas decisões serem fruto de um processo de votação não raras vezes ocasionado por apertado placar, também padece de críticas semelhantes, donde há uma dificuldade na construção de uma verdadeira deliberação interna.

A superação destas adversidades é essencial para o desenvolvimento de uma deliberação externa fruto de um sério e compromissado diálogo.

---

<sup>778</sup> Cf: SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 250, 2009, p. 210 ss. Disponível também em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf), acesso em 30 de Outubro de 2014.

<sup>779</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 231.

<sup>780</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>781</sup> GARDBAUN, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 34.

### 5.3 Da decisão judicial suprema ao diálogo entre os poderes no Brasil

Vale ressaltar que o diálogo deve ser provocado. A atuação judicial apenas se desenvolve nas formalidades processuais, entre elas, o princípio da inércia estabelece que o Judiciário só age quando for provocado. Quem provoca o diálogo no âmbito judicial acerca de questões constitucionais das mais diversas, desde a concessão de medicamento até o questionamento acerca da criação de políticas públicas ou decisões em face de política pura é a sociedade (controle difuso) ou as Instituições legitimadas para tal *mister* (controle concentrado).

A sociedade ao provocar o Judiciário apresenta seus argumentos durante todo o processo interagindo com os demais interlocutores, portanto, há uma atuação efetiva. O Judiciário busca identificar os erros decorrentes do processo político majoritário capitaneado pelo Executivo e Legislativo, bem como a omissão dos mesmos em questões fundamentais e intervir para corrigir os excessos ou inércias. Atuando desta forma, afasta a crítica da falta de legitimidade e provoca reações dialógicas com os demais poderes e a sociedade que podem igualmente argumentar apontando os erros da decisão judicial<sup>782</sup>.

DOR questiona em que consiste um diálogo constitucional e quando ele é iniciado. Em suas palavras:

*Constitutional dialogues can take many forms. They can be limited or broad in scope with respect to both time and participants. A dialogue can start with a legislative committee debating a possible challenge to a suggested law, or it can start with the judicial decision striking down that law. It can end with the implementation of the Court's decision, or it may end with a newly enacted law articulated by the competent legislative body. The participants can include some or all of the following: courts, legislatures, Attorneys General or Solicitors General, opinion-makers, individuals, interest groups, and the general public*<sup>783</sup>.

<sup>782</sup> Segundo DOR, Gal. *Constitutional dialogues in action: canadian and israeli experiences in comparative perspective*. Disponível em: <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17712/17895>. Acesso em 28 de Dezembro de 2014, p. 36: “*To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The courts review the work of the legislature and the work of the courts in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation. . . . This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it*”.

<sup>783</sup> DOR, Gal. *Constitutional dialogues in action: canadian and israeli experiences in comparative perspective*. Disponível em: <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17712/17895>. Acesso em 28 de Dezembro de 2014. Em tradução livre: “Os Diálogos Constitucionais podem assumir muitas formas. Eles podem ser limitados ou de amplo alcance em relação ao tempo e aos participantes. Um

DOR entende que o diálogo constitucional pode ser substantivo ou formal.

O diálogo substantivo é definido como aquele em que os participantes são comprometidos e engajados na busca por uma solução harmoniosa contendo a interpretação do Judiciário e do Legislativo. Em suas palavras: “*A substantive dialogue is realized only when the input of both the dialogists leads to the final state of the law*”. Quando se desenvolve um diálogo substantivo a decisão do Tribunal articula as falhas da legislação ao passo que o legislador por sua própria iniciativa inclui na sua resposta soluções para alcançar o seu objetivo em função da decisão do Tribunal. O diálogo substantivo ocorre quando há deliberação acerca do assunto em questão e escolhida a melhor decisão.

Na doutrina de DOR, o ato formal é do legislador, mas as palavras finais são do Tribunal. Há uma relutância de um ou mais atores em reconhecer a sua superação ou a ponderar cuidadosamente as objeções dos outros. Um diálogo formal também ocorre quando um legislador usa seu poder para dificultar diálogos futuros ou limitar os atuais. Presumivelmente, este tipo de diálogo não está disponível em todos os sistemas jurídicos. No entanto, é possível em países sem uma Constituição, onde reina o princípio da supremacia parlamentar ou em sistemas onde a decisão judicial poderia ser superada por reação explícita do legislador, como uma substituição legislativa, encontrado tanto nos sistemas canadenses e israelenses<sup>784</sup>.

No Brasil, há uma aproximação do diálogo substantivo, é o que se depreende das palavras do Ministro do STF, LUIZ FUX, que em seu voto na ADI nº 4357, sinalizou a intenção de estabelecer um diálogo com os demais poderes quando argumentou que: “É tênue, com efeito, o limite entre a defesa judicial dos valores da Constituição, missão irrenunciável deste Supremo Tribunal Federal por força da própria Carta de 1988 (CF, art. 102, caput), e uma espécie perigosa de supremacia judicial, através da qual esta

---

diálogo possível começa com o Legislativo criando uma lei ou pode começar com uma decisão judicial derrubando essa lei. Pode acabar com a aplicação da decisão do Tribunal de Justiça, ou pode terminar com uma recém-aprovada lei articulada pelo órgão legislativo competente. Os participantes podem incluir alguns ou todos os seguintes: tribunais, legislaturas, Procuradores-Gerais ou Solicitadores Geral, formadores de opinião, pessoas físicas, grupos de interesse, bem como o público em geral”.

<sup>784</sup> DOR, Gal. *Constitutional dialogues in action: canadian and israeli experiences in comparative perspective*. Disponível em: <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17712/17895>. Acesso em 28 de Dezembro de 2014, p. 17-19.

Corte acabe por negar qualquer voz aos demais poderes políticos na construção do sentido e do alcance das normas constitucionais”<sup>785</sup>.

A Sociedade civil participa democraticamente das discussões no pleno do STF mediante o *amicus curiae* e as audiências públicas (cuja primeira experiência aconteceu no julgamento da ADI nº 3510/DF) donde são ouvidos *experts* nas matérias discutidas pelo STF com o objetivo de fornecer subsídios teóricos para a confecção da decisão encetando elementos que de forma apressada pode levar à conclusão de que aproxima o Brasil do chamado constitucionalismo popular<sup>786</sup>.

O constitucionalismo popular faz críticas à supremacia judicial no contexto democrático estadunidense. Propõe uma democracia com uma participação popular mais alargada (uma vez que consideram que o poder pertence ao povo) e não acreditam que a Suprema Corte seja a única Instituição com legitimidade para dizer o conteúdo das normas constitucionais. No Brasil, o dogma da supremacia judicial é um óbice real à aproximação da realidade brasileira com a teorização do constitucionalismo popular.

KRAMER identifica qual seria o grande desiderato da supremacia judicial, qual seja a de aumentar a autoridade do Judiciário face à submissão popular às suas decisões. Defende que a última palavra em matéria constitucional deve ser do povo (como nos *founding fathers* originais), embora entenda que no contexto atual o próprio povo reconhece que a Suprema Corte é quem deve interpretar a Constituição<sup>787</sup>. KRAMER entende que na política o povo governa, mas não o faz no direito. Em suas palavras:

*El derecho queda al margen para la elite entrenada de jueces y abogados cuya tarea profesional es implementar las decisiones formales producidas en y por la política. La constitución, según este entendimiento moderno, es una especie del derecho —especial sólo en la medida en la que establece los límites dentro de los cuales discurre la política—. Como derecho, la constitución queda reservada a esta elite para que la maneje, con sujeción a la supervisión superior de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La política constitucional, en la cual el pueblo tiene un rol, es el proceso de producción del nuevo derecho constitucional. Se diferencia de la interpretación y la exigibilidad del derecho constitucional vigente —tareas éstas*

---

<sup>785</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>

<sup>786</sup> O constitucionalismo popular afasta a ideia de um governo de juízes ao afirmar que o governo pertence ao povo e estabelece a interatividade da soberania popular e a supremacia judicial. A jurisdição constitucional será mais legítima quando proporcionar uma participação popular mais alargada na construção do sentido e do alcance das normas constitucionais.

<sup>787</sup> KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 281.

*desarrolladas totalmente y con autoridad para nosotros en los tribunales y por los jueces—. Gerald Leonard lo describe de manera elegante al observar cómo nos inclinamos hoy «a ver a la política como trabajando dentro de un orden constitucional en lugar de trabajando para ese orden constitucional»<sup>788</sup>.*

GARGARELLA apresenta as características mais importantes do constitucionalismo popular nos seguintes termos<sup>789</sup>: a) O desafio à supremacia judicial tirando a Constituição das mãos dos tribunais<sup>790</sup>.

Neste tópico, GARGARELLA verifica que KRAMER deseja abolir a supremacia judicial, mas WALDRON e TUSHNET são mais radicais e pretendem mitigar toda forma de controle judicial de constitucionalidade. Em suas palavras:

*Para Waldron, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada sobre el principio de igualdad, la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad deba ser trasladada a los tribunales (tribunales cuyos miembros también están divididos por desacuerdos profundos, y que también deciden a través de la regla mayoritaria) resulta ininteligible<sup>791</sup>.*

No que se refere a TUSHNET: “*Para Tushnet, el principal objetivo de un “populismo constitucional” como el que él defiende es el de “quitar la Constitución de las manos de los tribunales”*”; b) A recuperação e o reconhecimento da importância e o peso institucional da participação popular em reação a uma “sensibilidade anti-popular”; c) A defesa de uma interpretação extrajudicial da Constituição, em suas palavras:

---

<sup>788</sup> KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 20. Em tradução livre: “O direito confere uma margem para a elite treinada de juízes e advogados cuja tarefa profissional é implementar as decisões formais produzidas na e pela política. A Constituição, segundo este entendimento moderno, é uma espécie de direito – especial apenas na medida em que estabelece os limites os limites nos quais decorre a política -. Como direito, a Constituição fica reservada a esta elite para que a maneje com sujeição à supervisão superior da Suprema Corte dos estados Unidos. A política constitucional, na qual o povo tem um rol, é o processo de produção do novo direito constitucional. Se diferencia da interpretação e a exigibilidade do direito constitucional vigente – tarefas estas desenvolvidas totalmente e com autoridade para nós nos tribunais e pelos juízes -Gerald Leonard o descreve de maneira elegante ao observar como nos inclinamos hoje ‘a ver a política como trabalhando dentro de uma ordem constitucional ao invés de trabalhando para esta ordem constitucional.

<sup>789</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves de Larry Kramer*. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>. Acesso em 16 de janeiro de 2015.

<sup>790</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves de Larry Kramer*. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>. Acesso em 16 de janeiro de 2015.

<sup>791</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves de Larry Kramer*. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>. Acesso em 16 de janeiro de 2015.

“considera a la interpretación como una tarea difundida de modo igual entre todos los ciudadanos”; d) Uma releitura crítica sobre os efeitos do controle judicial, além de fomentar uma releitura crítica sobre os efeitos do *judicial review*; e) A importância da sociedade na legitimidade das decisões judiciais; f) Maior participação popular nas decisões políticas<sup>792</sup>.

Criticamos quem defende que no Brasil há um exemplo de constitucionalismo popular, pois ainda persiste a centralidade judicial na condução das discussões sobre a Constituição e a participação popular nas decisões ainda é, em grande medida, fruto do deferimento facultativo e gracioso do STF.

Neste sentido, ROSILHO & PINTO questionam quando se justifica a convocação de uma audiência pública, quais são os motivos que podem levar à convocação e finalmente qual é a função das audiências públicas do STF, sustentando que não há obrigatoriedade na convocação, pois está dentro da margem de discricionariedade do STF haja vista a redação do texto permitir ao relator do processo convocar audiência pública “sempre que entender necessário”<sup>793</sup>.

Sem dúvida, a inclusão deste instrumento eleva a legitimidade democrática das decisões do STF ao mesmo tempo que incorpora análise técnica indispensável para o adentramento mais profundo da problemática a ser decidida. A oitiva de médicos renomados em suas áreas pode contribuir para questões referentes à saúde, por exemplo. Há, contudo, o risco do relator do processo direcionar as convocações a pessoas cujo entendimento seja tendencioso no sentido de legitimá-las olvidando os profissionais com pensamento diferente.

Não obstante o enquadramento neste ou naquele modelo, verifica-se que o ativismo judicial consistiu em uma verdadeira revolução copernicana na relação entre os poderes e na interpretação constitucional.

---

<sup>792</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves de Larry Kramer*. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>. Acesso em 16 de janeiro de 2015.

<sup>793</sup> PINTO, Henrique Motta & ROSILHO, André Janjácomo. **Qual é a função das audiências públicas do STF: a legitimidade democrática ou a legitimidade técnica?** In: Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), 2009. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/observatorio\\_ver.php?idConteudo=16](http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=16). Acesso em 12 de Janeiro de 2015.

Segundo MENDES, na ADI nº 2548/PR, a admissão ao processo do *amicus curiae* enquadra-se:

Na adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados nos processos em análise pelo Supremo Tribunal Federal, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado<sup>794</sup>.

Realmente a presença e participação efetiva do *amicus curiae* permite ao STF transmutar “um processo subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos)” consagrando a participação dos mais diferentes atores sociais.

O retraído e claudicante STF, formalista e não interventor, minimalista ao extremo e afastado das questões políticas, revê seu posicionamento, faz uma releitura da separação dos poderes ao colocar-se como um terceiro gigante na resolução das mais variadas demandas dos mais variados temas e, avançando sobre a competência dos demais poderes, causou uma reação e tensão entre os Poderes.

Tal fato proporcionou uma releitura das competências de cada um e a necessidade de harmonizar as relações interinstitucionais.

Uma das respostas possíveis é a prática dialógica entre eles, amenizando a supremacia judicial e com isso dotando-a de legitimidade sempre que houver abertura com os demais poderes e a sociedade para discutir as questões mais relevantes em matéria constitucional.

Segundo LEITE:

“(…) o ativismo não deve ser visto como autoritarismo judicial, senão como um fator que desencadeia uma dinâmica com outros atores estatais. Desse modo, o ativismo judicial deixa de ser compreendido como uma prática necessariamente adversária e pode ser explorado como uma estratégia institucional que viabiliza um cooperativismo entre poderes. Especialmente nas questões que implicam um alto custo político para as instâncias representativas, bem como na identificação dos “pontos cegos” da atuação legiferante, o ativismo judicial não

---

<sup>794</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2548/PR. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ de 18.10.2005.



representará a domesticação dos poderes eleitos, senão o ponto de partida para a atuação de tais poderes”<sup>795</sup>.

Esta abertura do Judiciário brasileiro acarretou maior participação popular, seja no ajuizamento cada vez mais elevado de demandas, seja na oitiva da sociedade antes da prolação da decisão pela via das audiências públicas e do *amicus curiae* que segundo MENDES: “confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto”.

Conforme demonstrado, embora não esteja institucionalizado, o diálogo entre os Poderes com a participação da sociedade já é uma realidade, não obstante as diversas dificuldades dialogais entre os poderes no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 5.4 Dificuldades dialogais entre os poderes no ordenamento jurídico brasileiro

A expressão “diálogo entre os poderes” suscita críticas doutrinárias, quais sejam:

- a) Os poderes não atuam entre si utilizando-se este elemento, haja vista que suas decisões podem acontecer sem que necessite de uma interação dialogal com os demais;
- b) As decisões judiciais são de cumprimento compulsório a todos, além do mais o STF é o guardião da Constituição e o Poder responsável pela “última palavra” em matéria constitucional;
- c) A incorporação do “diálogo” como prática para tomada de decisões poderia conduzir a uma discussão infinita em situação donde exista um persistente e interminável debate, além do desgaste político que isto acarretaria trazendo prejuízos consideráveis;
- d) A própria indeterminação do termo a ser aplicado entre os poderes na pluralidade contextual de sua utilização;
- e) Óbice de uma vetusta ideia de separação dos poderes adversarial e fechada ao diálogo. Isto é corroborado por LECLAIR o qual discorre: “*La séparation des pouvoirs: une théorie fondée sur l’opposition et non la coopération des pouvoirs*”.<sup>796</sup>

---

<sup>795</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional**. Tese de Doutorado em Direito. Recife: Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), 2014.

<sup>796</sup> LECLAIR, Jean. *Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien*. Disponível em <https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2003-charte-canadienne->

No Brasil, a possibilidade de diálogo é ainda dificultada pelo fato de ser muito presente a ideia de supremacia judicial, trazida pela Constituição Federal de 1988 em seu Art. 102, *caput*, o qual estabelece que: “compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição”, entretanto, a partir da verificação de um ativismo judicial e a acusação da usurpação de competência levada a cabo por esta realidade, bem como a reação dos demais Poderes a esta prática, apresenta-se como fundamental superar esta dificuldade e promover o diálogo.

VALLE & SILVA entendem que: “A experimentação internacional das práticas dialógicas aponta a possibilidade de uma supremacia judicial que se traduza num papel de articulação das instâncias políticas e sociais em favor da constituição; que não abra mão do enriquecimento possível da abertura dialógica às demais estruturas de poder e da sociedade”, portanto, há a mitigação da supremacia judicial quando se observa que a defesa, interpretação e guarda da Constituição é *mister* compartilhado entre os Poderes cada qual responsável por parte desta missão. “A melhor jurisdição constitucional, dentro dessa perspectiva, é a que se constrói a partir de relações de colaboração, que reconheçam uma necessária rearticulação entre essas instâncias – com maior ou menor contenção judicial – conforme o conteúdo do direito em escrutínio”<sup>797</sup>. DIXON contribui para o debate discorrendo que o diálogo constitucional é a forma preferida de constitucionalismo cooperativo no qual o Judiciário tem uma importante responsabilidade e tem um papel ativo na identificação de “pontos cegos” e contra a inércia do legislador ao passo que o legislador também é capaz de desempenhar um papel ativo na luta contra inevitáveis erros judiciais<sup>798</sup>.

Ressaltamos que o diálogo não exclui o desacordo, pois acontece entre Instituições diferentes com perspectivas e visões também diferentes, logo não pressupõe necessariamente uma relação harmônica, mas de forte embate argumentativo.

---

p377.pdf. Acesso em 16 de Janeiro de 2015. Em tradução livre: “Separação de poderes: a teoria baseada na oposição e não-cooperação dos poderes”.

<sup>797</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio. & SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo Cooperativo ou Supremacia do Judiciário?** Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2209.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2209.pdf). Acesso em 15 de Fevereiro de 2015, p. 2253.

<sup>798</sup> DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. Center for Human Rights and Global Justice working paper economic, social and cultural rights series number 3, New York, NYU School of Law, 2006, p. 3. Disponível em: [http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ\\_Dixon\\_Final.pdf](http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ_Dixon_Final.pdf). Acesso em 17 de Janeiro de 2015. Em suas palavras: “*constitutional dialogue between courts and legislatures, as a form of co-operative constitutionalism which acknowledges the full potential of and limits to both legislative and judicial responsiveness in the process of constitutional rights-interpretation and enforcement.*”

Não obstante tais problemáticas, urge ventilar que este termo pode ser utilizado no sentido de uma forma de deliberação que favoreça o argumento e o debate cujo cenário seja a possibilidade de interação entre os poderes (mais fraca ou mais forte, a depender do contexto) e a conseqüente melhoria da qualidade argumentativa da deliberação pública. Uma interação entre os poderes com base em argumentos.

TREMBLAY introduz a distinção entre duas concepções de diálogo, quais sejam: o diálogo deliberativo (*dialogue as deliberation*) e o diálogo de conversação (*dialogue as conversation*) e examina seus limites. Para este autor, o diálogo deliberativo apenas logrará legitimidade quando existirem acordos fundamentados, paridade entre os interlocutores e o respeito a padrões de racionalidade. Para ele, o diálogo de conversação seria o câmbio de opiniões e experiências sem a pretensão de legitimação de um resultado empírico, tal como uma decisão ou um acordo<sup>799</sup>. TREMBLAY faz uma crítica ao modelo canadense expressando que não há a prática dialógica, mas uma “conversação”, pois entende que a ausência de deliberação não permite vislumbrar um verdadeiro diálogo entre os poderes<sup>800</sup>.

Para o êxito do diálogo interinstitucional deve existir o elemento volitivo, posto que se não houver intenção colaborativa, oitiva e exposição de argumentos construtivos nem intercâmbio entre as estruturas formais de poder estaremos diante do fracasso desta via defendida como superação ao adversarismo entre os poderes.

Após a minudente análise das teorias dialógicas, faz-se necessário, observar na experiência jurisprudencial do STF, se há possibilidade da aplicação de alguma daquelas teorias ou mesmo se encontramos uma real efetivação deste conteúdo estudado e, sobretudo, se o elemento volitivo conducente à relação dialogal interinstitucional se faz presente na teoria e na prática do STF.

---

<sup>799</sup> TREMBLAY, Luc. B. *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. Oxford University Press and New York University School of Law 2005, I-CON, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 617–648. Disponível também em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/617.abstract>, acesso em: 21 de Setembro de 2014.

<sup>800</sup> TREMBLAY, Luc. B. *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. Oxford University Press and New York University School of Law 2005, I-CON, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 617–648. Disponível também em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/617.abstract>, acesso em: 21 de Setembro de 2014.

No Brasil, a concretização do diálogo interinstitucional é ainda mais dificultosa pelo fato de existir um conteúdo constitucional que não pode sequer entrar na pauta da discussão legislativa pela via de emenda à Constituição caso a tendência seja aboli-las, são as cláusulas pétreas.

### **5.5 Da superação dificultosa ao diálogo existente no Brasil**

Ao verificar o caso brasileiro verifica-se a existência de institutos capazes de promover o diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, mesmo que em estágio embrionário, quais sejam: a) A possibilidade do Senado Federal em suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; b) A interpretação conforme a Constituição; c) A posição concretista intermediária nas decisões em mandado de injunção; d) A modulação dos efeitos das decisões. Vejamos cada um deles.

#### **5.5.1 A possibilidade do Senado Federal em suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.**

O Art. 52, X da CRFB/88 estabelece a competência privativa do Senado Federal em suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Segundo este dispositivo constitucional, no controle difuso, quando o STF prolatou a decisão definitiva e após o trânsito em julgado, há o efeito *ex tunc*, mas limitado *inter partes*. Para que a lei seja retirada do ordenamento jurídico e os efeitos sejam *erga omnes* e *ex nunc* é preciso que o Senado Federal suspenda a execução da lei por meio de resolução.

O Senado, por seu turno, poderá acatar ou não a decisão do STF, pois não há prazo nem obrigatoriedade vinculante para que o Senado suspenda a execução da lei impugnada. Neste viés, há um embrionário diálogo, pois o STF mediante o *judicial review* declara a inconstitucionalidade, mas seus efeitos são restritos às partes envolvidas no processo e os efeitos só poderão ser estendidos a todos pela atuação do Legislativo.

Incomodados com esta situação, os Ministros GILMAR MENDES e EROS GRAU, argumentando estarem diante do instituto da mutação constitucional, propuseram na Reclamação Constitucional nº 4.335-AC, substituir o texto: “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal” por outro texto: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, realizada pelo Supremo Tribunal Federal”. Já tivemos a oportunidade de discorrer acerca destes votos no capítulo 1 desta investigação, mas chamamos a atenção para o fato de que o embate e desacordo presentes na aplicação deste artigo da Constituição brasileira suscita o debate até mesmo acerca dos limites de competência de cada Poder.

Historicamente podemos apontar um caso em que o Senado ignorou a decisão do STF e manteve a lei impugnada. No RE nº 146.733, em Dezembro de 1992, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 8º da lei nº 7.689/88 pelo fato do referido artigo ter violado o princípio da irretroatividade.

O Senado Federal, mediante trabalho de sua Comissão de Constituição e Justiça, a qual tem o dever institucional de verificar a adequação da legislação aos ditames constitucionais, resolveu manter a lei e ela vigorou até 2007.

Em seu relatório o Senador AMIR LANDO argumentou que a suspensão do referido artigo traria: “profunda repercussão na vida econômica do País, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e de conjugação de esforços no sentido da repercussão da economia nacional”, mas o argumento mais interessante foi o de que a decisão do STF foi por seis a cinco demonstrando uma forte voz pugnando pela constitucionalidade do artigo de lei.

No ano de 2007, o STF decidiu mais uma vez pela inconstitucionalidade do artigo 8º no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 15), ajuizada em 1989, pela Confederação das Associações de Microempresas do Brasil. Desta vez não foi preciso comunicar ao Senado, pois a decisão fora em sede de controle abstrato de constitucionalidade da lei e tese, cujos efeitos são *erga omnes* e *ex tunc*. Este “diálogo” entre Legislativo e Judiciário perdurou catorze anos, pois ante a recusa de suspender o artigo impugnado em 1993, o STF apenas respondeu em 2007 e uma ação ajuizada em 1989.

O fato mais relevante é que se não houvesse abertura ao diálogo, se os posicionamentos mantiverem-se fechados, retornaremos àquela situação descrita algures de adversarismo e colonização dos espaços de poder. Neste exemplo citado, o STF, a menos que fraudasse a Constituição nos argumentos expostos pelos Ministros EROS GRAU e GILMAR MENDES acerca da “mutação constitucional”, nada poderia fazer para obrigar o Senado a suspender a lei, haja vista se tratar de competência privativa do Senado e o controle ser o difuso, concreto. A resposta do STF apenas aconteceu porque havia uma ação direta (controle abstrato) tramitando e mesmo assim ocorreu apenas catorze anos depois. Caso não houvesse esta ação, a última palavra seria dada pelo Legislativo através do Senado Federal.

Entretanto, tem razão o Ministro Relator da ADI nº 15, Sepúlveda Pertence o qual declarou ser este “Um caso raro de explícita recusa [do Senado em suspender o dispositivo da lei]”. Entre 2007 a 2013 foram promulgadas pelo Senado 29 Resoluções suspendendo leis consideradas inconstitucionais pelo STF em controle difuso. Isto denota que há um diálogo aberto entre estes dois Poderes.

### **5.5.2 A interpretação conforme a Constituição**

A lei possui presunção *juris tantum* de constitucionalidade, por este motivo, associado a razões de segurança jurídica, caso exista a possibilidade, em controle abstrato, de interpretá-la em consonância com a Constituição, evita-se sua declaração de inconstitucionalidade, logo, a interpretação conforme a Constituição possibilita a manutenção da lei ou ato normativo que tenha valor interpretativo não conflitante com a Constituição. Segundo STRECK: “é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”<sup>801</sup>.

Segundo a ementa da ADI nº 3.046-9/SP, a interpretação conforme a Constituição é uma “técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de

---

<sup>801</sup> STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito.** Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2002, p. 443.

sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição”<sup>802</sup>.

O problema reside na utilização deste instituto pelo STF, posto que há uma possibilidade real de se alterar o sentido do texto e, sob a roupagem de se estar fazendo interpretação conforme a Constituição, seja feita na verdade uma interpretação extensiva conforme as próprias razões do intérprete. Os limites deste instituto são imprecisos, como se verifica nas palavras de GILMAR MENDES ao asseverar que este instituto é: “apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”<sup>803</sup> e citando COOLEY que assevera: “*the court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect*”<sup>804</sup>.

O posicionamento de GILMAR MENDES é conflitante, pois em uma obra de sua autoria, juntamente com MARTINS, destaca que:

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem um condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto<sup>805</sup>.

A preocupação reside no fato do STF utilizar-se deste instrumento para decisões ativistas e mais próximas da ideia de legislador positivo, posto que: “é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa destes sentidos originais postos pelo legislador”<sup>806</sup>.

Mesmo considerando os riscos e a crítica fundamentada sobre os perigos de uma ascensão judicial, entendemos que este instituto pode se traduzir em importante instrumento promotor de um diálogo entre os poderes como pôde ser observado no

---

<sup>802</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3.046-9/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no DJ em 28.05.2004.

<sup>803</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1307.

<sup>804</sup> COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1303.

<sup>805</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei nº 9.869 de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 465.

<sup>806</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei nº 9.869 de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 468.

juízo da ADI nº 3.772-DF onde o STF analisou a constitucionalidade da Lei nº 11.301/2006, o qual acrescentou o parágrafo segundo ao art. 67 da Lei nº 9.394/96<sup>807</sup>. Esta lei conflitava com a Súmula 726 do STF: “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de aula”.

No acórdão, o STF aplicou a interpretação conforme a Constituição, fora declarada a constitucionalidade parcial da lei posto que não foram contemplados com o benefício previdenciário os especialistas em educação.

O STF nesta ADIn admitiu a correção legislativa de entendimento consolidado e sumulado por esta Suprema Corte<sup>808</sup>, logo se percebe que a interpretação conforme a Constituição pode se constituir em mais um canal de diálogo entre os Poderes.

### **5.5.3 A posição concretista intermediária nas decisões em mandado de injunção**

Adotando a posição concretista intermediária, o STF quando julga procedente um mandado de injunção, fixa prazo para o Legislativo elaborar a lei faltante sob pena de ser assegurado o direito ao autor da ação. Verifica-se tal posicionamento no julgamento dos Mandados de Injunção nº 232, 283 e 284.

No julgamento do mandado de injunção nº 232 o STF determinou o prazo de seis meses para a criação da norma faltante, nestes termos: “(...) o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7.,

---

<sup>807</sup> *In verbis*: Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

(...)

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

<sup>808</sup> Esta decisão do STF foi contraditória em relação ao julgamento acerca do foro de prerrogativa de função analisado no subitem 5.6.2 desta Tese, posto a admissão de que lei superveniente pode afrontar decisão definitiva em sede de controle de constitucionalidade pelo STF.



da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”<sup>809</sup>.

Interessante é que no julgamento do MI nº 283 o STF também fixou prazo de seis meses para o legislador editar a lei<sup>810</sup> e no julgamento do MI nº 284, face à inércia do legislador, determinou de imediato o direito à reparação econômica, nestes termos:

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório<sup>811</sup>.

Tal possibilidade não constitui um diálogo entre iguais haja vista a predominância judicial na interpretação da Constituição pelo legislador – mesmo na omissão, pois ainda aqui pode-se entender que houve uma decisão política – mas abre um canal comunicativo a partir da decisão e da resposta que o legislador irá pronunciar.

Ressaltamos que a posição concretista intermediária nas decisões em mandado de injunção está superada na praxis jurisprudencial do STF, haja vista a adoção da posição concretista direta nas decisões dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712.

---

<sup>809</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 232, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992.

<sup>810</sup> Nas palavras do Relator Ministro Sepúlveda Pertence: “(...) 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.” BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 283, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991.

<sup>811</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 284, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Celso de Mello, julgado em 22/11/1992, DJ 26-06-1992.

#### 5.5.4 A modulação (ou limitação temporal) dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Esta medida está prevista no Art. 27 da Lei nº 9.868/99 *in verbis*:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Configura em um “apelo ao legislador” o qual deverá, no prazo fixado pelo STF<sup>812</sup> editar nova norma revogando a que fora declarada inconstitucional e cuja vigência fora mantida pela limitação temporal (modulação) da decisão de inconstitucionalidade decidida por dois terços dos ministros na chamada “inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”<sup>813</sup>.

Vale registrar a decisão do STF neste sentido na ADI nº 2.240/BA<sup>814</sup>, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) em desfavor da Lei estadual nº 7.619/00 que criou o Município Luís Eduardo Magalhães contrariando duas vezes o disposto no Art. 18, parágrafo 4º da Constituição Federal brasileira de 1988, o qual determina:

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

A violação ocorreu pelo fato da Lei Complementar Federal, a qual deveria determinar o período da criação da lei instituidora do município, estava pendente de promulgação, portanto, inexistindo esta lei complementar federal não poderia existir lei criadora de município, portanto, a lei estadual é inconstitucional e deveria ser

<sup>812</sup> O referido prazo não é uniforme na jurisprudência do STF, haja vista já ter sido de 60 dias, 18 meses ou mesmo de 24 meses.

<sup>813</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 780, destaca que disposição semelhante existe na Alemanha onde o Tribunal Constitucional poderá, excepcionalmente, autorizar um prazo máximo de 18 meses para que o parlamento edite lei substitutiva daquela declarada inconstitucional.

<sup>814</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2.240/BA, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 09.05.2007.

imediatamente expurgada do ordenamento jurídico pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

O STF julgou da seguinte maneira:

O Tribunal, à unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores - PT para declarar a inconstitucionalidade da Lei 7.619/2000, do Estado da Bahia - que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, decorrente do desmembramento de área do Município de Barreiras - e, por maioria, sem pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve sua vigência pelo prazo de 24 meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento<sup>815</sup>.

Ressalte-se que a inércia legislativa fora seguida pela inércia judicial, pois a ação direta fora ajuizada em 2000, não fora concedida nenhuma medida cautelar para anulação dos efeitos da lei, e apenas em 2006 fora posta em pauta e seu julgamento aconteceu em 2007, ou seja, sete anos depois. Neste caso inúmeras relações jurídicas foram realizadas com a criação de sua lei orgânica, centenas de leis municipais publicadas, inclusive com eleições realizadas (com a conivência do Tribunal Superior Eleitoral cujo presidente é o mesmo do STF), recebimento do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) pela União Federal.

O Ministro Eros Grau, relator do processo, evidenciou a inconstitucionalidade formal da lei que criou o município, mas ressaltou a passagem de sete anos, suficientes para a situação de fato se sobrepôr a de direito. Argumentou, ainda, no sentido que o município passou a existir de fato, utilizando-se da doutrina da “força normativa dos fatos” (*normative kraft dès faktischen*) da lavra de GEORG JELLINEK<sup>816</sup>, além de invocar o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança e que o município foi constituído de fato, e que o Poder Público não poderia mais anular o ato que o constituiu, ainda que este ato decorresse de uma lei inconstitucional. Segundo VALLE:

<sup>815</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2.240/BA, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 09.05.2007, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>, acesso em 16 de Fevereiro de 2015.

<sup>816</sup> JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 319. VALLE, Vanice Regina Lírio do. (org.) **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 114 explica que: “a ideia é a de que a origem e a existência da ordem jurídica surgem com o Estado, cujas relações reais precedem às normas em função dele produzidas”.

“pela ‘força dos fatos’, à qual o Ministro Eros Grau atribui força normativa, afasta-se a aplicação da norma constitucional: o contexto prevalece sobre o texto (legal)”<sup>817</sup>.

Interessante é que o prazo de vinte e quatro meses<sup>818</sup> fora determinado para que o Congresso Nacional pudesse editar a lei complementar federal faltante e, deste modo, a Assembléia Legislativa do Estado da Bahia poderia editar outra lei com igual conteúdo criando o aludido município em conformidade com o texto da Constituição. Entretanto, o Legislativo federal não conseguiu editar a importante lei complementar faltante e quase no final do prazo fixado pelo STF, fora editada a Emenda Constitucional nº 57/08 que teve o condão de convalidou os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação. Faltou apenas, nesta Emenda de apenas um artigo, fazer alusão expressa ao Município Luís Eduardo Magalhães.

Não obstante as inércias recíprocas, a falta de respeito aos ditames constitucionais e a incapacidade em sanar vício flagrantemente inconstitucional tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, houve uma cooperação dialógica entre eles no sentido de conferir segurança jurídica e estabilidade institucional, logo, este instrumento pode ser interessante para uma maior interação dialógica entre Corte e Parlamento, entretanto o STF cresce, deste modo, seu poder político.

## 5.6 O diálogo institucional já existente entre o STF e o Congresso Nacional

É possível afirmar, com base em tudo o que fora até agora investigado, que o diálogo entre os Poderes, em especial, entre o Legislativo e o Judiciário já ultrapassou a mera possibilidade e pode ser configurada como uma realidade no arranjo institucional brasileiro. Como asseverado algures, este diálogo não é gracioso ou desprovido de conflito, ao contrário, é travado em argumentações ácidas e por vezes contraditórias,

---

<sup>817</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. (org.) **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 117.

<sup>818</sup> Julgando caso semelhante em Maio de 2007, qual seja a ADI 3.682-6/MT, Relator Ministro Gilmar Mendes, o STF havia fixado prazo de 18 (dezoito) meses para a edição da lei complementar federal, entretanto, até o presente momento, qual seja Fevereiro de 2015 o Congresso Nacional não conseguiu aprovar a lei.

mas acontecendo, revela a vontade, ainda embrionária, em estreitar os laços cooperativos.

Passemos à análise de alguns casos concretos neste desiderato.

### **5.6.1 A promulgação da Emenda Constitucional nº 58/2009 como resposta ao entendimento do STF no RE nº 197.917-8.**

Em reação a uma decisão do STF, qual seja no RE nº 197.917-8, o Legislativo promulgou a Emenda Constitucional nº 58/2009.

No RE nº 197.917-8 foi discutida a questão referente ao número de vereadores considerando a sua população, haja vista que entendia-se que a Constituição Federal no art. 29, inciso IV dava margem discricionária aos municípios para fixar o número de seus vereadores, respeitando apenas os limites mínimo e máximo fixado na Constituição Federal.

O STF entendeu que poderia fixar uma regra de proporcionalidade entre a população do Município e o número de vereadores, e criou, sem qualquer fundamento que lhe conferisse esta competência, os critérios para determinação exata do número de vagas a serem ocupadas, ocasionando a Resolução do TSE nº 21.803/04, que de imediato suprimiu quase nove mil vagas nas Câmaras Municipais. Ressalte-se que a decisão do STF fora em sede de controle difuso cujos efeitos da decisão são *inter partes*, entretanto, a referida decisão serviu como fundamento para o TSE editar a Resolução nº 21.702/04 que determinava:

[...] nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917 (art. 1º), sendo que até 1º de junho de 2004, o Tribunal Superior Eleitoral verificará a adequação da legislação de cada município ao disposto no art. 1º e, na omissão ou desconformidade dela, determinará o número de vereadores a eleger.

Ora, o TSE, por meio de uma Resolução, conferiu eficácia *erga omnes* a uma decisão proveniente de controle difuso de constitucionalidade.

Tal decisão gerou uma reação do Legislativo e foi promulgada a Emenda Constitucional nº 58/2009 a qual conferiu nova redação ao art. 29, IV da Constituição

Federal, estabelecendo novos critérios e restabelecendo mais de sete mil vagas para vereador em todo o Brasil. A Emenda Constitucional nº 58/2009 inovou na ordem constitucional por meio do art. 3º, inciso I conferindo efeito retroativo às eleições de 2008, em clara afronta ao Judiciário (bem como aos princípios da anualidade eleitoral e segurança jurídica); fixação somente de número máximo de vereadores e autorizando o Legislativo municipal a fixar o número de vereadores, mesmo em número menor que nove, além de suprimir o termo “proporcionalidade” do *caput* do artigo.

Pelo fato da afronta da Emenda Constitucional nº 58/2009 aos princípios da anualidade eleitoral e segurança jurídica especificamente no art. 3º, inciso I que conferiu efeito retroativo às eleições de 2008, o Procurador-Geral da República ajuizou a ADI nº 4307 e a Ministra Cármen Lúcia liminarmente suspendeu esta medida em 2 de outubro de 2009 que fora referendada pelo plenário em 11 de novembro do mesmo ano e depois confirmada em decisão definitiva.

Não obstante os percalços – e tentativas de colonização de espaços de poder – entendemos que a construção do significado e alcance das normas constitucionais devem ser conduzidas com a apresentação dos argumentos de cada Poder, o que poderia, na melhor das hipóteses, representar um início de diálogo interinstitucional. Verifica-se neste caso concreto a aplicação da teoria do conselho judicial (na modulação dos efeitos) e, posteriormente, a teoria da parceria. VALLE destaca ainda a presença da teoria estrutural, haja vista o controle político sobre os atos do STF<sup>819</sup>.

### **5.6.2 A promulgação da Lei nº 10.628/2002: “correção” legislativa da interpretação do STF acerca do foro de prerrogativa de função.**

O que se pretende discutir neste subitem é se há possibilidade de correção legislativa de interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal, ou em outras palavras, se é possível a criação de uma lei com conteúdo conflitante com decisão do STF já prolatada.

---

<sup>819</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. (org.) **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 121.

Denomina-se “correção legislativa”<sup>820</sup> a atuação do Poder Legislativo na edição de alguma espécie normativa com o objetivo consciente de reagir a certa decisão judicial e sua interpretação no sentido de negar a “última palavra” ao Poder Judiciário<sup>821</sup>. BARROSO entende que: “discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la, desde que seja capaz de preencher o quorum de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio”<sup>822</sup>. Tal medida não encontra óbices constitucionais, pois é cediço que o Legislador não está tolhido em seu atuar pelas decisões em sede de controle de constitucionalidade, por este motivo, encontra-se em condições de “corrigir”<sup>823</sup> determinada decisão judicial por meio da edição de outra espécie normativa (lei ou emenda à constituição, por exemplo)<sup>824</sup>.

Fato é que o STF havia pacificado em súmula editada sob o nº 394 que: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”, entretanto, tal súmula fora posteriormente cancelada e o STF passou a considerar que apenas durante o exercício da função pública seria aplicado o foro especial. Tal decisão sofreu reação imediata do Legislativo Federal que, irrisignado com este julgado, contrapôs-se a este entendimento modificando o Art. 84 do Código de Processo Penal (CPP) cuja redação conflitava com este novo entendimento do STF ao dispor no parágrafo 1º do Art. 84 do CPP:

---

<sup>820</sup> Para TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 359: “Implica: a) o radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma intencionalmente contrastante com a jurisprudência; b) a retificação da norma anterior que, por ambigüidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria”.

<sup>821</sup> Exemplos de correção legislativa de decisões definitivas do STF não são raras. Além daquelas analisadas nesta Tese exemplificamos as Emendas Constitucionais nº 29/2000; 33/2001 e 39/2002.

<sup>822</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 69.

<sup>823</sup> Tal termo não deve ser entendido literalmente, mas no sentido de modificar.

<sup>824</sup> Critica esta possibilidade TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 441, pois ao invés do Judiciário controlar o Legislativo ocorre exatamente o contrário. Também MARTINS, Ives Gandra. **O ativismo judicial e a ordem constitucional**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 18, p. 2, Jul.-Dez. de 2011 entende que o Judiciário deve estar adstrito à competência de legislador negativo e que deve ser observado o disposto no art. 49, XI, da CRFB/88: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; em sua doutrina defende a tese de que havendo invasão de competência pelo STF, estaria o Legislativo legitimado a anular a eficácia desta decisão. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 195 entende ser uma legitimação do Estado Democrático de Direito pela circularidade e pluralidade de procedimentos.

A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

Neste caso, a lei em discussão promoveu alterações profundas na redação do artigo 84 do Código de Processo Penal, ao acrescentar dois novos parágrafos, haja vista que a referida lei de forma primigênia trazia apenas o *caput* do artigo 84, determinando a competência por prerrogativa de função dos agentes políticos que respondessem por crimes comuns e de responsabilidade. Com os dois novos parágrafos foram estendidas aos ex-agentes políticos a hipótese originária de prerrogativa de foro.<sup>825</sup>

Não pretendemos discorrer acerca de qual esfera de poder está mais correta, se o Legislativo ou o Judiciário<sup>826</sup>, apenas apontamos uma reação legislativa a uma decisão judicial cujo pressuposto não fora dialogal, mas ao contrário, adversarial e delimitadora de espaços de poder. Urge informar que a lei supramencionada foi objeto de discussão em inúmeras ações judiciais no controle difuso de constitucionalidade e as decisões determinavam sua inconstitucionalidade<sup>827</sup>.

Na verdade, a importância deste julgamento é no sentido de entendermos se:

a) o rol de competências originárias dos tribunais, como previsto na Constituição, poderia ser ampliado pelo legislador ordinário pela via da edição de lei ordinária e;

b) Se o legislador ordinário poderia editar lei com conteúdo contrário à orientação do STF.

A discussão estava centrada no argumento de que o legislador ordinário teria agido inconstitucionalmente ao acrescentar novas competências originárias ao rol exaustivo de cada tribunal mediante a confecção de uma mera lei ordinária, e ademais conferiu interpretação contrária à orientação do STF. Dito isto, a Lei nº 10.628/02 fora

---

<sup>825</sup> Curioso notar que o conteúdo do parágrafo 1º é semelhante ao da ex-Súmula 394 do STF que fora cancelada em julgamento pelo próprio STF.

<sup>826</sup> Embora entendamos que a lei nº 10.628/02 está eivada de inconstitucionalidade formal posto ser inadmissível pela Constituição Federal que uma lei ordinária altere atribuição da competência originária de Tribunais Superiores e Regionais, pois o meio adequado seria por emenda constitucional.

<sup>827</sup> Quais sejam: Ação Penal nº 539-9/212 no TJGO; a Queixa nº 79-9/226 no TJGO e no HC nº 137.187-1 no TJPR.



objeto de controle de constitucionalidade por ter ofendido os ditames constitucionais que estabeleciam as competências do STF, STJ, TRF's e TJ's, conforme preceituam os artigos 102, I; 105, I; 108, I e 125, § 1º da Constituição Federal de 1988, bem como feriu sobremaneira o Art. 2º da mesma Constituição que determina: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Com o ajuizamento pela CONAMP (Associação dos Membros do Ministério Público) da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2797 o STF julgou inconstitucional a Lei nº 10.628/2002, que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal (CPP), prevendo o foro por prerrogativa de função a ocupantes de cargos públicos e ex-detentores de mandatos eletivos, entretanto, decidiu preservar a validade de todos os atos processuais que eventualmente tenham sido praticados em processos de improbidade administrativa e ações penais contra ex-detentores de cargos públicos e de mandatos eletivos, julgados anteriormente, ao abrigo dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do CPP, isto é, no período de vigência da Lei 10.628, que foi de 24 de dezembro de 2002 até 15 de setembro de 2005, quando foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

Neste julgamento participaram 10 (dez) Ministros, haja vista a ausência do então Ministro Nelson Jobim. Considerando a composição do STF à época do julgamento, os ministros, por maioria, declararam inconstitucional a Lei 10.628/02 nos termos do voto do Min. Relator Sepúlveda Pertence, sendo este acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa, Carlos Velloso, Carlos Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso e Marco Aurélio; e sendo vencidos os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, logo, o placar de 7 x 3, mais do que demonstrar que a decisão não foi unânime (e nem seria obrigatório sê-la), trouxe elementos de análise bem interessantes, pois verificando as razões de cada Ministro no inteiro teor de seus votos verificamos a falta de diálogo entre os julgadores que cingiram-se apenas a pronunciar seus votos na espera do quantitativo “placar final”.

Mais do que analisar o deslinde da controvérsia, é *mister* verificarmos o voto do Ministro Relator, qual seja Sepúlveda Pertence para tentarmos entender a reação do STF a esta reação do Legislativo.

Acerca do tema se o legislador ordinário poderia editar lei com conteúdo contrário à orientação do STF, os Ministros Carlos Ayres Britto, Sepúlveda Pertence, e Cezar Peluso defenderam a tese que a lei não poderia ter retomado o conteúdo da

Súmula, haja vista seu cancelamento pelo STF por meio de trabalho interpretativo direto e exclusivo da Constituição Federal, cujo elemento os legisladores não possuíam para publicar a lei discutida.

Urge invocar parte do voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, ao entender que as competências originárias do STF Não são absolutas e que o STF teria a prerrogativa de estipular competências implícitas na Constituição por meio de construção jurisprudencial, mas o legislador ordinário não teria competência para realizar tal exercício hermenêutico da Constituição. Ora, consideramos que o Poder Legislativo não está enclausurado às decisões do STF, posto que o debate interinstitucional é deveras enriquecido com o surgimento de divergências.

Não é outro o entendimento do próprio Ministro Gilmar Ferreira Mendes ao relembrar o Agravo Regimental na Reclamação nº 2617<sup>828</sup> o qual denota um precedente do STF contrário à submissão do legislador às decisões do Supremo, ou seja, o próprio STF não admitiu, no processo supracitado, que o legislador estava obrigatoriamente vinculado pelas suas decisões, pois o debate institucional entre o Judiciário e o Legislativo não admite tal vinculação.

Ainda nas palavras do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, há uma nítida demarcação de espaços de poder donde o mesmo reitera com entusiasmo ser o STF o guardião da Constituição ao asseverar que:

(...) 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior<sup>829</sup>.

Continuando com seu arrazoado, assevera com mais veemência que:

(...) 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação

<sup>828</sup> Conforme dispõe na ementa, in verbis: “(...) A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão”.

<sup>829</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2797 - DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15/09/2005, publicado no DJ 19-12-2006.

pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames<sup>830</sup>. (Grifos nossos)

O Ministro Relator foi seguido pelo Ministro Cezar Peluso o qual confirmou que o legislador ordinário cometeu abuso do poder de legislar e o Ministro Celso de Mello reforçou este entendimento ao dizer que o rol de atribuições jurisdicionais originárias dos tribunais só poderia ser modificado, sob qualquer aspecto, por emenda à Constituição, e não por mera lei ordinária. Mais além foi o Ministro Carlos Velloso ao discorrer que o rol constitucional de competências dos Tribunais é taxativo e fez referências ao modelo constitucional estadunidense, invocando o caso *Marbury versus Madison* e corroborando ser inconstitucional toda lei ordinária que acrescente novas competências originárias para os Tribunais.

Divergindo, o Ministro Eros Grau não considerou a inconstitucionalidade formal da Lei 10.628/02 haja vista que em seu voto defendeu a tese de que o legislador ordinário também se constitui em autêntico intérprete da Constituição e com a publicação da Lei nº 10.628/02 o legislador realizou interpretação própria à Constituição a qual está sujeita ao controle de constitucionalidade pelo STF quando estiver colidindo com os ditames constitucionais. Foi seguido pela Ministra Ellen Gracie e pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes ao reforçar que o legislador ordinário é um dos intérpretes legítimos da Constituição e a Lei nº 10.628/02 apresenta-se como forma do legislador interpretar as finalidades do instituto da prerrogativa de foro prevista na Constituição, no sentido anteriormente expresso pelo próprio STF na súmula 394. Ademais, não considerou que o rol de competências dos tribunais fosse taxativo ao invocar a jurisprudência do STF na admissão da possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa, quando houvesse competência implícita inserta na Constituição.

---

<sup>830</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2797 - DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15/09/2005, publicado no DJ 19-12-2006.

Ainda na seara das divergências, o Ministro Joaquim Barbosa votou a favor da liberdade do legislador ordinário reforçando que o parágrafo 1º acrescentado pela Lei nº 10.628/02 melhorou o próprio conteúdo da súmula cancelada restaurando-a parcialmente apontando que a diferença repousava no fato do parágrafo trazer a circunstância objetiva do ato estar relacionado ao exercício do cargo, restrição esta que não existia na súmula e em seu voto entende que comentado parágrafo está em consonância com a Constituição.

Vale ressaltar que houve uma mudança no entendimento acerca desta matéria pelos Ministros Sepúlveda Pertence e César Peluso, bem como o estabelecimento, pelo menos provisório com a atual composição do STF, de um novo paradigma acerca da possibilidade do legislador editar lei com conteúdo idêntico àquele declarado inconstitucional em ação direta e abstrata, qual seja a leitura dos votos no já supramencionado Agravo Regimental na Reclamação nº 2617-5 MG, haja vista que na ementa do acórdão há a seguinte disposição:

(...) A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão<sup>831</sup>.

No voto do Ministro Relator César Peluso, o mesmo reitera a jurisprudência do STF no sentido de não obstar o trabalho legislativo e que tal fato consistiria em afronta à separação dos poderes, em suas palavras:

É firme a jurisprudência desta Corte que não admite reclamação contra lei posterior à decisão cujo desrespeito se alega (cf. Rcl nº 344-AgR, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 08/02/2002; Rcl nº 552, rel. Min. VICTOR NUNES LEAL, DJ de 01/06/1966; Rcl nº 706, rel. Min. AMARAL SANTOS, DJ de 18/11/1968). Se assim não fosse, interferir-se-ia de maneira desarmônica na esfera de atuação do Poder Legislativo do Estado, impedindo-o de legislar novamente sobre a matéria, toda vez que esta Corte se manifeste pela inconstitucionalidade de lei preexistente.

E transcreve decisão do Ministro Celso de Mello na Reclamação nº 467<sup>832</sup>:

<sup>831</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl nº 2617 no AgR, Rel. Min. Cezar Peluso.

<sup>832</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl. nº 467, Rel. Min. CELSO DE MELLO, publicado no DJ de 09/12/1994.

A instauração do controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal não impede que o Estado venha a dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada nos atos estatais impugnados, especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade.

O Ministro César Peluso ainda confirma este posicionamento ao asseverar: “Está visto, pois, que nosso ordenamento não estendeu ao legislador os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade” e que “Já se demonstrou alhures, com abundância de argumentos, que, como fruto de exegese de textos similares ou análogos, a proibição de reprodução de norma idêntica à que foi declarada inconstitucional não pode inspirar-se nalgum princípio processual geral que iniba renovação do comportamento subjacente a ato concreto anulado ou tido por ilegal, o que, sob a autoridade da *res iudicata*, conviria apenas a processos de índole subjetiva”. Neste voto estudado, o Ministro César Peluso ainda se preocupava com a interpretação sistemático-teleológica ao discorrer: “Ademais, o postulado da segurança jurídica acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça da decisão”.

Entretanto, ainda mais lapidar foi a frase final de seu voto quando asseverou:

Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição<sup>833</sup>.

Neste sentido concluímos que houve uma viragem paradigmática nos votos dos Ministros César Peluso e Sepúlveda Pertence no sentido de limitar a atuação do legislador que contrarie decisão de inconstitucionalidade pelo STF, pois os argumentos defendidos no julgamento que declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02 foram diametralmente opostos àqueles dispostos no Agravo Regimental na Reclamação nº 2617 e em outras decisões no mesmo sentido em farta jurisprudência do STF que foram

---

<sup>833</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl nº 2617 no AgR, Rel. Min. Cezar Peluso.

referenciadas ao longo deste subitem<sup>834</sup>. Consideramos que houve uma demarcação de espaços de poder pelo STF fruto do ativismo judicial crescente.

Vale destacar, entretanto, que quando o deslinde do julgamento de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02 apontava, mais uma vez, para a carência de diálogo interno donde cada Ministro prolatava seus votos e argumentos sem relacionarem-se previamente em ação dialogal na busca de uma decisão que expressasse o entendimento do STF e não o resultado de um placar final; ou mesmo a delimitação de espaços de poder entre os poderes, como se verifica neste parágrafo:

Que as decisões do Supremo possuem caráter impositivo e precisam receber a deferência dos poderes obviamente submetidos ao Estado de Direito não se discute, pelas razões já expostas: trata-se de simples e obrigatório cumprimento das decisões judiciais<sup>835</sup>.

Os dois últimos parágrafos no voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence trouxeram novos elementos que nos permitiram intuir um caminho mais democrático e legítimo na prolatação de decisões políticas envolvendo interpretação constitucional. *In verbis*:

Sem embargo, isso não significa uma subserviência automática e absoluta do Legislador, do Executivo e da própria sociedade, os quais podem endossar suas resistências e pugnar pela reversão de entendimentos jurisprudenciais que, longe de se revestirem de um caráter absoluto, merecem, muitas vezes, ser repensados para, efetivamente, evoluir<sup>836</sup>.

---

<sup>834</sup> Mais uma contribuição fora o julgamento da ADIn nº 907, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, RTJ 150/726, e ADIn nº 864, Relator Ministro MOREIRA ALVES, RTJ 151/416: "Também o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao texto anteriormente censurado... Ao contrário do estabelecido na proposta original que se referia à vinculação dos órgãos e agentes públicos o efeito vinculante consagrado na Emenda n. 3, de 1993, ficou reduzido, no plano subjetivo, aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência". No mesmo sentido a Reclamação nº 5442-PE, Relator Ministro Celso de Mello: "(...)O efeito vinculante e a eficácia contra todos ("erga omnes"), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em conseqüência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF".

<sup>835</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2797 - DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15/09/2005, publicado no DJ 19-12-2006.

<sup>836</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2797 - DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15/09/2005, publicado no DJ 19-12-2006.

Nas palavras do voto do Ministro Relator supramencionado, o STF estaria aberto à refletir acerca de seus julgados e realizar um diálogo entre os demais poderes e a sociedade capaz inclusive de reverter entendimentos jurisprudenciais e reconhecendo que as decisões do STF não são absolutas e definitivas, mas provisórias e abertas a “evoluir”. Ainda em suas palavras:

A dialética ora defendida, assim, objetiva o alcance de um modelo de deliberação mais inclusivo e democrático do que a atribuição da derradeira palavra a qualquer que seja o poder, o que, soa inequívoco, pode transmutar-se num despotismo judicial pouco inteligente e bastante incompatível com as ideias que o novo constitucionalismo apregoa num contexto social que urge por debates, participação e, claro, soluções<sup>837</sup>.

Talvez este voto tenha sido motivado pelos argumentos do Ministro GILMAR MENDES ao incluir a seguinte argumentação em seu voto:

Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a “última palavra” conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o “diálogo”, o debate institucional deve continuar<sup>838</sup>.

Segundo CAMPOS, com esta decisão, o STF “ignora qualquer legitimidade de interpretação da Constituição como diálogo entre as instituições”, o que este autor denominou de ativismo judicial antidialógico<sup>839</sup>.

Esta decisão, embora tenha modificado jurisprudência anterior e recrudescido a visão de liberdade legislativa, sinalizou, de forma embrionária, uma possibilidade de diálogo interinstitucional entre os três poderes e a sociedade, pelo menos como uma intenção futura<sup>840</sup>, mas percebe-se que foi preciso o agigantamento do Judiciário e a reação de um outro gigante, qual seja o Legislativo para que a sinalização de diálogo fosse especulada.

---

<sup>837</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2797 - DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15/09/2005, publicado no DJ 19-12-2006.

<sup>838</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2797 - DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15/09/2005, publicado no DJ 19-12-2006.

<sup>839</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 333.

<sup>840</sup> Não é outro o caminho que esta investigação seguirá para construir uma efetiva contribuição original à comunidade acadêmica no desenvolvimento do próximo capítulo, qual seja o quinto.

Pelos argumentos supramencionados, é possível, tanto na doutrina como na própria jurisprudência do STF, a criação de uma lei com conteúdo conflitante com decisão do STF já prolatada. Tal situação coaduna-se com os argumentos defendidos no ponto central desta tese, qual seja a necessidade da interação dialogal entre os três poderes como superação à vetusta visão da separação dos poderes, uma releitura que, no Brasil, tem sua gênese no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, ainda que incipiente e conflitiva, as tentativas de diálogo são uma realidade irrefutável no direito brasileiro, donde as instituições procuram redefinir os limites e possibilidades de suas respectivas atuações.

### **5.6.3 Conflito da Lei nº 11.301/2006 com a Súmula 726 e a “correção” legislativa julgada precedente pelo STF na ADIn 3.772-DF: abertura ao diálogo interinstitucional em busca da melhor decisão possível?**

Na ADIn 3.772-DF o STF analisou a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 11.301/2006, o qual acrescentou o parágrafo segundo ao art. 67 da Lei nº 9.394/96<sup>841</sup>. Esta lei, que passava a incluir como beneficiários de aposentadoria especial também os especialistas em educação, coordenadores e diretores de escolas e assessores pedagógicos, conflitava com a Súmula 726 do STF: “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de aula”.

No acórdão, o STF aplicou a interpretação conforme a Constituição, fora declarada a constitucionalidade parcial da lei posto que não foram contemplados com o benefício previdenciário os especialistas em educação. O STF nesta ADIn admitiu a correção legislativa de entendimento consolidado e sumulado por esta Suprema Corte<sup>842</sup> em decisão diametralmente oposta àquela analisada no subitem anterior.

---

<sup>841</sup> *In verbis*: Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

(...)

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

<sup>842</sup> Esta decisão do STF foi contraditória em relação ao julgamento acerca do foro de prerrogativa de função analisado no subitem 5.9.3 desta Tese, posto a admissão de que lei superveniente pode afrontar decisão definitiva em sede de controle de constitucionalidade pelo STF.



Dentre outros argumentos, e a despeito do voto do Relator Ministro Carlos Ayres Britto o qual defendeu a manutenção da Súmula 726 (bem como a Ministra Carmem Lúcia e o Ministro Joaquim Barbosa), o Ministro Cezar Peluso contribuiu com interessante argumento: “Nós vamos mudá-la. Vamos dar interpretação para ela. Nós não participamos de nenhum dos precedentes que fundaram esta súmula”.

#### 5.6.4 O diálogo no caso da verticalização das coligações eleitorais

No Brasil, a regra sempre foi a de que os partidos políticos, caso coligassem, não estariam obrigados a respeitar uma verticalidade, ou seja, a repetição nos âmbitos federal, estadual e municipal. Desta forma um determinado partido poderia coligar-se a outro no âmbito federal e ser adversário político deste mesmo partido nos âmbitos estadual e municipal. A regra era a de horizontalidade.

Em 2002, ano de eleições gerais para presidente da república, governador, senador, deputado federal, estadual e distrital, o TSE editou a Resolução nº 21.002, determinando que os partidos que coligassem na eleição em âmbito federal deveriam respeitar a verticalidade da coligação não podendo desta forma coligar-se com partidos diversos na eleição para os demais cargos<sup>843</sup>. Quatro anos após fora promulgada a Emenda Constitucional nº 52/06, em 8 de março de 2006, modificando o art. 17, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988 determinando expressamente que:

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (grifamos)

Ou seja, a verticalização definida pelo Judiciário parecia que chegava ao fim com a produção normativa criadora da referida emenda 52/06, entretanto, o Art. 2º desta Emenda Constitucional determinava que a mesma entrava “em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão<sup>844</sup> no ano de 2002”. Tal disposição ensejou a ADI nº 3685/DF ajuizada pela OAB sob o fundamento que desrespeitava o

<sup>843</sup> BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução nº 21.002, de 26.02.2002. Relator Ministro Garcia Vieira.

<sup>844</sup> Curioso, pois a EC nº 52/06 fora publicada em 09.06.2006. logo a expressão no tempo futuro “ocorrerão no ano de 2002” deveria ter sido escrita no tempo passado, ou seja, “ocorreram no ano de 2002”.

princípio constitucional da anualidade eleitoral que orienta que uma lei nova que alterar o processo eleitoral não poderá ser aplicada à eleição que ocorrer em até um ano da data de sua publicação. O STF decidiu que a verticalização seria aplicada nas eleições de 2006 pelo fato da EC nº 52/2006 ter atentado contra a anualidade eleitoral<sup>845</sup>.

Vale ressaltar que na Constituição Federal de 1988 está vigente o disposto pela EC nº 52/06 que modificou o art. 17, parágrafo 1º nos exatos moldes supramencionados, pois a ADI negou sua aplicação apenas para as eleições de 2006. Neste caso, o ativismo do Judiciário obteve reação legislativa e promoveu interessantes argumentações e reportamos como mais um passo em busca de uma cooperação entre os poderes pela via do diálogo.

### **5.6.5 A interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF nº 54/DF)**

Este caso exemplifica muito bem o posicionamento omissivo intencional dos Poderes majoritários em não adotar política que possa parecer impopular e que traga prejuízo nas urnas, deixando para decidir conforme o entendimento do Judiciário, este imune ao julgamento popular em eleições. Fato é que em 2004 foi ajuizada Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pela confederação nacional dos trabalhadores na saúde (CNTS) o qual sustentava que a interrupção da gravidez de feto anencefalo não poderia ser tipificado como crime de abortamento previsto no código penal brasileiro.

Logo após ajuizada a ação, caso houvesse interesse em regular a matéria, os Poderes majoritários poderiam editar a norma faltante e pontuar seus argumentos, entretanto isto não aconteceu e oito anos mais tarde (note-se que foram duas legislaturas depois, ou seja, com toda renovação ocorrida no Congresso Nacional o tema continuava sem discussão parlamentar em clara estratégia de não perder votos em eleições futuras por se tratar de tema polêmico e de grande repercussão em nichos eleitorais importantes como, por exemplo, os votos das pessoas religiosas os quais são contabilizados em milhões. Neste caso foi decidido não decidir)<sup>846</sup>.

---

<sup>845</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3685, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 22.3.2006.

<sup>846</sup> Em recente pesquisa foi verificado que 79% (setenta e nove por cento) dos brasileiros se declaram contrários ao abortamento, conforme notícia disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/04/politica/1409867965\\_896347.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/04/politica/1409867965_896347.html).

Após longo julgamento, donde foram ouvidos como *amicus curiae* diversas entidades e profissionais ligados a diferentes correntes filosóficas e técnicas, em longo acórdão que possui quatrocentas e trinta e três páginas, o STF decidiu que nos casos de anencefalia clinicamente diagnosticada, e não em qualquer caso de má formação congênita, a mulher tem o direito de interromper a gestação.

Eis a ementa:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal<sup>847</sup>.

Note-se que há um eufemismo na decisão do STF, pois em nenhum momento a ementa refere-se à prática de abortamento (ou aborto), mas sim a “interrupção terapêutica do parto”, conforme se observa nas palavras do Ministro Relator desta ADPF, MARCO AURÉLIO: “(...) mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto”<sup>848</sup>.

Tal decisão abriu caminho para que o Legislativo pronunciar-se, como sói acontecer em uma relação dialogal, donde a decisão do STF tem o condão de oferecer – embora com o viés de obrigatoriedade no fiel cumprimento, bem como a capacidade de surtir todos os efeitos decorrentes de sua decisão – uma “última palavra provisória”, ou seja, o Legislativo poderia “corrigir” a interpretação judicial editando uma emenda constitucional proibindo expressamente o abortamento de feto anencéfalo, ou mesmo alterando a legislação criminal para determinar também expressamente posição contrária, entretanto, a decisão do STF suscitou sim um debate acerca deste tema com o Legislativo que se manifestou não pela via da “correção”, mas para corroborar e ampliar ainda mais os casos de abortamento sem a tipificação como crime de aborto.

<sup>847</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012.

<sup>848</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012, p. 33.

Não é outra a conclusão que se chega ao analisar o Projeto de lei nº 236 de 2012 que tramita no Senado Federal, qual seja o anteprojeto do novo código penal que determina em seu Art. 128, incisos III e IV e parágrafo único o seguinte:

Exclusão do Crime

Art. 128 Não há crime de Aborto:

III – Se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – Se por vontade da gestante, até a décima segunda semana de gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

parágrafo único – Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

Note-se que o STF se deteve na situação de anencefalia<sup>849</sup>, mas esta decisão encorajou o Legislador a ampliar sobremaneira os casos em que não há a tipificação do crime de aborto pela interrupção voluntária da gestação. Esperemos a promulgação deste novo código penal e qual será a resposta do STF a estas alterações em outra “rodada procedimental”.

### 5.6.6 Cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos.

O Poder Legislativo federal editou a Lei nº 9.783/1999 dispondo sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos e dos pensionistas dos três Poderes da União.

A referida lei, no que concerne às expressões: “e inativo e dos pensionistas” e “do provento ou da pensão”, foi julgada inconstitucional por unanimidade pelos ministros do STF no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.010-2/DF (30.09.1999).

O Legislativo editou a Emenda Constitucional nº 41/03, modificando o Art. 40 da Constituição Federal de 1988 que passou a ter a seguinte redação:

---

<sup>849</sup> Como nas palavras da Ministra Cármen Lúcia: “A presente argüição não contempla, como erroneamente poderia alguém supor, proposta de descriminalização do aborto. Circunscreve-se à possibilidade legal de optarem as gestantes pela interrupção da gravidez de feto anencéfalo, assim diagnosticado por médico habilitado, sem incorrer em crime ou ter de se submeter às penalidades juridicamente impostas”. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012, p. 181.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

Após a edição desta EC nº 41/03, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) ajuizou a ADI nº 3.128-7/DF em desfavor da mencionada emenda, mas a decisão definitiva de mérito do STF julgou improcedente a ADI e conseqüentemente corroborou com a cobrança previdenciária dos servidores públicos inativos ao determinar que: “Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações”<sup>850</sup>.

Face à reação legislativa na “rodada procedimental” posterior ao julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.010-2/DF ao editar a EC nº 41/03, o STF reviu seu posicionamento e aderiu aos argumentos do Legislativo no julgamento da ADI nº 3.128-7/DF.

Por todos os argumentos apresentados, entendemos que este caso representou mais uma interação dialogal entre Judiciário e Legislativo fortalecedora das relações interinstitucionais entre ambos.

### **5.7 Necessidade de uma nova forma de relacionamento entre os Poderes: a contribuição epistêmica do modelo de democracia deliberativa na promoção do diálogo interinstitucional**

Não obstante os casos supramencionados, verdadeiros exemplos de tentativas de diálogo entre os Poderes, ainda verifica-se uma forte tendência adversarial e pouco construtiva no sentido de uma deliberação externa pautada no diálogo antes mesmo da prolação de uma decisão, seja judicial, seja dos demais Poderes. Há sempre uma ação

---

<sup>850</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3.128-7/DF. Relator Ministro César Peluso. Julgado em 18.08.2004.

provocando uma reação, seja o Judiciário “aconselhando” o legislador e tentando formatar suas opções, seja o legislador afrontando o Judiciário ao “corrigir” suas decisões. Não se nega, mesmo assim, a existência de um diálogo interinstitucional no Brasil, ainda que ácido, contraditório e irônico, muitas vezes com o escopo que delimitar o detentor, em cada caso, da “última palavra” decisória.

Objetiva-se a propositura de uma nova forma de relacionamento entre os Poderes tendo como paradigma a necessidade de diálogo agregando a experiência trazida pela democracia deliberativa ao exigir a implementação do melhor argumento, mesmo que provisório.

A democracia deliberativa em geral é debatida com foco nos poderes Executivo e Legislativo juntamente com a sociedade civil organizada<sup>851</sup>. O Poder Judiciário em regra é mitigado do debate sob o argumento de ser anti-deliberativo e anti-democrático por natureza; mas como pontua SILVA: “No entanto, a despeito do inegável caráter contra-majoritário do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, parece-me haver um potencial ainda pouco explorado no que diz respeito à interação do controle de constitucionalidade com as práticas deliberativas”<sup>852</sup>.

Inicialmente vale destacar que a democracia deliberativa, na doutrina de GUTMANN & THOMPSON<sup>853</sup>, significa que as decisões (ou as leis), devem ser devidamente justificadas pelos representantes do povo. Estando em uma democracia, os mandatários devem fornecer razões argumentativas que justifiquem as suas decisões e dar respostas às razões apresentadas pelos cidadãos<sup>854</sup>. Em suma, os doutrinadores que defendem a democracia deliberativa entendem que apenas há legitimidade nas decisões políticas se forem fruto de um amplo processo argumentativo no qual todos os interessados podem expor suas razões na chamada “esfera pública” que significa o local

---

<sup>851</sup> Cf: NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996. NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. London: Yale University Press, 1998.

<sup>852</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, 2009, p. 209. Disponível também em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf), acesso em 30 de Outubro de 2014.

<sup>853</sup> GUTMANN, Amy e THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 3.

<sup>854</sup> Muito embora a deliberação não seja necessária para todos os assuntos, nem seja necessária em todas as situações. A democracia deliberativa deixa lugar para outros processos de tomada de decisão — incluindo negociações entre grupos e operações secretas ordenadas pelo poder executivo —, desde que tenham eles próprios usado estas formas de justificação num momento qualquer do processo deliberativo.

de interação donde ocorre a deliberação comunicativa e onde são debatidas as decisões emanadas das autoridades políticas.

São características da democracia deliberativa: a) Fornecimento de razões argumentativas; b) As razões fornecidas devem ser de fácil acesso a todos os atores envolvidos; c) Deve ser um processo visando a prolação de uma decisão que seja vinculativa por um período temporal; d) Traduz-se, por fim, em um processo dinâmico.

Acerca do fornecimento de razões argumentativas entende-se que estas razões democráticas devem estar em consonância com os princípios encontrados em um processo de cooperação considerado justo, o qual não pode ser facilmente rejeitado. Tais razões devem ser aceitas por pessoas dotadas de liberdade e iguais na busca por formas de cooperação justa<sup>855</sup>. Deste modo, como elementos constitutivos de uma política democrática, as afirmações de poder e as expressões de vontade, exigem uma justificativa argumentativa racional, pois tais razões poderão ser investigadas por todos para se concluir o grau de veracidade na construção decisória e conseqüentemente no respeito aos seus destinatários. Afasta-se a ideia do povo como mero espectador e eleva-se a ideia de ator participante do jogo político seja de forma direta, seja mediante a atuação de seus representantes eleitos.

A participação, na democracia deliberativa, materializa-se na possibilidade de fornecer razões ou exigir que os poderes públicos as forneçam como forma de justificar as decisões. A decisão, deste modo, é prolatada com o efetivo conhecimento de como foi construída mediante a verificação das razões contidas nos argumentos apresentados. Tal situação promove maior participação e o surgimento de novos diálogos a partir das premissas deixadas pelos discursos.

RAWLS entende que os tribunais constitucionais (e semelhantes) possuem todas as potencialidades para se tornarem o local por excelência da deliberação racional e da razão pública<sup>856</sup>. Como os atores envolvidos devem estar abertos ao diálogo e igualmente aos argumentos contrários aos seus com a liberdade de, utilizando-se meios racionais e convincentes, rejeitá-los ou aceitá-los, SOUZA NETO discorre que: “a

---

<sup>855</sup> GUTMANN, Amy e THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 4 discorrem que as razões não devem ser meramente processuais (exemplificando, um país entrar em guerra porque "essa é a vontade da maioria") nem apenas substantivas (exemplificando, porque a "guerra promove o interesse nacional ou a paz mundial").

<sup>856</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 231.

democracia deliberativa representa, desse modo, uma aplicação da ética do discurso no campo da política”<sup>857</sup>.

Com o advento da *Rule of Law* e a aparição do *Rechtsstaat*, a decisão judicial evoluiu de maneira clara desde a autoridade que proleta a decisão à importância das razões da decisão<sup>858</sup>.

As assertivas supramencionadas seriam inócuas caso não sejam inteligíveis, portanto, as razões fornecidas devem ser de fácil acesso a todos os atores envolvidos e compreensíveis ao entendimento do homem médio. Tal característica impõe uma razão pública; diz-se pública, pois a deliberação não pode estar adstrita à consciência individual de uma pessoa e, ademais, requer o consentimento, haja vista que uma justificação deliberativa não pode ser iniciada se os destinatários não tiverem condições de compreender seu conteúdo. Quando todos podem avaliar as razões argumentativas antes da decisão ser tomada estaremos diante de passo importante para a concretização da democracia deliberativa.

Além do mais, deve ser um processo visando a prolação de uma decisão que seja vinculativa por um período temporal. Para concretizar a democracia deliberativa é preciso que as decisões sejam justificadas com argumentos fundamentados em meio a uma virtude deliberativa, deste modo, a discussão não basta em si mesma, ela não é um fim que se auto-esgota, mas tal discussão é utilizada para influenciar a decisão a ser tomada. Após encerrada a etapa processual da discussão, interrompe-se o processo deliberativo e toma-se a decisão.

Por fim, a quarta característica referente à democracia deliberativa<sup>859</sup> a qualifica como um processo dinâmico, deste modo, considera-se que a busca por uma decisão justificável não significa que permanecerá com alcance temporal infinito, haja vista manter-se aberta a possibilidade de um diálogo contínuo em um processo construtivo no qual as decisões podem ser criticadas com possibilidades reais de serem reavaliadas no

---

<sup>857</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 145.

<sup>858</sup> BERGHOLTZ, Gunnar. *Ratio et Auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*. In: In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante, nº 8, 1990, p. 75.

<sup>859</sup> GUTMANN, Amy e THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 5. Cf; BOHMAN, James. *Public deliberation: pluralism, complexity and democracy*. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.



futuro, logo, as decisões, embora vinculem e obriguem seu fiel cumprimento, têm a característica da provisoriedade posto que pode ser revisitada e reavaliada em um processo dinâmico e contínuo.

Tal provisoriedade é salutar para o processo dialógico e contribui sobremaneira para o debate e a busca da melhor solução política possível, haja vista permitir que as decisões estejam sempre em consonância com o seu tempo histórico. Aquilo que fora considerado relevante em uma decisão política há 10 anos pode não corresponder às novas exigências atuais, devendo ser reavaliada para o futuro ou pelo menos apresentam novos elementos argumentativos para a tomada de decisões futuras.

Também há que se considerar que as decisões políticas nem sempre são fruto de consenso e seus opositores podem aceitá-la na esperança de sua alteração futura com a apresentação de argumentos mais consistentes.

Na democracia deliberativa os argumentos anteriores à tomada de decisão são tão relevantes quanto aqueles levantados após a prolação da decisão.

Por fim, a democracia deliberativa considera relevante o princípio da economia do desacordo moral. Tal princípio, de certo modo oposto à própria ideia de democracia deliberativa (por natureza ampla e de contexto aparentemente ilimitado), haja vista a orientação na prática da contenção argumentativa que conduza ao desacordo como forma de mitigar as diferenças e a possibilidade de rejeição da posição apresentada, buscando pontos convergentes entre o argumento que se apresenta e os argumentos em oposição.

Vale ressaltar que os democratas deliberativos não incorrem na ingenuidade de entender ser sempre possível chegar a um acordo até porque o desacordo é um dado empírico na prática política. O princípio da economia do desacordo moral, neste sentido, é imprescindível para a convivência, pois impulsiona o valor ao respeito mútuo, ponto central da democracia deliberativa. Economizando seus desacordos, os interlocutores podem continuar a trabalhar em conjunto no sentido de uma aproximação sempre gradual maximizando os argumentos que os unem; tal disposição facilita sobremaneira as decisões com probabilidades maiores de consenso. Após estas assertivas chega-se à conclusão de que a democracia deliberativa tem o condão de justificar decisões mediante um processo donde há um câmbio de razões mutuamente

aceitáveis e geralmente acessíveis visando prolatar decisões vinculantes para todos no presente sem se fecharem a reavaliações e mudanças no futuro.

Este modelo de democracia, pela abertura que proporciona e com as devidas adaptações, mostra-se adequado para a propositura de um diálogo interinstitucional como forma de superar a crítica de um Legislativo inerte e omissivo, de um Judiciário ativista, proativo e usurpador de competências e do Executivo distante e insensível à concretização da Constituição.

A promoção do diálogo nestes moldes fortalece o sistema de freios e contrapesos ao passo que permite maior abertura cognitiva e interação entre todos, bem como há o fortalecimento da teoria da separação dos poderes haja vista não existir a descaracterização das funções típicas de cada um, ao contrário, ao transpor os limites do adversarismo fruto do isolamento em cada esfera de poder e promover o encontro dialógico – e em um momento futuro, a deliberação – tendo como cenário a Constituição e sua concretização, todos são postos do mesmo lado e podem contribuir sobremaneira para a tomada da melhor decisão possível para o presente.

As benesses na adoção deste paradigma dialógico entre os Poderes são consideráveis, pois agindo deste modo pode-se: a) Obter economia processual, haja vista a redução sensível nas demandas envolvendo controle de constitucionalidade; b) Evitar desgastes políticos entre as Instituições, pois ao promover o diálogo as diferenças podem ser superadas ao longo das discussões; c) Promoção de respostas institucionais no âmbito de cada poder, posto relacionarem-se como Instituição e não como votos ou opiniões isoladas de cada membro; d) Maior participação dos demais atores envolvidos, a saber, a sociedade civil organizada nas suas múltiplas formas de expressão; e) Alcança-se maior legitimidade democrática e vinculação nas decisões prolatadas; f) Oferecer condições para uma análise de casos futuros a partir da orientação dada no presente; g) A abertura que proporciona denota uma decisão sempre suscetível de modificações futuras com melhores argumentos e correções respeitando o momento histórico; h) Permite que as decisões políticas sejam discutidas e acordadas.

Segundo GARGARELLA a deliberação pública deve primar pela qualidade argumentativa e a discussão coletiva envolvendo a participação de todos os possíveis afetados como exigência na tomada de decisões com legitimidade. O Judiciário fomenta as discussões ao promover a inclusão de diferentes atores os quais têm condições de

interpretar a Constituição e apresentar seus argumentos, mitigando a ideia de supremacia judicial e único Poder legitimado a dizer a “última palavra”<sup>860</sup>.

A busca pelo enquadramento do *judicial review* nos argumentos tecidos na experiência da democracia deliberativa calcada no diálogo e participação ampliada dos atores na discussão do conteúdo das normas constitucionais com vistas à deliberação que promova a melhor decisão possível é uma das possibilidades de atenuação das críticas ao ativismo judicial e a falta de legitimidade democrática de suas decisões. Evidentemente, tal desiderato só será alcançado pelo esforço conjunto e contínuo dos diversos atores envolvidos, em especial, os Poderes constituídos, pois não existe diálogo de um só. Consideramos que passos largos na construção deste novo desenho institucional já foram dados conforme analisamos.

A Teoria da Separação dos Poderes revisitada pelas contribuições das teorias dialógicas analisadas nesta investigação e, em consequência, obtendo a atualização necessária às novas demandas e expectativas sociais, muito tem a ganhar ao agregar elementos próprios presentes na democracia deliberativa, constituindo-se, desta feita, uma nova forma de diálogo entre os Poderes nos moldes a serem apresentados em seguida: os três Poderes, mantendo a divisão de competências estabelecida pela Constituição, preocupar-se-iam, verdadeiramente, com a força do melhor argumento sem *a priori* ocuparem-se em quem deve prolatar a “última palavra”, haja vista a consciência de que esta etapa é provisória uma vez que pode ser superada pela decisão de outro Poder. As decisões, prolatadas em meio a um esforço cooperativo dialogal, afastariam o máximo possível uma simples contagem de votos, evitando, outrossim, que a decisão fosse reduzida à mera verificação quantitativa de adesões previamente formadas, pois denotaria meramente o somatório de concepções previamente formadas as quais não sofreriam nenhum tipo de modificação pela falta de um espaço dialógico aberto que pudesse influenciar na mudança de pensamento pela força do melhor argumento; objetiva-se, portanto, mitigar a decisão quantitativa obtida pelo somatório de votos individuais e não-comunicativos<sup>861</sup>. Segundo BRANDÃO: “Acredita-se que um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os

---

<sup>860</sup> GARGARELLA, Roberto. *Theories of Democracy: The judiciary and social rights*. In: GARGARELLA, Roberto. *Et alli. Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor? Aldershot: Ashgate, 2006*, p. 15.

<sup>861</sup> Infelizmente, na atualidade, as decisões, tanto no Legislativo quanto no Judiciário, nas deliberações internas de cada Poder, ainda são proferidas contando-se os votos de cada membro sem o devido cuidado dialógico e não aberto à força do melhor argumento.

direitos fundamentais do que os modelos de supremacia”<sup>862</sup>. QUEIROZ ainda leciona que:

Em último termo, é a estrutura relacional do poder judicial que faz prevalecer a dimensão “dialógica” e “participativa” da justiça para que os tribunais possam continuar a aparecer aos olhos de todos como “defensores” (*Hüter*) – não como “dominadores” (*Herrscher*) – da Constituição no seu conjunto. Um processo mais dialógico que monológico, um processo que torna público – mais do que esconde – as premissas em que se baseou<sup>863</sup>.

A nova propositura repousa, com os elementos trazidos pela democracia deliberativa, que os três Poderes dialoguem verdadeiramente donde, mesmo existindo e expondo concepções previamente formadas, sejam consideradas como ponto de partida (e não de chegada) do processo decisório; a própria decisão final ser fruto deste processo de formação e transformação de opiniões e preferências por meio de argumentos na busca por um consenso (na melhor das hipóteses, mas que não se configura como condição *sine qua non* de decisão deliberativa, uma vez que a melhor decisão pode surgir sem a unanimidade) obtido como a melhor solução possível para o caso, haja vista a força do melhor argumento. Mesmo considerando que esta decisão consensual possa sofrer alterações futuras em novas “rodadas procedimentais”, tal possibilidade é mitigada pela ampla participação de todos os Poderes envolvidos na deliberação decisória. Portanto, cada um dos Poderes deve estar de tal forma envolvido que possa estar disposto a argumentar e escutar, que esteja aberto a criticar e ser criticado, convencer e ser convencido, em suma, estar comprometido na busca pela melhor decisão sem o condão de que sua proposta seja a vencedora de qualquer forma.

As concepções prévias devem ser melhor esclarecidas, problematizadas, ampliadas, reformadas e até mesmo abandonadas à medida em que sofre influxos de argumentos diferentes e mais fortes desde que em meio a uma argumentação racional produtiva e não-hierárquica que haja promovido um processo de aprendizado recíprocos de modo que pudessem convergir para uma decisão construída coletivamente e aceita

---

<sup>862</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p. 325.

<sup>863</sup> QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 350.

por todos, fruto de consenso (Decisão deliberativa ideal), ou considerada a melhor para o momento, embora não unânime (Decisão deliberativa possível).

Os locais de deliberação são diferentes. Uma discussão argumentativa dialogal iniciada em meio a um processo legislativo que tramita no Parlamento deve ter a condução legislativa, mas aberto aos argumentos, durante o processo de feitura da lei dos demais Poderes resignificando postulados específicos para que promovam o diálogo e não o enfrentamento. Um veto presidencial, por exemplo, pode ser concebido como oportunidade de diálogo na busca pela melhor decisão e não a colonização de espaços de poder ou outro agir estratégico na busca pragmática de fazer prevalecer seus pontos de partida como pontos de chegada; também o Judiciário, na verificação acerca da formalidade procedimental à luz da Constituição do processo legislativo, pode contribuir com argumentos que possam influenciar de forma contitudística a construção da nova lei. Utilizando-se dos argumentos trazidos pelos demais Poderes, o Legislativo, haja vista a discussão ser em meio a um processo legislativo, pode decidir o conteúdo da lei com muito mais legitimidade e segurança jurídica de que o aprovado será exequível (Executivo) e não obstado em ações judiciais futuras (Judiciário). Máxime que esta decisão legislativa é dotada de provisoriedade, pois não impede outras rodadas procedimentais, mas tal possibilidade é mitigada, pois todos sentiram-se participantes em uma construção coletiva. Também o povo participa efetivamente na construção através de audiências públicas<sup>864</sup>.

Ao ser provocado, o Judiciário, em meio ao processo judicial, conduzirá a discussão com os demais Poderes e a busca pela melhor decisão possível com a força do melhor argumento, na oitiva, está aberto às questões de exequibilidade orçamentária (Executivo) e dos argumentos do legislador. A decisão prolatada, fruto de consenso (situação ideal) mitiga a possibilidade de “correção legislativa” da decisão judicial na feitura de lei (ou emenda à Constituição) com o mesmo teor e redação, haja vista ter existido intenso debate sobre o tema. Tais atitudes elevam sobremaneira a estabilidade institucional objetivada no Estado Democrático de Direito.

---

<sup>864</sup> Na recente discussão acerca do novo Código de Processo Civil foram realizadas mais de cem audiências públicas e dezenas de setores da sociedade civil foram ouvidas, além da contribuição de notáveis juristas, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e membros do Ministério Público e Magistratura. Tal iniciativa corrobora as assertivas levantadas nesta investigação e eleva sobremaneira a legitimidade da nova lei além de trazer uma presunção de constitucionalidade muito mais sedimentada.

Percebe-se que não se pretende propor um novo modelo normativo de tomada de decisões, mas, a partir das já existentes, incluir o elemento dialogal como fundamental para a busca sincera do melhor argumento que orientará a melhor decisão fruto (ou não) de consenso. Não sendo fruto de consenso, percebe-se que não há o afastamento completo da aplicação da regra majoritária, mas desde que todos os pontos de vista tenham sido expostos e discutidos o que garante, pelo menos, que a decisão não foi fruto de uma operação matemática de contagem de votos isolados, mas resultou de amplo, transparente e equânime debate tornando a decisão mais racional; há uma “aprendizagem recíproca” fruto deste processo<sup>865</sup>.

O quadro descrito apenas se tornou possível quando o Judiciário tornou-se proativo e ativista, provocando os demais Poderes à reação e posteriormente abrindo-se à possibilidade de construção da decisão pela via do diálogo provocando, deste modo, uma releitura da teoria da separação dos poderes.

---

<sup>865</sup> Neste sentido: RAWLS, GUTMAN, THOMPSON e ELSTER.

## CONCLUSÕES

1. A Constituição brasileira enumera e reparte as competências tanto em relação às entidades federativas, quanto aos poderes por ela constituídos. A defesa da própria Constituição e do Estado repousam em competência comum aos três poderes, cabendo a todos guardar seus ditames. Logo, em tese, não há que se falar em hierarquia ou supremacia de um poder em detrimento do outro, mas em complementaridade dentro das atuações de cada um em caráter típico e atípico;

2. O Estado Constitucional vincula a atuação de todos os poderes no sentido de ser a Constituição uma norma suprema que submete todas as outras, inclusive a atuação política, mas o atuar dos poderes mesmo estando adstrito ao estabelecido na Constituição, não deve olvidar as circunstâncias nas quais seus ditames serão concretizados para que não haja prejuízo maior para o Estado e, conseqüentemente, a toda a sociedade;

3. O ordenamento jurídico, em face das relações sociais cada vez mais complexas, não consegue responder legislativamente a todas as questões que são demandadas, entretanto, pela proibição do *non liquet* o Judiciário tem que julgar quando for provocado, nesse diapasão, o magistrado de forma criativa colmata as lacunas deixadas pela lei em que pesem limitações intrínsecas à sua própria atividade trazidas no bojo da Constituição;

4. O Direito, em termos ontológicos, não refuta a Política, pois ela serve de pressuposto para sua criação, manutenção e fomenta debates na “sociedade aberta” de seus intérpretes, deste modo, não há direito sem política. A discussão política é precedente *sine qua non* da criação do direito, entretanto, uma vez normatizado, também a política encontra limites no direito, esta simbiose gera uma interdependência entre direito e política;

5. Ao decidir questões de “política pura”, o magistrado antecipa-se ao debate político que deve existir inicialmente no seio social e continuado nas casas legislativas e arvora-se como criador não apenas do Direito, mas dos pressupostos embaixadores do Direito alijando todos os demais atores (legítimos) desse processo de construção. Portanto, há clara mitigação da soberania popular, das Instituições representativas e democráticas sob frágeis argumentos que tentam legitimar esta prática. A criação, transformação,

alteração e revogação do direito é sempre precedida de cogitações, debates e estudos realizados na esfera política em sentido amplo;

6. A própria concretização de uma constituição dirigente pela atuação judicial é ato deliberado de decisão política unilateral, pois este modelo de Constituição entende que as respostas para a ação política encontram-se nos dispositivos constitucionais os quais devem ser seguidos e efetivados. Aliados a ela surgem princípios como proibição do retrocesso e mínimo existencial os quais ignoram a influência de elementos não jurídicos presentes em outros sistemas como o econômico e o político;

7. Deste modo, entender que a efetividade da Constituição deve ser capitaneada pela atuação judicial, sem o entendimento mútuo e recíproco com os demais Poderes, é erigir o processo como o instrumento mais relevante para este desiderato, quando na verdade este debate seria melhor equacionado em outras arenas de discussão não coercitiva;

8. Na estreita relação entre direito e política encontra-se um *modus operandi* diverso, haja vista o restrito e emoldurado limite imposto na aplicação do direito e o caráter mais fluido, subjetivo e negocial da política. A política como pressuposto para criação do direito não se aprisiona na atuação judicial sob pena de substituição da vontade soberana do povo pela vontade institucionalizada dos tribunais, por seu turno, a política deve respeitar parâmetros constitucionais que caracterizam o modelo de Estado adotado;

9. O advento do Estado Social contribuiu significativamente para uma atuação mais efetiva do Judiciário no campo das políticas públicas, haja vista que ao interpretar a norma constitucional consagradora de direitos e princípios sociais, naturalmente previstas de forma vaga e fluida, propicia o adentramento na densificação subjetiva e pessoal do texto pelo fato de sua plurissignificação, deste modo, não se pode densificar conteúdos sem exercer algum tipo de ação jurídico-política;

10. Existe uma jurisdição constitucional, pois se reconhece a superioridade hierárquica da Constituição e os tribunais constitucionais a exercem objetivando dar primazia ao disposto nas normas constitucionais. Portanto, a jurisdição constitucional tem por desiderato o cumprimento das normas constitucionais racionalizando e limitando o poder político;

11. No Brasil, há a defesa de que a última palavra em questões constitucionais é do Supremo Tribunal Federal, entretanto, cada magistrado singular (*a quo*) ou membro de



tribunal (*ad quem*) por dever de ofício exerce jurisdição constitucional pela via difusa, haja vista a vinculação de todos na concretização e fiscalização do fiel cumprimento dos ditames da Constituição, neste diapasão, as instâncias inferiores do poder judiciário, quais sejam juízes e tribunais, exercem de forma mais ampliada quantitativamente a jurisdição constitucional, mas como cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra em matéria constitucional, suas decisões são qualitativamente mais relevantes e com possibilidade de vincular em toda a estrutura jurisdicional o conteúdo expresso em seus acórdãos;

12. No Estado Liberal o Direito era concebido como ciência pura e sua auto-suficiência tinha o condão de aplicar uma metodologia asséptica, objetivando não se contaminar com a moral, com a política ou com a sociologia, posto que o ordenamento jurídico era considerado coerente impedindo a existência de antinomias reais entre as suas normas;

13. Considerado isto, o papel da jurisdição constitucional era estabelecido com base na concepção lógico-formal ao aplicar a norma cabível ao caso concreto por meio de um processo silogístico, havia, pois a coincidência da racionalidade com a ideologia numa simultaneidade harmonizadora em relação à forma e ao conteúdo da lei, entendendo-se como forma a compreensão da lei como toda regra emanada de autoridade competente e em se tratando do aspecto material seria o preceito geral e abstrato. Em tal quadro buscava-se uma neutralidade plena do magistrado arrimada na hermenêutica tradicional que vigorava no Estado Liberal;

14. Com o advento do Estado Social houve, portanto, um novo papel da jurisdição constitucional, pois exigiu atuação positiva e política do Judiciário em várias situações concretas devidamente previstas no texto constitucional, quais sejam os casos onde se faz necessária decisão judicial para assegurar a supremacia da Constituição sobre a legislação infraconstitucional quando ocorrerem incongruências entre elas;

15. Neste modelo de Estado busca-se um Judiciário que consiga suprir as lacunas deixadas pelos demais poderes, axiológico e principiológico (muito mais que o simples legalismo), proativo e ativista na busca pela concretização da substância das normas constitucionais e dos direitos fundamentais conducentes à dignidade da pessoa humana;

16. A superação do positivismo dezenovista promovido pelo constitucionalismo encetado pelo Estado Democrático e Social de Direito (neoconstitucionalismo) exigiu novas posturas hermenêuticas dos magistrados na jurisdição constitucional mediante a observância da força vinculativa da Constituição com tessitura eminentemente baseada em princípios e que condiciona a produção legislativa e jurisprudencial. Destarte, não se concebe a vetusta aplicação lógico-formal da Constituição, mas sim em virtude de seu substrato axiológico-teleológico e de certa forma, se levada ao extremo, a promoção de transferência de poder político do Legislativo para a jurisdição constitucional;

17. A criatividade judicial na jurisdição constitucional e a produção de normas jurídicas pela via interpretativa é elevada pela característica da Constituição, cujos ditames são semanticamente, ainda mais que as outras espécies normativas, plurissignificativos e abertos, com a presença de princípios e regras, estas menos e aquelas mais suscetíveis de decisões conflitantes por causa desta abertura de significados possíveis e verossímeis;

18. Existe maior grau de abstração e indeterminação de seus enunciados o que ocasiona maior liberdade na interpretação perpetrada pelos magistrados, quanto menor a densidade semântica do enunciado normativo a ser interpretado, maior o poder de criação jurídica pelo julgador;

19. Esta elasticidade semântica do texto normativo constitucional também amplia sobremaneira os limites interpretativos, haja vista a “moldura” ser alargada em grande medida, além da presença dos princípios constitucionais que tornam o texto normativo constitucional não completo, mas complementável;

20. Neste sentido, a criação judicial do direito constitucional é potencializada em razão da própria estrutura principiológica do texto constitucional o qual permite à jurisdição constitucional, mediante a demarcação conteudística de seu texto, atribuir pela via jurisprudencial a construção e definição de sentidos atribuíveis ao texto constitucional, em especial, aos princípios constitucionais. Neste ponto reside uma seria problemática, pois a escolha semântica do julgador e a conseqüente demarcação conteudística da Constituição não poderá ser arbitrária sob pena de evidenciarmos um decisionismo judicial, o próprio texto normativo constitui limite hermenêutico;

21. As disposições escritas no texto da Constituição não definem de forma única e definitiva todo o conteúdo do direito constitucional; o conteúdo das normas constitucionais é em grande medida criado pelo trabalho hermenêutico da jurisdição constitucional; a jurisdição constitucional constrói e define os sentidos que podem ser atribuídos ao texto constitucional em especial aos princípios nela expostos pela vagueza, imprecisão e plurivocidade semântica; o direito constitucional, desta forma, não pode ser entendido apenas e unicamente compreendido a partir do disposto no texto constitucional; a jurisdição constitucional, portanto, cria norma jurídica constitucional, fato que podemos apontar como criação de um direito constitucional material-jurisprudencial; conclui-se que a produção normativa não é função exclusiva do Legislativo, mas encontra concorrência com a função criativa do direito pelo Judiciário, portanto, afirmar que os magistrados criam direito é mera redundância explicativa de sua própria competência, apresentando-se como uma assertiva tautológica;

22. Entretanto, a margem de liberdade na criação do direito conferida pela Constituição ao Judiciário é bastante limitada, ainda que as margens da “moldura” sejam dilatadas, não se concebem decisões completamente desarrazoadas e em desconformidade sensível com o estabelecido no texto normativo, ou seja, o texto não aceita nem comporta todo e qualquer tipo de interpretação e nem deve servir como *álibi* para decisões de cunho nitidamente político (escolhas subjetivas);

23. O Poder Judiciário está legitimado para atuar, na defesa e interpretação da Constituição, de modo mais efetivo, mesmo em decisões políticas, mas cingido ao texto da lei maior, ou seja, há possibilidade de existir decisão de cariz político, mas adstrito à norma posta pelo Poder Constituinte seja originário, seja derivado;

24. O Poder Judiciário não se afasta de seu *mister* precípua (a guarda da Constituição) quando analisa a adequação da política constitucional conduzida pelas reformas à Constituição com aquilo que o texto constitucional põe como limite de atuação do constituinte derivado ou mesmo o legislador ordinário. Este atuar judicial é jurídico-político, mas cingido aos limites do texto constitucional não ultrapassa sua competência, não intervém de maneira usurpadora de função, nem enfraquece o *checks and balances* nem mesmo a harmonia entre os poderes, mas, ao contrário, fortalece e constrói o Estado conforme os ditames constitucionais;

25. Problemático é quando o Judiciário coloca-se entre o Poder Constituinte Originário e a Constituição, desprezando o atuar do Poder Constituinte Derivado, seja obstando suas decisões em sede de “política constitucional” declarando-as inconstitucionais (sob o pálio de qualquer argumento mesmo que a fundamentação seja de discutível veracidade com o texto interpretado) seja ele mesmo Judiciário concretizando a política sob o fraco e insubsistente argumento de que seu atuar deveu-se à inércia do legislador;

26. Nota-se que quando o Judiciário proclama sua decisão em caráter definitivo, não há um Poder que controle esta decisão, ou seja, não há controle de constitucionalidade de decisão do STF (embora sujeito a alteração em outro *locus* de discussão, como a “correção” legislativa). Verifica-se, neste diapasão, que o Judiciário desta forma afasta-se de seu *mister*, qual seja a guarda da Constituição e o julgamento (inclusive envolvendo questões de natureza política) conforme o “direito constitucional” e aproxima-se da realização de “política constitucional” fruto da competência de outro Poder e neste sentido verifica-se o acréscimo competencial conferido a si próprio pelo Judiciário ao ampliar sua margem de atuação;

27. Tal fato é agravado, no caso brasileiro, pois o STF, inconformado em “apenas” rever decisões políticas do Poder Constituinte Derivado (ou mesmo tomar as decisões políticas no lugar daquele) e a colocar-se entre o Poder Constituinte Originário e a Constituição, neste momento histórico tenta arvorar-se sobre as decisões e orientações políticas emanadas pelo próprio Poder Constituinte Originário, colocando-se, outrossim, acima deste poder supremo, não apenas em teoria, mas também e sobretudo na prática diuturna de suas decisões;

28. Entende-se que a margem de liberdade conferida pela Constituição ao legislador no sentido de decidir politicamente é bem maior, haja vista a possibilidade de modificar a Constituição (respeitando-se os limites impostos por ela) na busca da criação da megapolítica; margem esta (da decisão política) bem mais apertada ao Poder Judiciário que apenas pode julgar conforme o que foi criado, dentro dos limites impostos legal e constitucionalmente, não cabendo a ele alargar esta margem sob pena de estar atuando de modo inconstitucional;

29. Os defensores do ativismo judicial e de um maior poder político do juiz fundamentam a legitimidade deste atuar no procedimento e na consonância com os

anseios populares descortinando uma aparente (ou real) tensão entre democracia e Constituição;

30. A exacerbada confiança de parte da doutrina em um Supremo Tribunal Federal agigantado e superpoderoso capaz de suprir todas as lacunas deixadas pelos demais poderes em um atuar sempre condizente com os ditames constitucionais ou na concretização dos direitos fundamentais mais urgentes, além de ser o guardião e fiel promotor do mais alto grau de justiça e reclamos sociais fundados no texto constitucional não condiz com a história recente deste Tribunal Superior, haja vista que seu atuar titubeante e por diversas vezes contraditório, casuístico e omissos nos diversos casos revisitados e expostos nesta investigação;

31. A divisão das funções entre órgãos separados não apresenta uma linha que marque separação absoluta ou intransponível, ou seja, não existe monopólio entre os poderes do Estado e as funções que exercem e considerando o princípio da unidade do direito, também o Judiciário pode produzir atos de natureza equiparada aos materialmente legislativos, sem prejuízo à separação dos poderes ou desvirtuamento de sua função típica alicerçada constitucionalmente;

32. A atuação judicial obrigatoriamente estará cingida aos limites de uma atividade tipicamente jurisdicional. Caso a decisão seja inseparavelmente associada a uma escolha política esta deverá ser prolatada dentro dos limites impostos pela Constituição quando da repartição de competências entre os poderes do Estado, não estando autorizado o Poder Judiciário, sob nenhum pretexto, avançar em termos competenciais onde o constituinte originário não quis fazê-lo;

33. Conforme dantes asseverado nestas conclusões, os juízes criam direito, mas esta criação deve estar adstrita aos limites impostos nas normas gerais e abstratas de produção típica do Poder Legislativo, deste modo não há violação à tripartição dos poderes;

34. O conteúdo da norma jurídica criada na decisão judicial no caso concreto deve guardar correspondência com o conteúdo da norma contida na lei de forma abstrata. Tanto a função legislativa quanto a função jurisdicional são formas de criação de normas jurídicas;

35. Podemos afirmar que a atividade legislativa é uma primeira redução dos ordenamentos possíveis, cabendo à função jurisdicional continuar o procedimento de redução da complexidade do sistema jurídico, explicitando o alcance e o significado da norma objetiva no caso concreto visando à concretização da norma;

36. O magistrado em seu *mister* de equacionar as demandas que lhes são propostas no caso concreto deve decidir, haja vista a proibição do *non liquet*; suas sentenças são verdadeiras e autênticas normas jurídicas pois foi resultado da interpretação dos enunciados normativos produzidos pelo legislador e publicados sob a forma das diversas espécies de diplomas legais, destarte, a norma jurídica é fruto de trabalho hermenêutico do magistrado tomando como base o teor literal do enunciado normativo para solucionar um caso concreto a ele apresentado;

37. Ao interpretar o texto normativo e escolher qual será a solução para o caso concreto dentre as diversas outras possibilidades, o julgador imprime sua vontade e ao fazê-lo produz a norma jurídica aplicável ao caso, deste modo, há inegável produção normativa no âmbito das decisões judiciais, são criadores do direito, pois toda interpretação tem um grau maior ou menor de criatividade;

38. Há situações paradigmáticas (exemplo dos *hard cases*) onde o modelo cognitivo-dedutivista simplesmente considerado não consegue resolver a controvérsia a contento na prolatação da decisão, haja vista encontrarem-se na área cinzenta dos termos. A interpretação e decisão judicial quando se depara com as áreas fronteiriças dos termos dota o Judiciário de um estranho poder, qual seja o de ultrapassar os limites subsuntivos lógico-formais e praticamente o impele a, em respeito ao *non liquet*, buscar fundamentar sua decisão na vagueza interpretativa dos princípios, mas não seria de responsabilidade dos magistrados modificar a realidade política ao entenderem que deva ser modificada, posto que tal *mister* é da responsabilidade dos demais poderes, Legislativo e Executivo;

39. O minimalismo judicial defende que as manifestações sobre questões secundárias sem relação ao caso concreto analisado sejam evitadas, o magistrado deve estar cingido à resolução de cada litígio de forma individual e apenas existam decisões de cunho político quando for imprescindível, desta forma, propõe uma postura de cautela, como se fora uma pessoa sensata, as quais optam em tomar decisões sem comprometer aspectos futuros;

40. O ativismo judicial alinha-se com o perfeccionismo ao considerar a Constituição como vinculante e considerando-a como verdadeira; por meio da interpretação dos princípios e de seus conceitos jurídicos indeterminados em cláusulas vagas e ocupando os espaços deixados pela omissão dos demais poderes, o magistrado avança em competências por vezes não previstas explicitamente no texto constitucional. A própria existência de cláusulas abertas à interpretação é um convite irresistível aos cultores do ativismo uma vez que entendem ser imprescindível sua atuação e colmatação de lacunas;

41. Verifica-se uma vertiginosa ascensão política do Poder Judiciário, notadamente no Supremo Tribunal Federal e um comprovado deslocamento de problemas que poderiam ser resolvidos na esfera política (Executivo e Legislativo), mas que foram transferidos e equacionados judicialmente;

42. Os magistrados são obrigados a realizar uma fundamentação racional ao direito por eles aplicado ao caso concreto decidindo com base nas regras constantes no ordenamento jurídico e nos princípios que regem a determinada comunidade política, entretanto, tal prática não pode ser confundida com simples escolhas subjetivas axiológicas, arbitrárias, casuísticas e de discricionariedade judicial o que resultaria no decisionismo judicial;

43. A interpretação da constitucionalidade de uma lei mesmo ao arrepio da Constituição não pode promover alteração na Constituição, pois haveria confusão entre política constituinte e ordinária. Em outras palavras, uma lei ordinária não pode ampliar as competências do Supremo Tribunal Federal em descompasso com o estabelecido constitucionalmente;

44. Judicialização da política seria uma reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro com a finalidade de revisar a decisão de mérito de um poder político (Executivo ou Legislativo) tomando como base a Constituição e, ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder em relação aos demais, posto se caracteriza pela intromissão de decisões judiciais e a introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas;

45. A politização da justiça ocorre quando os magistrados, em seu *mister* decisório, interferem em ações políticas, sejam de políticas públicas para a promoção e defesa de

direitos fundamentais individuais ou sociais, econômicos e culturais, sejam em questões que envolvam decisão política “pura”. Na politização da justiça, o juiz é orientado por suas concepções políticas sem considerar os limites existentes na lei e na Constituição. Assume, o magistrado o protagonismo da ação política em contraposição aos poderes majoritários sob o argumento de inoperância dos mesmos e até suscitando existir uma hierarquia intelectual dos juízes em detrimento dos demais agentes representativos. Com estes argumentos, o atuar político do juiz seria tendencialmente mais qualificado que a atuação dos políticos eleitos. Tal postura é inconstitucional, haja vista as competências estarem bem delineadas no texto da Constituição;

46. A judicialização da política pode conduzir ao ativismo judicial, mas não necessariamente à politização da justiça, sendo esta última a forma mais próxima de um governo de juízes. O ativismo decorre da judicialização, pois no ativismo o magistrado entende que por existir um *déficit* dos outros poderes ele pode equacionar o problema aplicando os princípios mesmo naquelas situações não previstas na legislação, ou seja, ocorre quando o juiz ultrapassa os limites do texto normativo ou de sua competência constitucionalmente estabelecida para garantir algo que não consta em nenhuma legislação;

47. O ativismo judicial está associado 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, seria o passo seguinte à judicialização, posto que não conformado à simples revisão de ato tomado na esfera dos demais poderes, o Judiciário se colocaria como protagonista das decisões políticas sempre que provocado. Neste sentido, o ativismo judicial está inserido na judicialização da política, fenômeno este mais amplo;

48. Com o protagonismo dos magistrados denominado ativismo judicial, coube ao Supremo Tribunal Federal a tarefa hercúlea de decidir acerca de todos os conflitos de interesses previstos na Constituição. Com uma jurisdição constitucional atuante e expansiva, característica do neoconstitucionalismo, percebe-se o risco que o novo contexto oferece à democracia, qual seja o de desvirtuar o atual Estado Democrático de Direito e torná-lo um Estado marcado pela juristocracia;

49. O risco maior do ativismo é justamente a politização dos tribunais, e não se diga a obviedade que toda decisão judicial é eivada de politicidade (ou de intenção política),



pois o juiz decide em nome de uma vontade política preestabelecida não por ele, mas pela lei ou pela Constituição;

50. As decisões do Supremo Tribunal Federal têm natureza política por decorrer da interpretação de norma jurídico-política, logo, há grande importância nas matérias decididas, seja pelo efeito vinculante e oponibilidade *erga omnes* de suas decisões. Neste viés evidencia-se um conflito político entre Legislativo e Judiciário, entre a regra da maioria e a *rule of law*, donde há o enfraquecimento do poder legiferante e o fortalecimento do poder judicante;

51. O monopólio da “última palavra” em matéria constitucional torna este embate ideológico desigual, haja vista ser o Supremo Tribunal Federal reconhecido como o “guardião da Constituição”, logo, parte da doutrina chega a conclusão que quaisquer questões podem ser resolvidas na seara judicial não importando a matéria, pois a fluidez e vagueza de um texto plurissignificativo como é a Constituição torna possível o deslocamento da arena discursiva e decisória (com caráter definitivo) para o âmbito judicial, mesmo que sejam questões envolvendo política pura. Não compreendemos desta forma;

52. A decisão política deve ser amadurecida com a contribuição, reflexão e debates entre muitos, não nos parece sensato que um magistrado, ou no caso do Supremo Tribunal Federal, onze ministros, defendam o futuro de 200 milhões, corre-se o risco do temido acúmulo de poder nas mãos de um ou de um grupo, situação diametralmente oposta ao constitucionalismo, surgido primacialmente como antítese ao Estado absolutista;

53. Não se pode, entretanto, alijar o Judiciário destas grandes questões políticas, haja vista ser positiva a existência de mais um *locus* de discussão política, a conciliação e superação desta intrincada problemática seria o desenvolvimento de mecanismos promotores de diálogo interinstitucional entre os três poderes;

54. Há diferenças entre criação de texto normativo e criação norma jurídica;

55. O Supremo Tribunal Federal não apenas vem exercendo a função de órgão de "proteção de regras" constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de "criação de regras";

56. O Judiciário passou a ser lugar comum das decisões que envolvem grandes questões sociais, políticas, econômicas e diplomáticas do país de modo que dificilmente algo escapa a seu controle e auto-reconhece seu lugar como o mais relevante intérprete da Constituição em detrimento dos demais propiciando intensa judicialização das questões políticas e uma postura cada vez mais ativista por vezes apontada como usurpadora das competências dos demais poderes;

57. O ativismo judicial no Brasil não está cingido apenas às questões que envolvem concretização dos direitos fundamentais face à inércia dos demais poderes, mas avança em direção a resolução de temas que deveriam estar na pauta e serem discutidos no âmbito legislativo, inclusive de reforma constitucional e política pura;

58. O princípio da separação dos poderes não desautoriza que o juiz crie norma jurídica desde que cingida aos limites impostos pela própria Constituição;

59. Não obstante as críticas tecidas ao longo desta investigação acerca do ativismo judicial, entende-se que no Estado Democrático de Direito o juiz não é apenas a boca da lei, inanimado, mas cria norma mediante trabalho hermenêutico de cotejar os enunciados lógicos e axiológicos com a intenção de buscar o real – ou mais plausível – significado da lei e que não existe um núcleo essencial à separação dos poderes de forma fixa e imutável;

60. A Constituição Federal de 1988 promoveu substancial mudança no papel do Poder Judiciário no tocante ao sistema político brasileiro, permitindo um novo arranjo institucional e transformando demandas políticas em questões aptas a serem equacionadas judicialmente;

61. Os meios de acesso ao Judiciário foram alargados em uma multiplicidade de ações cujos autores alcançam desde o cidadão individualizado, até expressões da sociedade civil organizada, tais como associações, sindicatos e demais pessoas jurídicas. A Constituição atual conjugou de forma inédita no Brasil a democracia política aliada a um controle recíproco entre os poderes e o reconhecimento de um longo rol de direitos fundamentais;

62. A Constituição garantiu autonomia ao Poder Judiciário, aumentou de forma significativa suas competências, inclusive com um extenso catálogo de ações difusas e abstratas de controle (fiscalização) de constitucionalidade. Promoveu o fortalecimento de importantes instituições como a Defensoria e o Ministério Público, tudo isso contribuiu para a consolidação do acesso das decisões políticas via Poder Judicial;

63. Com o alargamento constitucional de sua competência e a multiplicidade de demandas crescentes geometricamente, o Supremo Tribunal Federal modificou sua postura diante de questões políticas de autocontenção para o ativismo proativo materializado em decisões paradigmáticas acerca do mandado de injunção, bem como a prerrogativa de modificar decisões oriundas dos demais poderes;

64. Quando o Poder Judiciário, mediante a judicialização da política, aceita e assume o protagonismo nas decisões políticas frente aos poderes majoritários, tem-se o ativismo judicial, mais ainda, quando este protagonismo é assumido pelo Supremo Tribunal Federal ele o faz sobre os demais poderes e também sobre os demais juízes e tribunais com forte tendência até de uma supremacia judicial sobre o próprio texto constitucional;

65. A atual Constituição reconhece o Judiciário como um Poder, tentando equilibrar os três poderes para de fato existir o *cheks and balances*, entretanto, ainda é demasiadamente forte o Poder Executivo no Brasil, pois não se pode olvidar que a indicação para ocupar uma vaga de Ministro do Supremo Tribunal Federal é do Presidente da República e muito embora o indicado deva se submeter à sabatina pelo Senado Federal, jamais um indicado deixou de ser aprovado e empossado;

66. A Constituição brasileira atual ao trazer novas competências ao Judiciário estimulou a participação mais efetiva deste poder no equacionamento de novas – e múltiplas – demandas, portanto, a *judicialização* era algo previsto e (talvez) objetivado pelo constituinte originário;

67. Ao texto original foram somadas ainda mais competências pelo constituinte derivado que ao promulgar a Emenda Constitucional nº 45/2004 reforçou a legitimidade do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional como um todo, pois

com o advento desta emenda foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão fiscalizador das atividades do Poder Judiciário e a criação da súmula vinculante além de estabelecer o princípio da duração razoável do processo para aumentar a celeridade nas decisões judiciais;

68. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal não são investidos no cargo mediante voto popular, mas não obstante a ausência de sufrágio universal em sua escolha, não se pode defender a falta de legitimidade democrática deste órgão de cúpula, pois seus Ministros são nomeados pelo Presidente da República e aprovados em sabatina no Senado Federal, deste modo, passa pelo crivo de dois poderes de representação popular; ademais, a Constituição o erigiu como garantidor da estabilidade do sistema democrático, tanto ao limitar os demais poderes, como também zelar pelos direitos fundamentais. Logo, a legitimidade de um Poder de Estado não se vincula apenas à ideia da escolha via escrutínio, mas também decorre de outros elementos, como a função democrática na defesa das minorias e a submissão do juiz aos limites previstos no texto constitucional;

69. O juiz atua politicamente, mas o diferencial desta atuação política repousa no fato que o juiz está adstrito ao que dispõe a Constituição e as leis não tendo competência para alterar seu texto, mas apenas para criar norma jurídica (por meio da decisão) fundamentada nos textos legais e sem o condão de desvirtuá-la;

70. Ao legislador é dada uma competência mais ampliada no que concerne às decisões políticas, uma vez que há possibilidade de alteração e mesmo revogação do próprio texto da lei e da Constituição respeitados apenas os limites impostos pelo constituinte originário;

71. Em outras palavras, o atuar político do juiz é possível nos limites impostos pela Constituição e apresenta-se em grau bem menor que aquele reservado ao legislador. Portanto, não deve causar estranheza o atuar político do juiz quando adstrito à Constituição, merecendo cuidado quando ultrapassa esse limite;

72. Mesmo considerando não existir definição absoluta ou essencial acerca do caráter “político” ou “técnico” de uma questão, o que constitui uma fronteira indeterminável entre tais questões e aquelas “jurídicas”, entendemos que quanto maior for a margem de decisão do legislador ou administrador em promover políticas públicas, menor será a

possibilidade de atuação judicial haja vista o órgão judicante não poder substituir as demais funções do poder em suas típicas competências;

73. Entende-se que a atuação judicial não deve ser mitigada nem afastada do debate acerca da criação de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais, muito menos em debater juntamente com os demais Poderes questões políticas, mas não se deve, entretanto, permitir uma inversão de competências entre as funções do poder. Em todo caso, deve existir uma abertura ao diálogo interinstitucional como forma de superação de uma inócua reserva de poder;

74. Entende-se que em pelo menos duas hipóteses o Judiciário deverá, além de invalidar a norma ou o ato administrativo, também determinar o substitutivo dos mesmos, quais sejam: a) Existir apenas uma solução possível (discricionariedade reduzida a zero); b) Se a tutela jurisdicional substituindo a norma ou ato impugnado for de extrema urgência sob pena de perecimento do direito;

75. As questões de “política pura”, uma vez definidas e bem delineadas, são limites materiais à jurisdição constitucional, pois não se pode substituir solução política utilizando-se resposta jurídica, posto que, embora aparentemente semelhantes, guardam diferenças abissais entre si. O direito consegue fornecer soluções jurídicas no campo da política, economia, religião, etc, mas está impossibilitado, enquanto sistema, de dar resposta religiosa para solucionar problemas religiosos ou de dar solução política para problemas políticos, entretanto, não se pode afastar os argumentos do Poder Judiciário em uma relação dialógica com os demais Poderes;

76. A utilização do binômio lícito/ilícito ou direito/não-direito caracterizador do sistema jurídico não autoriza e nem se mostra suficiente para o Judiciário adentrar em questões intrínsecas e caracterizadoras do sistema político, tais como as escolhas de mérito, a conveniência e oportunidade, elementos estes que orientarão os agentes políticos a confeccionar o texto da lei, portarias, decretos e outras espécies normativas. Vale dizer, o juiz cria direito quando de sua decisão, mas no balizamento delineado pelas opções políticas daqueles que agem no binômio poder/não poder, ou seja, predeterminado pelo sistema político;

77. Ao considerarmos os tribunais como guardiões do código caracterizador do sistema jurídico e principais atores da coerência lógica deste sistema, pois são responsáveis pela atualização funcional do direito, quando as decisões são tomadas com base em outros códigos estranhos ao direito, via de regra, econômicos, políticos, religiosos, dentre outros, há, no mínimo um problema;

78. Caso o magistrado não decida com base no direito, mas nos impactos econômicos da decisão, tomou uma decisão econômica. Caso não julgue conforme o direito, mas com base em suas preferências religiosas, decidiu conforme a religião. Quando os tribunais decidem uma demanda realizando uma política pública ou tomando decisão política sem precedentes legais, ou seja, inovando no sistema jurídico em detrimento da atividade (ou inatividade) do legislador, opta por uma decisão política e não jurídica, descaracteriza o sistema jurídico, invade a competência de outro Poder, judicializa *de per se* e não contribui para a construção do Estado Democrático de Direito o qual pressupõe a segurança das relações humanas e a criação de um ambiente sistêmico de paz;

79. Em suma, podemos concluir que a judicialização de questões políticas pode acontecer na comunicação interna do sistema jurídico e o ativismo judicial está ligado à comunicação externa deste sistema com o ambiente e se reestrutura incorporando informações advindas do ambiente; quando tais informações forem introduzidas utilizando-se o código do sistema jurídico não há usurpação indevida, mas mero exercício de alimentação, manutenção e crescimento do sistema em resposta às irritações do ambiente, mas quando for utilizado outro código distinto, há o enfraquecimento do sistema jurídico e sua descaracterização;

80. Problemático é que em toda a história do Brasil o Poder judicante nunca experimentou momento mais profícuo de competências e expectativas sociais, causando a impressão de que ao lado da constitucionalização das problemáticas existentes no âmbito dos demais ramos do direito, nada escapa ao exame constitucional e, em consequência, não há demanda que não possa ser resolvida nos tribunais;

81. A multiplicidade de ações que compõem o controle de constitucionalidade brasileiro, o qual alberga tanto o difuso quanto o concentrado, remete-nos a concluir que, de fato, não há questão que possa escapar ao controle dos juízes, fato este que

contribui sobremaneira para o ativismo judicial. Logo, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes do mundo e, associado ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e a proibição do *non liquet*, são apontados como possíveis causas do ativismo judicial;

82. A criação do mandado de injunção pela atual Constituição elevou sobremaneira os poderes do Judiciário brasileiro, entretanto, concluímos que: a) a mera criação constitucional de ação ou instrumento processual capaz de provocar o magistrado a prolatar decisão aditiva e de cunho proativo não é suficiente, pois outras condições como a composição dos tribunais, o momento histórico, a estabilidade institucional e a permissividade dos demais poderes são determinantes neste sentido; b) o aumento das demandas judiciais não acarreta necessariamente em maior ativismo judicial, haja vista em mais de vinte anos terem sido ajuizadas menos de mil mandados de injunção, número já bastante superado nos últimos seis anos, o que demonstra o contrário, ou seja, a prolatação de decisão ativista estimula o ajuizamento das ações e gera a possibilidade do Judiciário reafirmar centenas ou milhares de vezes seu entendimento gerando, não obstante a edição de súmulas vinculantes, uma jurisprudência firmada, consolidada e fonte do direito, uma colonização efetiva dos espaços de poder; c) A inegável abertura constitucional para decisões concretizadoras de seu texto com o alargamento das competências dos magistrados e a adesão dos mesmos em participar das escolhas jurídico-políticas; d) A compreensão do caráter suplementar do magistrado quando da colmatação da lacuna legislativa faltante face a inércia dos demais poderes; e) Destacamos que o Supremo Tribunal Federal, mesmo sem necessidade de determinar prazo para a supressão da lacuna legislativa pelo Congresso Nacional, assim o faz para legitimar sua atuação legislativa suplementar; f) Quando a decisão judicial é pautada e fundamentada na Constituição, portanto, utilizando-se o código do sistema jurídico, mesmo que haja ampliação dos direitos, pode-se racionalmente argumentar um possível fundamento nos princípios nela insertos, entretanto, se a decisão ocorre ao arrepio do código caracterizador do direito, há uma imposição da vontade do julgador cuja subjetividade, motivada por elementos extrajurídicos, são desprovidas de legitimidade e maculam o processo democrático; g) Ao inovar o texto constitucional criando o mandado de injunção coletivo, assume o ativismo judicial e avoca para si o papel de legislador positivo, mesmo sem anuência expressa da Constituição;

83. A decisão do Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 45 foi lapidar, pois demonstrou a colonização dos espaços de poder político deixados pelos demais Poderes pelo Poder Judiciário o qual criou uma espécie de “doutrina jurisprudencial” para explicar esta ocupação, criou-se, portanto, pela via jurisprudencial uma espécie de competência residual ou complementar ao Poder Judiciário sempre que houver inércia do Legislativo e Executivo;

84. É importante considerar que a repartição de competências é matéria típica da Constituição, pois trata de constituir de forma primigênia a organização e estrutura do Estado determinando os espaços de poder e procurando delimitar as competências em nome da harmonia e da estabilidade institucional. Entende-se que ao avocar para si uma competência determinada a outro Poder, há uma usurpação de competência e, portanto, carente de constitucionalidade. É demonstrável, de forma clara, a posição ativista, proativa e inovadora da atual composição do Supremo Tribunal Federal;

85. Decisões judiciais em matéria de direitos fundamentais podem – e devem – ser exaradas nas peculiaridades do caso concreto, mas de forma particularizada e pontual, entretanto, o caráter generalista das políticas públicas não se coaduna com a competência judicial;

86. Imagine-se o caso do STF entender que, embora exista a política pública, a mesma é irrazoável, inconveniente ou inoportuna. Haveria uma espécie de controle de qualidade nas decisões meritorias dos demais poderes no sentido de corrigir as referidas políticas na visão enviesada do Poder Judiciário. Este acúmulo de poder não se mostra coadunado com o atual Estado Democrático de Direito, donde as discussões devem ser travadas de forma equânime para se lograr um determinado objetivo e não admite imposições fruto das ideologias parciais. Urge, neste caso, a criação de um diálogo interinstitucional na busca pela melhor decisão possível, mas sem descaracterizar nenhum dos Poderes em suas funções típicas;

87. Ao estimular a participação popular por meio da construção de uma sociedade civil organizada e dotá-la de mecanismos processuais de provocação – e conseqüente resposta – judicial, a Constituição instigou o aumento das demandas e invariavelmente a quantidade e qualidade das respostas judiciais. Ações constitucionais como o mandado de segurança individual ou coletivo, ação popular, ação civil pública, *habeas data* e mandado de injunção são importantes instrumentos de provocação da tutela



jurisdicional e podem pôr em rota de colisão as escolhas exaradas pelos Poderes, a criação de tensão institucional e desestabilidade estatal;

88. Consideramos que a atuação judicial deve acontecer em último caso, quando não existe mais nenhuma possibilidade de conciliação, tratativas, negociações, destarte pretensões que por serem tão distintas e inconciliáveis, apenas possam ser equacionadas por um terceiro inicialmente não participante e por isso imparcial. Neste diapasão, a atuação judicial não deve ser a primeira alternativa, mas sim a última;

89. O Poder Judiciário deve garantir a democracia para que as decisões públicas tomadas nas arenas políticas não sejam simplesmente descumpridas por uma minoria insatisfeita, máxime, entretanto, que a democracia pressupõe o respeito às minorias e que elas devem ter vez e voz no Estado Democrático, mas não pode, a minoria, querer decidir politicamente pela maioria por via transversa, qual seja via judicial, quando esta claramente é proativa e ativista;

90. Os tribunais constitucionais estão autorizados a discutir a política que esteja consagrada no arcabouço textual da Constituição, portanto, quanto maior for o número de assuntos constitucionalizados, maior será a atuação destes tribunais;

91. O neoconstitucionalismo reconhece uma sociedade pluralista, não homogênea, uma ética construtivista, não monista, em meio ao Estado Constitucional (superando o vetusto Estado de Direito) e ampliada atuação do Tribunal Constitucional e, por fim, supera-se o império da lei como principal fonte do direito ao dar relevo à Constituição em detrimento à lei ordinária e elevação da importância da jurisprudência das Cortes Constitucionais. Neste diapasão, não há como o Judiciário quedar-se indiferente à toda revolução estrutural desenvolvida pelo neoconstitucionalismo. Instado a reagir diante da complexidade das novas relações jurídicas e *hard cases* a exigir solução, o magistrado assume postura proativa e ativista; Fica demonstrado que o neoconstitucionalismo constitui-se em mais uma possível causa da viragem hermenêutica de autocontenção à proatividade judicial, ou ativismo judicial;

92. Os grupos de interesse representam relevante parcela dos legitimados a propor ações diretas no Supremo Tribunal Federal. Considerando o período compreendido entre 1988 a 2012, constatamos que foram ajuizadas 4.752 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs). Deste total, 1.202 ou 25,4% foram impetradas por confederações sindicais ou

entidades de classe, e 821 ou 17,3% foram propostas por partidos políticos, perfazendo um total de 2.023 ações ajuizadas ou 42,6%, portanto, há de fato a utilização desta ação judicial pelos chamados grupos de interesse e partidos políticos no sentido de lograr seus desideratos;

93. Do uso dos Tribunais pelos grupos de interesse e partidos políticos decorre a transferência para o âmbito judicial de questões políticas controvertidas e que não são enfrentadas pelo Executivo e Legislativo, pois trazem desgaste político perante a opinião pública;

94. Destacamos que as condições políticas necessárias à concretização da judicialização da política estão todas presentes na realidade brasileira, as quais, na doutrina de TATE e VALLINDER seriam: a) a democracia; b) a separação dos poderes; c) os direitos políticos; d) a utilização dos tribunais por grupos de interesse; e) o uso dos tribunais pelos partidos de oposição; f) a ineficiência das Instituições majoritárias; g) a delegação de assuntos pelas Instituições majoritárias;

95. Observa-se um crescente adversarismo e tensão entre os Poderes e reações contrárias ao ativismo judicial as quais apenas poderão ser equacionadas quando houver o interesse, por meio de diálogo interinstitucional, de se buscar, utilizando-se os elementos trazidos pela democracia deliberativa, a melhor decisão possível, uma decisão construída pela relação dialogal;

95. Na Câmara dos Deputados, em reação ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, e como forma de manutenção dos espaços de poder e delimitação de competência, em atitude que reforça a tese de que a leitura vetusta da separação dos poderes promove o adversarismo em detrimento da cooperação dialogal, encontram-se em tramitação as Propostas de Emendas Constitucionais (PECs) que tentam, via de regra, mitigar a intervenção do Supremo Tribunal Federal nas decisões políticas ou da intervenção judicial na esfera de competência dos poderes Executivo e Legislativo;

96. O ativismo judicial também provoca reações oriundas do Poder Executivo que acusa o Poder Judiciário de inviabilizar, via concessões de liminares e decisões aditivas, o projeto de governo do país com a adoção de uma agenda paralela cujo financiamento seria garantido pelo erário sem a devida previsão orçamentária nem no planejamento administrativo/governamental. Tal problemática conduziria a uma mitigação da

discricionariedade administrativa, haja vista que as escolhas seriam deslocadas do âmbito do Poder Executivo para o âmbito judicial;

97. Acerca da governabilidade comprometida pelo ativismo judicial, surgiram as seguintes indagações: há o comprometimento do projeto de governo pelo Ativismo Judicial? O desprezo pelo fiel cumprimento da lei orçamentária com constantes liminares judiciais determinando despesas não previstas/não eleitas pela Administração Pública traz problemas de governabilidade? É possível governar com a intromissão ativista do Judiciário? Devemos estar atentos às receitas públicas, os gastos públicos e o crédito público em uma aplicação coordenada destes elementos que compõem o orçamento;

98. Defende-se que também neste caso é imprescindível a abertura dos poderes ao diálogo, haja vista estarmos em zona fronteira, uma espécie de encruzilhada acerca dos três poderes. Consideremos o fato de uma decisão judicial que necessite de grande dotação financeira (ou centenas, milhares que somadas chegam a um valor expressivo), mesmo existindo dinheiro é preciso verificar as razões da Administração Pública em não ter agido ou não querer agir, bem como o Legislativo que não permitiu o remanejamento das verbas orçamentárias de uma rubrica menos urgente para esta mais urgente;

99. A opção pelo ativismo judicial na condenação do Poder Público à concretização de direitos sociais pode desestabilizar a gestão do Administrador Público haja vista a imprevisibilidade de gastos e a insegurança jurídica em seu planejamento orçamentário, posto que a qualquer momento uma liminar judicial pode determinar uma despesa inesperada. Tal fato é mais impactante quando se considera a responsabilidade solidária de todas as unidades federativas, incluindo as mais pobres, quais sejam os Municípios, os quais possuem orçamentos bem menores que outras entidades federativas como Estados e União Federal;

100. O caminho é o diálogo interinstitucional o qual deve estar aberto para analisar as possibilidades de exequibilidade da decisão judicial no que tange o aumento de despesa não prevista no orçamento e não o Judiciário se investir da armadura do heroísmo passando o problema para o Administrador como se isso não fosse problema do órgão judicante;

101. Escudados em suas “reservas”, os três poderes tentam delimitar espaços inexpugnáveis uns em relação aos outros; este comportamento gera o adversarismo e a desconfiança recíproca, donde os atos de um são recebidos com ressalvas mesmo que, em certos casos, injustificáveis. As teorias dialógicas fornecem pistas importantes para a superação deste vetusto debate ao mesmo tempo em que apresenta uma releitura atual da teoria da separação dos poderes;

102. Em situações limítrofes jurídico-políticas, urge a cooperação dialogal interinstitucional como exigência atual no contexto relacional entre os três poderes assecuratória de uma verdadeira harmonia na independência de cada um; há dessa forma, uma relação mais transparente e conducente à melhor decisão possível haja vista não ter sido tomada de forma isolada, mas fruto de argumentos e proposições amplamente discutidas entre os poderes;

103. Há três funções do Poder, independentes e harmônicos, suas competências são constitucionalmente estabelecidas, mas que não prescindem da necessidade de diálogo na busca pela melhor decisão em casos complexos e paradigmáticos; quando isto ocorre, há a manifestação do Poder, como se fora um só, entretanto cada qual mantendo seu *status quo*. Desta forma, as competências de cada um não são mais entraves ou instrumentos de dominação, não há mais o sentido pejorativo de aviltamento ou usurpação da competência de outro poder, pelo contrário, cada um deles apresenta seus argumentos dentro de sua *expertise* e especialidade ao mesmo tempo em que está aberto a receber dos outros poderes outras contribuições; esta relação dialogal permite que a problemática suscitada pelo caso concreto ou abstrato seja enfrentada por uma conjugação de forças e não decidida isoladamente por cada um;

104. Os papéis não se apresentam de forma estanque, nem na busca em encontrar o poder competente em dizer a última palavra em matéria constitucional, haja vista o Supremo Tribunal Federal como “guardião da Constituição” não afigurar-se como seu senhor não se confundindo com ela própria como se fosse uma só realidade, mas em encontrar na seara jurídico-política uma solução dialogada de forma a abranger a comunicação entre os poderes sob o pálio da norma constitucional, desta forma, a independência dos poderes não pode conduzir a um isolamento, mas em buscar pela via comunicativa a melhor decisão, sem, contudo, descaracterizar-se;

105. O enfrentamento na arena política entre os três poderes seria, senão extinta por completo, pelo menos mitigada. Como sói acontecer, a decisão final em matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal não exclui a possibilidade de aprovação de emenda constitucional aprovada pelo Legislativo com o mesmo conteúdo impugnado, da mesma forma, nem todas as decisões do Supremo Tribunal Federal determinando procedimento a ser concretizado pelo Executivo será exequível. O sistema de freios e contrapesos seria muito mais leve pela via da interação cooperativa dialogal e tal atitude seria promotora de uma consistente e duradoura estabilidade democrática e institucional, haja vista os poderes terem decidido interativamente como Poder e não em uma relação adversarial;

106. O ativismo judicial apresenta-se como fenômeno imprescindível para o despertar do “terceiro gigante”, qual seja o Judiciário, que ao afastar-se do absentismo e inércia decisória (mesmo desde sempre provocado), ao verificar a mudança nas demandas sociais cada vez mais complexas e de difícil solução, fruto também da democratização dos instrumentos processuais e acesso à justiça, de uma Constituição analítica e ambiciosa, das exigências cada vez mais pujantes de uma teoria neoconstitucional e do Estado Democrático de Direito, da denúncia de distanciamento e inércia legislativa e falta de operatividade e proximidade entre o Executivo e os anseios populares e de concretizar as promessas constitucionais, reconheceu-se como igual em força e poder político aos demais poderes;

107. Esta situação de igualdade na diversidade entre os três poderes, possível apenas pelo advento do ativismo judicial, problematizou as relações entre eles causando furor na doutrina que se coloca contrária peremptoriamente ou favorável invariavelmente, bem como os que apontam virtudes e ignomínias, mas que com toda certeza abriu intenso e grandiloqüente debate para entender os limites e as possibilidades de um ativismo judicial. Houve, sem dúvida, uma demarcação empírica dos espaços de poder, espaços estes por vezes colonizados uns pelos outros;

108. Entendemos que entre o ativismo e a abstenção judicial descortina-se uma nova perspectiva relacional com o despertar deste “terceiro gigante”, qual seja a interação dialogal entre os poderes. Em síntese, o relacionamento dialogal entre os poderes surge como uma nova leitura da separação dos poderes instigada pelo advento do ativismo

judicial e colonização dos espaços de poder historicamente existentes, logo, teve início, no Brasil, no Supremo Tribunal Federal;

109. O diálogo interinstitucional constitui-se em uma das formas de superação ao ativismo judicial ao permitir ao Judiciário participação e construção das decisões sem a acusação do desejo em formar um governo de juízes, mas deve estar cingido pelo ideal de democracia almejado em um estado democrático;

110. A contribuição das teorias dialógicas, portanto, é a defesa da interlocução entre os três poderes e o povo com a mitigação do monopólio judicial na interpretação da Constituição. Entendemos que o diálogo interinstitucional fomenta a harmonização em detrimento ao adversarismo característico da vetusta interpretação da teoria da separação dos poderes;

111. Na verdade objetiva-se a criação de um novo paradigma protetivo dos direitos constitucionais e nas questões mais complexas que envolvam decisão política, em face ao modelo do *judicial review*, para tanto procurando entender o papel do Poder Judiciário bem como das instituições democráticas na interpretação da Constituição;

112. Neste sentido é condição imprescindível o fomento a um sistema que busque a cooperação progressiva interinstitucional no estreitamento relacional em um viés dialógico e, quando possível, convergente criando uma espécie de “rede de reciprocidade” donde, considerando a complexidade de uma sociedade cada vez mais plural, exige um procedimento democrático de decisão coletiva coadunada a esta realidade; a ideia da decisão judicial isolada e soberana é transmutada pela de diálogo entre as instituições com o condão de harmonizar a vetusta dicotomia entre o *judicial review* e a democracia, pois permite um equilíbrio necessário entre os Poderes os quais têm a possibilidade de atuar conjuntamente e cada um em particular se sente guardião da Constituição;

113. O diálogo pode oportunizar ao Poder Judiciário a obtenção da legitimidade democrática que o mesmo é acusado de não possuir, deste modo, pode imiscuir-se nas decisões jurídico-políticas mais controversas sem a crítica que seu caráter contramajoritário e o *standard* de legislador negativo lhe impõe, pois houve um encontro entre as argumentações dos Poderes, maior interação institucional, abertura para expor e ouvir argumentos;

114. Neste sentido, O debate enriquece, pois cada Poder tem uma visão que lhe é própria acerca de cada problemática. A apresentação argumentativa destas diferenças em “rodadas procedimentais” traz contribuições extremamente relevantes para determinação do conteúdo constitucional, adoção de políticas públicas ou mesmo da tomada da melhor decisão até mesmo em política pura. Qualifica, portanto, a deliberação pública, pois ao entender que cada Poder possui potencialidades e deficiências, não se deve confiar a nenhum deles uma decisão final, irrevogável, irrevogável e intransponível;

115. As qualidades de cada um podem ser potencializadas na relação dialogal e as possibilidades de erro, uma vez que serão apontadas e discutidas entre todos, são mitigadas pela constante, e talvez interminável, construção do sentido das normas constitucionais ou da adoção de determinada medida política;

116. A vetusta ideia de supremacia judicial é mitigada face à promissora interação dialogal entre os Poderes, afinal, é isto que as teorias dialógicas procuram demonstrar. Logo, a deliberação não põe fim ao processo decisório, mas apenas encerra uma “rodada procedimental”, posto isso, haverá a decisão, mas não obstante surtir seus efeitos será dotada de provisoriedade, pois poderá provocar reações argumentativas dos demais atores envolvidos;

117. Tal envolvimento dos diversos atores na compreensão da contribuição que podem oferecer ao debate e, conseqüentemente, na decisão propriamente dita, ocasiona uma maior ou menor atuação do Poder Judiciário o qual deverá verificar no caso a ser decidido a qualidade de sua intervenção dentro da *expertise* que possui afastando desta forma argumentos desprovidos de racionalidade ou de pouca densidade jurídico-política;

118. Questões orçamentárias podem ser discutidas no âmbito judicial, mas os argumentos do Poder Executivo, desde que comprovados e plausíveis, devem ser considerados em maior grau que uma decisão judicial que obrigue o cego cumprimento da Constituição embasado em princípios abertos e plurissignificativos. Face ao argumento de escassez de recursos ocasionado por uma grave crise econômica, o Executivo com respaldo do Legislativo pode decidir pela redução numérica de determinado benefício social. Tal decisão não deve ser nulificada pelo Judiciário

apressadamente, mas, utilizando-se dos instrumentos dialogais, deve-se, pela análise criteriosa do melhor argumento, decidir pelo bem da coletividade;

119. Admitir que o Supremo Tribunal Federal tem o monopólio interpretativo das normas constitucionais e mitigar qualquer possibilidade de interação dialogal com vistas a uma deliberação pública traria o risco de um Legislativo e Executivo subservientes, os quais atuariam apenas baseados no entendimento jurisprudencial daquela Suprema Corte sem manifestarem interpretação próprias acerca do conteúdo das normas constitucionais ou, no limite, atuariam de forma inconseqüente, sem um controle constitucional apriorístico de suas decisões ou confecção de legislação, haja vista a sujeição destas medidas ao entendimento “correto” *a posteriori* pela suprema decisão do intérprete oficial, qual seja o Supremo Tribunal Federal;

120. Os posicionamentos extremos são perigosos e pouco contribuem para uma solução parcimoniosa, dito isto, o maximalismo e o minimalismo não contribuem com a ideia de um reposicionamento dos Poderes na teoria da separação dos poderes;

121. Defende-se que o diálogo entre os Poderes apenas será possível quando houver uma conjugação dos modelos de deliberação interna e externa, pois quando os argumentos apriorísticos de cada Instituição já foram delineados como fruto de deliberação interna, existe a possibilidade do diálogo interinstitucional com a devida exposição argumentativa de cada um objetivando uma deliberação externa, evidentemente, considerando que a interpretação constitucional não pode ser monopolizada por um só poder pelo fato do conteúdo plurissignificativo das normas constitucionais cuja indeterminação tem a possibilidade plausível de desacordos interpretativos;

122. Conforme investigado, há inúmeros entraves a uma deliberação externa no Brasil, pois o Supremo Tribunal Federal em sua forma atual, conforme preceitua seu Regimento Interno, não prima pela deliberação, nem há busca de clareza ou de consenso, não há o estímulo de concessões recíprocas entre seus membros e não se configura como modelo privilegiado de deliberação e razão pública, pois há: a) Falta de interação argumentativa entre seus membros, não obstante debate oral, haja vista o julgamento ser marcado pela leitura de votos previamente elaborados e lidos sempre na mesma ordem conforme o art. 135 do seu Regimento Interno ocasionando em prejuízo discursivo com os membros que votam por último; b) O Supremo Tribunal Federal



decide de forma igual aos poderes majoritários, haja vista que não há uma decisão final uníssona e consensual donde os argumentos são plenamente considerados, mas adota-se a regra da maioria e do placar dos votos individuais, ocasionando a falta de unidade institucional; c) Dificuldade em vislumbrar o posicionamento institucional do Supremo Tribunal Federal e suas reais razões de decidir determinados casos, pois as decisões não são claras, nem objetivas e não traduzem a opinião da Instituição. Há uma perda significativa de legitimidade, pois a qualidade de suas decisões passa a ser questionável. Não há, portanto, possibilidades de fazer uma análise prospectiva, intuitiva, pois mesmo os julgadores que decidiram em um mesmo sentido não raras vezes fundamentaram seus votos em razões diferentes. Ao Legislativo dado seu caráter multifacetário, pluripartidário e com diferentes expressões de *lobby*, além de suas decisões serem fruto de um processo de votação não raras vezes ocasionado por apertado placar, também padece de críticas semelhantes, donde há uma dificuldade na construção de uma verdadeira deliberação interna;

123. A superação destas adversidades é essencial para o desenvolvimento de uma deliberação externa fruto de um sério e compromissado diálogo;

124. No Brasil, a possibilidade de diálogo é ainda dificultada pelo fato de ser muito presente a ideia de supremacia judicial, trazida pela Constituição Federal de 1988 em seu Art. 102, *caput*, o qual estabelece que: “compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição”, entretanto, a partir da verificação de um ativismo judicial e a acusação da usurpação de competência levada a cabo por esta realidade, bem como a reação dos demais Poderes a esta prática, apresenta-se como fundamental superar esta dificuldade e promover o diálogo;

125. Para o êxito do diálogo interinstitucional deve existir o elemento volitivo, posto que se não houver intenção colaborativa, oitiva e exposição de argumentos construtivos nem intercâmbio entre as estruturas formais de poder estaremos diante do fracasso desta via defendida como superação ao adversarismo entre os poderes;

126. Diante das problemáticas apresentadas há a necessidade de uma nova forma de relacionamento entre os Poderes, entende-se que há uma forte contribuição epistêmica do modelo de democracia deliberativa na promoção do diálogo interinstitucional;

127. Diante disto, objetiva-se a propositura de uma nova forma de relacionamento entre os Poderes tendo como paradigma a necessidade de diálogo agregando a experiência trazida pela democracia deliberativa ao exigir: a) Fornecimento de razões argumentativas; b) As razões fornecidas devem ser de fácil acesso a todos os atores envolvidos; c) Deve ser um processo visando a prolação de uma decisão que seja vinculativa por um período temporal; d) Traduz-se, por fim, em um processo dinâmico;

128. O modelo de democracia deliberativa, pela abertura que proporciona e com as devidas adaptações, mostra-se adequado para a propositura de um diálogo interinstitucional como forma de superar a crítica de um Legislativo inerte e omissivo, de um Judiciário ativista, proativo e usurpador de competências e do Executivo distante e insensível à concretização da Constituição;

129. A promoção do diálogo nestes moldes fortalece o sistema de freios e contrapesos ao passo que permite maior abertura cognitiva e interação entre todos, bem como há o fortalecimento da teoria da separação dos poderes haja vista não existir a descaracterização das funções típicas de cada um, ao contrário, ao transpor os limites do adversarismo fruto do isolamento em cada esfera de poder e promover o encontro dialogal – e em um momento futuro, a deliberação – tendo como cenário a Constituição e sua concretização, todos são postos do mesmo lado e podem contribuir sobremaneira para a tomada da melhor decisão possível para o presente;

130. As benesses na adoção deste paradigma dialogal entre os Poderes são consideráveis, pois agindo deste modo pode-se: a) Obter economia processual, haja vista a redução considerável nas demandas envolvendo controle de constitucionalidade; b) Evitar desgastes políticos entre as Instituições, pois ao promover o diálogo as diferenças podem ser superadas ao longo das discussões; c) Promoção de respostas institucionais no âmbito de cada poder, posto relacionarem-se como Instituição e não como votos ou opiniões isoladas de cada membro; d) Maior participação dos demais atores envolvidos, a saber, a sociedade civil organizada nas suas múltiplas formas de expressão; e) Alcança-se maior legitimidade democrática e vinculação nas decisões prolatadas; f) Oferecer condições para uma análise de casos futuros a partir da orientação dada no presente; g) A abertura que proporciona denota uma decisão sempre

suscetível de modificações futuras com melhores argumentos e correções respeitando o momento histórico; h) Permite que as decisões políticas sejam discutidas e acordadas;

131. A busca pelo enquadramento do *judicial review* nos argumentos tecidos na experiência da democracia deliberativa calcada no diálogo e participação ampliada dos atores na discussão do conteúdo das normas constitucionais com vistas à deliberação que promova a melhor decisão possível é uma das possibilidades de atenuação das críticas ao ativismo judicial e a falta de legitimidade democrática de suas decisões. Evidentemente, tal desiderato só será alcançado pelo esforço conjunto e contínuo dos diversos atores envolvidos, em especial, os Poderes constituídos, pois não existe diálogo de um só. Consideramos que passos largos na construção deste novo desenho institucional já foram dados conforme analisamos;

132. A Teoria da Separação dos Poderes revisitada pelas contribuições das teorias dialógicas analisadas nesta investigação e, em consequência, obtendo a atualização necessária às novas demandas e expectativas sociais, muito tem a ganhar ao agregar elementos próprios presentes na democracia deliberativa, constituindo-se, desta feita, uma nova forma de diálogo entre os Poderes nos moldes a serem apresentados em seguida: os três Poderes, mantendo a divisão de competências estabelecida pela Constituição, preocupar-se-iam, verdadeiramente, com a força do melhor argumento sem *a priori* ocuparem-se em quem deve prolatar a “ultima palavra”, haja vista a consciência de que esta etapa é provisória uma vez que pode ser superada pela decisão de outro Poder. As decisões, prolatadas em meio a um esforço cooperativo dialogal, afastariam o máximo possível uma simples contagem de votos, evitando, outrossim, que a decisão fosse reduzida à mera verificação quantitativa de adesões previamente formadas, pois denotaria meramente o somatório de concepções previamente formadas as quais não sofreriam nenhum tipo de modificação pela falta de um espaço dialógico aberto que pudesse influenciar na mudança de pensamento pela força do melhor argumento; objetiva-se, portanto, mitigar a decisão quantitativa obtida pelo somatório de votos individuais e não-comunicativos;

133. A nova propositura repousa, com os elementos trazidos pela democracia deliberativa, que os três Poderes dialoguem verdadeiramente donde, mesmo existindo e expondo concepções previamente formadas, sejam consideradas como ponto de partida (e não de chegada) do processo decisório; a própria decisão final ser fruto deste

processo de formação e transformação de opiniões e preferências por meio de argumentos na busca por um consenso (na melhor das hipóteses, mas que não se configura como condição *sine qua non* de decisão deliberativa, uma vez que a melhor decisão pode surgir sem a unanimidade) obtido como a melhor solução possível para o caso, haja vista a força do melhor argumento. Mesmo considerando que esta decisão consensual possa sofrer alterações futuras em novas “rodadas procedimentais”, tal possibilidade é mitigada pela ampla participação de todos os Poderes envolvidos na deliberação decisória. Portanto, cada um dos Poderes deve estar de tal forma envolvido que possa estar disposto a argumentar e escutar, que esteja aberto a criticar e ser criticado, convencer e ser convencido, em suma, estar comprometido na busca pela melhor decisão sem o condão de que sua proposta seja a vencedora de qualquer forma;

134. As concepções prévias devem ser melhor esclarecidas, problematizadas, ampliadas, reformadas e até mesmo abandonadas à medida em que sofre influxos de argumentos diferentes e mais fortes desde que em meio a uma argumentação racional produtiva e não-hierárquica que haja promovido um processo de aprendizado recíprocos de modo que pudessem convergir para uma decisão construída coletivamente e aceita por todos, fruto de consenso (Decisão deliberativa ideal), ou considerada a melhor para o momento, embora não unânime (Decisão deliberativa possível);

135. Os locais de deliberação são diferentes. Uma discussão argumentativa dialogal iniciada em meio a um processo legislativo que tramita no Parlamento deve ter a condução legislativa, mas aberto aos argumentos, durante o processo de feitura da lei dos demais Poderes resignificando postulados específicos para que promovam o diálogo e não o enfrentamento. Um veto presidencial, por exemplo, pode ser concebido como oportunidade de diálogo na busca pela melhor decisão e não a colonização de espaços de poder ou outro agir estratégico na busca pragmática de fazer prevalecer seus pontos de partida como pontos de chegada; também o Judiciário, na verificação não meramente jurídica acerca da formalidade procedimental à luz da Constituição do processo legislativo, pode contribuir com argumentos que possam influenciar de forma contudística a construção da nova lei. Utilizando-se dos argumentos trazidos pelos demais Poderes, o Legislativo, haja vista a discussão ser em meio a um processo legislativo, pode decidir o conteúdo da lei com muito mais legitimidade e segurança jurídica de que o aprovado será exequível (Executivo) e não obstado em ações judiciais futuras (Judiciário). Máxime que esta decisão legislativa é dotada de provisoriedade,

pois não impede outras rodadas procedimentais, mas tal possibilidade é mitigada, pois todos sentiram-se participantes em uma construção coletiva. Também o povo participa efetivamente na construção através de audiências públicas;

136. Ao ser provocado, o Judiciário, em meio ao processo judicial, conduzirá a discussão com os demais Poderes e a busca pela melhor decisão possível com a força do melhor argumento, na oitiva, está aberto às questões de exequibilidade orçamentária (Executivo) e dos argumentos do legislador. A decisão prolatada, fruto de consenso (situação ideal) mitiga a possibilidade de “correção legislativa” da decisão judicial na feitura de lei (ou emenda à Constituição) com o mesmo teor e redação, haja vista ter existido intenso debate sobre o tema. Tais atitudes elevam sobremaneira a estabilidade institucional objetivada no Estado Democrático de Direito;

137. Não se pretende propor um novo modelo normativo de tomada de decisões, mas, a partir das já existentes, incluir o elemento dialogal como fundamental para a busca sincera do melhor argumento que orientará a melhor decisão fruto (ou não) de consenso. Não sendo fruto de consenso, percebe-se que não há o afastamento completo da aplicação da regra majoritária, mas desde que todos os pontos de vista tenham sido expostos e discutidos o que garante, pelo menos, que a decisão não foi fruto de uma operação matemática de contagem de votos isolados, mas resultou de amplo, transparente e equânime debate tornando a decisão mais racional; há uma “aprendizagem recíproca” fruto deste processo;

138. O quadro descrito apenas se tornou possível quando o Judiciário tornou-se proativo e ativista, provocando os demais Poderes à reação e posteriormente abrindo-se à possibilidade de construção da decisão pela via do diálogo;

139. O retraído e claudicante STF, formalista e não interventor, minimalista ao extremo e afastado das questões políticas, revê seu posicionamento, faz uma releitura da separação dos poderes ao colocar-se como um terceiro gigante na resolução das mais variadas demandas dos mais variados temas e, avançando sobre a competência dos demais poderes, causou uma reação e tensão entre os Poderes. Tal fato proporcionou uma releitura das competências de cada um e a necessidade de harmonizar as relações interinstitucionais. Uma das respostas possíveis é a prática dialogal entre eles, amenizando a supremacia judicial e com isso dotando-a de legitimidade sempre que

houver abertura com os demais poderes e a sociedade para discutir as questões mais relevantes em matéria constitucional;

140. Esta abertura do Judiciário brasileiro acarretou maior participação popular, seja no ajuizamento cada vez mais elevado de demandas, seja na oitiva da sociedade antes da prolação da decisão pela via das audiências públicas e do *amicus curiae*. embora não esteja institucionalizado, o diálogo entre os Poderes com a participação da sociedade já é uma realidade, não obstante as diversas dificuldades dialogais entre eles no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *La Tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante, nº 8, 1990.

ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. Harvard Law Review. Vol. 113, nº 03, 2000.

ACOSTA SANCHES, José. *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites**. In: Congresso Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Noesis, 2006.

AGESTA, Luis Sanchez. *Principios de Teoría Política*. Madrid: Editorial nacional, 1983.

AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AHUMADA RUIZ. *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Civitas, 2005.

ÁLVAREZ, Emilio Geraldo Arringa. *La teoría de Niklas Luhmann*. In: Convergência. México. Maio –Agosto, 2003.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I, Coimbra: Almedina, 1994.

AMARAL, Gustavo. & MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. & TIMM, Luciano Benetti (Orgs). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. **Ativismo Judiciário**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/69219,1>>. Acesso em 12 de Dezembro de 2013.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **Ascensão do Judiciário e tensão institucional: judicialização, ativismo e reação do Poder Legislativo (PEC 33/2011)**. Brasília, Câmara dos Deputados, Revista E-Legis. Nº 10. Jan./Abr. 2013. Disponível em: <http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/127>. Acesso em 10 de Outubro de 2014.

ARAGON, Manuel. *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

ARAÚJO, Felipe Dantas de. **PEC 33/2011 – E a última palavra sobre alteração constitucional vai para...** In: Jus navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24381/pec-33-2011-e-a-ultima-palavra-sobre-alteracao-constitucional-vai-para#ixzz3N8FRvzL2>. Acesso em 16 de Novembro de 2014.

ARAÚJO, Fernando. Prefácio no livro de LEAL, Rogério Gesta. **Impacto econômico e social das decisões judiciais**. In: Coleção Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados). Disponível em: [http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos\\_site.pdf](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf). Acesso em 26 de Dezembro de 2014.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito – introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. Coimbra: Almedina, 1995.

ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: [s.n.], v. 96, p. 189-194, 1977.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (Trad.) Madrid: Civitas, 1985.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **A revogabilidade política das decisões do STF: a vulnerabilização na tutela dos direitos fundamentais e o especial prejuízo aos grupos LGBT**. In: Revista de informação legislativa, v. 50, n. 199, p. 55-75, jul./set. 2013.

BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. **The constrained court: law, politics and the decisions justices make**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

BAMFORTH, Nicholas. **Parliamentary sovereignty and the human rights act 1998**. Public Law, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A plenitude da cidadania (teoria geral da cidadania) e as garantias constitucionais e processuais**. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Costa Rica, 1996.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Constituição Federal vista pelo STF**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação*



constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARNES, Jeb. *Adversarial legalism, the rise of judicial policy making, and separation-of-powers doctrine*. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. (Ed.). Making policy, making law: an interbranch perspective. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004.

BARRAGÁN, Julia. *La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante, nº 8, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: [http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)., acesso em 27 de janeiro de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Atualidades Jurídicas. 2009, n. 4, janeiro e fevereiro, p. 1-29. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: Julho de 2013

BARROSO, Luís Roberto. **Mandado de Injunção: perfil doutrinário e jurisprudencial**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, nº 191, jan/mar. 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Coords.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática**. In: Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 14 de Março de 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014.

BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. Washington DC: CQ Press, 2010.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1972.

BERCOVICI, Gilberto & LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/201**. In: Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERGALLI, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*. Argentina, 1999.

BERGHOLTZ, Gunnar. *Ratio et Auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante, nº 8, 1990.

BIANCHI, Alberto. *Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

BICKEL, Alexander M. *Foreword: The Passive Virtues*. Faculty Scholarship Series. Paper 3968, 1961, disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4962&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4962&context=fss_papers), acesso em 28 de janeiro de 2015.

BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Paperback – September 10, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Política**. In: SANTILLÁN, José Fernandez (org.). Norberto Bobbio: o filósofo e a política. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. (trad.) Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernest. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la constitución*. In: Escritos sobre derechos fundamentales (trad.) Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BOHMAN, James. *Public deliberation: pluralism, complexity and democracy*. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil**. In: Revista de Direito Constitucional. São Paulo: USP, nº 51, maio/agosto, 2004.

BORDIN, Luigi. **Democracia e direito, a questão da cidadania na época da globalização**. In: Revista Perspectiva Filosófica, vol. VIII, nº15, jan./jun./2001, Recife: Editora universitária (UFPE).

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

BRASIL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL– DF. **Nota Pública: OAB/DF quer amplo debate sobre PEC 3/2011**. Disponível em <http://www.oabdf.org.br/noticias/nota-publica-oabdf-quer-amplo-debate-sobre-pec-32011/#.VJ7IssAHA>. Acesso em 14 de Novembro de 2014.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2009.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1980

CAMARGO, José Aparecido. **Teoria dos Sistemas: Autopoiese e Alopoiese**. Disponível em:

[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2456.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2456.pdf). Acesso em 15 de Março de 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça, (org.) José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO, Celso. **Governo representativo “versus” governo dos juízes: A autopoiese dos sistemas político e jurídico**. Belém: UFPA, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva**. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas- Atlas, nº 245, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Apuntes para una fenomenologia de la justicia em el siglo XX*. In: Revista de Processo, São Paulo: RT.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Trad.) Porto Alegre: SAFE, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad e legitimidad de la justicia constitucional*. In: FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo: Elementos para uma definição**. In: PUGLIESI, Antonio (Coord.). *Os 20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. In: *Studia Iuridica*, 41, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Ed. Coimbra, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **A judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. ABCP. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: [www.cienciapolitica.org.br/Ernani\\_Carvalho.pdf](http://www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf). Acesso em 20 de Dezembro de 2013.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>, p. 119, acesso em 25 de Maio de 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos de. **Impacto deslocativo no orçamento público estadual em face de decisões judiciais**. In: Secretaria de Orçamento Federal (SOF). Disponível em: [http://www.orcamentofederal.gov.br/educacao-orcamentaria/premio-sof-de-monografias/IV\\_Premio\\_SOF/Tema\\_2\\_3\\_lugar.pdf](http://www.orcamentofederal.gov.br/educacao-orcamentaria/premio-sof-de-monografias/IV_Premio_SOF/Tema_2_3_lugar.pdf). Acesso em 14 de Novembro de 2014.

CHAI, Cássius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Judiciário: autonomia e justiça**. In: *Revista de Informação Legislativa* n°117, Brasília, jan./mar. 1993.

CLÈVE, Clèmerson. **A Fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade**. Porto Alegre: SAFE, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional.** In: MENDES, *et alii*. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Congresso quer limitar os poderes do STF?** Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/congresso-quer-limitar-os-poderes-do-stf>. Acesso em 16 de Outubro de 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** In: Revista RT, vol. 737, mar. de 1997, São Paulo: RT.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América.** Alcides Cruz (Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CORDEIRO, António Menezes. **Da inconstitucionalidade da revogação dos assentos.** In: MIRANDA, Jorge (org.). *perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976.* Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CORREIA, Sérvulo. **Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses.** In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes.* Lisboa (Edição da FDUL): Coimbra Editora, 2004.

CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição.** Juliana Neuenschwander Magalhães (Trad.). In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. n° 35, jan.-jun/2001, Belo Horizonte.

COSTA, Luiz Fernando Gaspar. **Listagem de medicamentos e a decisão proferida na STA nº 59-STJ: a justiciabilidade dos direitos sociais.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, vol. 5, nº 1, p. 119-135, 2004.

COSTA, Oswaldo Poll. **O espírito (antidemocrático) da PEC Nº 33/2011: uma questão de validade e não de vigência.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12671&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12671&revista_caderno=9). Acesso em 12 de Outubro de 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetividade da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Ana Cândida da. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Regulação de medicamentos.** In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo, vol. 7, nº 1-3, p. 111-116, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Método, 2006.

DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. Center for Human Rights and Global Justice working paper economic, social and cultural rights series number 3, New York, NYU School of Law, 2006, p. 8. Disponível em: [http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ\\_Dixon\\_Final.pdf](http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ_Dixon_Final.pdf). Acesso em 17 de Janeiro de 2015.

DOBROWOLSKI, Sílvio. **A necessidade de ativismo judicial no Estado Contemporâneo**. In: Revista CCJ, Ano 16, nº 31, Dezembro de 1995, p. 92-101. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq31Dobrowolski-NecessidadeAJEC.pdf>. Acesso em 22 de Outubro de 2012.

DOBROWOLSKI, Sílvio. **Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988: uma introdução**. In: Revista de Informação Legislativa nº108, Brasília, out/dez. 1990.

DOR, Gal. *Constitutional dialogues in action: canadian and israeli experiences in comparative perspective*. Disponível em: <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17712/17895>. Acesso em 28 de Dezembro de 2014.

DROMI, Roberto. *Los jueces: Eslajusticiaun tercio del poder?* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1992.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2010.

DUGUIT, León. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris, Thorin et Fontemoing, 1923.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição Norte-Americana**. Marcelo Brandão Cipolla (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Massachusetts: Harvard University, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Luís Carlos Borges (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Natural Law Revisited*, U. Florida.Law Review, 1982.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Luís Carlos Borges (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições**. São Paulo: ENESP, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios general es del derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington, D.C.: CQ Press, 1998.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew. *The Supreme Court as a strategic national policy maker*. Emory Law Journal, n. 50, 2001.

ESTEVES, Maria Assunção. **Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário**, in: Colóquio no 10<sup>a</sup> aniversário do Tribunal Constitucional (1993: Lisboa). Legitimidade legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números – o múltiplo supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FARIA, José Eduardo. **O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira**. In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça, (org.) José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e Valori. Saggi*. 2<sup>a</sup> Ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6<sup>a</sup> ed. Padova: Cedam, 2001.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Manuel A. D. de Andrade (Trad.) Coimbra: Arménio Amado Editor, 1933.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582009000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007). Acesso em 23 de Novembro de 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1985.

FISHER, Louis. *Interpreting the Constitution: more than what the Supreme Court says. Extentions*. (A journal of the Carl Albert Congressional Research and Studies Center). University of Oklahoma, 2008.

FISHER, Louis. *Judicial finality or an ging colloquy?* In: MILLER, Mark C.; BARNES, Je. (Ed.). Making policy, making law: interbranch perspective. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004.

FISS, Owen M. The perils of minimalismo. *Theoretical Inquiries in Law*. V. 9, p. 643-664, 2008.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistêmica do direito**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo popular mediado**. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6(1):123-160, 2005. Disponível em: [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf). Acesso em 24 de Novembro de 2014.

FRIEDMAN, Barry. *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*. *University of Cincinnati Law Review*, 72:1257, 2004. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=632462](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=632462). Acesso em 22 de Novembro de 2014.

GARAPON, Antoine. **O guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas**. Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1994.

GARCÍA, Pedro de Vega. *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo Jurisprudencial en la doctrina constitucional*. *Teoria y realidad constitucional*, n. 1, jan./jun. 1998.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1957.

GARDBAUN, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves de Larry Kramer*. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>. Acesso em 16 de janeiro de 2015.

GARGARELLA, Roberto. *Theories of Democracy: The judiciary and social rights*. In: GARGARELLA, Roberto. *Et alli. Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Aldershot: Ashgate, 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>. Acesso em 12 de Dezembro de 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública**. In: Revista Trimestral de Direito Público n°2, Malheiros, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. In: CARVALHO, Geraldo de. (Trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2001

GUTMANN, Amy e THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 5. Cf; BOHMAN, James. *Public deliberation: pluralism, complexity and democracy*. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. In: MENDES, A. Ribeiro (Trad.) Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1994.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. In: MOTTA, Lycurgo Gomes da. (Trad.). São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 292.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. In: Manual de derecho constitucional. Antonio López Pina (Trad.) Madri: Marcial Pons, 2001.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Luís Afonso Heck (Trad.) Porto Alegre: SAFE, 1998.

HESSE, Konrad. *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg: Ausgewählte Schriften*, 1984 *apud* MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional.

HIRSCHL, Ran. *The judicialization of mega-politics and the rise of political courts*. *Annual Review of Political Science*, v. 11, 2008, p. 7. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008>, acesso em 15 de Janeiro de 2014.

HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalismo and the judicialization of pure politics worldwide*. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, pp. 722-729.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes. **PEC nº 3/2011. Um salutar freio ao ativismo judicial predatório ou um retrocesso a efetivação das garantias fundamentais desprestigiadas pelo legislador**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11728&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11728&revista_caderno=9). Acesso em dez 2014.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

KATYAL, Neal Kumar. *Judges as Advicegivers*, *apud* BATEUP, Christine. A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University School of Law. 2005. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp). Acesso em 28 de Outubro de 2014.

KELSEN, Hans. **A Jurisdição Constitucional**. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle de la Constitution*. *Revue du droit public et de la Science politique*, 1928.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Luís Carlos Borges (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Luís Carlos Borges (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Batista Machado (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade**. In: HUANG, Carolina (Trad.). São Paulo: Manole, 2006.

KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos**. In: Anuário dos cursos de pós-graduação em direito n° 10 – Recife: Universidade Federal de Pernambuco / CCJ/ João Maurício Adeodato (Coord.), editora universitária da UFPE, 2000.

LARENZ, karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. José Lamago (Trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Walter Stöner (Trad.) São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LECLAIR, Jean. *Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien*. Disponível em <https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2003-charte-canadienne-p377.pdf>. Acesso em 16 de Janeiro de 2015.

LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo Judicial**. BDJur, Brasília. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>. Acesso em 23 de Agosto de 2012.

LEITE, Glauco Salomão. **Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional**. Tese de Doutorado em Direito. Recife: Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), 2014.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. Disponível em: [http://www.livrosgratis.com.br/arquivos\\_livros/cp041169.pdf](http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cp041169.pdf), p. 76, acesso em 02 de Maio de 2014.

LEITE, Nair L. et al. **Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC**. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 2, p. 13-28, jul./out. 2009.

LIMA, Fernando Rister Sousa. **Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico**. In: *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 4. Curitiba, 2008, p. 1. Disponível em: [www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br](http://www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br), acesso em 05 de Janeiro de 2014.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009.

LLORENTE, Francisco. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid: McGraw, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito.** In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça, (org.) José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2002.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad.* Javier Torres Nafarrate (Trad.). México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Gustavo Bayer (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, pp.73-74.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição.** São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Marina A. et al. **Judicialização do acesso a medicamentos no estado de Minas Gerais, Brasil.** *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Democracia e crise: alternativas estruturais para o Brasil.** In: Jus Navigandi, n° 58, Agosto de 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3157>> Acesso em 10 de Junho de 2010.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo.** In: PUGLIESI, Antonio (Coord.). Os 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALFATTI, Elena. *Giustizia costituzionale.* Torino: Giappichelli Editore, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Neoliberalismo e Desadministrativização.** In: Revista de Informação Legislativa n° 32 (127). Brasília, Jul./Set. 1995

MANSILLA, Darío Rodríguez. *Invitación a la sociologia de Niklas Luhmann.* In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Javier Nafarrate Torres (Trad.). México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Discorsi: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.** BATH, Sérgio. (Trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1982, Disponível em: [http://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/18056/mod\\_resource/content/1/MAQUIAVEL%2C%20Nicolau.%20Coment%C3%A1rios%20sobre%20a%20primeira%20d%C3%A9cada%20de%20Tito%20L%C3%ADvio%20%28Discorsi%29](http://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/18056/mod_resource/content/1/MAQUIAVEL%2C%20Nicolau.%20Coment%C3%A1rios%20sobre%20a%20primeira%20d%C3%A9cada%20de%20Tito%20L%C3%ADvio%20%28Discorsi%29).

MARAVALL, José María. PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the rule of law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

MARQUES, Sílvia Badim. **A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político.** In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo, vol. 7, n° 1-3, p. 195-217, 2006.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar. 1967.

MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. University of Colorado Law Review, Vol. 73, September 2002, p. 102 a 104. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=330266>.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei nº 9.869 de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra. **O ativismo judicial e a ordem constitucional**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 18, p. 2, Jul.-Dez.de 2011.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Editorial Trotta, 1998.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã**. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE nº 11, Recife: Editora da UFPE, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. In: Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ – centro de atualização jurídica, V. I, nº 4, jul., 2001, p. 19, disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-CELSO-ANTONIO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-CELSO-ANTONIO.pdf)> acesso em 20 de abril de 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Controle judicial dos atos administrativos**. In: Revista de Direito Público nº 65, jan/mar. 1983, São Paulo.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido na posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 12 de abril de 2011.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O apelo ao legislador na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã**. In: Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, nº 179, jan./jun./1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade : um caso clássico de mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, 2004, p. 165. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em 12.05.2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O STF não pode se tornar uma Corte bolivariana.** Entrevista publicada em 03.11.2014 no site <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-pode-se-tornar-uma-corte-bolivariana-diz-gilmar-mendes>. Acesso em 10.11.2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional.** Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. Prefácio In: TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor. 1998, p. XIII-XIV.

MIRANDA, Jorge. **A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais.** Lisboa: Petrony, 1978.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social.** In: Revista dos Tribunais, ano 1, out/dez. de 1992.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant. **O espírito das leis.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat **Do espírito das leis**, v. 1. São Paulo: Nova Cultural (Os Pensadores), 1997.

MORAES FILHO, José Filomeno. **Separação de Poderes no Brasil Pós-88: Princípio Constitucional e Práxis Política.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição: Estudo sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

MORAES, Alexandre de. **A PEC 33/2011 cria uma guerrilha institucional inútil.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/justica-comentada-pec-332011-cria-guerrilha-institucional-inutil>> Acesso em: 12 de Novembro 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Germana. **Controle jurisdicional da administração pública.** São Paulo: Dialética, 1999.

MORAIS, Carlos Blanco de. **As Sentenças com Efeitos Aditivos.** In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.) As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-brasileiros de Direito Público. Lisboa: AAFDL, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MOREIRA, Luiz. **A PEC 3/2011 ou da Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/artigos/3480-a-pec-3-2011-ou-da-revisao-parlamentar-do-controle-de-constitucionalidade>. Acesso em 22 de Novembro de 2014.

MOREIRA, Vital. **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional**. In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Peter Naumann (Trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NALINI, José Renato. **O Poder Judiciário na Constituição de 1988**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Constitucional. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NEVES, António Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos “assentos” – comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.

NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. London: Yale University Press, 1998.

NUNES, António José Avelãs & SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **PEC 33, separação de poderes e o aprisionamento judicial da Constituição**. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com/pec-33-separacao-de-poderes-e-o-aprisionamento-judicial-da-constituicao/> Acesso em 11 de Setembro de 2014.



OLIVEIRA, Luciano. **Os direitos sociais e econômicos como direitos humanos: problemas de efetivação.**In: LYRA, Rubens Pinto (org.). Direitos Humanos: os desafios do Século XXI – uma abordagem interdisciplinar, Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?** In: TRINDADE, André Karam. Direito & Literatura: Ensaios Críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro.** São Paulo: RT, 2006.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional.** Lisboa: Lex, 1993,

OTERO, Paulo. **O Poder de Substituição e Direito Administrativo – enquadramento dogmático-constitucional.** vol. II, Lisboa: Lex, 1996.

PACINI, Dante. **Direito e Política.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A constitucionalização dos direitos sociais.** In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, ano I, v.1, nº 6, setembro de 2001, p. 3. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-CALMON-DE-PASSOS.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-CALMON-DE-PASSOS.pdf)> Acesso em 05 de mar. de 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Súmula Vinculante.** In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDP), nº 9, Janeiro/Fevereiro/Março, 2007, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.a.sp>. Acesso em 12 de agosto de 2012.

PELAYO, Manuel García. **Derecho Constitucional Comparado.** Madrid: Alianza, 1993.

PELICIOLO, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional.** São Paulo: LTR, 2008.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el estado constitucional de derecho.** Madrid: Trotta, 1997.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A decisão jurídica em Niklas Luhmann: Operação, diferença e abertura.** Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2261.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2261.pdf). Acesso em 23 de Fevereiro de 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. **O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais.** In: Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 1, nº 3, abr/jun. de 1993.

PÉREZ, Ruiz. **Juez y Sociedad.** Bogotá: Temis, 1987.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in congress: The Impact Of Judicial Review In a Separated System.* Duke University Press, 2004.

PINTO, Henrique Motta & ROSILHO, André Janjácómo. **Qual é a função das audiências públicas do STF: a legitimidade democrática ou a legitimidade técnica?** In: Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), 2009. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/observatorio\\_ver.php?idConteudo=16](http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=16). Acesso em 12 de Janeiro de 2015.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo.** Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000.

POSNER, Richard. *How judges think.* Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito.** Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash.* Faculty Scholarship Series, 169. Yale Law School. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/169](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169). Acesso em 12 de Dezembro de 2014.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. **O controle judicial de atos do Poder Legislativo: atos políticos e interna corporis.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

QUINTAS, Fábio Lima. **Poder do Legislador para sustar decisões do Supremo.** In: **Consultor Jurídico.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-08/observatorio-constitucional-poder-legislador-sustar-decisao-stf>, acesso em 12 de Novembro de 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Political Liberalism.* New York: Columbia University Press, 1993.

REALE, Miguel. **Direito Natural/Direito Positivo.** São Paulo: Saraiva, 1984

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 2006.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REPETTO, Raul. *Control de constitucionalidad de la ley*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.

RIBEIRO, Eduardo Kahler. **Revisão judicial, paradoxo democrático e diálogo institucional**. In: Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nº 63, 2014. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Eduardo\\_Ribeiro.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Eduardo_Ribeiro.html). Acesso em 23 de Janeiro de 2015.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Irwin Law Inc. October, 2001.

ROACH, Kent. *The Myths os Judicial Activism*. Supreme Court Law Review. Vol. 14, 2001, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1144766>.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court Decisions*. Yale University Press, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Pietro Nasseti (Trad.) São Paulo: Martin Claret, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contract Social*. Paris: Gallimard, 1964.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. Madrid/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

RUIZ, Marian Ahumada. *Hay alternativas a la judicial review?* In: GÓMEZ, Juan Veja; SOSA, Edgard Corzo (orgs.). Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memorial del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHES, José Acosta. *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid: Tecnos, 1998.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. 30, ano 11, 1999. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm). Acesso em: Julho de 2014.

SANTOS, Flávio José dos. **A Atuação do Judiciário na Efetivação do Direito à Saúde e a Reserva do Possível: Colisão com Direitos.** Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5522](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5522). Acesso em 12 de Dezembro de 2014.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo e democracia.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília nº 172, out./dez., 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1994.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Coords.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. **Controle público e social da atividade econômica.** In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). Presente e futuro das relações de trabalho: estudos em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos. São Paulo, LTR, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. & TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHALLENMUELLER, Christian Jecov. **Poder judicial e democracia: duas possíveis implicações do empoderamento do Judiciário sobre o arranjo democrático.** In: 38º Encontro Anual da ANPOCS, 2014. Disponível em: [http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=8987&Itemid=456](http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8987&Itemid=456). Acesso em 29 de Dezembro de 2014.

SCHAUER, Frederick e ALEXANDER, Larry. ***On Extrajudicial Constitutional Interpretation.*** In: Harvard Law Review, vol. 110, n. 7, 1997.

SCHIMITT, Carl. **O Guardião da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHIMITT, Karl. ***Teoría de la Constitución.*** Madrid: Alianza, 2001.

SCHMITT, Carl. ***La Defensa de la Constitución.*** Manuel Sanchez Sarto (Trad.). Madrid: Tecnos, 1998.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade.** Tito Lívio Cruz Romão (Trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. ***Teoría de la Constitución.*** Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHOR, Miguel. *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy*. Drake University (Legal studies research paper series) n° 12-02, December, 2010.

SEGADO, Francisco Fernandez. *El Tribunal Constitucional: um estudio orgânico*. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Madrid, n° 15, 1989.

SHAPIRO, Martin. *Courts, A comparative and political analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1986. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *Onlaw, politics, judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.

SICHES, Recasens. *Filosofia del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1959.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. Qu'est-ce que letiersétat?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Alexandre Garrido. *Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais*, In: *Neoconstitucionalismo*. OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Antônio Álvares da. *Reforma do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: [https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/98\\_reforma\\_STF.pdf](https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/98_reforma_STF.pdf). Acesso em 12 de Dezembro de 2014.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Nanci de Melo e. *Da Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do Ato Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, 2009, p. 211. Disponível também em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf), acesso em 30 de Outubro de 2014.

SILVEIRA, Daniel Barile. *Patrimonialismo e Burocracia: uma análise do Poder Judiciário na formação do Estado brasileiro*. Universidade de Brasília, 2006. Disponível em:

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Tese de Doutorado defendida na UERJ. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/2e/I->

Relat%C3%B3rio-Supremo-em-N%C3%BAmeros.pdf, acesso em: 10 de Novembro de 2013.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Constituição da República Portuguesa comentada**. Lisboa: Lex, 2000.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Direito Constitucional I: Introdução à Teoria da Constituição**. Braga: Livraria Cruz, 1979.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais**. In: X Aniversário do Tribunal Constitucional. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030214.html?impressao1>. Acesso em 27.04.2010.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Orgânica Judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1992.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. São Paulo: Síntese, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 351.

STERN, Klaus. *Derecho de la República Federal Alemana*. Madrid: CCE, 1987.

STRECK, Lenio Luis. **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 13 de Novembro de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1991.

STRECK, Lênio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direitos*

Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>.

STRECK, Lênio Luiz. **Poder Legislativo não deve revogar decisões judiciais.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>. Acesso em 13 de Novembro de 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”.** In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Unissinos, julho/dezembro de 2009, disponível em: [www.rechtd.unissinos.br/pdf/84.pdf](http://www.rechtd.unissinos.br/pdf/84.pdf).

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito.** Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2002.

STRECK, Lênio. **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lênio. **Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”.** Senso Incomum - CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em 29 de Dezembro de 2014.

SUNSTEIN, Cass. **Beyond judicial minimalism.** John M. Olin Law & Economics Working Paper. N} 432, p. 1-25, setepember, 2008.

SUNSTEIN, Cass. **One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for América,** New York: Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, Cass. **Second-order perfectionism.** Fordham Law Review, v. 75, nº 6, p. 2867-2883, 2007.

SUNSTEIN, Cass. **Testing minimalism: a reply.** Michigan Law Review, n. 104, I, 2005.

TATE, C. Neal. **Why the expansion of judicial power?** In. VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics.* New York: New York University. 1995.

TAVARES, André Ramos. **As relações institucionais na avaliação de um constitucionalista**. Revista Jurídica Consulex, nº 304, setembro de 2009.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Geruza Rios Pessanha (*et. al.*) **Diagnóstico das ações judiciais direcionadas à Secretaria de Estado da saúde do Espírito Santo**. Disponível em: [http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material\\_%20CONSAD/paineis\\_II\\_I\\_congresso\\_consad/painel\\_9/diagnostico\\_das\\_acoes\\_judiciais\\_direcionadas\\_a\\_secretaria\\_de\\_estado\\_da\\_saude\\_do\\_espirito\\_santo.pdf](http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_II_I_congresso_consad/painel_9/diagnostico_das_acoes_judiciais_direcionadas_a_secretaria_de_estado_da_saude_do_espirito_santo.pdf). Acesso em 28 de Dezembro de 2014.

TAVARES, Rodrigo de Souza e BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2259.pdf), acesso em 28 de Outubro de 2014.

TAYLOR, Matthew M. **O Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, nº 2, p. 229-257, 2007.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

TREMBLAY, Luc. B. *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. Oxford University Press and New York University School of Law 2005, I-CON, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 617–648. Disponível também em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/617.abstract>, acesso em: 21 de Setembro de 2014.

TUSHNET, Mark 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, Princeton University Press, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. (org.) **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio. & SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo Cooperativo ou Supremacia do Judiciário?** Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2209.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2209.pdf). Acesso em 15 de Fevereiro de 2015.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University. 1995.



VELLOSO, Gabriel. **PEC 3/2011 é inconstitucional e diminui Judiciário**. Disponível em: <http://politicacidadaniaedignidade.blogspot.com.br/2011/03/pec-32011-e-inconstitucional-e-diminui.html>. Acesso em 23 de Outubro de 2014.

VERDU, Pablo Lucas. *La Constitución em la encrucijada*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morais e Políticas, 2004.

VERÍSSIMO, Marcos P. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira**. Revista Direito GV, v. 4, p. 407-440, 2008, p. 412.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Fabíola; ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil**. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, abr. 2007.

VIEIRA, José Ribas. **Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil**. In: Revista da Faculdade de Direito de Caruaru. V. 40, nº1 – Jan.-Jun./2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista Direito GV, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia: vícios e virtudes republicanas**. *Jornal O Valor*. 06/11/2007.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**, vol. I, Brasília: IBET, 2003.

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. *The Yale Law Journal*, 115:1346-1406, 2006.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *A right-based critique of constitutional rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993..

WALDRON, Jeremy. **Judges as moral reasoners**. In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 7, nº 1, 2009.

WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa**. In: *Revista de Administração Pública* vol. 48 nº 5 Rio de Janeiro Set./Out. 2014.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann. **Dezessete anos de judicialização da Política**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>, acesso em 16 de Junho de 2014.

XIFRA HERAS, Jorge. *Curso de Derecho Constitucional*. Barcelona: Bosch, 1957.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A lei, o direito e a Constituição**. António Rocha (Trad.). Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos>. Acesso em 23 de Junho de 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. In: Marina Gascón (Trad.) Valladolid: Trotta, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale: i sistema delle fonti del diritto*. Torino: Utet, 1988.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 47, n.185, p. 7-25, janeiro – março /2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198655/1/000881199.pdf>>. Acesso em: Dezembro de 2014.