



Cláudio Boy Guimarães

**Judicialização da Política, ativismo
judicial e diálogo constitucional no
Brasil**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção de título em Mestre em Direito.

Orientadora: Prof. Gisele Guimarães Cittadino

Rio de Janeiro
Abril de 2014



Claudio Boy Guimarães

**Judicialização da política, ativismo
judicial e diálogo constitucional no Brasil.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof^a. Gisele Guimarães Cittadino
Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Carvalho Leite
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Francisco de Guimaraens
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Mônica Herz
Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 07 de abril de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Cláudio Boy Guimarães

Graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce em 1994. Especializou-se em Direito Público pela Faculdade de Direito de Ipatinga em 2005 e em Docência do Ensino Superior pela Associação Presbiteriana de Educação e Pesquisa em 2008. Professor de Direito Civil e Direito Processual Civil nas Faculdades Integradas de Caratinga desde o ano de 2005.

Ficha Catalográfica

Guimarães, Cláudio Boy

Judicialização da Política, ativismo judicial e diálogo constitucional no Brasil. Cláudio Boy Guimarães; orientadora: Gisele Guimarães Cittadino. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2014.

84 f.; 30 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Judicialização da política. 3. Ativismo judicial. 4. Separação de Poderes. 5. Última palavra. 6. Diálogo constitucional. 7. I. Cittadino, Gisele Guimarães. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para Patrícia e Ana Luísa, pelo apoio e
carinho.

Agradecimentos

A Deus, motivo da minha fé.

A minha orientadora, Professora Gisele Guimarães Cittadino, pelas orientações, dedicação e também por seu exemplo de pessoa e profissionalismo.

À PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado

A todos os professores do Curso de Mestrado.

Aos meus pais, pelo amor e apoio a todo instante.

A minha irmã Carla, pelo apoio incondicional.

A Paty e Aninha, meus grandes amores.

Resumo

Guimarães, Cláudio Boy; Cittadino, Gisele Guimarães. **Judicialização da Política, ativismo judicial e diálogo constitucional no Brasil**. Rio de Janeiro, 2014, 84 p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Esta dissertação analisa os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial e suas consequências no cenário atual brasileiro. Há uma discussão sobre se esses ferem o princípio da separação dos poderes, sendo comprovado que o ativismo judicial pode ser responsabilizado nesse sentido. Esses fenômenos incomodam o Poder Legislativo, que pode reagir editando novas emendas constitucionais ou leis que contrapõem essas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. O embate entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo levanta a questão de quem seria o detentor da última palavra, mas também pode promover um necessário diálogo constitucional em tempos de supremacia judicial.

Palavras-chave

Judicialização da política; Ativismo judicial; Separação dos Poderes; Última palavra; Diálogo constitucional.

Abstract

Guimarães, Cláudio Boy; Cittadino, Gisele Guimarães (Advisor). **Judicialization of Politics, Judicial Activism and Constitutional Dialogue in Brasil**. Rio de Janeiro, 2014, 84p. Msc. Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This dissertation analyzes the phenomena of the judicialization of politics and judicial activism and their consequences in the Brazilian current scenario. There is a discussion if these injure the separation of the powers principle, as it was proved the judicial activism may take the responsibility for it. These phenomena disturb the legislative power, that may react editing new constitutional amendment or laws that are against these decisions told by the Supreme Court. This subject between the judiciary power and legislative rises the question about who would be the owner of the last word but it could also promote a useful national constitutional dialogue nowadays

Keywords

Judicialization of politics; Judicial activism; Separation of Powers; Last word; Constitutional dialogue.

Sumário

Introdução	9
1. Judicialização da política e ativismo judicial	13
1.1. Judicialização da política - Possibilidade no Estado Democrático de Direito	13
1.1.2. A Judicialização da política no Brasil	17
1.2 Ativismo Judicial	21
1.2.1. O Ativismo Judicial no Brasil	24
1.2.2. Minimalismo Judicial <i>versus</i> Ativismo Judicial	31
2. A separação dos Poderes no Brasil e o ativismo judicial.	36
2.1 A crise de representatividade do Poder Legislativo.	38
2.2 O abuso de edições de medidas provisórias	45
2.3 A separação dos Poderes no momento atual	50
3. O Supremo Tribunal Federal e o poder da última palavra.	58
3.1. Diálogo constitucional - uma alternativa viável.	67
4. Conclusão	77
5. Referências bibliográficas	81

Introdução

Jamais na história brasileira o Supremo Tribunal Federal esteve em tão grande evidência. São relativamente raros os dias em que as decisões proferidas pelo Tribunal não sejam objeto de manchetes pela mídia nacional.

Isso acontece porque decisões de grande repercussão que envolvem questões políticas e sociais estão sendo dirimidas por aquela Corte, inobstante tratem de matérias a serem analisadas tradicionalmente pelos Poderes Executivo e Legislativo, órgãos reconhecidamente competentes para esse fim.

Tal fenômeno surgiu naturalmente, em virtude do novo modelo de constitucionalismo consolidado nas democracias europeias após a Segunda Guerra Mundial, e fixou-se no Brasil após a Constituição Brasileira de 1988 com a redemocratização do país.

Pode-se afirmar então que a redemocratização expandiu e fortaleceu o Poder Judiciário, incentivando a demanda por justiça na sociedade. Outro fator de propulsão importante foi a constitucionalização abrangente, já que questões antes não alcançadas pela Constituição passaram a ser. Outro foi o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo.¹ Ambos são fatores importantes que juntamente com outros tantos, tornaram o Poder Judiciário protagonista no cenário brasileiro atual.

Esse fortalecimento do Judiciário, que lhe possibilitou julgar demandas extremamente importantes sobre questões políticas e sociais, é chamado de Judicialização da Política, e o seu surgimento trouxe um grande avanço da justiça constitucional sobre o setor da política majoritária, que é aquela realizada especialmente no âmbito do Legislativo e do Executivo.

¹ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: Jacinto de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão (Org). *Constituição & Ativismo Judicial - Limites e possibilidade da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 276 e 277

Por outro lado, esse novo momento do Judiciário trouxe-lhe também um encorajamento descomunal em algumas de suas decisões que, revestidas de supremacia, ultrapassam os limites e competências a ele atribuídas constitucionalmente. Trata-se do ativismo judicial, que não pode ser confundido com a judicialização da política.

O ativismo judicial, embora tenha surgido da mesma família da judicialização da política, caminha em sentido contrário à lógica democrática, pois é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.²

Esse comportamento do Judiciário tem trazido inúmeras preocupações no sentido da quebra do princípio da separação dos poderes, sendo muito criticado pelo Poder Legislativo, o qual, por sua vez, tem visto suas funções e competências serem ingeridas ou divididas pelo Judiciário.

É fato que a situação atual dos três Poderes é campo fértil para tais acontecimentos, mormente no que se refere ao descrédito do Poder Legislativo, que vive uma crise de representatividade, e também pela força normativa da Constituição, que outorga ao Supremo Tribunal Federal ser, *prima facie*, o guardião da Constituição Federal.

Apesar dessa característica marcante do Judiciário, o inconformismo do Legislativo quanto ao comportamento proativo tem aflorado, ocorrendo reações no sentido de contrapô-lo, com edições de novas emendas constitucionais ou novas leis.

Por mais que a reação legislativa tenha num primeiro momento o objetivo de combater a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não deixa de ser uma forma de diálogo interinstitucional. Nesse sentido, o melhor caminho em tempos de supremacia judicial.

² Ibidem, p. 279

A presente dissertação analisa esses momentos e os narra da seguinte maneira:

O primeiro capítulo traz a origem e conceituação da judicialização da política e do ativismo judicial, demonstrando as virtudes da primeira, assim como o seu surgimento, natural e necessário nessa junção contemporânea entre direito e política. Caso a ser observado também no cenário atual do Brasil.

Lado outro, o ativismo judicial também é objeto de pesquisa nesse mesmo capítulo, no qual se demonstra também sua origem e conceituação, bem como o destemor do Supremo Tribunal Federal em promover esse comportamento proativo, percebido por meio de julgados em que se comprovam a suplantação de seu limite jurisdicional.

Oportunamente é mencionada a visão minimalista de julgar, conhecida também como autocontenção judicial que numa vereda contrária, propaga um comportamento mais rígido e conservador nas decisões da Corte Constitucional Brasileira.

Já o segundo capítulo analisa a situação atual da separação dos Poderes, onde se percebe a crise de representatividade do Poder Legislativo, retraído e omissivo em suas funções, impopular e desacreditado pelas demais instâncias e pela sociedade, fatores que contribuem para o fortalecimento do comportamento proativo da Corte Brasileira.

Nesse cenário, observar-se-ão as edições de medidas provisórias, artifício utilizado pelo Poder Executivo em caso de relevância e urgência, mas que quando utilizado abusivamente serve para um descompasso na separação dos poderes, contribuindo ainda mais para a crise já vivenciada pelo Poder Legislativo.

Ainda no segundo capítulo, observar-se-á que no momento atual não há mais espaços para a visão clássica da divisão de Poderes, devendo-lhe ser dado um dinamismo em prol do bem-estar social da nação, entretanto em total prudência, para evitar prejuízos concretos ao princípio da separação dos poderes.

A supremacia judicial é a característica marcante desse momento e, com ela, surgiu esse comportamento proativo da Corte Constitucional Brasileira. Entretanto, não obstante a essa forma de agir do Judiciário, o que se tem percebido é que o Legislativo, mesmo que timidamente, não tem permanecido inerte.

O terceiro capítulo traz essa última situação como análise, demonstrando as reações do Legislativo em combater as decisões do Judiciário por meio de edições de emendas constitucionais ou leis, percebendo-as como um interessante remédio de combate ao ativismo judicial, que leva a um certo diálogo constitucional, fator preponderante como interação dos Poderes em tempos de crise.

1

Judicialização da política e ativismo judicial

1.1

Judicialização da política - Possibilidade no Estado Democrático de Direito

Há uma crescente preocupação na atualidade quanto ao exercício da prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a de ultrapassar o limite da sua atuação, adentrando a esfera dos demais poderes, mormente nas decisões que envolvam questões políticas.

Não é de se estranhar a preocupação existente face à visão clássica da tripartição dos poderes. Entretanto, essa forma de agir pelas cortes constitucionais não surgiu agora e é chamada *prima facie* de Judicialização da Política,³ ocorrendo quando algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, como é o caso do Congresso Nacional e o Poder Executivo.⁴

Esse fenômeno é também protagonizado em outros tribunais constitucionais, mormente nos países da *common Law*, em virtude da criação jurisprudencial do direito. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, registrou-se, no ano de 1803, uma decisão da Suprema Corte que, ao julgar o caso *Marbury versus Madison*, anulou uma decisão do Poder Executivo por considerá-la inconstitucional, lançando os fundamentos da revisão judicial e estabelecendo um

³ Importante distinguir a judicialização da política do ativismo judicial. O primeiro é possível devido à adoção, na Constituição, de institutos que possibilitaram o estreitamento da justiça na política. O segundo, é uma forma proativa de interpretar a Constituição em que o Judiciário ultrapassa o seu limite e competência.

⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: Jacinto de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão (Org). *Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1ª Edição, 2011, p 276.

princípio de revisão dos atos do governo pelo Poder Judiciário.⁵ Já nos países da *civil law*, a judicialização da política fortaleceu-se pós-Segunda Guerra Mundial com o surgimento das constituições democráticas, quando verificou-se um crescimento da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do poder legislativo e executivo.⁶ Certo é que a implementação de princípios nos textos constitucionais possibilitou ao julgador constitucional a implementação de decisões construtivistas face ao amparo constitucional existente, já sendo possível falar em um direito judicial em contraposição a um direito legal.⁷

Luiz Werneck Vianna afirma que, em observação à natureza de reflexão presente na origem do mundo democrático, como em Rousseau, Kant, Bentham e Tocqueville, não é de se surpreender que no atual cenário a agenda do direito tenha se tornado dominante no plano da política e na vida social,⁸ sendo ainda a judicialização da política resultado de inúmeras situações:

Esses processos procedem de múltiplas instâncias e resultam das profundas transformações que, desde o segundo pós-guerra, afetaram as sociedades ocidentais. Em primeiro lugar, a própria guerra, com o Tribunal de Nuremberg, convocado para o julgamento de crimes contra a humanidade praticados pelos dirigentes nazistas, abrindo caminho para a penalização de agentes estatais que violem os Direitos Humanos, como institucionalizado nas últimas décadas do século XX, e superpondo ao poder soberano nacional um direito de foro internacional. Da guerra igualmente veio a motivação, de importância crucial, para que as constituições trouxessem em seu corpo um “núcleo dogmático”, na expressão de J. Habermas, explicitando valores fundamentais a obrigar o poder soberano. O chamado constitucionalismo democrático reclamava, portanto, um judiciário dotado da capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano. E, na esteira da guerra, o Welfare State, com suas ambições de organizar o capitalismo e introduzir relações de harmonia entre duas classes

⁵ AVRITZER Leonardo. Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimarães e Heloísa Starling (Org.) *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2013, p. 215.

⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: Jacinto de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão (Org). *Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1ª Edição, 2011, p 275.

⁷ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: Luiz Werneck Vianna. (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002, v. 1, p. 17-42.

⁸ VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora Revan, 1999.

sociais, com suas fortes repercussões no sentido de trazer o direito para o centro da vida social.⁹

O Estado social crescente, ao impor-se por meio de sua política pública típica, trouxe em sua agenda o interesse e a concretude de iniciativa de leis que atendesse o bem-estar social. Via de consequência, esse viés igualitário social, trazendo o direito para a sua agenda, fez com que o Judiciário passasse a dirimir questões sociais e políticas.

Esse contexto hodiernamente dominante, seja em maior ou menor escala nos países ocidentais, além de demonstrar um movimento de invasão do direito na política, deu origem a um novo personagem da *intelligentzia*: o magistrado, que, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seria o portador da expectativa de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história teria se naturalizado no campo do direito, empenhado em abrir caminho por meio de decisões exemplares,¹⁰ sendo chamado por Antoine Garapon como o “Guardião da Promessa”.¹¹

Outro fator importante que contribuiu também com o crescimento da judicialização da política foi a politização da justiça, surgida por conta da formulação de políticas públicas, parte delas por causa da formação e regras orgânicas dos próprios tribunais, especialmente nos casos das cortes constitucionais. É o que afirma Marcos Faro de Castro:

Na França, por exemplo, o fato de que os nove membros da Corte Constitucional sejam nomeados em partes iguais, pelo Presidente da República (três), pelo Presidente da Assembleia Nacional (três) e pelo Presidente do Senado (três) auxiliou na politização da justiça. Na Alemanha a nomeação dos membros da Corte Constitucional realizada pelo *Bundestag* e pelo *Bundesrat* atua no mesmo sentido. Nos Estados Unidos, o processo de recrutamento em ambos os casos é portanto, altamente partidário com processo extremamente politizado, cabendo aos

⁹VIANNA, Luiz Werneck, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles. *Dezessete anos de Judicialização da Política*. Disponível em www.revistas.usp.br/ts/article/download. Acesso em 20 de abril de 2013.

¹⁰ VIANNA, Luiz Werneck. *Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora Revan, 1999. p. 23

¹¹ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

presidentes republicanos e democratas o preenchimento das vagas da Suprema Corte por juízes mais “conservadores” ou mais “liberais”, respectivamente.¹²

Inúmeros exemplos de judicialização da política são observados em diversos países, demonstrando ser um fenômeno comum o Judiciário dirimir questões importantes que envolvam a política. É o caso do Canadá, quando da decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos realizarem testes com mísseis em território canadense. Em Israel, quando a Corte Constitucional daquele país decidiu sobre a compatibilidade com a Constituição quanto à construção de um muro com objetivo de segurança na fronteira com a Palestina. Na Coreia do Sul, a Suprema Corte decidiu a favor da restituição do mandato do presidente destituído por *impeachment*. Na Turquia, em decisões importantes a Suprema Corte defendeu a manutenção do Estado laico em detrimento do crescimento islâmico fundamentalista.¹³ Enfim, são inúmeros casos que demonstram essa estreita relação entre o Judiciário e a política.

Contudo, nos casos mencionados, as decisões proferidas somente se tornaram possíveis devido aos contextos históricos provenientes de um regime democrático vigente nesses países.

Essa expansão do poder das cortes judiciais seria o resultado de diversos acontecimentos importantes ligados primordialmente à amplitude e dinamismo das sociedades democráticas; ou seja, a brutal aceleração da expansão jurídica não é conjuntural, mas ligada à própria dinâmica das sociedades modernas. O soberano, que antes era o último recurso, viu-se subordinado a uma instância superior, diante da qual todos os seus atos seriam passíveis de serem revistos.¹⁴

As consequências de um constitucionalismo democrático fez com que o Poder Judiciário deixasse sua participação coadjuvante e subserviente para uma

¹² CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicações>. Acesso em 02 de fevereiro de 2013

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf. p.6. Acesso em 01 de setembro de 2013

¹⁴ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia. O guardião das Promessas*. Rio de Janeiro, Editora Revan, 1996, p. 26

real e eficiente função, possibilitando-lhe dirimir questões de grande relevância política e social, cumprindo de fato uma justa prestação jurisdicional, independentemente de quem esteja figurando como parte nas demandas judiciais.

Nesse sentido, fazer a separação de direito e política é algo impossível no Estado Democrático de Direito, já que essa junção é o próprio resultado do regime democrático. Nesse sentido, o posicionamento do Judiciário deve ser de extrema cautela e responsabilidade, e compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

1.1.2

A Judicialização da política no Brasil

Não poderia ser diferente no Brasil. A judicialização da política tornou-se latente com a Constituição Federal de 1988, com o fixar constitucional do regime democrático, apesar de já ter sido enraizada com a modernização burguesa surgida com a Revolução de 1930, onde apresentaram-se duas dimensões importantes da vida social: a do mercado político e a do mercado de trabalho, com a regulação de dois tribunais especiais, a da Justiça Eleitoral e o da Justiça do Trabalho.¹⁵

Entretanto, nesse interregno, o que se via era um Supremo Tribunal Federal apático, mesmo tendo sido parte da institucionalidade criada com a Proclamação da República. Sua prerrogativa de órgão autônomo era quase inexistente, apesar de prevista já na Constituição de 1891. Alguns poucos casos isolados ficaram na história como episódio posterior à proclamação da República, quando do conflito entre Floriano Peixoto e o STF acerca da possibilidade de utilização de *habeas corpus* para os revoltosos de Santa Catarina, quando o Marechal Floriano teria perguntado em tom de ameaça a quem caberia emitir um *habeas corpus* para os membros do STF¹⁶. Outro episódio que envolveu o STF é ressaltado por Luiz

¹⁵ VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política*. Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimarães e Heloísa Starling (Org.) Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1ª ed. 2013, p.211.

¹⁶ COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. São Paulo, Editora UNESP, 2006.

Werneck Vianna no julgamento sobre a constitucionalidade da prerrogativa de intervenção do Ministério do Trabalho sob os sindicatos, quando o Supremo Tribunal Federal preferiu não se pronunciar sobre possível violação do dispositivo da Constituição de 1934, que garantia a liberdade sindical.¹⁷

Com efeito, o comportamento do Supremo Tribunal Federal, antes da Constituição última, é de uma fraca autonomia, mormente nos cem primeiros anos da República, deixando sua participação de coadjuvante para uma real importância com a promulgação da Constituição de 1988. Isso porque depois de um período atordado pela ditadura militar que assombrou o país, não haveria outra alternativa senão a de se enveredar para um regime genuinamente democrático, fortalecendo o princípio da autonomia dos três poderes, com a incorporação no texto constitucional dos direitos e princípios fundamentais, acompanhando o posicionamento de inúmeros países.

Observa-se que a Constituição surgiu de fato ambiciosa, no sentido de uma constitucionalização abrangente, trazendo para a sua jurisdição matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, sendo um dos motivos da propulsão da judicialização da política no país. Luiz Roberto Barroso manifestou-se:

Essa foi igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em direito. Na medida em que uma questão - seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público - é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou o meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas praticadas nessas duas áreas.¹⁸

¹⁷ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. São Paulo. Editora Paz e Terra, 1978.

¹⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em www.oab.org.br/editora/revista/users/revista. Acesso em 28 de setembro de 2013.

Por conseguinte, essa ambição constitucional resultou numa explosão de litígios. Assim, se tudo se resume à matéria constitucional, o campo da liberdade dado ao corpo político é minorado. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade que, por regra, deságua no Supremo¹⁹.

O posicionamento constitucional baseado no regime democrático com a preocupação no bem-estar social fez com que surgissem institutos na Constituição que possibilitassem uma interligação entre o direito e a política, como por exemplo o modelo abstrato de controle constitucional, com a participação importantíssima de uma comunidade de intérpretes, vindo a utilizar-se, quando necessário, de determinadas ações, como as ações diretas de inconstitucionalidade, mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, dentre outros. É o que observa Luiz Werneck Vianna:

Neste sentido, a Carta de 1988 expurgou os elementos autoritários presentes naquela tradição, afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente. Por outro lado, não só conservou como ampliou consideravelmente a presença da representação funcional, recriando o Ministério Público, a quem incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; consagrou o instituto das Ações Civis Públicas e o tema do acesso à justiça; sobretudo admitiu a sociedade civil organizada na comunidade dos intérpretes da Constituição.²⁰

Dessa maneira, pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade considerado híbrido ou eclético face à junção entre o sistema americano desde o início da República – onde por meio de um controle difuso e incidental qualquer membro do judiciário, em qualquer instância ou tribunal pode declarar uma lei inconstitucional – e o sistema europeu, com o controle via ação direta, somados a possibilidade de ajuizamento de ações por meio das pessoas apresentadas no artigo 103 da Constituição Federal, contribuiu para o crescimento da judicialização da política no cenário brasileiro.

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vieira. *Supremocracia*, Revista Direito GV. São Paulo 4(2) P. 441-464 Jul-Dez 2008.

²⁰ VIANNA, Luiz Werneck, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles. *Dezessete anos de Judicialização da Política*. Disponível em www.revistas.usp.br/ts/article/download. Acesso em 20 de abril de 2013.

E é o que se viu. Em virtude dessa expansão judicial no país, juridicamente participativa, surgida e amparada pela Constituição Brasileira, ações foram ajuizadas tendo como pauta assuntos políticos e sociais extremamente importantes, fazendo com que o Poder Judiciário dirimisse questões até então exclusivas do Poder Legislativo e Executivo. Tal fato é fortalecido por uma visão aberta da Constituição, por meio da Comunidade de Intérpretes. Isso porque, face à existência de uma sociedade pluralista, mister se faz a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à realidade. Nesse aspecto, Peter Häberle enfatizou sobre uma necessária hermenêutica constitucional em virtude da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. A interpretação constitucional não está adstrita a um círculo pequeno de intérpretes, como no caso do julgador e de partes envolvidas na demanda judicial. Em uma real investigação do desenvolvimento da interpretação constitucional, exigir-se-á um conceito elástico de hermenêutica constitucional. Cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública representam forças produtivas de interpretação, assumindo o papel de verdadeiros intérpretes constitucionais em sentido lato.²¹

É impossível desconsiderar o cidadão ativo e as potências públicas mencionadas alhures no processo de interpretação constitucional. A ampliação de intérpretes constitucionais é indubitavelmente fruto da necessidade e do reconhecimento da realidade no processo interpretativo. O que se evidencia com a participação de todos, incluindo aqueles que direta ou indiretamente receberão os efeitos das normas constitucionais e que demonstrarão a sua receptividade e boa aceitação, fazendo valer a potencialidade e eficácia dessas normas ante a realidade do cotidiano.

Não obstante essa realidade – já que a proposta de Häberle não é a de que se deva permitir uma autorização para que todos sejam intérpretes da Constituição, mas muito além do que isso, reconhecendo de antemão que todos são de fato o seu intérprete – o que se percebe é uma crescente participação de

²¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Porto Alegre, Editora Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 14.

terceiros, que não compõem a lide, mas que agora formalmente participam dela, direta ou indiretamente, como no caso do *amicus curiae*, vide possibilidades advindas com a lei 9.868/99, pela qual o Relator, nos autos, poderá solicitar as manifestações de outros órgãos ou entidades sobre o objeto da demanda, podendo ainda requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A judicialização da política, portanto, não pode ser considerada uma patologia das sociedades republicanas modernas. O seu surgimento contribui compulsoriamente para o estreitamento da relação entre os poderes, trazendo uma colaboração entre eles. Por tudo isso, as críticas à judicialização ressoam equivocadas, mesmo porque é o próprio poder político o responsável por essa expansão do direito, ao permiti-lo quando da elaboração da Constituição ou quando da criação de leis ordinárias, mesmo que atendendo às demandas e pressões populares, permitindo ao cidadão um acesso e questionamento de forma extensiva ao Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo.

1.2

Ativismo Judicial

Fica evidente que a judicialização da política é possível. Contudo, essa forma de atuação deve obedecer a critérios importantes, dentro do que permite a Constituição, algo possível dentro de uma democracia juridicamente participativa. A expansão judicial fora desses critérios, com o objetivo único de apresentar o Judiciário como o mais importante protagonista, é algo a ser desconsiderado, por ser um comportamento antidemocrático, não merecendo aceitação.

Assim, observa-se que nessa conjuntura proativa do STF surgiram dois movimentos importantes. Primeiro, a judicialização da política, possível devido à adoção na Constituição de institutos que possibilitaram o estreitamento da justiça com a política. Segundo, o ativismo Judicial, esse com um viés antidemocrático,

em virtude de um comportamento jurisdicional que ultrapassa o limite da capacidade institucional do judiciário.

Luiz Roberto Barroso diferencia com clareza esse fenômeno, afirmando que a judicialização da política e o ativismo judicial possuem origens diferentes, sendo que a judicialização é fruto do modelo constitucional adotado, possível então constitucionalmente, e o ativismo uma forma expansiva de interpretação da Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vem, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados a rigor pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberativo da vontade política. Já o ativismo judicial é 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 deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.²²

Inobstante a diferenciação entre esses dois institutos, esses comportamentos proativos têm sido motivo de críticas e trazem o receio de que haja de fato uma ação intervencionista constante do judiciário nos demais poderes. Isso porque, para muitos, o comportamento ativista do STF não tem apresentado resultados satisfatórios. José Ribas Vieira afirma que jurisdição constitucional no Brasil está no horizonte não tanto de uma judicialização e sim de um ativismo, mas de caráter jurisdicional, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional²³.

É de bom alvitre salientar que a expressão ativismo judicial teve sua origem nos Estados Unidos da América, fortalecida e empregada para qualificar o comportamento da Suprema Corte Americana, mormente nos anos de 1954 e

²² BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: Jacinto de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão (Org). *Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1ª Edição, 2011, p. 279.

²³ VIEIRA, José Ribas. *Verso e Reverso*. A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil. Juiz de Fora. Revista Estação Científica (Ed. Especial de Direito), v.01, nº04, Outubro e Novembro/2009, p. 48. Disponível em www.portal.estacio.br/media/2654368%203%20revisado. Acesso em 20 de abril de 2013.

1969, quando foi presidida por Earl Warren. Nesse período, criou-se uma jurisprudência progressista, em defesa dos direitos fundamentais, que serviu de condução ao comportamento político da época, sem qualquer participação dos demais Poderes daquele país. Naquele período ocorreram discussões importantes como a segregação racial nas escolas; o direito de defesa, por meio de advogados, aos acusados em processo criminal, bem como o direito à não autoincriminação e a proibição de invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos, entre outros.²⁴

Diego Werneck Arguelhes afirma que a expressão “ativismo judicial” quando apareceu pela primeira vez nos Estados Unidos da América não foi proveniente de um voto de um juiz, ou de uma sustentação e irrisignação de determinado advogado. O seu surgimento se deu em virtude de uma reportagem realizada pela revista *Fortune* de autoria de Arthur Schlesinger Jr, que analisou o perfil dos Juízes da Suprema Corte Americana, dividindo-os em dois grupos, os que defendiam a “auto contenção judicial” (*self-restraint*), e os “ativistas judiciais”²⁵, conceituando-os assim:

Por exemplo, a reportagem chama de “ativistas judiciais” os Ministros da Suprema Corte que não hesitam em empregar seu poder de controle de constitucionalidade em prol de sua próprias concepções de bem comum; encaram a Constituição como um instrumento para atingir progresso social; são céticos em relação à separação entre saber jurídico e decisão política; julgam de acordo com o resultado, pensando nas consequências práticas e políticas de suas decisões, em detrimento de consistência com precedentes da Corte. Em contraposição aos ativistas, os proponentes da auto contenção (*self restraint*) estão preocupados em preservar os juízos sobre o bem comum feitos no âmbito dos poderes eleitos; encaram a Constituição como uma estrutura para permitir que as forças políticas promovam progresso social na direção que consideram adequada, independentemente de concordarem ou não com essa direção; procuram separar o que é direito e o que é política, tomando decisões com base em critérios que consideram jurídicos e dando importância aos precedentes da Corte.²⁶

Essa divisão realizada já naquela época entre ativistas e minimalistas é algo que perdura de forma consistente até os dias de hoje, inobstante modificações surgidas a *posteriori*, com uma roupagem mais equânime, como é o caso dos que

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*. Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.2 nº 21, Jan/Jun 2012.

²⁵ ARGUELHES, Diogo Werneck. *Ativismo Judicial e seus usos na Mídia Brasileira*, Revista Direito Estado e Sociedade, n.40, p.36. PUC-Rio.

²⁶ *Ibidem*. p. 37 e 38

defendem o minimalismo judicial como Cass R. Sustein ou do ativismo judicial, como Ronald Dworkin, ambos a serem abordados mais à frente, mas que em suma foram mantidas basicamente em seu teor, ou seja, as concepções apresentadas na época anunciam os principais pontos conflituais que vêm sendo travados até a data de hoje, tanto nos Estados Unidos quanto – de forma mais recente – no Brasil.

1.2.1

O Ativismo Judicial no Brasil

No Brasil, o ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal vem trazendo preocupações enormes, sendo fruto de inúmeras pesquisas e questionamentos no meio jurídico e acadêmico. Basta observar o caso da Fidelidade Partidária quando o Supremo Tribunal, com base no princípio democrático, decidiu que a vaga adquirida na eleição pertenceria ao partido político, criando-se uma nova forma de perda de mandato parlamentar, além das já previstas na Constituição. Exemplo outro seria o que diz respeito ao Nepotismo, quando, com base nos princípios da impessoalidade e moralidade, foi proibido com a publicação da súmula vinculante nº 13. A decisão proferida tornou-se questionável em virtude da proibição do nepotismo sem haver norma constitucional ou infraconstitucional expressa sobre o assunto, mas também pelo fato de ter sido editado súmula vinculante a partir de um único caso, contrariando o previsto no artigo 103-A da Constituição Federal.²⁷

Oscar Vilhena Vieira chama esse comportamento de atuação supremocrática, o que serve para demonstrar a relevância exercida do Supremo Tribunal na escala de poder de nosso sistema político.²⁸ Esse tipo de atuação foi observado quando do julgamento da lei de biossegurança, que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas, ficando evidenciado um

²⁷ Art. 103 - A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de 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 a sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei.(grifo nosso)

²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, Jul-Dez 2008. p.452

comportamento insólito pelo Supremo. Na ocasião, viu-se a forma natural com que a Corte se posicionou para avaliar a escolha política substantiva, com grande repercussão moral e anteriormente realizada pelo legislador ordinário, na época ressaltada pelo então advogado da causa Luiz Roberto Barroso. Isso porque, segundo palavras de Barroso, o próprio legislador já havia sujeitado a questão a análise, quando da elaboração da lei a uma ampla discussão e debate com participação popular em audiências públicas, tendo sido ainda aprovada com ampla maioria pelo Congresso Nacional. E tais fatos deveriam ser considerados pelo Supremo. O que Barroso pretendia era suscitar a chamada “deferência”, respeitosa postura que muitos tribunais constitucionais demonstram em relação ao legislador, fato esse desconsiderado de forma sumária pelo STF.²⁹

Entretanto, um fator importante concernente ao mesmo julgado foi a postura dos Ministros Carlos Alberto Direito e Antônio César Peluso, que tiveram os seus votos vencidos no julgamento e que insistiam que fosse inserida na decisão um regramento, de cunho legislativo, no sentido de criação de mecanismos que fiscalizariam com mais rigor as pesquisas com célula-tronco. Para Oscar Vilhena, esse comportamento demonstrava verdadeira ambição legislativa ou uma exploração da teleaudiência pelos vencidos, como espaço para realização de um discurso somente com possibilidades de consequências políticas, já que a sorte jurídica do caso já se encontrava definida.³⁰

A afirmação de Vieira sobre o comportamento dos Ministros perante as teleaudiências provoca a abertura de um parêntese, trazendo a seguinte indagação: poderiam os comportamentos proativos dos Ministros, pelo menos naquele momento, serem resultados de suas imagens estarem sendo reproduzidas nacionalmente na mídia televisiva? Dar uma resposta a essa indagação seria, a princípio, mera hipótese, já que não há nenhuma pesquisa específica que comprove os efeitos das teleaudiências sobre as decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, é inegável que a visibilidade destas audiências – diga-se de passagem, fato inédito no Brasil até então – fez com que a população

²⁹ Idem.

³⁰ Ibidem, p.454

tivesse acesso às decisões proferidas em tempo real, trazendo a possibilidade de uma certa fiscalização dos atos proferidos pelo Supremo.

Luiz Roberto Barroso defende que essa visibilidade extraordinária advinda com a TV Justiça trouxe mais ganhos do que perdas, por contribuir para uma necessária transparência e para o controle social, mas servindo, entretanto, como contribuição para o crescimento do ativismo judicial.

Acrescente-se a tudo isso a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça. Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão. Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir a onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.³¹

Lado outro, o efeito poderia ser o contrário, podendo essa visibilidade contribuir para a desconstrução da imparcialidade do julgamento, mormente a possibilidade dos julgadores se sentirem como verdadeiros heróis da pátria, ou na posição de algozes em atendimento à vontade da maioria, como se viu no caso emblemático da AP 470.³²

Alexandre Morais da Rosa chama esse exibicionismo de anomia hermenêutica, pois o texto da lei pouco importará em nome de decisionismos. O exibicionismo proeminente leva ao imaginário coletivo, principalmente quando o que se propaga na mídia e redes sociais são as brigas e discussões acaloradas entre os Ministros do Supremo:

³¹ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: Jacinto de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão (Org). *Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1ª Edição, 2011, p. 276

³² No caso, a “teoria do domínio do fato”, foi adotada de forma inédita pelo STF para condenar o ex-ministro José Dirceu. O jurista Ives Gandra Martins, reconhecidamente de ideais políticos contrários ao partido de Dirceu, afirmou que a Corte abandonou o princípio fundamental de que a dúvida deve sempre favorecer o réu. Disponível em www.1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1345627-dirceu-foi-condenado-sem-provas-diz-ives-gandra.shtml. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

Assim, é que se pode, quem sabe, apontar a relação entre um Ministro que aparece na TV Justiça e um participante do Big Brother. Esta colocação que parece ser ingênua ou abusada, se tivermos calma, pode fazer sentido. Talvez por ela se possa entender, por qual motivo, vivemos no Brasil uma espécie de Anomia Hermenêutica, no qual o texto pouco importa em nome de decisionismos... O imaginário televisivo transformou a relação do sujeito com a mídia, especialmente porque ela proporciona, em nome da transparência da informação, aquilo que a psicanálise chama de gozo escópico, em que ver e ser visto acaba sendo padrão de atuação. Pode ser que ao perceber que o Direito não é natural, mas construído pela sociedade, o sujeito possa, do seu lugar, sentir-se autorizado pela imagem que constrói de um lugar de exceção, quando não salvacionista.³³

Por conseguinte, Rodrigo Brandão, de forma mais criteriosa, observou a jurisprudência do STF, mencionando que o ativismo tem-se afluído em algumas hipóteses, quando por exemplo ocorre um afastamento do sentido literal do dispositivo dando uma interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução do texto. Assim, ao utilizar-se dessa forma de julgar, o STF passa a agir como legislador positivo já que a norma que resulta de interpretação judicial específica do caso é altamente distinta da aprovada no legislativo. E nesse caso, o julgador o faz por entender que essa contraria a Constituição³⁴.

Com efeito, a transformação do julgador em legislador positivo é indubitavelmente a maior evidência de ativismo judicial, face ao princípio da separação dos poderes. Os Poderes do Estado foram instituídos pela Constituição, que lhes atribuiu competências próprias. Em suma, o Poder Legislativo e o Executivo possuem essencialmente caráter político, sendo o primeiro com a competência da criação do direito positivo. O segundo, na qualidade de chefe do Estado ou do governo, tendo outras atribuições secundárias. Já o Judiciário, a sua competência possui caráter eminentemente técnico, consistindo na aplicação do direito quando provocado via ação judicial.³⁵ Nesse patamar, ultrapassar os limites institucionais, com a transformação do Julgador em legislador, é fazer com que

³³ ROSA, Alexandre de Moraes. O Juiz veste prada? o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88. In: Jacinto de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão (Org). *Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, p. 25

³⁴ BRANDÃO Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Editora Lumen Juris. 2ª edição. Rio de Janeiro, 2012, p.145

³⁵ BARROSO, Luiz Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.2 n° 21, Jan/Jun 2012, p. 17

haja um poder hegemônico, e, nesse caso, seria algo impróprio no estado democrático de direito.

Outra forma de ativismo judicial que vem ocorrendo refere-se a invalidar norma legal ou administrativa, com base na utilização de princípio constitucional abstrato. Isso ocorreria quando o STF extraísse de um princípio constitucional uma norma em substituição à escolhida pelo Legislativo. Como exemplo, a decisão sobre a chamada “cláusula de barreira”, regramento que aplicava sanções aos partidos políticos que não tivessem conseguido cinco por cento dos votos válidos nas eleições para a câmara dos deputados nas eleições que se seguiriam. Nesse sentido, considerando-se que tal regra pudesse violar o princípio da igualdade de oportunidades no processo eleitoral, o pluralismo político e o direito das minorias, conforme julgamento das Adins 1.351/DF e 1.354/DF, tal regra foi invalidada³⁶.

Não se pode olvidar que o ativismo judicial encontra-se presente como criação ou alteração de norma constitucional. E foi o que ocorreu no caso que tratou a possibilidade de o Senado Federal suspender a eficácia de lei que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, positivada no artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Inobstante essa atribuição conferida ao Senado ter-lhe sido conferida ainda na Constituição de 1934, o seu conteúdo permaneceu inalterado, sobrevivendo às constituições que se seguiram, mas por conta do julgamento da Reclamação nº 4335 o então Ministro Gilmar Mendes considerou a sua aplicação diferente do texto literal e do objetivo do legislador constitucional face à mudança do contexto histórico e normativo. Para Mendes, hodiernamente, tal dispositivo somente serviu como autorização para que o Senado criasse resoluções no sentido de dar maior publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Restou demonstrado que esse comportamento expansionista está presente em inúmeros atos do Supremo Tribunal Federal, seja no âmbito de afastar

³⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Editora Lumen Juris. 2ª edição. Rio de Janeiro, 2012, p.155

significativamente o sentido literal do dispositivo interpretado, fazendo-o conforme a Constituição, sendo ainda perceptível na possibilidade de criação de norma infraconstitucional quando da hipótese de inconstitucionalidade por omissão, invalidação de norma legal ou administrativa, ou na criação e alteração de norma constitucional. Se presente o ativismo judicial em todas essas situações, não poderia ser esquecido o seu afloramento quanto a imposições de condutas ou de abstenções ao Poder Legislativo ou Executivo.³⁷ Isso ocorre no caso de medidas que buscam dar efetividade aos direitos sociais, como por exemplo os casos de fornecimento gratuito de medicamentos ou tratamentos de saúde mediante decisão judicial.

São de fato inúmeros casos em todo o País e que atingem os cofres públicos no sentido de os obrigarem a cumprir e arcar com os custos de medicamentos de custos elevadíssimos, ou tratamentos médicos, muitos em fase ainda experimental. Luiz Roberto Barroso observou o ativismo nesse sentido:

O exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, Estado ou o Município - por vezes, os três solidariamente - a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.³⁸

Não poderiam os exemplos trazidos serem considerados os únicos, sendo esse rol apenas exemplificativo³⁹. Aliás, Marcos Faro de Castro afirma que essa

³⁷ *Ibidem* p. 143

³⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em www.oab.org/editora/revista/users/revista. Acesso em 28 de 2013

³⁹ Luiz Roberto Barroso também apresenta diversas formas de ativismo judicial realizados pelo Supremo Tribunal Federal. Entre elas: a) A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; 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, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação do município – como no de políticas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direitos à saúde. BARROSO, Luiz Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*, Belo Horizonte. Editora Fórum, 2ª reimpressão, 2013, p. 246.

expansão judicial se dá de duas maneiras: a primeira no sentido de ações políticas não jurisdicionais, e, nesse caso, seriam os pronunciamentos ou manifestações realizados de forma extrajudicial, não obstante serem oficiais ou não, como nos discursos de posse; ou seja, até mesmo em atos de conteúdo extrajudicial é possível enxergar esse comportamento expansionista. Lado outro, esse comportamento poderia se dar por meio de ações políticas jurisdicionais, e nesse caso caracterizadas pelo exercício formal da autoridade judicial.⁴⁰ Conquanto as atitudes e comportamentos que demonstram uma interligação expansionista do Poder Judiciário para com a política podem ser vistos de inúmeras formas, e que extrapolam o limite jurisdicional.

Apesar deste comportamento ativista do STF aflorar em inúmeros aspectos, o que se percebe é que os Ministros se sentem incomodados ao serem considerados ativistas. Isso foi percebido em entrevista concedida no portal Consultor Jurídico, quando o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que não gostava da palavra ativismo⁴¹. Já o Ministro Ayres Brito, também em entrevista ao mesmo site, ao ser indagado se o STF não estaria se comportando em determinadas decisões na seara do ativismo judicial, respondeu: “Eu odeio essa expressão, ativismo judicial, porque ele é proibido. O Juiz não pode ser ativista. Não pode ditar e nem aditar lei, mas apenas interpretar de uma forma mais arejada”.⁴²

Esse comportamento incongruente, que relembra o ditado popular “faça o que eu digo e não o que eu faço”, de autor desconhecido, estimula a academia a buscar uma compreensão sobre esse viés expansionista, em especial quanto àqueles que se posicionam contrários a esse tipo de comportamento.

⁴⁰ CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicações>, p.3. Acesso em 10 de novembro de 2013.

⁴¹ <http://www.conjur.com.br/2010-fev-07/entrevista-ricardo-lewandowski-ministro-stf-tse>. Acesso em 23 de outubro de 2013

⁴² <http://www.conjur.com.br/2010-fev-21/entrevista-ayresbrit-minstro-stf-presidente-tse>. Acesso em 23 de outubro de 2013

1.2.2

Minimalismo Judicial *versus* Ativismo Judicial

Com efeito, fazendo contraposição ao ativismo surge o minimalismo judicial, com uma proposta de autocontenção judicial (*self-restraint*), fazendo com que o Judiciário reduza a sua interferência nas ações dos outros poderes.⁴³

Estas duas posições antagônicas são percebidas desde o surgimento das primeiras decisões de cunho ativista, ressoando até os dias de hoje. Nesse viés, o Judiciário em primeiro lugar evita aplicar diretamente a Constituição a hipóteses que não estejam dentro de sua incidência, omitindo-se e aguardando futura atitude do legislador ordinário. O minimalismo judicial propaga um comportamento mais rígido e conservador para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, fazendo com que o Judiciário se abstenha de ingerir na definição de políticas públicas. Essa autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.⁴⁴

Em questões óbvias, face ao poder de independência e discricionariedade do magistrado no julgar, seria natural o surgimento de posições antagônicas no que tange a essa relação direito e política, mormente no momento de uma decisão judicial, algo inerente a um regime democrático.

Cass R. Sunstein é um dos maiores defensores desse posicionamento de autocontenção do Judiciário. Sua concepção republicana é a de impor limites à atuação do Judiciário, no sentido de evitar que se cometa um erro no momento da decisão. Ademais, para Sunstein, o Judiciário é limitado em suas funções, possuindo limites institucionais, como no caso de sua eficiência, da adjudicação e também em virtude da democracia, cidadania, comprometimento.⁴⁵

⁴³ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: Jacinto de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão (Org). *Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1ª Edição, 2011, p. 280

⁴⁴ *Ibidem*, p. 108

⁴⁵ SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição Parcial*. Tradutores: Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 186

Observa-se então, em primeiro plano, a ineficiência do Judiciário em promover mudanças sociais significativas, como no caso *Brown v. Board of Education* (1954), que tratou da segregação racial ocorrida nas escolas americanas, concedendo aos alunos negros os mesmos direitos que aos brancos. Isso porque, não obstante ter sido essa decisão importantíssima, dando início a um passo desfavorável ao racismo imperante na época, durante os anos que se seguiram eram poucas as crianças negras que passaram a estudar naquelas escolas que obrigatoriamente aboliram a segregação.⁴⁶

Apesar de reconhecer que poderiam as ações legislativas e executivas – que surgiram *a posteriori* com o objetivo de invalidarem a segregação racial – influenciadas pela decisão do caso supramencionado, não afastou, contudo, a ineficiência da decisão, ao tentar promover importante mudança social:

É claro que é possível que as ações legislativas e executivas não houvessem ocorrido sem o incentivo da decisão em *Brown*, mas mesmo isso é altamente incerto. Existem poucas indicações de que a decisão em *Brown* resultou em um ímpeto para a ação política. O exemplo demonstra que pelo menos com regra federal a Suprema Corte é muito mais eficiente ao vetar uma decisão do que na tentativa de fazer surgir mudança social por conta própria.⁴⁷

Em segundo lugar, a adjudicação é um fator que demonstra o limite institucional do Judiciário. Isso porque os tribunais não possuem condições ou especialistas nesse sentido, ou seja, a compreensão dos efeitos complexos e frequentemente imprevisíveis da intervenção judicial é matéria a ser melhorada e muitas vezes inacessível. Mesmo porque o enfoque institucional do Judiciário é dirimir litígios. Uma decisão que retira despesas de determinado setor passando-as compulsoriamente para outro pode gerar desequilíbrio nas contas públicas, trazendo um prejuízo maior.⁴⁸

Por fim, Sunstein observa que as decisões ativistas dos tribunais podem de certa maneira trazer enorme descompasso para a democracia, a cidadania e o comprometimento. A dependência da corte para a busca de determinados direitos pode prejudicar os reais canais democráticos que deveriam ser utilizados nesse

⁴⁶ *Ibidem*, p. 188-190

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p.190

sentido, podendo trazer prejuízos sob dois enfoques: o primeiro, subtrair energias e recursos da política, desfazendo-se de conquistas anteriormente alcançadas pelos cidadãos; o segundo diz respeito à necessária mobilização dos indivíduos em busca de seus ideais políticos e democráticos (Martin Luther King promoveu importantes mudanças constitucionais nesse sentido) podendo ser comprometida com a transferência para o Judiciário.⁴⁹

A tese de Sustain sobre o minimalismo tem chamado a atenção porque defende o fato de deixar em aberto questões constitucionais importantes e fundamentais, com o objetivo de serem discutidas pelas instâncias deliberativas, assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis.⁵⁰

Cass Sustain se amparou na tese Alexander Bickel, dando-lhe um acréscimo necessário. Isso porque anteriormente o que era investigado eram as técnicas da não decisão. Bickel trouxe o argumento de que a Corte é detentora de um poder tríplice, revogando uma lei inconstitucional; validando-a, caso entenda ser ela constitucional, e, por fim, não fazer nenhum das duas coisas, mantendo-se na tensão entre aplicar o princípio que embasará sua decisão ou na conveniência de silenciar-se.⁵¹

Com efeito, a sua tese, por ser inovadora, acabou por influenciar as gerações seguintes. Surgiram outros minimalistas, mas sempre dando um certo equilíbrio na radical posição de Bickel, como foi o caso de Sunstein, que preferiu olhar para o momento em que a corte deva decidir, mas não mais do que o necessário.⁵²

Ora, o pensamento minimalista é mais de evitar um erro em uma decisão evitando fazer com que os efeitos possam gerar desconforto e influências em casos futuros. É uma opção silenciar-se ante a insegurança de que a decisão não esteja certa ou porque o julgador teme a reação pública.

⁴⁹ Ibidem, p. 187

⁵⁰ Ibidem. P. 462

⁵¹ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press, 1986, p.69

⁵² SUSTEIN, Cass. *One Case a Time: Judicial Minimalismo on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p.3 e 4

Em desfavor da tese de Sunstein, surgiu Ronald Dworkin, liberalista igualitário, que se posicionou contrariamente ao comportamento passivo do Poder Judiciário em suas decisões. O debate de Dworkin *versus* Sunstein quanto ao comportamento das cortes contemporâneas era ferrenho, sendo comum tecerem diretamente críticas um ao outro.⁵³

Dworkin desenvolveu uma teoria geral de decisão judicial contrária ao positivismo jurídico, estabelecendo uma relação diversa entre o direito e a moral, principalmente na hipótese de *hard case*. Nesse sentido, o direito não pode trazer uma solução iminentemente positivista em total desconsideração para com a moral.

A leitura de Dworkin sobre a constituição seria que as chamadas cláusulas abertas deveriam ser interpretadas sob uma leitura moral, e essa supõe, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais nela estabelecidos devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade, fixando limite ao poder governamental.⁵⁴ Essa forma interpretativa ratifica o posicionamento ativista constitucional.

Ao explicar os movimentos, chamados por Dworkin de programas de ativismo judicial e moderação judicial⁵⁵, esse assim afirmou:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas no sentido que descrevi, a despeito das razões concorrentes do tipo que mencionei. 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. Ao contrário, o programa de moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas quando

⁵³ Dworkin escreveu um artigo no New York Review of Books, fazendo críticas ao livro de Cass Sunstein, intitulado “A procura de Cass Sunstein. A Constituição de muitas mentes”. Disponível em <http://nybooks.com/articles/archives/2009/apr/30/looking-for-cass-sunstein/>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

⁵⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Editora Lumen. 2ªEd. Rio de Janeiro, 2000. p.191

⁵⁵ Dworkin, designou essas filosofias pelos nomes que lhes são atribuídos na bibliografia jurídica - os programas do “ativismo judicial” e da moderação judicial - embora venha a ficar claro que esses nomes são, sob certos aspectos, desorientadores. Levando os Direitos a Sério, p. 215

elas ofendam a própria percepção que os juízes têm de 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.⁵⁶

Com efeito, com base na tese de Dworkin, os juízes, ao julgarem, deverão fazê-lo com base nesses princípios – independentemente de que tenham essas decisões conotações ativistas – sendo-lhes possível contrariar uma decisão majoritária, mesmo que tenham que desempenhar um esforço sobrenatural. Para isso, Dworkin utiliza pedagogicamente a figura de um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade, chamado por ele de Juiz Hércules⁵⁷.

Dessa maneira, é oportuno dizer que não caberia ao Poder Judiciário ser o responsável por traçar as diretrizes políticas num todo, mas, com efeito, a de defender e garantir os direitos e liberdades fundamentais, e, nesse sentido, quando estiverem em voga argumentos apoiados em princípios jurídicos poderá, sim, promover ingerência para garantir a respeitabilidade desses direitos.

Após finalizar o debate entre minimalismo e ativismo judicial, muito embora a lide nesse sentido seria quase infinita, importante denotar que as críticas quanto ao comportamento ativista é crescente. Sem dúvida após o Poder Judiciário deixar de exercer um papel secundário e coadjuvante, enveredando-se com destemor para um expansionismo em seus julgados, é natural que essas críticas tenham surgido e que sejam justificáveis por causa do receio do surgimento de um poder hegemônico em detrimento dos demais. Todas as críticas, no entanto, podem ser consideradas como pequenos braços de mar que vieram de um enorme oceano, esse representando a quebra dos princípios da separação dos poderes. Nesse sentido, o que se questiona é se esse expansionismo judicial poderia estar desconstruindo todo um regime genuinamente democrático. Tal fato será discutido nos capítulos subsequentes.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. Editora Martins Fontes. São Paulo 2002. p. 215

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Editora. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 287

2

A separação dos Poderes no Brasil e o ativismo judicial.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a judicialização da política é um fenômeno possível no estado democrático de direito devido à adoção na Constituição de institutos que possibilitaram o estreitamento da justiça com a política. Ademais, o processo de judicialização da política faz parte de um processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, por meio de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição.⁵⁸

Já o ativismo judicial – esse num patamar antidemocrático – em virtude de um comportamento jurisdicional que ultrapassa o limite da capacidade institucional do judiciário não simboliza um reforço da lógica democrática. Tem-se então uma concepção de ativismo que configura o Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.⁵⁹

O surgimento desse tipo de expansionismo pelo Judiciário trouxe preocupações no sentido de que poderia estar havendo uma intervenção nas competências dos demais poderes do estado, ferindo o princípio da separação dos poderes.

Pode-se afirmar que a adoção do princípio da separação dos poderes é fruto da preocupação de não se permitir o ressurgimento do estado absolutista. Essa visão de repartição de poderes serve evidentemente para a manutenção do estado democrático, já que objetiva a não concentração do poder nas mãos de uma só pessoa, fazendo com que haja uma divisão nos Poderes do Estado no sentido de

⁵⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. In: Luiz Werneck Vianna. (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora da UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002, v. 1, p. 39.

⁵⁹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial - Limites da atuação do Judiciário*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013. p.36

que cada uma tenha a sua função específica e que, ao mesmo tempo, possa atuar no controle da atuação dos demais.⁶⁰

Observada a sua importância, torna-se inaceitável a colocação do princípio da separação dos poderes em risco, principalmente num estado democrático de direito. Tanto que o próprio constituinte originário o colocou como cláusula pétrea, conforme observado no artigo 60, § 4º, inciso III da Constituição Federal.

Não obstante a possibilidade da judicialização da política no estado democrático de direito, além da inaceitabilidade do ativismo judicial – já que indubitavelmente é um fenômeno que permite uma atuação ilimitada do Poder Judiciário sobre os demais Poderes – são inúmeros os autores que afirmam que esse comportamento proativo e desmedido do Judiciário tem ferido o princípio da separação dos Poderes.

Luiz Werneck Vianna menciona que todo esse processo que hoje se afirma nos sistemas políticos ocidentais tem importado uma efetiva mutação institucional na cena republicana, na medida em que afeta as relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e o cânon republicano da vontade da maioria.⁶¹

Por conseguinte, Oscar Vilhena Vieira, ao explicar sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal no que tange ao ativismo judicial, chamou-o de “Supremocracia”, termo que se refere à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais Poderes.⁶²

Rogério Gesta Leal, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e um dos autores da obra intitulada *Ativismo Judicial e Déficit Democráticos*, comentou sobre os riscos que o ativismo judicial poderia trazer sobre o princípio da separação dos Poderes:

⁶⁰ MAIA, Pedro Elieser. *A Separação dos Poderes e a Crise de Governabilidade no Direito Brasileiro*. Obra Direito Público. Belo Horizonte, PUC-Minas, p. 133.

⁶¹ VIANNA, Luiz Werneck. A Judicialização da Política. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimarães, Heloisa Starling (Org). *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2013, p.209.

⁶² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, Jul-Dez 2008. p.445

No bojo de tais considerações há um grande discussão que toma corpo no Brasil nos dias atuais e que diz como o chamado ativismo judicial, aqui entendido como tendência do Poder Judiciário de fazer às vezes do Poder Legislativo e do Poder Executivo em situações especiais até em face da ausência responsável destas instituições em segmentos e temas de sua competência constitucional originária.⁶³

Como demonstrado na citação acima, o cenário desenhado sobre a crescente intervenção do Judiciário sobre os demais Poderes é fruto da ausência e omissão tanto do Poder Executivo quanto do Legislativo no exercício de suas funções. A atuação do Poder Judiciário, nesse sentido, normalmente se personifica – vide caso do Brasil – mais especialmente, em situações de retração do Poder Legislativo, ou seja, de um descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁶⁴

A preocupação com o comportamento ativista do Poder Judiciário é real e necessária, pois de fato fere o princípio da separação dos poderes. Entretanto, se tem agido dessa maneira é porque também tem encontrado espaços, como resultado de um comportamento omissivo e inerte do Poder Legislativo, que reconhecidamente vive nos dias atuais uma crise de representatividade, sendo por isso visto como um Poder fraco e desacreditado.

2.1

A crise de representatividade do Poder Legislativo.

O próprio modo de agir do Poder Legislativo é responsável no momento atual pelo descrédito que o envolve e indiretamente contribui para um descompasso no princípio da separação dos Poderes.

Como antes mencionado, o desvio funcional e a irresponsabilidade no comportamento institucional fez com que o Poder Judiciário ousasse, intervindo em áreas que a princípio não seriam de sua competência.

⁶³ LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teórico-Práticos das Experiências Norte Americana e Brasileira. In: Rogério Gesta Leal, Mônia Clarissa henning Leal (Org.) *Ativismo Judicial e Deficits Democráticos: Algumas Experiências Latino Americanas e Européias*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011, p. 16

⁶⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, revista da Faculdade de Direito da UERJ v.2 n. 21 Jan/jun 2012, p.10

Já há muito tempo tem-se visto um Legislativo enfraquecido e com problemas enormes de representatividade e credibilidade. E isto é resultado dos inúmeros casos de corrupção, bem como de sua omissão e retração legislativa.

É possível enumerar algumas dessas atitudes que fogem da correta atividade legislativa, em especial a que se refere ao seu comportamento retraído e omissivo, fazendo com que demandas sociais urgentes sejam alijadas em total prejuízo à sociedade.

Como exemplo, observa-se o projeto de lei de nº 673, que deu origem ao Código Civil, hoje lei 10.406, de 2002. Sua tramitação no Congresso Nacional perdurou vinte e nove anos. Foram vários anos de descaso, fazendo com que o cidadão brasileiro tivesse que conviver com um regramento retrógrado que não correspondia às demandas sociais.

Também não se pode deixar de ressaltar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin 4277) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132) que tratou sobre o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, onde, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal a reconheceu.

Nesse caso, observou-se que o Poder Legislativo permaneceu omissivo, muito embora fosse uma matéria que deveria ser legislada e definida por conta de inúmeras solicitações e projetos de leis sobre o assunto, não obstante a pressão e o *lobby* feito por grupos religiosos durante todo esse tempo, a fim de que esse assunto não fosse inserido na pauta legislativa.

Entretanto, em virtude do desdém do Legislativo para com a matéria, restou ao Judiciário dirimir a questão. A omissão do Legislativo foi ressaltada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, por ocasião de seu voto:

O que isto significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia - pensamento estritamente pessoal - tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações, já que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.⁶⁵

Inobstante essa retração do Legislativo para com matérias importantes que acabam favorecendo o expansionismo judicial, o que se vê hoje é um Legislativo enfraquecido, que possui grandes problemas de credibilidade, principalmente por causa do envolvimento de alguns parlamentares em esquema de corrupção e gastos de dinheiro público em benefício próprio.

Leonardo Avritzer, em seu artigo intitulado “A CPI do Cachoeira e a Credibilidade do Legislativo”, escrito para o site da revista Carta Capital, trouxe dados importantes adquiridos por meio de pesquisa realizada pelo Centro de Referência do Interesse Público da Universidade Federal de Minas Gerais, sobre o papel do Legislativo no combate à corrupção, demonstrando o descrédito do Legislativo.

Na pesquisa realizada, perguntou-se se os entrevistados conheciam as iniciativas de combate à corrupção pelo Congresso Nacional. Os dados apontaram que sessenta e um por cento desses entrevistados tinham conhecimento, chegando a ser mais conhecidas que o combate realizado pelo Poder Judiciário e órgãos da Controladoria Geral da União. Entretanto, a pesquisa apontou que a efetividade desse combate pelo Legislativo ficava em último lugar, atrás da Polícia Federal, Judiciário e AGU.⁶⁶

Para os entrevistados, a ineficiência no combate à corrupção seria, em primeiro lugar, concernente à parcialidade das CPIs (Comissões Parlamentares de Inquéritos), com base na representação partidária. Avritzer afirma que, em vez de investigar as denúncias e os escândalos surgidos, o cenário político se transforma

⁶⁵ www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idconteudo=178931. Acesso em 10 de dezembro de 2013

⁶⁶ www.cartacapital.com.br/politica/a-cpi-do-cachoeira-e-a-credibilidade-do-legislativo. Acesso em 28 de novembro de 2013

em palco de disputas de poder entre governo e oposição, um querendo investigar o outro, havendo ainda vazamentos de informações que via de regra atrapalham as investigações a serem realizadas. Esse comportamento distorcido contribui para manchar a credibilidade do Congresso Nacional.⁶⁷

A pesquisa realizada demonstra *prima facie* a opinião pública sobre o combate à corrupção realizado pelo Congresso Nacional, mas que em geral demonstra a falta de credibilidade do Poder Legislativo num todo. O descrédito e desprestígio parlamentar é fruto de um comportamento político desprendido da sociedade civil e divorciado de uma real representatividade, passando a ser um fim em si mesmo.

Esse descrédito com a atividade parlamentar não é algo predominantemente brasileiro, mas os seus motivos se parecem com os de outros países. Jeremy Waldron, ao criticar o comportamento do Parlamento dos Estados Unidos, apresentou-o sob um viés antiético:

Na verdade, a situação pode até ser pior; é certamente pior nos Estados Unidos. Não apenas não temos os modelos de legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios.⁶⁸

Esse estereótipo do político é reconhecido também por Bruce Ackerman. Para o autor, os políticos possuem uma estrema preocupação em serem reeleitos e, por conta disto, eles tendem a curvar a lei em favor daqueles que compõem sua base de apoio, especialmente em favor daqueles com recursos que podem ser decisivos para a sua campanha de reeleição.⁶⁹

Observa-se então que o cenário estadunidense, no que tange ao comportamento parlamentar, é similar ao brasileiro, muito embora no Brasil a tolerância com esse tipo de comportamento seja bem maior. Pode-se afirmar até

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ WALDRON, Jeremy. Tradução Luís Carlos Borges. *A Dignidade da Legislação*, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 3.

⁶⁹ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Editora Lumen Juris, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, 2013, p. 66.

que não há uma preocupação por parte da população em observar o tipo de comportamento do parlamentar eleito. É o caso, por exemplo, dos políticos com fortes possibilidades de serem cassados que renunciavam, fugindo dessa possível cassação e, posteriormente sendo reeleitos nas eleições seguintes.⁷⁰

Esse distanciamento do Poder Legislativo em relação à classe civil é preocupante. O cenário político, nesse sentido, é com certeza prejudicial ao estado de direito, principalmente sob a ótica de que a relação do Poder Legislativo com a democracia é óbvia e natural, em virtude de sua representatividade eleitoral.

O que se observa então é uma crise parlamentar. Cíntia Guimarães Morgado afirma que o parlamento brasileiro enfrenta duas crises profundas. A primeira, chamada de crise de legitimidade, e a segunda, chamada de crise da função legislativa.⁷¹

Para a autora, a crise da legitimidade engloba os constantes escândalos de corrupção, desconfiança e desregramento no financiamento eleitoral e na forma de captação de votos, com o velho jogo de assistencialismo. Ressalta-se ainda a relação amoral entre os Poderes Legislativo e Executivo, com a troca de favores e venda indiretas de votos por cargos públicos, ou seja, é uma relação não institucional e sujeita a um processo de negociação individual, fruto da busca de uma maioria parlamentar conseguida por uma coalização de partidos.⁷²

Bruce Ackerman chama essa situação de “impasse”, quando a câmara e o presidente podem ser dominados por partidos diferentes ou até mesmo por facções

⁷⁰ No ano de 2001, os senadores José Roberto Arruda e Antônio Carlos Magalhães foram protagonistas do escândalo do painel eletrônico. Na ocasião, ocorreu uma violação do painel eletrônico do Senado Federal que tinha como objetivo saber como havia votado cada senador no escrutínio até então secreto sobre a perda do mandato do senador Luiz Estevão. Arruda e Magalhães renunciaram para evitar a cassação de seus mandatos. Um ano depois, José Roberto Arruda foi eleito o deputado federal mais votado do Distrito Federal e proporcionalmente o mais bem votado de todo o país. Posteriormente, em 2006 foi eleito governador do Distrito Federal, permanecendo no cargo até ser envolvido em um escândalo de corrupção por força de uma mega operação da Polícia Federal, tendo sido cassado mais adiante pelo Tribunal Regional Federal. Antônio Carlos Magalhães após renunciar ao cargo também foi novamente eleito Senador da República nas eleições do ano de 2002.

⁷¹ MORGADO, Cíntia Guimarães. *A Nova face da separação de Poderes-Capacidades Institucionais, Vinculação dos Poderes e Constitucionalismo Cooperativo*. R. Dir. Pro. Geral, Rio de Janeiro (66), 2011, p. 74 e 75

⁷² Idem.

diferentes do mesmo partido. Nesse caso surge uma preocupação de como governar até a eleição seguinte e uma das alternativas para se conseguir a governabilidade seria a de ceder à calúnia infinita, recriminação mútua e impasse partidário.⁷³

Por sua vez a crise da função legislativa apresentada por Cíntia Morgado é caracterizada pela incapacidade do Legislativo de responder às expectativas sobre ele depositadas, face a morosidade e ineficiência no exercício da função, destacando-se em primeiro lugar a falta de conhecimento técnico.⁷⁴

Com efeito, é preocupante o despreparo dos políticos. O desconhecimento técnico é tamanho que inúmeras vezes esse não é suprido mesmo com o auxílio de toda uma equipe de assessores parlamentares. Ademais, não há uma preocupação com esse critério pelos eleitores, já que inúmeras pessoas famosas, verdadeiras celebridades, são eleitas não obstante a sua capacidade técnica, como por exemplo o Palhaço Tiririca, eleito o deputado federal mais votado das eleições de 2010, sob suspeitas de ser analfabeto.

Ademais, o entendimento jurisprudencial dominante quanto à capacidade intelectual do candidato a um cargo político é de que esse tenha minimamente condições de escrita e leitura, com razoável compreensão do texto para que possa candidatar-se a um cargo eletivo.⁷⁵ Não há nenhuma regra que exija determinada escolaridade mínima, já que a Constituição Federal apenas considera inelegível o candidato considerado analfabeto nos termos do artigo 14 § 4º, apesar da responsabilidade e seriedade de cada cargo público.

A exigência de um critério técnico como fator imprescindível para elegibilidade é defendida por Bruce Ackerman. O autor apresenta a necessidade de um profissionalismo a ser buscado, na sua visão, por uma nova separação de

⁷³ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Editora Lumen Juris, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, 2013, p. 14 e 16

⁷⁴ MORGADO, Cíntia Guimarães. *A Nova face da separação de Poderes-Capacidades Institucionais, Vinculação dos Poderes e Constitucionalismo Cooperativo*. R. Dir. Pro. Geral, Rio de Janeiro (66), 2011, p. 74 e 75

⁷⁵ Jurisprudência do TSE. Ac de 27.10.2008, no agR-REsp nº: 30.682, Ministro Joaquim Barbosa. www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor. Acesso em 16 de dezembro de 2013.

Poderes. Ele afirma que, sob o aspecto humano, é importante que haja pessoas bem treinadas em todos os setores públicos, verdadeiros especialistas com espírito publicistas.⁷⁶

Outro fator importante e contribuinte para essa crise parlamentar é a estrutura colegiada e deliberativa de composição numerosa e plural, a qual é vista ainda por Cíntia Morgado como motivo de disfunção legislativa, principalmente considerando as muitas correntes políticas existentes, sendo muitas delas de tendência contraditória e não contribuindo para uma ação legislativa homogênea e consistente. Ainda, considere-se a inaptidão do atual processo legislativo às exigências contemporâneas e a premência do tempo em relação ao volume de regras a serem aprovadas.⁷⁷

Essa crise vivenciada pelo Poder Legislativo é percebida por Luiz Roberto Barroso. A sua ocorrência tem alimentado a expansão do Judiciário, que atua em nome da Constituição:

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 prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.⁷⁸

Com efeito, tudo isso contribui sistematicamente para uma crise no Poder Legislativo. A ineficiência e omissão do Legislativo, seja por meio da crise da legitimidade ou da função legislativa, oportuniza ao Poder Judiciário expandir o seu limite por meio do ativismo judicial.

Assim, torna-se incontestável uma mudança consistente no comportamento do Congresso Nacional, trazendo alterações no sentido de se apurar a sua real representatividade e a legitimidade democrática em busca das virtudes

⁷⁶ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Editora Lumen Juris, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, 2013, p. 66 e 67

⁷⁷ MORGADO, Cíntia Guimarães. *A Nova face da separação de Poderes-Capacidades Institucionais, Vinculação dos Poderes e Constitucionalismo Cooperativo*. R. Dir. Pro. Geral, Rio de Janeiro (66), 2011, p. 74 e 75

⁷⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso no site em 23 de agosto/2013

republicanas, retornando-se com isso ao respeito e consideração devidos ao Poder Legislativo.

2.2

O abuso de edições de medidas provisórias

Por outro lado, a atuação do Poder Executivo na tripartição dos poderes no atual cenário brasileiro também merece ser analisada, principalmente quanto ao abuso de edições de inúmeras medidas provisórias. Com efeito, tal fato tem contribuído também para o desacerto do Princípio da separação dos poderes.

É certo que as medidas provisórias na Constituição Federal fazem parte do rol do processo legislativo. É o que se percebe no inciso V do artigo 59 do texto constitucional.⁷⁹

Contudo, não é de agora que o Poder Executivo passou a ter atividade legislativa. Já na Constituição Federal de 1937 restou essa inserção possível com a criação dos decretos-leis, fruto da necessidade de intervenção do estado na área econômica e social, principalmente quando o Parlamento não pudesse atender de imediato às demandas existentes. Nesse caso o Presidente da República poderia fazê-lo por intermédio dos decretos-leis.⁸⁰

Mais tarde com a Constituição Federal de 1946 foram esses extintos retornando-se com os Atos Institucionais nº: 2 e 4, já no ano de 1965, sendo acoplados à Constituição Federal novamente no ano de 1967, em caso de relevante interesse público ou urgência.⁸¹

⁷⁹ Artigo 59 da Constituição Federal. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

⁸⁰ Os decretos-leis eram previstos na Constituição Federal de 1937 nos artigos 12,13,14 e 180.

⁸¹ Na ocasião foram inúmeros decretos-leis editados sem a real necessidade, já que os critérios de urgência e interesse público eram discricionariamente amplos, conforme exposto por Eliezer Maia no seu artigo intitulado “A separação dos poderes e a crise de governabilidade no direito brasileiro”. In: Dayse Starling Lima Castro (Org.) *Obra Direito Público*, Editora PUC MINAS, 2012, p. 133

Considerando que os decretos-leis nesses critérios são normas típicas de regimes autoritários e a Constituição Federal de 1988 tenha retomado verdadeiro ideal democrático, houve por bem a sua extinção quando da sua promulgação.

Em seu lugar surgiram as medidas provisórias, normas que trazem certa similaridade com os decretos-leis, face à possibilidade de ser recorrer a ela, em caso de relevância e urgência, mas com a diferença de ser submetida de imediato ao Congresso Nacional, conforme é demonstrado no artigo 62 da Constituição Federal.⁸²

Ocorre que o Poder Executivo, desde a possibilidade de utilização de tais prerrogativas, tem abusado sobremaneira da edição de medidas provisórias, muitas delas sem os critérios de urgência e relevância.

Esse comportamento anômalo do Executivo tem sido matéria de crítica e discussão, principalmente se ele estaria comprometendo o princípio da separação dos Poderes. É o que afirma Pedro Abromovay:

Verifica-se que as críticas sobre a utilização das medidas provisórias - sobretudo as que se referem ao seu abuso - quase sempre se vinculam ao princípio da separação de Poderes para justificar o ataque ao Executivo, que estaria, ao editá-las, extrapolando os limites de sua atuação ao usurpar funções do Legislativo.⁸³

Com efeito, são inúmeras as medidas provisórias. Em pesquisa realizada buscou-se quantificar as medidas provisórias editadas nos três últimos governos federais, constatando-se que nos três primeiros anos do Governo de Dilma Rousseff foram editadas 113 medidas provisórias, com uma média de 37,6 edições ao ano. No Governo de Lula, (nos oito anos de seu mandato) foram 413 medidas provisórias editadas, totalizando uma média de 51,3 edições ao ano. Já no Governo de Fernando Henrique Cardoso (a princípio pesquisou-se somente o último ano de seu mandato), ocorreram 81 medidas provisórias editadas. É que no

⁸² Juntamente com as medidas provisórias é possível ainda o Presidente da República exercer outra atividade legislativa, como a de propor emendas a Constituição. Além dessas prerrogativas, existem matérias que caberão exclusivamente ao Poder Executivo a sua iniciativa legislativa, vide artigos 60, II e 61§ 1º, II da Constituição Federal.

⁸³ ABROMOVAY, Pedro. *Separação de Poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 2012, p. 2.

ano de 2001 ocorreu a Emenda Constitucional nº 32, que mudou consideravelmente as regras concernentes às medidas provisórias, restando prejudicados os dados concernentes ao período de todo o governo de Fernando Henrique Cardoso.⁸⁴

Contudo, Janine Malta Massuda em pesquisa mais criteriosa, analisou o período anterior à Emenda Constitucional nº 32/2001, mais especificamente do início do Governo Fernando Henrique Cardoso até o ano de 2000, tentando-se comparar os dois períodos antes e pós-emenda constitucional com as respectivas alterações, ou seja, a sistemática atual em comparação com a anterior, pôde-se observar a edição de 922 medidas provisórias nesse período.⁸⁵ Dessa maneira, ficou demonstrado que o Governo FHC foi o que mais utilizou-se desse instrumento.

Ademais, a própria Emenda Constitucional nº 32/2001, que trouxe regras de limitação da utilização das medidas provisórias revela-se como uma resposta do Poder Legislativo e da opinião pública sobre o seu uso desmedido pelo Poder Executivo na época.

Nesse sentido, observa-se um comportamento exacerbado por parte do Poder Executivo ao utilizar-se dessa prerrogativa, em verdadeira usurpação do poder do Legislativo de legislar.

A crítica ao abuso das medidas provisórias editadas é ressoada pelo Ministro Celso de Mello em seu voto por ocasião da Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 27931-1/DF.

As razões expostas pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados põem em evidência um fato que não podemos ignorar: o de que a crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem causado profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Os dados pertinentes ao número de medidas provisórias editadas e reeditadas pelos vários Presidentes da República,

⁸⁴ dados extraídos do site www.planalto.gov.br/legislação/legislação.1/medidas-provisorias#content. Acesso em 08/01/2014

⁸⁵ MASSUDA, Janine Malta. *Medidas provisórias: os fenômenos na reedição*. Porto Alegre. Editora Fabris, 2001, p. 111 e 131.

desde 05 de outubro de 1988 até a presente data, evidenciam que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culminou por introduzir, no processo institucional brasileiro, verdadeiro cesarismo governamental em matéria legislativa, provocando graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. Desse modo, e mesmo que o exercício (sempre excepcional) da atividade normativa primária pelo Poder Executivo possa justificar-se em situações absolutamente emergenciais, abrandando, em tais hipóteses, o monopólio legislativo dos Parlamentos.⁸⁶

A abusividade das edições de medidas provisórias é considerada também por Luiz Werneck Vianna:

Tal déficit se faria indicar pela predominância do Executivo sobre o Legislativo, evidenciada pela prática abusiva da edição de Medidas Provisórias, principalmente em matérias que não satisfazem a cláusula de reserva de emergência prevista na Constituição, importando em um processo de tomada de decisões que se vem subtraindo à formação de opinião tanto no âmbito parlamentar quanto no da sociedade civil, nas questões estratégicas para os rumos da sociedade.⁸⁷

Evidentemente, a inobservância dos critérios de urgência e relevância contidos na Constituição é altamente relevante. A utilização contumaz das medidas provisórias configura o verdadeiro “ativismo legislativo”⁸⁸ realizado pelo Executivo, trazendo desajuste entre os Poderes Executivos e Legislativo.

Ainda, outro fato importante em desfavor das medidas provisórias é a transitoriedade da medida e a insegurança jurídica propiciada pela sua edição. É que as medidas provisórias podem ser alteradas antes de serem convertidas em lei, por se submeterem ao Congresso Nacional. Nunca se sabe se será convertida em lei ou não, nem quais direitos subjetivos gerará e em quais condições.⁸⁹

É bem verdade que não se pode desconsiderar a importância das medidas provisórias, mesmo porque é um instrumento previsto na Constituição Federal. Ela é, aliás, de suma importância para o Executivo, principalmente porque ante a

⁸⁶ Voto em Medida Cautelar, extraído do site em 09/01/2014, extraído do site <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=>

⁸⁷ VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2002, p.8

⁸⁸ “Ativismo Judicial” é uma expressão utilizada por Luiz Werneck Vianna para demonstrar o excesso de medidas provisórias editadas pelo Executivo, conforme exposto em seu livro *A Judicialização da Política e das Relações Sociais*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

⁸⁹ BARROS, Sergio Rezende de. *Medidas provisórias?* www.srbarros.com.br/pt/medidas-provisorias-.cont. Acesso em 08 de janeiro de 2014.

letargia do Poder Legislativo, serve para dar efetividade a assuntos de suma importância, quando em voga a sua relevância e urgência.

Entretanto, o excesso de sua utilização compromete o princípio da separação dos Poderes. Friederich Muller aduz que a utilização abusiva de medidas provisórias enfraquece de forma assustadora a responsabilidade de representação popular e a moral dos partidos políticos. “Ela desdemocratiza por via administrativa atrás dos bastidores”.⁹⁰

Sem dúvida, esse comportamento contribui negativamente. E o mais atingido é o Legislativo, tendo a sua agenda comprometida, já que as medidas provisórias, se não analisadas no interregno de 45 dias, acarretará o trancamento da pauta do Legislativo. Ademais, o Poder Executivo torna-se o ator principal na atividade legislativa em virtude das inúmeras medidas provisórias editadas.

Nesse aspecto, observa Bruce Ackerman que esse tipo de comportamento do Executivo faz parte de um ciclo vicioso oriundo da crise de governabilidade, sendo perceptível nos casos de Brasil e Argentina:

Uma vez iniciada a crise, ela dá origem a um ciclo vicioso. Os Presidentes quebram impasses legislativos “resolvendo” problemas urgentes com decretos unilaterais que, muitas vezes, vão muito além da sua autoridade constitucional formal; em vez de protestar, os representantes ficam aliviados por livrarem-se da responsabilidade política de tomar medidas difíceis; os presidentes subsequentes usam tais precedentes para ampliar ainda mais o seu poder [...] Cada vez mais, a câmara é reduzida a um fórum para postura demagógica, enquanto o presidente toma as decisões difíceis unilateralmente, sem considerar os interesses e ideologias representadas por partidos políticos principais no congresso. Esse ciclo já é visível em países como Argentina e Brasil, que apenas recentemente emergiram de ditaduras militares.⁹¹

Destarte, observa-se que o cenário atual da tripartição de poderes traz uma crise de representatividade/governabilidade ante a retração, omissão e

⁹⁰ MULLER, Friedrich. Medidas provisórias no Brasil e a experiência alemã. In: eros Grau; Willis Santiago Guerra Filho (Org). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 2ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2001, p. 349.

⁹¹ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Podres*. Editora Lumen Juris, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, 2013, p. 16

desvirtuamento do Poder Legislativo, corroborada por um comportamento abusivo do Poder Executivo devido ao uso desmedido das medidas provisórias.

2.3

A separação dos Poderes no momento atual

A teoria clássica do Princípio da Separação dos Poderes se viu derrocada nos últimos anos. Por mais que tenha contribuído para inúmeros regimes democráticos, tornou-se insustentável a sua manutenção nos moldes do contexto liberal. Ademais, conforme explanado por Bruce Ackerman, “a separação de poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência”.⁹²

A necessidade de modificação desse modelo tripartite, até então rígido, se fez ante a mudança das circunstâncias sociais, históricas e até mesmo filosóficas que sobrevieram no Brasil, como também em outros países.

Interessante que no caso brasileiro já se reclamava há muito que o posicionamento estanque das funções estatais oriundos do modelo teórico clássico dessa tripartição dos poderes era passível de mudança em virtude da necessidade social e obrigatoriedade latente da intervenção estatal em prol de satisfação dos anseios sociais da nação.

Victor Nunes Leal, observando essa necessidade já na longínqua década de trinta, assim se manifestou:

Nos dias de hoje, mesmo sem falar naqueles exemplos extremos de concentração de poder, que encontramos nos estados fascistas, na União Soviética e nos países que imitaram o seu exemplo, podemos dizer que a teoria da divisão de poderes é uma construção doutrinária superada. Ela já não corresponde, nem atende às necessidades modernas de salvaguarda das liberdades humanas, que foi sua finalidade histórica, a serviço de progresso da burguesia. E assim ocorre porque

⁹² ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Trad. Por Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos Editora. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª tiragem, 2013, p. 113

vivemos num período profundamente crítico, numa época de contundentes reivindicações sociais.⁹³

Anos mais tarde, por ocasião dos anos cinquenta, Paulo Bonavides, ao escrever sobre o estado liberal, manifestou-se sobre o princípio da separação de poderes imperante na época, apresentando severas críticas a seu respeito:

Esse princípio - que nas origens de sua formulação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores das liberdades contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política - já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental (...)

Quando cuidamos dever abandoná-lo no museu da Teoria do Estado, queremos com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social-democracia.

Pretender conservá-lo, porém, como dogma, em justificações descabidas para a atualidade, é o que nos parece inaceitável. Ao lado de tantas outras razões que militam em prol desse nosso ponto de vista, afiguram-se não menos judiciosas aquelas que o sábio jurisconsulto patricio Afonso Arinos de Melo Franco aduziu em torno da questão, que bem meditada, está no fundo do princípio vertente, a saber, o da separação dos poderes.⁹⁴

Não obstante o contexto político e histórico vivenciado nessas épocas, a visão clássica da separação dos poderes, tão questionada pelos autores em questão, de fato não possuía o dinamismo necessário a ser conferido aos Poderes estatais para promover o bem-estar social necessário a uma nação.

Hodiernamente, o modelo de separação de poderes no que tange à experiência brasileira, pelo menos teoricamente, apoia-se na ideia da especialização funcional e na independência orgânica de cada Poder em relação aos demais.

⁹³ LEAL, Victor Nunes. *Palestra ministrada no auditório de instituto de direito público e ciência política* em 23 de agosto de 1934.

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 63

A especialização funcional determina que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário exerçam as suas respectivas funções, como por exemplo a elaboração das leis, a implementação delas, assim como decidir acerca das suas aplicações no caso concreto. Em suma, a especialização funcional inclui a titularidade específica de cada Poder com suas competências privativas.⁹⁵

Já o critério de independência orgânica de cada Poder demanda:

na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política, e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas) como reforço de sua independência frente aos demais Poderes.⁹⁶

Nota-se assim que o princípio da separação de poderes no Brasil trouxe em seu bojo uma divisão de funções que caracteriza a independência de cada Poder, mas permitindo uma colaboração na inter-relação dos Poderes estatais por meio das funções atípicas. Nesse sentido, o Poder Executivo, que anteriormente já possuía atribuição legislativa, teve majorada tal função, como editar atos normativos como medidas provisórias e leis delegadas, propor emendas constitucionais, dentre outros. O Legislativo, por sua vez, com a possibilidade de julgar o Presidente da República, os Ministros do STF, o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República, em casos de crime de responsabilidade. E o Judiciário, ainda, com a possibilidade de elaborar o seu regimento interno, com observância das normas de processos e das garantias processuais das partes, dispondo ainda sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.⁹⁷

Dirley da Cunha Júnior reconhecendo ainda essas funções atípicas, declara que a independência mencionada e atribuída à separação dos poderes não se dá de forma exclusiva no exercício de suas funções, mas quanto à predominância de seu desempenho:

⁹⁵BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.197.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodvim, 2013, p. 533

Entretanto, importa deixar bem claro que o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas sim, a predominância no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplex divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções típicas, há outras, chamadas de funções atípicas, que são realizadas não prioritariamente, mas sim subsidiariamente por aqueles poderes como meios garantidores de sua autonomia e independência.⁹⁸

As funções, antes rígidas, assumem formas mais flexíveis, sendo tal flexibilidade necessária nos tempos atuais. José Afonso da Silva afirma que a rigidez das funções outrora adotada é incabível no Estado contemporâneo, sendo o que se fala hoje, é de uma colaboração de Poderes.⁹⁹

José Afonso da Silva justifica a necessidade de atipicidade das funções estatais, exemplificando a postura do Executivo em exercer a sua prerrogativa legislativa no que tange a sua iniciativa de legislar. Para Silva, isso decorre:

do fato de a ele caber a missão de aplicar uma política determinada em favor das necessidades do país; mais bem informados do que ninguém dessas necessidades e dada a complexidade cada vez maior dos problemas a resolver, estão os órgãos do Executivo tecnicamente mais bem aparelhados que os Parlamentares para preparar os projetos de leis; ademais, sendo o chefe também da administração geral do país e possuindo meios para aquilatar as necessidades públicas, só o Executivo poderá desenvolver uma política legislativa capaz de dotar a nação de uma legislação adequada, servindo-se da iniciativa legislativa.¹⁰⁰

Com efeito, o Executivo possui essa importância e obrigatoriedade como órgão administrativo do país, devendo saber qual o melhor caminho a tomar para produzir uma política pública específica e satisfatória, a qual expresse a necessidade do país. Aliás, ante a letargia que toma conta do Legislativo em virtude de sua crise, o que se percebe é que a atribuição atípica da função legislativa do Executivo é contributiva e importante para o Estado democrático de direito.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 111.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de formação das leis*. São Paulo: editora Malheiros, 2007, p. 134

Entretanto, a utilização dessas prerrogativas em excesso e sem os critérios legais serve para a desconstrução de um estado democrático, conforme anteriormente comentado sobre as medidas provisórias editadas abusivamente.

Contudo, o que mais de importante surgiu no contexto brasileiro atual no que se refere à separação dos poderes se deve ao novo modelo de constitucionalismo consolidado nas democracias europeias após a Segunda Guerra Mundial e fixado no Brasil com o advento da Constituição Brasileira de 1988.

Esse novo contexto impactou a tradicional configuração da separação de poderes, no sentido de que mesmo as funções típicas não são compactadas nos critérios defendidos pela teoria da especialização funcional.

Isso se deu no caso brasileiro devido ao enraizamento da noção de supremacia da Constituição, advindo principalmente da ampla participação popular no processo constituinte e pela afirmação de que todo o regramento constitucional deve ser aplicado judicialmente e dotado da imperatividade conquistada pelo constitucionalismo brasileiro de efetividade.¹⁰¹

Evidentemente, a prevalência e aceitação da tese da supremacia jurídica da Constituição trouxe consigo uma participação significativa do Poder Judiciário como um dos órgãos principais na efetivação e concretude das normas constitucionais, em especial no que se refere ao controle de constitucionalidade em aferição aos atos dos demais Poderes.

Assim, o Poder Legislativo viu-se obrigado a limitar a sua atividade no momento de criação da norma, sendo obrigado a seguir criteriosamente a Constituição, incluindo de forma compulsória os princípios, valores e direitos fundamentais.

¹⁰¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 140

Por tudo isso, via de consequência, o Legislativo, antes detentor de supremacia, teve seu espaço reduzido em favor do Judiciário.

Interessante que no passado se observa certo revezamento quanto ao protagonismo de determinado Poder em relação aos demais. No século XIX, viu-se uma preponderância relativa do Poder Legislativo em virtude da importância e sacralização da lei em contensão ao absolutismo. Já no século XX, em grande parte desse período o Poder Executivo é quem foi o ator principal, em especial por conta das ditaduras na América Latina e do totalitarismo em alguns países europeus. Por conseguinte, já no século XXI sente-se certa probabilidade de uma proeminência do Poder Judiciário, inclusive no Brasil.¹⁰²

Esse fenômeno que elevou o raio de ação do Judiciário, dando-lhe a condição de protagonista no que se refere a processos decisórios que envolvam políticas e questões sociais, é perfeitamente possível e não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países.¹⁰³

Conforme anteriormente mencionado, a Constituição Federal de 1988 possibilitou essa ampliação por meio das ações de inconstitucionalidade, mandado de injunção, ação popular, mandado de segurança coletivo, dentre outros.

O Estado democrático brasileiro possibilita a busca por direitos, a ser dirimida pelo Poder Judiciário por meio de sua função típica, legítima, que é julgar. Se existem ações judiciais que dão concretude às discussões que envolvam questões políticas e sociais, será obrigação do Judiciário dirimi-las, mesmo porque é impossível obstacularizar a prestação jurisdicional nesse sentido.

¹⁰² LACERDA, André Reis. *Separação dinâmica das funções estatais: análise de um ativismo judicial moderado na perspectiva de uma leitura dialógica da Constituição Brasileira de 1988 - Impediente de configuração de instâncias hegemônicas*. Artigo científico proposto junto a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com extensão na ESMape - Escola da Magistratura de Pernambuco como requisito parcial para o Curso de Mestrado. Brasil, ano letivo 2011/2012, extraído do site www.idb.fdu.com/uploaded/files/2013_06_05045_05108.pdf. Acesso em 02 de janeiro de 2014.

¹⁰³ CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. www.revistalceu.com.puc.rio/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em 23 de abril de 2013.

A preocupação do comportamento do Judiciário que traz prejuízo ao princípio da separação dos poderes se restringe então ao ativismo judicial, um fenômeno que surge devido a situações cometidas por esse Poder e que extrapolam o seu limite institucional, ou seja, que fogem do determinado e contemplado no texto constitucional. Esse, sim, fere o princípio da separação dos poderes.¹⁰⁴

Não obstante tudo isso, têm surgido verdadeiras discussões sobre esse comportamento expansivo do Judiciário, em especial pelo Poder Legislativo que tem se sentido desvalorizado em sua função e competência privativa. Por conta disso, e em virtude do Legislativo ser a hipótese normal de criação de direito, tem-se percebido uma reação legislativa, mesmo que de forma tímida, no sentido de se combater ou adequar a decisão proferida por meio de edições de emendas constitucionais e novas leis, surgindo com isso uma nova rodada procedimental.

Essa reação do Poder Legislativo é chamada de correção legislativa da jurisprudência e surge ao revés do controle do Judiciário sobre o Legislativo. O Judiciário então passa a ser controlado pelos legisladores através do instrumento da correção legislativa de jurisprudência por via de emenda constitucional ou lei complementar.¹⁰⁵

Essa nova forma de agir, agora por parte do Legislativo, foi um meio encontrado de ingerência desse sobre o Poder Judiciário, objetivando certo controle nessa relação, ajustando os equívocos que porventura tenha havido. No entanto, mesmo que surja num contexto em princípio adversarial, serve para promover o debate e trazer à pauta a matéria anteriormente analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse momento, surge uma nova assertiva que permeia a tênue relação entre os Poderes Estatais, no sentido de se indagar quem de fato seria o detentor da última palavra. E sob essa relativização de último poder é possível se pensar que

¹⁰⁴ Ver item 1.2 e 1.2.1 do capítulo 1

¹⁰⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V.II, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 441

haveria uma forma concreta de se combater decisões ativistas, fato esse a ser analisado no capítulo seguinte.

O Supremo Tribunal Federal e o poder da última palavra

O comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal é um fato. E, conforme mencionado nos capítulos anteriores, é proveniente, dentre outras coisas, da supremacia judicial nos tempos atuais. Assim, se possui o Poder Judiciário essa forte característica, seria então o detentor da última palavra?

Essa indagação tem trazido enormes discussões. Basta observar o Judiciário, com a absoluta certeza de que possui essa prerrogativa. E isso já foi demonstrado de forma eloquente pelos próprios Ministros do STF em algumas ocasiões. Por exemplo, no auge da tramitação da proposta da emenda constitucional nº 33/2012, que permitia que algumas decisões tomadas pelo STF fossem submetidas ao Congresso Nacional, o Ministro Marco Aurélio de Melo afirmou que o sistema imperante na Constituição concedia o primado ao Judiciário, ou seja, “a última palavra não caberia ao setor público, caberia ao Judiciário, o órgão de cúpula. O guarda da Constituição é o Supremo”.¹⁰⁶ Em outra ocasião, quando se travava verdadeira discussão sobre a possibilidade do STF de declarar a perda automática dos mandatos dos deputados condenados na AP 470, o Ministro Celso de Mello disse que era “importante destacar a intervenção e a posição do Supremo Tribunal Federal, que detém em tema de interpretação constitucional e, por força da delegação da assembléia constituinte o monopólio da última palavra”. Complementou suas palavras citando um discurso de Rui Barbosa, dizendo ainda ter o STF o direito de “errar por último.”¹⁰⁷

Pensando dessa maneira e relembando o comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal, não seria incoerente afirmar que poderia estar o Brasil vivenciando um autoritarismo da toga.

¹⁰⁶ www.1.folha.uol.com.br/poder/2013/041267869-comissao-da-camara-aprova-pec-que-submete-decisoes-do-stf-ao-congresso.shtml. Acesso em 02 de maio de 2013.

¹⁰⁷ www.estadao.com.br/noticias/nacional,celso-de-mello-stf-tem-monopolio-da-ultima-palavra,974786,0.html. Acesso em 25 setembro de 2013.

Entretanto, o cenário brasileiro atual propicia ao Judiciário, pelo menos de forma argumentativa, reconhecer-se como detentor da última palavra. Acrescenta-se a isso a aguda crise de representação pela qual passa o Poder Legislativo, que consequentemente favorece uma opção em favor da Suprema Corte como titular da “última palavra” no delineamento do conteúdo constitucional.¹⁰⁸

No entanto, essa discussão quanto ao real detentor da última palavra traz interessante debate quando se pensa que o Judiciário possui essa prerrogativa, mas de forma provisória. O tempo, a mudança comportamental da sociedade, a criação novamente de uma lei revendo sua validade constitucional, bem como a pressão e vontade popular são motivos para considerar a decisão provisória. A interação ao longo do tempo é fenômeno a ser percebido. Dependendo de cada Constituição, haverá um nível decisório último, porém provisório (legislativo ou judicial), não havendo recurso contra, exceto pelo reinício do processo, numa nova rodada procedimental.¹⁰⁹

Sob esse ângulo, observa-se que a última palavra é considerada provisória, uma vez que haverá a possibilidade de uma nova rodada procedimental, independentemente da demora e desde que haja interesse nesse sentido. Ademais, aos olhos de Conrado Hubner Mendes:

A invocação da ideia de “última palavra provisória” não pode esconder o custo temporal, material e intelectual de novas “rodadas procedimentais”. Há graus de provisoriedade. Decisões, mesmo que possam ser revistas, são mais ou menos duradouras e resistentes. Alguns de seus efeitos se consumam e, em certo sentido, tornam-se irreversíveis. De qualquer modo, relativizar a importância da última palavra tem um valor. Se o ponto de chegada é sempre provisório, dever-se-ia atentar também para o caminho, o processo de interação que precede e sucede a decisão. (...) Decisões são tomadas e problemas concretos resolvidos, mas os mesmos temas são reprocessados pela comunidade política. Essa constatação trivial traz um elemento surpreendentemente novo para a reflexão sobre o papel e legitimidade de controle de constitucionalidade.¹¹⁰

¹⁰⁸ VIEIRA, José Ribas. Valle, Vanice Regina Lírio do Valle, Cecília de Almeida Silva, Francisco Moura, José Guilherme Berman, Rodrigo de Souza Tavares. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 31

¹⁰⁹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: ed. Saraiva, ano 2011, p. 58

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 171

Esse tipo de “rodada procedimental” tem ocorrido no cenário brasileiro, mesmo que de maneira tímida, principalmente por conta da insatisfação do Poder Legislativo com a atuação de ingerência do Judiciário em suas funções e competências. Diante disso, o Legislativo, munido de seu poder de legislar, tem reagido às decisões ativistas com a criação de nova norma. É o que ocorreu com a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade da “cláusula de barreira,” por meio das Adins 1.351/DF e 1.354/DF.

No caso, é observado um comportamento ativista pelo órgão julgador, pois invalidou norma legal com base na utilização de princípio constitucional abstrato. Entretanto, tão logo declarada a sua inconstitucionalidade, o Senado Federal, de forma imediata, se prontificou à apresentação da PEC nº: 02/2007, adicionando um parágrafo no artigo 17 da Constituição Federal, trazendo a autorização de distinções entre partidos políticos com base no seu desempenho eleitoral.

Vê-se, então, uma reação do Poder Legislativo contra a decisão ativista do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se o Legislativo de prerrogativas próprias e típicas, trazendo para si a responsabilidade de legislar sobre o assunto, o que se constitui forma possível e correta de combater decisões proativas do Judiciário.

Esse é apenas um exemplo, dentre outros, que ratifica o fato de que a última palavra proferida pela Corte é então provisória. E, diante disso, decisões equivocadas e ativistas podem ser revistas pelo Legislativo.

O comportamento de reação do Poder Legislativo nos termos acima, surge dentro do critério legiferante, próprio de seu múnus legislativo. A intenção do legislador fez surgir determinado fenômeno chamado por alguns autores de “correção legislativa de jurisprudência”, pelo qual o poder Legislativo edita emendas constitucionais ou leis infraconstitucionais com o claro propósito de corrigir entendimento jurisprudencial consolidado acerca de determinada matéria.¹¹¹

¹¹¹ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de Oliveira. *Direito Tributário e Diálogo Constitucional*. Niterói: Editora Impetus. ano 2013, p. 11

Para Ricardo Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência ocorre:

através de emenda constitucional, lei complementar ou lei ordinária. 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 ambiguidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação compatível com os pressupostos doutrinário da matéria.¹¹²

Não obstante a nomenclatura dada de correção legislativa de jurisprudência sobre a reação do Poder Legislativo – Conrado Hubner Mendes chama esse fato de “diálogo com sequência legislativa”¹¹³ – torna-se importante esclarecer se o Legislativo teria de fato a possibilidade de interpretar a Constituição em adequação ou detrimento da decisão proferida.

Muito embora o direito constitucional brasileiro abrace a supremacia judicial, isso não obstaculiza o Poder Legislativo de também interpretar a Constituição. A aceitação de que o Legislativo possua essa atribuição o legitima para promover nova rodada procedimental em virtude da decisão proferida, já que em suma demonstra uma forma de interpretação e um diálogo a ser produzido em análise ao entendimento judicial proferido.

Ademais, a participação de cada força política no desgastante processo constituinte, no qual muito se discutiu o teor de cada norma constitucional, evidencia a possibilidade de interpretação à Constituição, a ele concedida por meio desse Poder Constituinte.¹¹⁴ Mesmo porque a função típica do Legislativo é de legislar. É ele então o autor, ratificador ou – por que não? – o primeiro

¹¹²TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v II. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 447-448.

¹¹³ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: ed. Saraiva, ano 2011, p. 150

¹¹⁴ “Entre 1º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988, o edifício do Congresso Nacional, em Brasília, transformou-se em ponto de afluência de múltiplos setores organizados da sociedade brasileira. Ali aconteceu um processo decisório caracterizado pelo dissenso, pela intensa e permanente mobilização de atores coletivos internos e externos, por votações altamente polarizadas e , ao mesmo tempo - sobretudo em sua final -, por uma atividade igualmente intensa e incessantes de busca de acordos entre as lideranças das diferentes forças em choque (...) Pouco se mostrou do formidável esforço de mobilização que marcou a construção do caramujo. Creio que o que aqui se registrou reflete, mesmo que que modesta e precariamente, o bramido das ondas da Constituinte de onde proveio a Constituição Cidadã. E, com isto, oxalá ajude a compreendê-las, Constituinte e Constituição, ambas ainda tão carentes de inteção adequada vinte anos depois.” PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008, p. 1 e 17.

intérprete das normas, que, diga-se de passagem, já nasceram sob o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

A força do Legislativo como participante interpretativo da Constituição é tamanha que nem após a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal estará este impedido de atuar com a chamada correção legislativa por meio de nova rodada procedimental. Isso porque o artigo 103-A da Constituição Federal não o relacionou como um dos destinatários da súmula.¹¹⁵

A própria jurisprudência do STF reconhece essa possibilidade, permitindo até a reedição de lei idêntica àquela que foi anteriormente declarada inconstitucional, e o artigo 102, § 2º da Constituição Federal, não impossibilitou ao Parlamento fazê-lo.¹¹⁶

De forma criteriosa, importante relatar um julgado que tornou-se importante por conta de forte discussão entre os Ministros do STF sobre a possibilidade ou não de se contornar uma decisão do Supremo Tribunal Federal por meio de emenda constitucional. Eis o ocorrido:

O Supremo Tribunal Federal já havia julgado um caso que tinha como assunto a edição de uma lei municipal que permitia a cobrança da iluminação pública mediante taxa. Como já era de se esperar, a lei foi considerada inconstitucional, tendo sido posteriormente editado a súmula 670 pelo STF, que determinou em definitivo que a iluminação pública não poderia ser remunerada mediante taxa.

¹¹⁵ Artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder do Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida.

¹¹⁶ “Inteligência do art. 102, §2º, da CF, e do art.28, § único, da lei federal nº: 9.868/99. 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”.(RC. 2.617 AgR/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, 23-2-2005)

O Poder legislativo, por sua vez, no ano de 2002 editou a emenda constitucional nº: 39/02, que transformou os serviços de iluminação pública em contribuição, acrescentando o artigo 149-A na Constituição.¹¹⁷

O assunto esteve em pauta novamente junto ao Supremo Tribunal Federal por meio do RE-573.675/SC¹¹⁸, quando a emenda foi considerada constitucional.

Entretanto, o julgamento foi precedido de inúmeras discussões, ocasião em que o Ministro Marco Aurélio de Melo que teve o seu voto sucumbido, e, em debate posterior com O Ministro Gilmar Mendes, demonstrou preocupação, afirmando ser “contrário à possibilidade de se contornar uma decisão do Supremo Tribunal Federal mediante emenda constitucional”.

A resposta de Mendes ratifica todo o quadro aqui defendido, pois para ele o caso era de correção legislativa de jurisprudência por emenda constitucional, sendo então possível, já que não havia sido atingido as cláusulas pétreas.

Demonstrado que o entendimento jurisprudencial é pacífico quanto à possibilidade dessa reação legislativa, importante verificar o aporte da doutrina nesse sentido.

Rodrigo Brandão, reconhece a possibilidade disso ocorrer, mas não de forma indiscriminada:

Da mesma forma que o reconhecimento da possibilidade **indiscriminada** de o Parlamento aprovar norma que se destine a desfazer decisões judiciais transitadas em julgado o transformaria em uma instituição tirânica, a intangibilidade de jurisprudência constitucional da Suprema Corte em face do povo e dos seus representantes a convolaria em um “superpoder”. Em síntese: o sentido futuro da Constituição não pertence a qualquer instituição política, mas se revela em uma “dança institucional” em que leis, emendas constitucionais, decisões judiciais,

¹¹⁷ Segundo o artigo 149-A da CF, os Municípios poderão instituir contribuição na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no artigo 150, incisos I e III.

¹¹⁸ www.stf.jus.br/portal/geral/verPDFPaginado.asp?id=593381&tipo=AC&descricao. Acesso em 09 de agosto de 2013.

manifestações informais da opinião pública e mecanismos de consulta popular (plebiscitos e referendos) interagem de forma complexa.¹¹⁹ (grifo nosso)

Por sua vez, Luiz Roberto Barroso afirma que em caso de uma reação legislativa a uma decisão judicial, o Legislativo estaria mesmo que por determinado instante, exercendo o direito da última palavra :

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. De fato, 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 quórum de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio. (grifo nosso)¹²⁰

A argumentação do autor demonstra ainda a relativização do poder da última palavra, já que o Poder Legislativo é detentor dessa prerrogativa em “dado momento”. Ver negrito na citação.

Certo é que esse comportamento por parte do Parlamento, mesmo que involuntariamente, contribui para que mesmo as decisões judiciais venham a estar sujeitas à análise das instâncias democráticas, permitindo que a sociedade exerça sobre elas um controle público e amplo:

Como as decisões judiciais são obrigatoriamente motivadas, a argumentação jurídica racional permite que a sociedade exerça sobre elas um controle público e amplo. Esse controle pode ser jurídico, através dos recursos processuais disponibilizados pelo sistema legal às partes e terceiros interessados, e pode ser social, moral e sobretudo político, que pode ser exercido pelo processo legislativo e por emendas constitucionais. Por isso, a própria natureza do processo judicial em uma democracia constitucional implica um diálogo racional permanente e a cidadania em geral.¹²¹

Em tempo de ativismo judicial e supremacia do Judiciário seria de fato importante a existência de determinado controle que o forçasse a uma “prestação de contas” para com as demais instâncias democráticas, já que outrora a sua antiga neutralidade seria suficiente para referendar os seus atos.

¹¹⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 327

¹²⁰ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, cit. p.74

¹²¹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004 p. 192

O Judiciário, no momento atual, é politizado, principalmente porque transformou-se em verdadeira arena de debate público, por conta de inúmeras ações que demandam política e valores fundamentais. Assim, é possível dizer que a sua imagem de órgão independente, neutro e isento tem se esvaído por conta de sua obrigatoriedade em dirimir questões de grande politização.

Nesse viés, face à responsabilidade do Judiciário perante a sociedade, necessário que se preste contas ao público, em virtude de sua importante função no Estado democrático. No caso, uma concepção de *accountability* é válida tanto para o juiz, de forma individual, quanto ao Judiciário num todo, porquanto estejam inseridos em um processo democrático de delegação.¹²²

Para Fernando Filgueiras a importância do Judiciário é tamanha, que:

Se a autoridade, em uma democracia, reside na sociedade, e se o juiz faz escolhas representando a sociedade, é uma questão de justiça política que o Judiciário, assim como o Executivo e Legislativo, cumpra o dever de prestar contas ao público e assegurar condições para que exerça sua autoridade sobre aquele(...) Nesse caso, a *accountability*, na dimensão do Poder Judiciário, deve envolver duas ordens de questões; uma primeira, que se refere ao processo de decisão em si e à participação da sociedade; e uma segunda, que diz respeito aos processos de gestão do Judiciário.¹²³

Guilherme O'Donnell é um dos autores que pesquisaram profundamente a *accountability* política, trazendo as suas formas, diferenciando-a sob o aspecto vertical e horizontal.¹²⁴

Para o autor, a *accountability* vertical se refere as várias formas de fiscalização realizadas pelo cidadão em face de seus governantes, como por exemplo todo do processo eleitoral, podendo o político ser punido com a sua não reeleição. Já a *accountability* horizontal surge através de controles

¹²² FILGUEIRAS, Fernando. *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2013, p. 264. Importante apresentar o conceito de *accountability*. Filgueiras, citando Mark Philp e Michael W Dowle, apresenta-o se referindo “aos processos políticos e institucionais que configuram a prestação de contas como princípio fundamental para a publicidade da ação de agentes e instituições frente a cidadania”.

¹²³ Ibidem, p. 264 e 265

¹²⁴ O'DONNELL, Guilherme. *Accountability horizontal e as novas poliarquias*. São Paulo: Lua Nova, n.44, p. 27-54, 1998.

institucionalizados como o que ocorre na tripartição dos Poderes, na forma de freios e contrapesos, entre outros.¹²⁵

Seria então essa “rodada procedimental”, por meio de uma correção legislativa, a vereda a ser utilizada para que o Poder Judiciário apresente uma *accountability* política desejável, mormente quando emendas constitucionais venham reverter entendimentos jurisprudenciais da Corte constitucional. É o que afirmou Andrew Arato:

Quando há chance razoável de criar emendas constitucionais que revertam decisões judiciais, o Tribunal Constitucional não é mais totalmente isento de avaliação - para os juízes, ver suas apelações anuladas representa uma sanção importante. Como na *accountability* política, a possibilidade de ver suas decisões anuladas pelo povo (aqui como emendas ao invés de poder eleitoral) é parte da *accountability* política de juízes que podem também ser sujeitos a processo de *accountability* legal através de *impeachment*.¹²⁶

O Poder Legislativo possui então subsídios e, - por que não? - obrigações para reagir a decisões indesejadas proferidas pela Corte constitucional, e o pode fazer por meio da correção legislativa de jurisprudência, que, como notado, é uma forma de *accountability* política. Essa forma de analisar a atuação judicial ganha corpo na medida em que cada vez é menor a vinculação do juiz a normas prévias e claras. E nesse sentido a atuação judicial precisa manter referibilidade à vontade do povo, em especial para preservação da sua neutralidade política.¹²⁷

Entretanto, todo esse comportamento de reação legislativa traz consigo também toda uma sistemática de diálogo tão necessária nessa relação interinstitucional.

O fato é que os Poderes interagem com esse processo, já que devido à reação legislativa haverá uma nova rodada procedimental, havendo debates e resultando assim em uma nova conclusão.

¹²⁵ Ibidem, p. 27-54

¹²⁶ ARATO, Andrew. *Representação, soberania popular e accountability*, extraído do site www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-644452002000100004&lng=em&lng=pt em 02 de novembro de 2013.

¹²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2012, p. 221.

Conrado Hubner é claro nesse sentido:

Para tanto, como os Poderes devem se portar? E quem deve ter a última palavra provisória? Por mais necessário que seja definir quem seja o detentor da última palavra provisória, a partir de um outro olhar, este é um mero detalhe. Saber quem deve prevalecer é uma questão contingente. Não há resposta de princípio, geral e abstrata. O valor de um processo contínuo de formação da vontade política precisa ser percebido e não deve ser ofuscado por aquela discussão. (...) A interação entre as instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que podemos esperar de uma democracia organizada sob o princípio da separação dos poderes. Estimula uma competição pelo melhor argumento e traz vibração ao regime. Implanta uma pressão por consistência. Fundamentalmente, insere a tensão entre forma e substância no centro desse arranjo.¹²⁸

3.1

Diálogo constitucional - uma alternativa viável.

É indiscutível a necessidade de manter-se um diálogo no universo da interpretação constitucional. O momento atual de forte embate entre os Poderes, fase advinda com o expansionismo do Judiciário, exige como instrumento de pacificação a busca pelo consenso, mesmo que a forma utilizada sejam por meio de rodadas procedimentais promovidas por reações legislativas.

O inconformismo do Legislativo com os excessos do Judiciário no controle de constitucionalidade lhe possibilitaria trazer para a pauta um novo debate a partir da edição de uma nova lei ou emenda constitucional. Ademais, esse comportamento traz consigo um diálogo necessário no momento de se apresentar formas que sucedam aquelas consideradas inconstitucionais.

Rodrigo Brandão aponta que esse processo é considerado como uma nova possibilidade de debate, já que a aprovação de norma idêntica à declarada inconstitucional, salvo em casos excepcionais, deve ser considerada como uma reabertura de discussão sobre a constitucionalidade de determinada diretriz normativa, mesmo que o STF possa voltar a declará-la inconstitucional em nova

¹²⁸ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: ed. Saraiva, ano 2011, p. 203 e 204

ação direta de inconstitucionalidade¹²⁹. Conquanto debater seja preciso, mesmo que a forma de fazê-lo fuja da regra literal dos termos de um colóquio interinstitucional. E, como observado anteriormente, na separação de Poderes a interação é inevitável, já que hodiernamente as funções de cada Poder é de cooperação.¹³⁰ Nesse caminho, visando o êxito, importante é a análise da teoria do diálogo constitucional.

Com efeito, a ideia central da teoria do diálogo é de que a interpretação constitucional não é fruto da decisão isolada de um poder, mas da interação contínua entre os poderes do Estado na busca progressiva da melhor definição dos contornos dos conteúdos constitucionais.¹³¹

Cristine Bateup afirma que as teorias do diálogo constitucional têm proliferado nos últimos tempos por causa da sua potencialidade, sendo que muitos enxergam nelas formas de resolução dos problemas de legitimidade democrática associada à revisão judicial.¹³²

A experiência de outros países no diálogo constitucional é vasta, mas recente, sendo possível apontar alguns motivos para o seu acolhimento:

a) restabelecer o reequilíbrio entre poderes, na busca de uma legitimidade democrática; b) articular a defesa de um weak judicial review como contraponto aos riscos de um ativismo judicial; c) assegurar a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor dos segmentos minoritários.¹³³

Entretanto, não se pode falar de diálogo constitucional sem contudo exemplificar a experiência canadense no que tange à “Carta de Direitos e Liberdades” de 1982, destinada a proteger os direitos fundamentais de todos os

¹²⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Rigidez constitucional e pluralismo político*. Doutrina Nacional. Direitos Fundamentais – Justiça n°5, Out/Dez 2008 p. 119 e 120. www.dfj.inf.br/Arquivos/pdf_livre/5_doutrina-4-pdf., Acesso em 26 de janeiro de 2014.

¹³⁰ Ver citação n°99

¹³¹ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional*. Niterói: Editora Impetus, 2013, p.65

¹³² BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. New York: Brooklyn Law Review, vol. 71, 2006. extraído do site www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884. Acesso em 01 de fevereiro de 2014.

¹³³ VIEIRA, José Ribas. VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p.91

cidadãos canadenses, principalmente pela inovação contida por meio das seções nº 1 e 33, que contribuíram pedagogicamente para o diálogo constitucional.

Nesse sentido, a seção nº 1 consiste em estabelecer que o legislador possa impor limites razoáveis aos direitos fundamentais, ou seja, a intervenção legislativa é limitada por uma justificação razoável. Já a seção nº 33 traz a *overriding clause*, onde permite que o Legislativo reedite novo texto legislativo que já tenha sido objeto de reprovação pela Corte canadense. É admitido ainda que o Parlamento exija que essa lei tenha ainda validade de cinco anos, prorrogável por igual período, nos termos da *notwithstanding clause*.¹³⁴

O cenário canadense exemplifica a importância de interação entre os Poderes e a aceitação de uma participação conjunta na construção e interpretação normativa, sem a preocupação de algum Poder se sentir minorado com a ingerência de um na competência do outro.

A inserção dessas cláusulas na Carta de Direitos e Liberdades, a princípio, trouxe inúmeras preocupações sobre a sua efetividade e adequação, surgindo a partir daí alguns julgados interessantes juridicamente como o emblemático caso canadense que envolvia a província de Quebec, reconhecida como “sociedade distinta” por uma emenda constitucional, devido a sua identidade francófona, apesar de fazer parte do Estado canadense.

Com base na cláusula *notwithstanding* (não obstante), algumas leis que protegiam a forte identidade franco-canadense foram mantidas, como a que determinava que os sinais públicos e as propagandas públicas e privadas fossem veiculados em francês ou a que proibia a matrícula dos filhos dos cidadãos de Quebec em escolas inglesas.

A Corte canadense entendeu o direito da utilização da cláusula do “não obstante” pela província de Quebec, já que a Seção nº 33 não determinava os

¹³⁴ VIEIRA, José Ribas. VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p.62 e 63

requisitos substantivos, ou seja, não havia a indicação precisa dos direitos afastados, mas apenas pressupostos formais, como o contido expressamente na cláusula,¹³⁵ tendo havido grande debate que envolvia a proteção da identidade francesa em face da homogeneização inglesa, incluindo o direito de liberdade.

Outro exemplo ocorrido no Canadá sobre o diálogo constitucional diz respeito à inconstitucionalidade de uma lei que previa severas penas para aqueles que realizassem conjunções carnais com garotas menores de 14 anos, inobstante a aparência das vítimas propiciassem aos acusados pensar o contrário. Com base na seção nº 1, o Parlamento canadense editou normas que protegiam mais as crianças, incluindo que as vítimas poderiam ser de ambos os sexos, reconhecendo ainda outros tipos de abuso sexual diversos da conjunção carnal. Foi permitida ainda a utilização de provas em favor dos acusados como a gravação de depoimentos facilitando a colheita de prova junto à vítima, podendo o acusado provar que tomou todas as medidas e precauções razoáveis para saber a real idade da vítima.¹³⁶

Percebeu-se, no caso, grande deliberação entre Judiciário e Legislativo no sentido de buscar uma solução que satisfizesse a ambas as partes, tendo cada um utilizado de sua respectiva capacidade e conhecimento. Por um lado, a Corte canadense mostrando-se apta a proteger grupos marginalizados excessivamente pela lei e, por outro lado, o Parlamento atendendo ao clamor social e aplicando penas mais severas, em virtude de crimes cometidos contra menores.¹³⁷

Cumpram ressaltar que, apesar da Carta canadense ser do ano de 1982, somente em 1997, com o artigo de Peter Hogg e Alison Bushell é que de fato inaugurou o debate canadense nos termos de diálogo. Os autores realizaram uma pesquisa empírica e constatou-se que num período de 15 anos, na maioria das vezes em que a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei, houve reação legislativa, ou seja, o Legislativo reagiu por meio de uma sequência legislativa e de maneira imediata. Perceberam os autores que se o legislador é capaz de

¹³⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2012, p.243

¹³⁶ Idem

¹³⁷ Ibidem, 243 e 244.

responder, e com rapidez tamanha, o problema é muito menor. O legislador é reativo e é entusiasta do diálogo, mas sem abandonar a noção de última palavra, que continuaria constitucionalmente com a corte, e, na prática, com o legislador.¹³⁸

A pesquisa também trouxe pacificação em todos os setores que desconfiavam da eficiência e adequação das normas ali inseridas:

Superadas as dificuldades políticas atinentes à aprovação da Carta de Direitos, remanesce no Canadá a dúvida sobre a adequação da proposta ali construída. A indefinição em relação às virtudes – ou defeitos – do sistema foi impactada, depois de 15 anos de vigência, pelo texto de Bushell e Hogg, os quais, a partir de uma pesquisa sobre julgados proferidos pela corte constitucional canadense a partir da carta de 1982, lançam a ideia de que o sistema por ela inaugurado possa ter superado as objeções iniciais, vez que, sua aplicação tinha sido caracterizado por potencializar o diálogo institucional entre as esferas de poder envolvidas.¹³⁹

A princípio se poderia dizer que a Carta canadense enaltece a supremacia parlamentar. Mas não. Todo esse processo seria um instrumento integrante da estrutura dialógica da Carta e de uma forte implantação de retenção entre cada Poder do Estado no sentido de se buscar o melhor caminho na interpretação constitucional. Exemplo importante a ser considerado na relação entre os Poderes do Legislativo e Judiciário.

Interessante que na história brasileira, durante um período houve um dispositivo constitucional que apresentava certa similaridade com os mencionados pela Carta canadense. No caso do Brasil a prerrogativa de deflagrar o *overriding* era do Presidente da República, conforme parágrafo único do artigo 96 da Constituição de 1937. A experiência brasileira não agradou, não tendo sido o dispositivo recepcionado pela Constituição seguinte. E sugerir algo similar nos dias atuais é a princípio inaceitável, principalmente pelo Poder Judiciário.¹⁴⁰

¹³⁸ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 150 e 158.

¹³⁹ VIEIRA, José Ribas. VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilheme; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p.64

¹⁴⁰ Artigo 96, parágrafo único da Constituição de 1937: “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

A sistemática canadense de revisão judicial exemplifica a importância da teoria do diálogo constitucional. Mas é importante também apresentar algumas teorias de diálogo constitucional que podem servir de paradigmas para fortalecer o tão importante exercício dialógico. De forma sucinta, é necessário comentá-las.

A primeira delas pode ser chamada de teoria de aconselhamento judicial. Neal Kumar katyal, em artigo sobre o assunto afirma que nesta teoria a Corte Constitucional – se referindo a Corte americana – é vista como um órgão aconselhador. Para katyal, o Juiz ao dar conselhos em sua decisão, principalmente em casos que envolvam questões políticas, estaria promovendo um colóquio importante entre os Poderes. O autor considera o aconselhamento como um dos principais poderes do Tribunal juntamente com o declarar um ato inconstitucional, legitimá-lo ou silenciar-se, por meio das chamadas virtudes passivas.¹⁴¹

Essa teoria é bastante utilizada nos dias atuais, em especial quando juízes atuam como conselheiros. No caso, o juiz permaneceria contido, não no sentido de completa autocontenção, mas apenas no de aconselhar, sem que as suas recomendações gerem efeitos, ou seja, o aconselhamento consistiria no ato de recomendar, mas sem querer impor ou dar um rumo decisório específico a outro poder.

No cenário brasileiro essa teoria é também bastante utilizada pelo Judiciário. Empiricamente pode-se afirmar que em todas as instâncias judiciárias é comum o juiz se pronunciar, aconselhando ou recomendando em suas decisões.

Conrado Hubner Mendes, comentando essa teoria, afirma que, para evitar a interferência, as decisões são exaradas de formas específicas e estreitas, sendo

votos em cada uma das câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. No Brasil todo movimento político que visa diminuir o Poder Judiciário é repudiado pelo próprio Órgão, vide caso da PEC nº 33/2011.

¹⁴¹ KATYAL, Neal Kumar. *Judgers as advicegivers*. Stanford Law Review, v.50, 1998. extraído do site <www.papers.ssrn.com/sol3/papers/cfm?abstractid=47679&>. Acesso em 28 de janeiro de 2014.

adicionados a elas aconselhamentos que ressoam sem qualquer vínculo ou efeito e que não deixam de propiciar certa direção.¹⁴²

Pode-se dizer que os conselhos, via de regra, dizem respeito aos caminhos corretos a serem tomados, facilitando para que os demais envolvidos e interessados possam promover as devidas correções. Ressalta-se, no entanto, que são apenas conselhos e por isso não gerariam eficácia, podendo ainda ser tomados como exemplos, quando o Judiciário não chega a declarar a inconstitucionalidade, indicando, porém, a solução existente estimulando à atuação corretiva por parte do Legislativo.¹⁴³

A segunda teoria também é chamada de virtudes passivas. Apresenta-se sob uma forma mais contida, ou seja, com uma característica de maior autocontenção, proveniente das formas de interpretação, de autocontenção e do minimalismo no momento de decidir, teses propagadas por Alexander Bickel e Cass R. Sunstein e que se diferenciam.¹⁴⁴

Bickel era totalmente contrário à revisão judicial. Para o autor essa seria uma força contramajoritária, pois faria com que a vontade da maioria popular representada pelo legislativo fosse desviada por outra forma institucional, considerada uma forma de representação desigual. Nesse sentido, seria importante não decidir.¹⁴⁵

Bickel afirmava que a Corte possui uma enorme influência e uma missão educativa a ser seguida, chamando-a de “professor da cidadania”, pois segundo o autor, ao evitar a decisão estaria estimulando e atraindo para as instituições políticas um diálogo judicial.¹⁴⁶

¹⁴² MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 125.

¹⁴³ VIEIRA, José Ribas. VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p.92 e 93.

¹⁴⁴ O minimalismo já foi apresentado no primeiro capítulo deste trabalho. Entretanto, não se deve confundir virtudes passivas e ativas com minimalismo e ativismo. Mesmo porque as duas primeiras estão no contexto do diálogo e as segundas, no contexto da supremacia judicial.

¹⁴⁵ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. Yale University Press, 1986, p. 16-18

¹⁴⁶ Ibidem, p. 188

Entretanto, a teoria de Alexander Bickel poderia ser recepcionada e aceita em países que permitissem a omissão do Judiciário em se pronunciar. No Brasil seria impossível a sua utilização devido à obrigatoriedade do Judiciário em se manifestar quando provocado, face ao princípio de inafastabilidade do controle judicial.

Já a visão de Cass Sunstein, vem com uma conotação menos radical do que a de Bickel, pois defende a prática dentro da revisão judicial quando o julgador decidiria, mas não mais do que o necessário. O máximo possível de não decisão é prudentemente defendido pelo autor. A prudência seria em virtude do risco de se proferir uma decisão errada. A prática de se decidir o mínimo possível seria como um vetor para uma democracia deliberativa.¹⁴⁷

De certa forma, e em primeira análise, poder-se-ia questionar quais as benesses que essas teorias passivas estariam promovendo a título de diálogo, já que é tão marcante a sua característica de passividade. Com efeito, a resposta viria no sentido de que, ao evitar decidir, seria estimulado um diálogo importante entre os Poderes e as demais instâncias.

Outra teoria a ser observada é uma das defendidas por Cristine Bateup, chamada de “teoria centrada no processo”, que tem por base o fato de que o Judiciário, em primeiro plano, observará se o Legislativo se comportou corretamente na construção normativa, principalmente quando se tratar de direitos fundamentais, observando ainda se tomou os devidos cuidados procedimentais na elaboração das normas. Nesse caso, poderá declará-la inconstitucional caso isso não tenha ocorrido. Entretanto, em caso de inconstitucionalidade, o Legislativo poderá tratar novamente do assunto, observando a decisão proferida, configurando um certo diálogo constitucional nesse sentido.¹⁴⁸

¹⁴⁷ SUNSTEIN, Cass R. *One the case at a time: Judicial Minimalismo n the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p.40

¹⁴⁸ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. New York: Brooklyn Law Review, vol. 71, 2006, extraído do site <www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884> Acesso em 01 de fevereiro de 2014. Cristine Bateup apresenta ainda extenso rol de teorias do diálogo no artigo acima, dividindo-as em teorias dialógicas quanto ao método judicial e teorias estruturais de diálogo.

O que se percebeu de forma clara é que todas as argumentações que sustentam as teorias do diálogo constitucional demonstram a importância de uma interação dialógica como necessidade para uma estabilização da relação interinstitucional. E isso é algo a se buscar, pois no cenário atual de fato o diálogo constitucional aparece como necessidade para estabilizar todo esse quadro instável surgido como consequência da supremacia judicial e perceptível no comportamento ativista da Corte Constitucional Brasileira.

A supremacia judicial, como observado alhures, embora tenha enaltecido o Poder Judiciário no que se refere à revisão judicial, não eliminou completamente o poder das majorias democráticas de conduzir as políticas do país.

Ademais, nem todas as críticas atraídas por esta situação deslocam o Judiciário de sua função de intérprete da Constituição, embora elas também reconheçam que existe um leque enorme de intérpretes da Constituição, em especial o Poder Legislativo, reconhecido como o mais legitimado. Nesse sentido, deve-se considerar a importância do diálogo constitucional como vetor – de fato – de estabilidade no momento atual, marcado pelo ativismo judicial.

Resta saber então se o diálogo constitucional está sendo utilizado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e de que forma. Para que isso aconteça é importante esclarecer que o diálogo é também forjado por dois elementos básicos, quais sejam, o desenho institucional que o disciplina formalmente e a cultura política que o anima.¹⁴⁹

Certo é que no cenário brasileiro não se tem culturalmente, ou formalmente, um sistema que possibilite aos Poderes essa interação dialógica, o que não significa a sua não utilização.

Entretanto, por mais que a história brasileira não demonstre grandes intenções de diálogos interinstitucionais, nos vinte e cinco anos de promulgação

¹⁴⁹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 175.

da Constituição, tem o Poder Legislativo demonstrado reação em face de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, trazendo à pauta de discussões e debates de assuntos diversos.

O que se percebe, a partir daí, é que nesse momento a reação legislativa é uma hipótese que se apresenta para fazer frente ao ativismo judicial:

Nesta linha de raciocínio, as ideias centrais da doutrina do diálogo constitucional podem cumprir relevante papel no direito constitucional brasileiro como forma de evitar uma concepção de supremacia judicial extremada que possa ser adotada pelo STF, com evidentes prejuízos de ordem democrática. Neste ponto, a correção legislativa da jurisprudência sendo uma das manifestações mais eloquentes das ideias do diálogo constitucional pode ser servir como instrumento legítimo de participação do Poder Legislativo no processo de interpretação constitucional no País.¹⁵⁰

Com efeito, essa interação entre os dois Poderes vem se dando de forma paulatina, inobstante o fato do Supremo Tribunal Federal se apresentar como “guardião entrincheirado,” o que no entendimento de Conrado Hubner Mendes demonstre uma interação adversarial ou, à primeira vista, uma disputa de poder. “No entanto, mesmo que meramente ritualística, essa troca de argumentos traz um indício de como uma interação legislativa pode funcionar.”¹⁵¹

Por fim, não se pode deixar de ressaltar que a reação legislativa somente ocorrerá por vontade do Parlamento, que deverá insurgir-se com toda a sua representatividade majoritária. Se isso não ocorrer, o Judiciário deve lembrar que a omissão do legislativo não lhe dá o direito de decidir impensadamente e a qualquer custo. Nesse sentido, qualquer eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional*. Niterói: Editora Impetus, 2013, p. 195

¹⁵¹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 224

4

Conclusão

Na história da humanidade a concentração de poder em um só órgão sempre trouxe malefícios para a sociedade.

Não seria diferente na situação brasileira. O ativismo judicial demonstrado pelo Poder Judiciário o eleva a um grau sobremaneira hegemônico e fere o princípio da separação dos poderes.

Tal comportamento é algo a ser desconsiderado, inobstante a justificativa de que seu surgimento tenha sido proveniente da supremacia judicial nos tempos atuais ou justificável pela omissão ou retração do Poder Legislativo em suas funções.

Não se deve confundir o ativismo judicial com a possibilidade do Poder Judiciário de julgar casos que envolvam questões de larga repercussão política ou social. Esse é o fenômeno da judicialização da política, possível à luz do ordenamento constitucional brasileiro, principalmente devido ao surgimento de institutos na Constituição que possibilitaram uma interligação entre o direito e a política através do modelo de controle constitucional adotado.

Esse modelo de controle constitucional fez com que houvesse uma participação importantíssima de uma comunidade de intérpretes, utilizando-se, quando necessário, de ações judiciais, como a ação direta de inconstitucionalidade, mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, entre outras, fazendo com que o Poder Judiciário dirimisse questões até então exclusivas do Poder Legislativo e Executivo.

Assim, ficou evidente, durante a dissertação, que a judicialização da política é fruto da redemocratização ocorrida em nosso país, sendo que o seu surgimento contribuiu para estreitar os laços entre o direito e a política, não podendo de

maneira alguma ser considerada como uma patologia das sociedades republicanas modernas.

Entretanto, o ativismo judicial vem em sentido contrário ao da lógica democrática e, diferentemente da judicialização da política, não contribui em nenhum aspecto para uma sociedade democrática.

Nesse sentido, mesmo frequentando os mesmos lugares, são dois fenômenos distintos, pois a judicialização da política veio para contribuir e somar. Já o ativismo judicial surgiu para subtrair e destruir, pois é uma forma proativa de interpretar a Constituição, pela qual o Judiciário ultrapassa o seu limite e competência, sendo uma verdadeira patologia a ser extirpada do cenário brasileiro.

Isso tem trazido inúmeras preocupações no meio jurídico, pois é crescente esse comportamento do Supremo Tribunal Federal. Tal fato se comprova nesta dissertação quando se trazem inúmeros exemplos de ativismo judicial cometidos pela Corte Constitucional Brasileira, como o julgamento da Adin 3.999/DF, que tratou da fidelidade partidária, quando decidiu-se que a vaga pertencia ao partido político, criando-se uma nova forma de perda de mandato parlamentar, assim como o caso envolvendo a interpretação do artigo 52, inciso X da Constituição Federal, ocorrido na Reclamação 4.335/AC, onde o Ministro Relator Gilmar Mendes, considerou a sua aplicação diferente do texto literal e do objetivo do legislador constitucional, face à mudança do contexto histórico e normativo.

São exemplos que demonstraram um comportamento eminentemente ativista por parte da Corte Constitucional. O primeiro deflagra o mais comum dos tipos de ativismo judicial: quando o julgador se transforma em legislador. Já o segundo exemplo demonstra não uma criação de norma, mas uma alteração de norma constitucional, fugindo por completo do objetivo do legislador constituinte.

Atitudes assim nos levam a concluir que esse comportamento proativo do Supremo Tribunal Federal fere o princípio da separação dos poderes. E, como

mencionado alhures, a hegemonia de um poder traz malefícios inexoráveis para uma sociedade democrática.

Diante dessa situação, verificou-se que o comportamento do Poder Legislativo indiscutivelmente tem contribuído para o contexto atual, haja vista a sua omissão e retração no exercício de suas funções. Soma-se a isso o fato de que o Poder Legislativo enfrenta uma crise de representatividade, consubstanciada pelos inúmeros escândalos de corrupção, troca de favores, compra de votos, falta de capacidade técnica, dentre outros.

Nessa relação entre os Poderes, a instabilidade vivenciada é também corroborada por vezes pelo Poder Executivo no momento em que se utiliza abusivamente de edições de medidas provisórias.

Diante dessa situação, não poderia o Judiciário oferecer-se como a grande solução, proferindo decisões a qualquer custo, em detrimento do Legislativo em sua capacidade de legislar. Nesse caso, o comportamento do Judiciário deveria ser de parcimônia, buscando tão somente a autocontenção judicial.

Entretanto, apesar de suas idiossincrasias, o Poder Legislativo tem se insurgido ante ao comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal, por meio de novas emendas constitucionais ou criando novas leis, com o objetivo primordial de enfrentamento e discordância das decisões proferidas pela Corte Constitucional, chamada de correção legislativa de jurisprudência.

Não são constantes essas reações, mas de fato relativiza toda a “supremacia” judicial, trazendo certo alívio no combate ao ativismo judicial, evidentemente desde que haja interesse por parte do Poder Legislativo em reagir a essas decisões, que são aliás, possíveis constitucionalmente.

O mais interessante nessa situação é que a nova rodada procedimental promovida pelo Poder Legislativo, contrapondo as decisões ativistas do Judiciário, acaba levando a um diálogo constitucional necessário entre os Poderes,

pois traz à pauta novos debates e discussões em torno daquilo outrora julgado pelo Judiciário.

Mesmo que *a priori* não demonstre um diálogo direto entre os Poderes, é indiscutível a sua ocorrência na forma indireta, principalmente quando o que se pretende é a legitimação ou adaptação do objeto que foi matéria de decisão pelo órgão julgador.

É importante que se tenha consciência, que toda esta situação de tensão entre os Poderes não se apresenta como uma patologia incurável, não obstante o ativismo judicial ferir frontalmente o princípio da separação dos poderes. Isso porque no passado, fomos capazes de enfrentar uma situação pior, advinda de um autoritarismo sem medida, e mesmo assim reconstruímos o Estado democrático de direito. Assim, indiscutivelmente, poderemos enfrentar qualquer outra forma de abuso de poder.

Referências bibliográficas

ABROMOVAY, Pedro. **Separação de Poderes e medidas provisórias**. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 2012

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Podres**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013

ARATO, Andrew. **Representação, soberania popular e accountability**. Trad. Heloísa Buarque de Almeida. São Paulo: Lua Nova - Revista de Cultura e Política: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, v.55-56, 2002

ARGUELHES, Diogo Werneck. **Ativismo Judicial e seus usos na Mídia Brasileira**. Revista Direito Estado e Sociedade, n.40. PUC-Rio, 2009

AVRITZER Leonardo. **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2013

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ v.2 n. 21 Jan/jun 2012

_____. **Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em www.oab.org.br/editora/revista/users/revista Acesso em 28 de set de 2013

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro – Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte; Editora Fórum, 2013

BARROS, Sergio Rezende de. **Medidas provisórias?** Disponível em www.srbarros.com.br/pt/medidas-provisorias-cont.

BATEUP, Christine. **The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue**. New York: Brooklyn Law Review, vol.

71, 2006, Disponível em www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884 Acesso em 01 de fev. 2014

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics.** Bobs Merrill, 1962

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 6ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1996

BRANDÃO, Rodrigo. **Rigidez constitucional e pluralismo político.** Doutrina Nacional. Direitos Fundamentais - Justiça nº5, Out/Dez 2008 p. 119 e 120, Disponível em www.djf.inf.br/Arquivos/pdf_livre/5_doutrina-4-pdf.

BRANDÃO Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais.** A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Editora Lumen Juris. 2ª edição. Rio de Janeiro, 2012

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.** Disponível em www.anpocs.org.br/portal/publicações.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes in: Vianna, L. W.; **A Democracia e os três Poderes no Brasil.** Belo Horizonte/ Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002

_____ **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** Disponível em http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf.

_____ **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2000

COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania.** São Paulo, Editora UNESP, 2006

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução Nelson Boeira. Editora Martins Fontes. São Paulo 2002

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Tradução Jeferson Luiz Camargo. Editora. Martins Fontes. São Paulo, 2007

FILGUEIRAS, Fernando. **Dimensões Políticas da Justiça.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2013

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Porto Alegre, Editora Sergio Antonio Fabris, 1997

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodvim, 2013

KATYAL, Neal Kumar. **Justices as advicegivers**. Stanford Law Review, v.50, 1997. extraído do site www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=47679.

LACERDA, André Reis. **Separação dinâmica das funções estatais: análise de um ativismo judicial moderado na perspectiva de uma leitura dialógica da Constituição Brasileira de 1988** - Impediente de configuração de instâncias hegemônicas. Artigo científico - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Curso de Mestrado. 2012, Disponível em www.idb.fdul.com/uploaded/files/2013_06_05045_05108.pdf

LEAL, Rogério Gesta. **As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos das experiências norte americana e brasileira**. Ativismo judicial e deficits democráticos: algumas experiências latino americanas e européias. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011

LEAL, Victor Nunes. **Palestra ministrada no auditório de instituto de direito público e ciência política em 23 de agosto de 1934**

MAIA, Pedro Elieser. **A Separação dos Poderes e a Crise de Governabilidade no Direito Brasileiro**. Obra Direito Público. Belo Horizonte, PUC Minas

MASSUDA, Janine Malta. **Medidas provisórias: os fenômenos na reedição**. Porto Alegre. Editora Fabris, 2001

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: ed. Saraiva, ano 2011

MORGADO, Cíntia Guimarães. **A nova face da separação de Poderes - capacidades institucionais, vinculação dos Poderes e constitucionalismo cooperativo**. R. Dir. Pro. Geral, Rio de Janeiro (66), 2011

MULLER, Friedrich. Medidas provisórias no Brasil e a experiência alemã. In: Eros Grau; Willis Santiago Guerra Filho (Org). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001

O'DONNELL, Guilherme. **Accountability horizontal e as novas poliarquias**. São Paulo: Lua Nova, n.44,1998

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de Oliveira. **Direito Tributário e Diálogo Constitucional**. Niterói: Editora Impetus. ano 2013

ROSA, Alexandre de Moraes. **Constituição & Ativismo Judicial, limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013

_____. **Processo Constitucional de formação das leis**. São Paulo: editora Malheiros, 2007

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Tradutores: Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009

_____. **One Case a Time: Judicial Minimalismo on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** - Limites da atuação do Judiciário. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V.II, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005

VIANNA, Luiz Werneck. **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2002

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais**. Rio de Janeiro, Editora Revan, 1999

VIANNA, Luiz Werneck, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles. **Dezessete anos de Judicialização da Política**. Disponível em www.revistas.usp.br/ts/article/download. Acesso em 22 de nov. de 2013.

VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. São Paulo. Editora Paz e Terra, 1978

VIEIRA, José Ribas. **Verso e Reverso**. A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil. Juiz de Fora. Revista Estação Científica (Ed. Especial de Direito), v.01, nº04, Outubro e Novembro/2009, p. 48. Disponível em www.portal.estacio.br/media/2654368%203%20revisado. Acesso em 20 de nov. 2013

VIEIRA, José Ribas. Valle, Vanice Regina Lírio do Valle, Cecília de Almeida Silva, Francisco Moura, José Guilherme Berman, Rodrigo de Souza Tavares. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Editora Juruá, 2012

VIEIRA, Oscar Vieira. **Supremocracia**, Revista Direito GV. São Paulo 4(2) - Dez 2008.

WALDRON, Jeremy. Tradução Luis Carlos Borges. **A Dignidade da Legislação**, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003