



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ -
UENP

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

ALENCAR FREDERICO MARGRAF

**CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE:**
entre a Judicialização da Política e o Ativismo do Judiciário

Prof. Dr. Orientador: Eduardo Cambi

Recebido em: _____

**Jacarezinho/PR
2015**



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ -
UENP

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

ALENCAR FREDERICO MARGRAF

**CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE:**
entre a Judicialização da Política e o Ativismo do Judiciário

Dissertação apresentado ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, Linha de Pesquisa: Função Política do Estado), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP/Campus de Jacarezinho, como requisito final para obtenção do título de mestre em Ciências Jurídicas.

Prof. Dr. Orientador: Eduardo Augusto Salomão
Cambi

**Jacarezinho/PR
2015**

Banca Examinadora

Professor Doutor Orientador: Eduardo Cambi

Professor Doutor: Gilberto Giacoia

Professor Doutor: Cláudio Smirne Diniz

MARGRAF, Alencar Frederico.

Controle Preventivo Jurisdicional De Constitucionalidade: a linha tênue entre a Expansão e o Ativismo do Judiciário/ Alencar Frederico Margraf. Jacarezinho, 2015. 240 f.

Orientador: Eduardo Augusto Salomão Cambi

Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas. 2015.

Inclui bibliografia.

1 – Direito Constitucional. 2 – Separação dos Poderes. 3 – Judicialização da Política. 4 – Protagonismo do Judiciário. 5 – Identidade Constitucional. 6 – Controle Preventivo. I – CAMBI, Eduardo. II – Universidade Estadual do Norte do Paraná Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. III – Título.

CDU – 340.12

MARGRAF, Alencar Frederico. **CONTROLE PREVENTIVO JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE: a linha tênue entre a Expansão e o Ativismo do Judiciário**. Jacarezinho, 2015. 241 fls. Dissertação UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

Por meio da presente pesquisa serão demonstradas as razões que culminaram na expansão do Supremo Tribunal Federal no exercício da sua função jurisdicional. Diversos fatores proporcionaram a ampliação da participação do Judiciário na criação do Direito e para a adequação da norma à realidade social, sendo indispensável sua atuação no combate à produção normativa violadoras de direitos fundamentais da população brasileira. A concepção e o reconhecimento da necessidade de uma atuação (política) por parte da Suprema Corte, culminou no que a doutrina vem nominando de *judicialização da política*. Num primeiro momento será observado que a criação e o desenvolvimento do STF, apesar de comemorado por alguns, poucos reconheciam suas decisões como imperativas e diretivas. Em seguida, ultrapassando as questões que culminaram na amplitude fornecida ao STF, perceber-se-á que, meras questões quantitativas das intervenções judiciais (na sociedade, no legislativo e/ou no executivo), não são suficientes para determinar que o país está vivenciando uma fase de extremado *Ativismo Judicial*. Após abordar diversas questões, quantitativa e qualitativamente, perceber-se-á, pelo menos no que tange às decisões de controle preventivo judicial de constitucionalidade, que não há que se falar em Ativismo do Judiciário, pois elas tem reconhecido que a linha divisória da expansão do judiciário e do ativismo é muito tênue e de fácil rompimento, podendo proporcionar uma instabilidade institucional. Cuidado este que não se opera em relação à inúmeras outras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pois a interferência passa a ser notória e inaceitável. A conclusão que se chega é que se torna imperioso analisar a postura tomada pela Suprema Corte nos casos específicos (análise qualitativo da decisão), para somente então poder confirmar se houve uma interferência judicial e então caracterizá-la como *ativista*; caso contrário, a atuação é legítima e indispensável para a preservação e a construção de uma identidade constitucional genuinamente brasileira, conforme os ditames de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Separação dos Poderes; Judicialização da Política; Protagonismo do Judiciário; Identidade Constitucional.

MARGRAF, Alencar Frederico. **CONTROLE PREVENTIVO JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE: a linha tênue entre a Expansão e o Ativismo do Judiciário**. Jacarezinho, 2015. 241 fls. Dissertação UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

In this research it will be shown the reasons that culminated in the Federal Court in its jurisdictional position. Several factors made the judicial participation happen in the Law creation and to the standard of the social reality adjustment process, being indispensable it's acting to the fight against the normative production in the breach of fundamental rights to the Brazilian population. The conception and recognition of a political acting needed by the Supreme Court culminated the doctrine to be called Judicialization of Politics. Firstly, it will be observed the creation and development of the Federal Court, although celebrated by some people, few recognized its decisions as imperatives and directives. After, exceeding matters that reached to the range offered to the Supreme Court, it will be noticed that quantitative matters for judicial intervention (in the society, in the executive and/or legislative), are not enough to determine if the country has been in an extreme *Judicial activism* era. After approaching different quantitative and qualitative issues, it will be noticed that, about controlled preventive judicial constitutional decisions, there is no need to mention *Judicial activism*, as it has been realized that the expansive dividing line of judiciary and activism is so near and easily broken, being able to provide institutional instability. This caution does not happen in several other decisions by the Supreme Court, as the interference is not notorious or acceptable. The conclusion is that it is imperative to analyze the attitude had by the Supreme Court in specific cases (qualitative decision analyzes), to be able to confirm the judicial interference or not and then call it *activist*, otherwise the acting is genuine and indispensable to the preservation and built of a genuine Brazilian constitutional identity, according to the precepts of a real democratic state of law.

Key words: Separation of Powers, Judicialization of Politics, Judicial Leadership, Constitutional Identity.

*“Há mais no controle de
constitucionalidade do que
interpretação e aplicação do direito”*
Conrado Hubner Mendes

DEDICATÓRIA

Dedico esta pesquisa aos meus Pais (Ildemar Margraf e Leoni Margraf) que me proporcionaram a melhor educação possível e sempre estiveram ao meu lado quando precisei. Todo meu desempenho se deve à eles, pois sem a segurança, amor e carinho, nada disto seria possível.

Dedico também à minha amada noiva (Priscila Sutil de Oliveira), pois sem sua compreensão, seu apoio diário, seu companheirismo e seu amor eu não teria realizado tantos sonhos em tão pouco tempo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus amados Pais (*Ildemar Margraf e Leoni Margraf*) pelo amor, apoio e incentivo. Sem vocês eu jamais conseguiria caminhar com passos firmes em terrenos tão irregulares. Sem vocês eu não teria forças para suportar as dificuldades encontradas para a elaboração, desenvolvimento e finalização deste projeto.

Agradeço também à minha noiva, *Priscila Sutil de Oliveira*, que entendeu as minhas ausências. Ausências estas que tornaram meus dias muito mais sofridos. Agradeço por compreender que a vida de pesquisador é realmente solitária, e que, pesquisar e escrever são ações que não respeitam horários nem datas especiais. Sou eternamente grato por tudo que fez e deixou de fazer para manter-se ao meu lado e garanto-lhe que farei o mesmo por ti.

Agradeço ainda meus irmãos (*Alex, Alisson e Aline*) por sempre se mostrarem interessados em minhas pesquisas e por me darem apoio nesta minha jornada.

Mesmo que ainda não entendam, gostaria de agradecer meus amados sobrinhos, *Guilherme e Matheus* (ambos com 3 anos de idade) e a linda e sorridente *Gabriela* (05 meses) que tornaram meus finais de tarde e finais de semanas mais alegres, descontraídos e cansativos (em face das brincadeiras).

Agradeço também à minha segunda mãe *Marli Baptista* por sempre estar disposta em me ajudar quando eu precisava.

Agradeço o apoio recebido e a disponibilidade do *Prof. Dr. Fernando de Brito Alves* e do *Prof. Dr. Edinilson Donizeti Machado* que, além de indicarem um caminho a ser percorrido, tornaram-se colegas de produções científicas e grandes amigos.

Gostaria de fazer um singelo agradecimento ao *Professor Dr. Renato Bernardi*, pela amizade e por ter me mostrado a importância do profissionalismo nas salas de aula. Aprecio sua dedicação em realizar um ensino jurídico que vai além dos “sistematizados” e “mastigados”, fato este que o torna um exemplo a ser seguido. São de profissionais como o senhor que o Brasil precisa.

Gostaria de agradecer o *Professor Rafael de Lazari*, pessoa fantástica que tive a oportunidade de conhecer e que se transformou num grande amigo. Sem sua contribuição, seus apontamentos cirúrgicos e seu apoio, dificilmente eu teria finalizado minha pesquisa em tão pouco tempo. Meus sinceros agradecimentos.

Agradeço ainda meu nobre colega de mestrado *Renê Francisco Hellman*, que de mero colega se transformou em um grande e incomparável amigo. Além de compartilhar da companhia das longas viagens, sempre esteve disposto à ouvir sobre minhas dúvidas quanto à pesquisa desenvolvida.

Quanto ao *Prof. Dr. Eduardo Cambi*, meu orientador, gostaria de frisar que qualquer agradecimento que eu faça não corresponderá com o que realmente o senhor merece. Foram inúmeros e-mails, ligações e SMS realizados e todos, pacientemente,

respondidos, que apenas agrader torna-se pouco. No entanto, saiba professor, que tenho pelo senhor enorme estima e admiração. Muito obrigado pelo direcionamento e por ter realmente me orientado, sem as quais, certamente eu jamais teria conseguido elaborar a presente pesquisa. Agradeço, por fim, a honra de poder haver publicado diversos artigos em coautoria com o senhor.

Por fim, agradeço à *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)* por ter me concedido a Bolsa de Estudos, a qual me deu tranquilidade para o desenvolvimento desta pesquisa.

SUMÁRIO

Introdução.....	14
1. SEPARAÇÃO DOS PODERES	19
1. 1. Origem e Conflitos.....	19
1. 2. Evolução da Separação dos Poderes: da ideologia à doutrina	23
1. 3. Teoria da Separação dos Poderes no Brasil: da previsão constitucional à mitigação prática.....	39
1. 4. Breves considerações sobre Monopólio da Última Palavra e Ativismo Judicial	47
2. EXPANSÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	58
2. 1. Introdução	58
2. 2. Supremo Tribunal Federal: origem, evolução e reconhecimento	58
2. 3. Fatores interdisciplinares responsáveis pela Judicialização da Política	66
2. 3. 1. Neoconstitucionalismo	67
2. 3. 2. Força Normativa da Constituição.....	77
2. 3. 3. Opacidade legislativa	80
2. 3. 4. Experiência Democrática	83
2. 3. 5. Situação econômica da população brasileira.....	92
2. 4. Expansão do Judiciário: mito ou realidade?	95
2. 5. Delimitando seu significado	100
3. DISCURSO JURÍDICO CONSTITUCIONAL.....	104
3. 1. Relevância da Discussão.....	104
3. 2. Entre o Procedimentalismo e o Substancialismo	110
3. 3. Consistência Judicial: a busca da superação das decisões <i>ad hoc</i>	116
3. 4. Distinção entre Regras e Princípios	119
3. 5. Identidade Constitucional	130
3. 6. Aproximação, Diálogo e Aconselhamento	140
3. 7. Supostos defensores dos Direitos Fundamentais	144
4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	149
4. 1. Linhas Gerais	149
4. 2. Quem pode decidir? Razões que favorecem as decisões das Cortes	156
4. 3. Quem pode decidir? Razões que desfavorecem as decisões do Congresso.....	162
4. 4. Controle Judicial e Controle Legislativo	166

5. CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	177
5. 1. Noções preliminares	177
5. 2. Decisões relevantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle preventivo de constitucionalidade	179
5. 3. Controle Preventivo Judicial de Constitucionalidade: a linha tênue entre a Judicialização da Política e o Ativismo do Judiciário	221
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	224
BIBLIOGRAFIA	227

Abreviações, siglas e expressões

Abr. – Abril

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADIN's – Ações Diretas de Inconstitucionalidades

Ad Hoc -

Ago. – Agosto

Ampl. – Ampliada

Apud -

Art. – Artigo

Atual. – Atualizada

Cap. – Capítulo

CF – Constituição Federal

Cfr. – Conforme

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

Dez. – Dezembro

DJ – Diário da Justiça

DF – Distrito Federal

Ed. – Edição

EC – Emenda Constitucional

Et al – “*et alii*” – “entre outros”

Fev. – Fevereiro

GV – Getúlio Vargas

Interna Corporis –

Judicial Review -

Jul. – Julho

Jun. – Junho

Leading Case -

MS – Mandado de Segurança

Mar. – Março

Mai. – Maio

Min. – Ministro

MDB – Movimento Democrático Brasileiro – (atual PMDB)

Nov. – Novembro

N. – Número

Out. – Outubro

p. - página

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

Reimpr. – Reimpressão

Rev. – Revisada

RT – Revista dos Tribunais

Set. – Setembro

SUS – Sistema Único de Saúde

SA – Sociedade Anônima

Stare Decisis -

Status Quo -

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

Typ. – Typographia

v.g. – “*verbi gratia*” – “por exemplo”

Vol. – volume

INTRODUÇÃO

O sistema político brasileiro possui, como um dos principais primados, a defesa constitucional das pré-condições democráticas, sendo elas garantidas pela independência das Funções do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário). Para tanto se utiliza a fundamentação de que os princípios da separação dos poderes, princípio da liberdade, da igualdade, do pluripartidarismo e da pluralidade ideológica proporcionam a evolução da democracia nacional.

Contudo, no ano de 2013, o Supremo Tribunal Federal foi chamado para suspender e impedir a deliberação do Projeto de Lei Complementar n.º 14/2013, que, em tese, ocasionaria a discriminação e o tratamento desigual, para a eleição de 2014, entre os partidos políticos com representatividade no Congresso Nacional e as agremiações recém-criadas.

Partindo da análise das discussões em relação ao Mandado de Segurança 32.033/DF, tornou-se clara a necessidade de realizar um estudo mais detalhado a respeito das atuações das duas contingências do Estado (Legislativo e Judiciário) no exercício das suas funções.

Apesar das funções de cada instituição serem fixadas pelos constituintes de 1988, diversos fatores proporcionaram inúmeras mudanças na aplicação do Direito no Brasil. A guinada copernicana em relação à teoria das fontes, o reconhecimento da força normativa da Constituição e a mudança da hermenêutica, alteraram/alteram, consideravelmente, a utilização das normas constitucionais, dentre elas a que disciplina a separação/distribuição das funções do Estado.

A Jurisdição Constitucional realizada pela Suprema Corte, muitas vezes respeita e garante a aplicação das normas constitucionais, sejam elas quanto às atuações das funções estatais ou quanto aos seus procedimentos. No entanto, há situações que o Supremo Tribunal Federal proporciona inúmeras ofensas em relação aos mesmos princípios outrora defendidos/protegidos. Sendo assim, o que em um momento pode ser considerado como Judicialização da Política, em outro pode ser chamado de Ativismo do Judiciário.

Por essas razões, objetiva-se com a presente pesquisa abordar três pontos antes de adentrar no assunto base que é o Controle Preventivo Judicial de Constitucionalidade, que são: i) princípio da separação dos poderes; ii) Judicialização da Política (expansão do Judiciário); iii) discursos jurídico utilizado pelos operadores do Direito.

No primeiro capítulo, foi aplicada a metodologia de pesquisa bibliográfica, consubstanciada em análise de doutrinas clássicas e contemporâneas, bem como em artigos publicados em periódicos. O objetivo foi analisar a evolução da Separação dos Poderes dentro

dos Estados Constitucionais, para então abordar seu tratamento pelos constituintes brasileiros e pelos operadores do Direito.

Apesar da *Teoria da Separação dos Poderes* ser constantemente questionada, e por alguns até repudiada, há a necessidade de aprofundar a matéria e não, simplesmente, ignorá-la como se não existisse mais utilidade. Tanto é que Montesquieu já afirmava que “*nunca devemos esgotar de tal forma um assunto, que não deixemos nada ao leitor. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.*”

A história da evolução dos Estados é dependente de uma distribuição das suas principais funções, simplesmente porque o poder absoluto de uma pessoa, de um grupo político, ou instituição acarreta inúmeras violações à população.

A distribuição das funções (Executivo, Legislativo e Judiciário) deve ser tratada com atenção para evitar novos tempos de absolutismo, ditaduras e tiranias. Por essa razão é que as Constituições modernas preveem mecanismos de controles de atuações (*checks and balances*), sendo um deles o Controle de Constitucionalidade das normas.

Tendo em vista a função reguladora dos conflitos e excessos entre os órgãos constitucionais, o princípio/doutrina da separação dos poderes deve ser considerado como um *princípio de organização sustentador da Constituição*, não por ser um dogma supratemporal constitucional, mas por ser o único meio de *proporcionar uma colaboração uniforme* e desenvolver efeitos *estabilizadores entre as instituições*.

A independência das funções passa a ser o alvo principal dos poderes de fiscalização, pois, quanto menor for a capacidade das decisões serem tomadas em conjunto, maior será a necessidade de *checagem* pelas demais instituições; bem como, quanto maiores forem as decisões em conjunto, principalmente entre Legislativo e Judiciário, na busca pela identidade constitucional e da concretização das normas constitucionais, menor será a necessidade de interferências fiscalizatórias do Estado.

Com a evolução da doutrina da separação dos poderes o Estado brasileiro reconheceu a necessidade de tornar o Judiciário independente; os magistrados deveriam julgar as causas de maneira neutra, sem o temor de sofrer alguma represália.

A importância do Poder Judiciário no cenário nacional passou a ser verificada a partir de 1891, momento em que foi recepcionado o modelo Norte-Americano de controle de constitucionalidade das normas, o qual permitia que os magistrados (inclusive de primeira instância) julgasse uma lei inconstitucional e desde então seu prestígio só aumentou aos olhos da população brasileira.

No segundo capítulo, também por meio de uma pesquisa bibliográfica, mas unida à uma análise da modificação social da realidade brasileira, buscar-se-á justificar a ocorrência da *Judicialização da Política* ou da *Expansão do Judiciário* na elaboração das suas decisões, as quais deixam de ser exclusivamente jurídica para ser jurídica-política.

Inicialmente serão analisados alguns fatores (ciência política, antropologia, hermenêutica, constitucionalismo, economia e relações sociais) que foram fundamentais para a concepção e reconhecimento da necessidade de uma atuação política por parte da Suprema Corte, culminando no que a doutrina vem nominando de *judicialização da política*.

Sem observar as mudanças da realidade brasileira não haveria justificativas para o Judiciário atuar em assuntos diretamente relacionados às funções das outras contingências. A expansão do Judiciário, em alguns setores, passou a ser aceito e legitimado tanto pela realidade social, quanto legalmente (EC 45/2004), enquanto que em outros, fica evidente que seu agir é ilegítimo e, até, inconstitucional.

Apesar da quantidade de ações apresentadas ao STF para realizar o controle da produção normativa ser um indício da judicialização da política, não significa dizer que realmente o país esteja presenciando uma Supremocracia. Essa constatação somente poderá ser verificada se a postura tomada pela Supre Corte, no momento em que decide pela (in)constitucionalidade da norma criada pelo legislativo, for manifestamente ativista. Sendo assim, para verificar a existência de um *Ativismo Judicial*, deve-se analisar o alcance dos efeitos das decisões do Judiciário e seus reflexos em relação às demais instituições políticas do Estado, não apenas a quantidade das ações julgadas, pois basta que uma delas seja proferida de maneira equivocada para existir o ativismo.

Por essa razão, no terceiro capítulo, pretende-se demonstrar como vem sendo o discusso jurídico utilizado pelos operadores do Direito no Brasil em relação à aplicação das normas constitucionais sejam elas regras ou princípios. Objetiva-se, neste capítulo, demonstrar que a aplicação/interpretação equivocada do texto constitucional pode acarretar uma crise institucional e que se agrava ainda mais quando a irregularidade interpretativa parte do Judiciário, instituição que, em tese, tem o dever de proteger a Constituição Federal, dos decisionismo hermenêuticos.

A legitimidade constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal em relação à proteção das normas constitucionais vem suscitando inúmeras críticas, tanto na ordem jurídica quanto na ordem política, pois passou a utilizar como fundamentação de suas decisões a

necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, baseados em juízos morais observados na sociedade.

Com isso (re)surgem discussões a respeito de qual teoria do discurso jurídico deve ser analisada a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, qual das duas vertentes (procedimentalista ou substancialista), será capaz de adequar, em seus discursos, as normas constitucionais e de garantir às instituições estatais uma atuação mais condizente com a realidade social contemporânea.

O quarto capítulo será utilizado para abordar diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade, ou não, de ser realizado o Controle Preventivo Judicial de Constitucionalidade.

Porém, será no quarto capítulo que toda problemática da liberdade interpretativa em relação às normas constitucionais (regras e princípios) serão postas em pauta, seja pela análise do Princípio da Separação dos Poderes, dos Princípios Democráticos (liberdade e igualdade), ou pela análise da Constituição Federal como procedimento ou como substância.

A expansão da jurisdição constitucional exige reflexão crítica sobre o protagonismo assumido pelo Judiciário no cenário político nacional. Se a atuação do STF no controle de normas já é passível de inúmeras críticas, tendo em vista que no Brasil utiliza-se dois modelos de controle de constitucionalidade (abstrato e concreto), a situação torna-se mais temerária quando os operadores do Direito constatarem a existência do Controle Preventivo Judicial de Constitucionalidade.

1. SEPARAÇÃO DOS PODERES

1. 1. Origem e Conflitos

A Constituição Federal brasileira promulgada em 1988, além de coroar a tradição de mais de dois séculos em relação à teoria tripartite da separação dos poderes (salvo quando instituiu a Constituição de 1824 que previu o quarto poder – o Moderador), a elevou à *status* de cláusula pétrea, por “configurar seu caráter de imprescindibilidade para a efetivação do Estado Democrático de Direito”¹.

A Teoria da Separação dos Poderes, ao longo da história, tem-se demonstrado mais preocupada em “armar os poderes com instrumentos de defesa e de ataque na preservação de suas prerrogativas e de modificação das decisões do outro”² do que realmente buscar uma evolução e um consenso em sua utilidade e praticidade nos dias contemporâneos.

Um dos problemas verificados na Constituição brasileira, em relação à gestão das funções do Estado, está nos vícios seculares que ela carrega, sendo um deles a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade eivado de irregularidades em face da união de modelos contraditórios (Norte-americano, Francês e Alemão)³, situação esta que pode ser, uma dentre outras⁴, as causas da dificuldade da realização de um diálogo entre as instituições políticas brasileira.

De acordo com Pontes de Miranda a importância e exigibilidade do princípio da Separação dos Poderes sempre foi questionável. A total separação das funções seria para ele

¹ MORAES, FILOMENO. Executivo e Legislativo no Brasil pós-Constituinte. *São Paulo em Perspectiva [online]*. 2001, vol. 15, nº. 4, p. 45-52. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400006&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 10/06/2014. p. 45.

² GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia e Política [online]*. 2001, nº 17. p. 75-106. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200008&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 10/06/2014. p. 81.

³ PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Revista de Administração Pública [online]*. 2011, vol. 45, nº. 6, p. 1733-1759. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600006&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 10/06/2014. p. 1734.

⁴ Segundo Ivan Pinheiro, Luciano Vieira e Paulo Motta, outros problemas também verificados seriam: “1. ausência de cláusula de barreira aos partidos; 2. existência de 27 partidos políticos ativos, o que praticamente inviabiliza a construção de maiorias de sustentação governamental; 3. possibilidade de formar alianças e coligações políticas de oportunidade, isto é, somente para o pleito eleitoral da ocasião (se nacional, estadual ou municipal), independentemente das proposições estatutárias; 4. inexistência de um mecanismo de recall; entre outras.” (Idem.)

um problema alheio ao próprio funcionamento do Estado⁵. Por essa razão, a utilização deste princípio vem sendo mitigada como dogma científico⁶, principalmente pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Muitos já escreveram obras que ainda são referências⁷ e todos, cada qual em sua devida época (conforme ensina Martin Heidegger⁸), “descobriram” diversas funções a serem desempenhadas dentro de um Estado e chegaram na conclusão de que a separação das três funções eram sinônimos de “limitação ou moderação do poder monárquico”⁹. No entanto, não existe relato de algum autor clássico afirmando categoricamente ser *indispensável* a separação total das funções *para a existência* de um Estado, tendo em vista que, por mais que sejam independentes, elas acabam sendo devolvidas para a própria instituição governamental, que é sim o verdadeiro soberano¹⁰.

Hans Kelsen demonstrou que a aplicação da teoria da separação dos poderes é incoerente com o princípio democrático¹¹, pois este requer a participação do povo para a escolha dos membros de todas as funções do Estado, bem como a necessidade dos cargos públicos serem temporários, situações estas delicadas em relação ao Judiciário, uma vez que, seus membros não são escolhidos pelo povo e seus cargos são vitalícios. Sendo assim, para ocorrer a melhor distribuição dos poderes¹², evitando as indignações por parte do povo, todos os cargos das funções do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) deveriam ser formados por meio do voto popular.

No entanto, em relação ao Judiciário, são necessários observar dois fundamentos básicos: i) é indispensável a qualificação e preparo dos seus integrantes (sendo impossível a ocorrência por meio de eleições populares); ii) a necessidade de caráter vitalício, da

⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol I. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni. p.162.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. rev. e atual. 9ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2000. p. 187.

⁷ Aristóteles em “Política”, John Locke em “Segundo Tratado de Direito Civil”, Thomas Hobbes em “Leviatã”, Montesquieu em “Do Espírito das Leis”.

⁸ Martin Heidegger em sua obra “*Ser e Tempo – parte II*” (tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback, 13ª edição, São Paulo: Editora Vozes, 2005. p. 176/212) aborda o tempo com o estudo da historicidade demonstrando que cada qual analisa, compreende e interpreta as situações fáticas conforme sua cultura, desenvolvimento, aprendizado, ou seja, conforme sua própria história, não podendo ser questionado, nem mesmo “incriminado” por pessoas que não viveram naquela época, pois cada época possui seu próprio fundamento.

⁹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra Editora Limitada, 1989. p. 42.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição ... Op. Cit.*. p.162.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 389/392.

¹² Idem. p. 390.

permanência no cargo, anula qualquer dependência e obrigatoriedade de satisfazer os anseios populares e/ou governamentais¹³⁻¹⁴.

Na busca para solucionar divergências no Congresso Nacional, ou entre este e o Executivo, o Judiciário passou, por meio da hermenêutica, a tentar corrigir eventuais irregularidades¹⁵, o que provocou o surgimento de diversos conflitos em face de um suposto ativismo, mas que, para outros, o descompromisso dos demais poderes em concretizar as normas constitucionais, passaria a justificar uma atividade mais enérgica do Judiciário. Para tanto basta verificar a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4.335-5/AC¹⁶ em que defendeu uma mutação constitucional em relação à interpretação do artigo 52 inciso X da CF, bem como seu voto no MS 32.033 para suspender as deliberações das casas legislativas (ambas situações serão melhores debatidas ao longo deste trabalho).

Os que são contrários ao intervencionismo do Judiciário alegam dois fatores: i) se a lei está defasada ou sendo prejudicial para a sociedade, caberá a ela reclamar ao legislador a atualização do texto, não podendo o Judiciário realizar esta correção, até mesmo porque, deve ser atribuída à sociedade a responsabilidade pela edição das normas, uma vez que, foi ela quem elegeu seus representantes, sendo estes os responsáveis em observar os anseios populares e a necessidade social, passando a legislar e modificar o ordenamento jurídico; ii) conseqüentemente, se os representantes eleitos (legisladores) não verificaram urgência e relevância para aprovar alguma lei, ou não se sentiram pressionados pela população para modificar o ordenamento jurídico, não caberia ao Judiciário interferir na função legislativa pretendendo apresentar qual a postura considerada adequada para aquele momento¹⁷ tendo como fundamentação a moralidade pública.

A separação dos poderes no Brasil passou a ser (re)discutida, mais uma vez, com a verificação da *transição democrática* em que o país vivenciou no século passado. Tornou-se evidente que a substituição do regime militar pela democracia, no qual o primeiro estava

¹³ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *A separação de poderes* .. Op. Cit.. p. 81.

¹⁴ Ver anotações dos itens 4.1 (*Quem pode decidir? Razões que favorecem as decisões das Cortes*) e 4.2 (*Quem pode decidir? Razões que desfavorecem as decisões dos parlamentares*).

¹⁵ Mayra Marinho Miarelli e Rogério Montai de Lima afirma que: “Muito embora com a prática do ativismo judiciário tenha sido concretizados pelo STF muitos direitos e garantias contidas na CF/88, sendo inegáveis os benefícios, tem-se que os seus ensejos revelam muito mais o descompromisso dos outros Poderes em efetivar a Constituição do que na intenção do Poder Judiciário em se tornar preponderante sobre os demais.” (MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2012. p. 172.) (sem grifo no original).

¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4335-5/Acre. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acessado em: 18/02/2013.

¹⁷ PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. *Mandando Montesquieu às ...* Op. Cit. p. 1748.

caracterizado pelo poder forte, centralizado e absoluto¹⁸, enquanto que o segundo, seria marcado por um governo democrático, descentralizado e popular, “que não teria condições de enfrentar o inevitável crescimento das demandas sociais”¹⁹.

Segundo Reinhold Zippelius as democracias orientais não converteram a separação dos poderes em um princípio a ser cumprido, o que não significa dizer que elas não possuem a legislação, a administração e a judicatura como atividades principais do Estado, mas apenas que a atribuição de cada função à um órgão específico não se trata de obrigatoriedade constitucional. Em contrapartida, relata que as democracias ocidentais, apesar da divisão dos poderes ser tida como a base do Estado, ela “*nunca é levada a cabo rigorosamente em conformidade com o seu modelo ideal típico.*”²⁰

Pelo sistema de freios e contrapesos, uma função, pode “bloquear e/ou obstaculizar as ações da outra”. Porém, para evitar a tirania²¹ de um poder sobre os demais não seria necessário enfraquecê-lo com a fragmentação em várias outras funções, mas apenas não permitir que ele extrapole suas atribuições²².

A complexidade não está na existência desta limitação entre os poderes, mas na luta incessante destas funções de se estabelecerem; de alcançarem seus objetivos políticos; ou de serem consideradas soberanas dentro do Estado.

Segundo Kurt Von Mettenheim geralmente as tentativas das mudanças estruturais do Estado, ou atuações de um dos Poderes frente aos demais, “procuram concentrar o poder e

¹⁸ Conforme Brasília Sallum Jr e Eduardo Kugelmas: “*A ordem institucional característica do regime saído do golpe militar de 1964 pode ser esquematizada pelos seguintes traços: quanto à forma de governo, por um presidencialismo exacerbado, de base militar, tendo o Parlamento e os partidos funções governativas quase nulas e funções representativas extremamente viesadas e limitadas; quanto à distribuição do poder entre os diferentes âmbitos de governo, pelo peso desproporcional da União em relação a estados e municípios da Federação; quanto à relação governantes/governados, por uma participação obviamente muito reduzida do conjunto da população, tanto pelas restrições à sua intervenção eleitoral como pelas grandes distorções na representação política.*” (SALLUM JUNIOR, Brasília; KUGELMAS, Eduardo. O Leviathan declinante: a crise brasileira dos anos 80. *Estudos Avançados [online]*. 1991, vol. 5, nº. 13, p. 145-159. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141991000300009&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 10/06/2014. p. 152/153.)

¹⁹ Idem. p. 145.

²⁰ Segundo Reinhold Zippelius: “*Em geral, é apenas a independência dos juízes que é preservada contra a possibilidade de intromissões do poder executivo. De resto, o sistema da divisão dos poderes não exclui certas limitações à separação fundamental dos mesmos e, na perspectiva histórica, nunca as excluiu desde o início.*” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Antônio Cabral de Moncada. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1971. p. 150.) (sem grifo no original).

²¹ Alexander Hamilton afirma que: “*A acumulação de todos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – nas mesmas mãos, quer de um, de poucos ou de muitos cidadãos, por hereditariedade, autonegação ou eleição, pode com justiça ser considerada como caracterizando a tirania.*” (HAMILTON, Alexander. *O Federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1984. p. 393.) (sem grifo no original).

²² GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *A separação de poderes ...* Op.Cit. p. 83.

diminuir o debate e a contestação”²³. Reduzindo o diálogo, os debates e a aproximação entre os poderes estatais, a instabilidade constitucional e a fragilidade estrutural do Estado tornam-se suas consequências.

Ao reduzirem a separação dos poderes como mera teoria ultrapassada e inaplicável, busca-se apontar a instabilidade e o descrédito alheio para justificar uma atividade interventiva mais enérgica, que pode ser chamada de *ativismo*. Destaca-se então que *ativismo* poderá ser utilizado para caracterizar a atuação desmedida por parte de qualquer um dos poderes do Estado e não apenas do Poder Judiciário.

Portanto, torna-se indispensável colher elementos a respeito do surgimento e da proliferação da Teoria da Separação dos Poderes para então compreender sua importância na organização de um Estado e somente então *tentar* entender as razões que levaram os operadores do Direito no Brasil a flexibilizar a interpretação dada à este princípio.

1. 2. Evolução da Separação dos Poderes: da ideologia à doutrina

Estudar a organização do Estado brasileiro e os princípios que o cercam sem buscar as situações históricas vividas pelos pesquisadores ao longo dos séculos, que dedicaram suas próprias vidas para criar teorias que até hoje são aplicadas, está causando uma fissura (e por que não um abismo?) entre as instituições estatais.

Não é de hoje que o ser humano possui um fascínio pelo poder. Já dizia Ives Gandra da Silva Martins que a “história humana outra coisa não é o do que a História da luta pelo poder”²⁴, sendo que, para Thomas Hobbes, o ser humano busca insaciavelmente pela imortalidade, justificando assim, comportamentos que proporcionem a glorificação em vida e ao mesmo tempo assegurem perpetuação de seus nomes mesmo após a morte²⁵.

Segundo Charles de Secondat Montesquieu ou Barão de Montesquieu, “*é de experiência eterna a de que todo homem que tem o poder é levado a abusar dele.*”²⁶

Sendo assim, no Judiciário, a busca pela imortalidade se dá por meio dos decisionismos dos juízes²⁷; no Legislativo por meio das atuações dos legisladores; e no

²³ METTENHEIM, Kurt Von. A presidência e a separação dos poderes no Brasil (1999-2002). *Tempo social [online]*. 2003, vol. 15, nº. 2, p. 237-268. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702003000200010&lng=pt&nrm=iso.

Acessado em: 10/06/2014. p. 239.

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Separação de Poderes no Brasil*. Curso Modelo Político Brasileiro. Vol. IV. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização-PrND. 1985. p. 5.

²⁵ HOBBS, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*/ Thomas Hobbes; tradução Rosina D’Angina; Consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2ª ed. – São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 85.

²⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do espírito das leis*. Montesquieu; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010. p. 168.

Executivo por meio de administração tendenciosa. Com isso surgem os apontamentos de instabilidade institucional para justificar as interferências, as vezes manifestamente inconstitucionais, em relação às atribuições alheias.

De acordo com Thomas Hobbes o Estado é um homem artificial “bem mais alto e robusto”, na qual a soberania é sua alma, lhe dando vida e movimento²⁸, mas que precisa de mecanismos que realizem as funções primordiais para que o Leviatã possa evoluir conforme as necessidades e o desenvolvimento social. Thomaz Hobbes e Barão de Montesquieu destacam em suas obras que, por mais que essas funções sejam *independentes*, elas não estariam totalmente desligadas de sua origem ou de seu soberano²⁹⁻³⁰ o Estado (que na época era representado pelo Monarca).

Apesar de a doutrina utilizar a expressão “separação dos poderes”, tem-se que destacar que Aristóteles³¹ e o próprio Montesquieu³², ao longo das suas obras utilizam a expressão “distribuição” dos poderes, ao passo que Hans Kelsen³³ aplica a expressão distribuição das funções do Estado³⁴.

Diante disto, percebe-se que a Teoria da Separação dos Poderes, posteriormente elevado à *status* de princípio e em seguida de doutrina, pretendia, apenas, retirar da pessoa do monarca ou do príncipe o poder absoluto e exclusivo de legislar, executar e julgar as situações dentro do Estado a qual pertence³⁵.

A separação entre a Justiça e Administração decorreu do reconhecimento da incompatibilidade das decisões serem tomadas pela mesma autoridade, ou seja, o que administra o Estado não poderia julgar seus próprios atos, pois sempre o fará de maneira a proteger seus próprios interesses (daí o porquê da independência dos juízes). Assim,

²⁷ LACAMBRA, Luis Legaz y. *Horizontes del pensamiento Jurídico: estudios de filosofía del derecho*. Barcelona: Casa Editorial Bosch. 1947. p. 333.

²⁸ HOBBS, Thomas, 1588-1679. *Leviatã...* Op. Cit. p. 15.

²⁹ Idem. p. 15.

³⁰ MONTESQUIEU... Op. Cit. p. 168-178.

³¹ ARISTÓTELES. *Política*. 5ª edição. Tradução: Pedro Constantin Tolens. Vol. 61. São Paulo: Martin Claret. 2010. p. 148.

³² MONTESQUIEU... Op. Cit. p. 184.

³³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito ...* Op. Cit. p. 390.

³⁴ Expressão também utilizada por Edinilson Donisete Machado (*Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas. 2011. p. 87.)

³⁵ Para Montesquieu: “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares.” (MONTESQUIEU... Op. Cit. p. 169.) (sem grifo no original).

paulatinamente os príncipes foram perdendo o poder de intervir diretamente na elaboração das leis³⁶ e posteriormente deixaram de realizar o trabalho do judiciário, ficando encarregado da função central de gerenciar o Leviatã.

Portanto, o Estado continuaria sendo soberano; as funções apenas seriam separadas e distribuídas às entidades (pessoas) subordinadas ao seu criador; tornando evidente que a separação dos poderes surgiu para combater a “concentração monárquica”³⁷.

Apesar das linhas acima demonstrarem, de maneira simplista, a evolução da ideologia da separação dos poderes, deve ser destacado que foram necessários diversos estudos e inúmeras adequações, uma vez que, cada Estado, em seu devido tempo, passou a interpretar e aplicar essa distribuição conforme sua própria realidade social e temporal.

Para John Locke, o homem em estado de natureza era senhor absoluto e livre, sendo que esta liberdade lhe permitia agir de qualquer maneira sem ser contrariado. O fato de Locke ser *jusnaturalista* (aquele que entendia que o homem não deveria obedecer as leis que não fossem as da natureza) não o impediu de destacar que o Estado da Natureza somente poderia ser o ideal se todos os homens fossem racionais, “cuja conduta fosse inspirada somente pelos ensinamentos da lei natural”³⁸.

Tal constatação passou a ser criticada por Locke, uma vez que, a sociedade, em determinado momento, passou a impor regras de condutas, as quais deveriam ser obedecidas por todos. A crítica elaborada por ele foi em relação à necessidade de um homem, livre e soberano nas suas decisões, renunciar sua liberdade e abandonar seu poder absoluto para se submeter à inúmeras regras comportamentais fixadas por outras pessoas e qual a razão de ele se sujeitar às pretensões de uma autoridade geral.

A resposta apontada por John Locke foi que “ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros”³⁹, ou seja, se ele tinha o Direito de agir como pretendesse, os demais também o teriam e o primeiro nada poderia fazer para evitar aquele direito. Portanto, cada um seria o “*juiz em*

³⁶ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Traducción de Luis Recasens Siches. Madrid: 1930. p. 146.

³⁷ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? : a genealogia filosófica de uma grande aventura humana* / Simone Goyard-Fabre; tradução Claudia Berliner.- São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). p. 311

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2ª ed. tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim. 2000. p. 59.

³⁹ LOCKE, John. 1632 – 1704. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiro do governo civil*. Introdução de J.W. Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes. 1994. p. 156.

*causa própria*⁴⁰, passando a utilizar da força para evitar os abusos, transformando o estado de natureza, que imaginava-se um estado de paz, em estado de guerra⁴¹.

Segundo Locke⁴², a necessidade de proteção da vida, da propriedade, e, principalmente, do estado de guerra de todos contra todos, culminou na formação do consenso de que a sociedade civil seria responsável pela posição de garante da conservação dos direitos naturais⁴³. A organização da população em sociedade civil e esta num Estado, impôs as regras de comportamento, suprimindo, assim, as três deficiências básicas do Estado da Natureza (falta de lei, de julgadores e executores⁴⁴).

Para Locke a existência de três funções era importante para a proteção individual das pessoas, mas ele não defendia uma separação absoluta entre elas, pelo contrário, para evitar “desordem e catástrofe”⁴⁵ ele defendia que a função de julgar deveria permanecer àqueles que detinham a função de legislar. Portanto, existiria dois poderes, o Legislativo (que abrangeria as funções de legislar e de julgar) e o Poder Executivo, que, além de administrar, compreendia uma espécie de terceira função que seria exercida por um *poder federativo* (possibilitava o Estado a fazer pactos com outras nações)⁴⁶.

Tomando por base os acontecimentos fáticos de sua época⁴⁷, John Locke defendeu a separação dos poderes de uma maneira que os membros do legislativo ficassem responsáveis

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no ...* Op. Cit. p. 59.

⁴¹ Idem. p. 59.

⁴² Norberto Bobbio entende que: “*Esse é um ponto característico da doutrina de Locke, que o coloca como um representante típico do Estado burguês, baseado no reconhecimento da propriedade como um direito natural. Dizer que a propriedade é um direito natural significa que direito de propriedade não deriva do Estado, precede qualquer constituição civil e é um direito que cabe ao indivíduo independente do Estado.*” (Idem. p. 60.)

⁴³ No entendimento de John Locke: “*Se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade. Esses homens podem agir desta forma porque isso não prejudica a liberdade dos outros, que permanecem como antes, na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens decide constituir uma comunidade ou um governo, isto os associa e eles formam um corpo político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante.*” (LOCKE, John. 1632 – 1704. *Segundo tratado sobre ...* Op. Cit. p. 139.) (sem grifo no original).

⁴⁴ Em resumo: a) uma lei estabelecida e reconhecida, recebida e aprovada de comum acordo como a norma do justo e do injusto e medida comum que permite resolver qualquer litígio; b) faltaria um juiz, reconhecido e imparcial, que tenha autoridade para resolver os litígios segundo a lei estabelecida; c) falta frequentemente, no estado da natureza, um poder que esteja em medida de apoiar e sustentar uma justa sentença e de leva-la à execução.” (LOCKE, John. 1632 – 1704. *Segundo tratado sobre* Op. Cit. p. 155/157.)

⁴⁵ LOCKE, John. 1632 – 1704. *Segundo tratado sobre...* Op. Cit. p. 172.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no ...* Op. Cit. p. 62.

⁴⁷ Reinhold Zippelius ensina que: “*No tempo a Glorious Revolution (1688), Jaime II foi expulso do trono por, além doutros motivos, ter intervindo no âmbito de competência do poder legislativo e por ter tentado afastar a vigência das leis inglesas acerca da religião do Estado, recorrendo a um uso excessivo do direito de dispensa fundado nas prerrogativas reais. Após a revolução, a câmara alta e a câmara baixa do parlamento chegaram a acordo, concretizado na declaração de direitos, quanto às condições sob as quais Guilherme III e Maria de*

pela edição das leis e os demais poderes apenas se sujeitassem à aplicá-las. O legislativo era o poder supremo para aquela época, mas era impedido de exercer atividade eminentemente arbitrária⁴⁸. Sendo o Estado construído com base nestes apontamentos conclui-se que o “poder executivo está subordinado por sua natureza ao poder legislativo, porque sua tarefa é dar execução às leis, que são normas gerais e abstratas emanadas do poder legislativo.”⁴⁹ Por essa razão que Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que “o pensador inglês não pode ser tido como o pai da separação dos poderes”⁵⁰, uma vez que, as funções já existiam anteriormente, cabendo “apenas” aos demais pensadores unificá-los em uma única teoria.

Deve ser destacado que a partir do século XVIII a constituição inglesa modificou a estrutura funcional do Estado, atribuindo ao Judiciário sua independência do Poder Executivo, passando a tomar as decisões sem sofrer interferência das câmaras dos Lordes⁵¹.

A Constituição inglesa, estudada por Montesquieu, foi a base para a construção de uma teoria da separação dos poderes *menos rígida*, voltada à atribuição funcional de cada órgão. No entanto, havia uma grande diferença entre a Constituição estudada (inglesa) e a teoria apresentada pelo francês, pois naquela, a separação dos poderes era rígida sem a possibilidade dos poderes sofrerem interferência das demais instituições, pois “segundo esta concepção, quanto mais separados sejam os poderes, melhor será a organização de um Estado”⁵², diversamente do que havia sido apresentado por Montesquieu, que possibilitava a interferência (limitada) de uma função sobre a outra.

Devido à ruptura com a tradição sobre a forma de governo, o francês, por sistematizar de maneira coerente e executável a partir de uma lógica organizacional do

Orange deveriam ser chamados ao trono inglês. Uma das condições essenciais era o preceito segundo o qual o rei, a cuja mãe era confiado o poder executivo, tinha de respeitar as leis e não podia suspendê-las, nem em geral, nem em casos particulares, nem tão-pouco podia transferir a judicatura para qualquer comissão criada por ele.” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado...* Op. Cit. p. 147) (sem grifo no original).

⁴⁸ Conforme John Locke: “*O poder legislativo é o poder supremo em toda comunidade civil, quer seja ele confiado a uma ou mais pessoas, quer seja permanente ou intermitente. Entretanto, ele não é exercido e é impossível que seja exercido de maneira absolutamente arbitrária sobre as vidas e sobre as fortunas das pessoas. (...) É um poder que não tem outra finalidade senão a preservação, e por isso nunca tem o direito de destruir, escravizar ou, intencionalmente, empobrecer os súditos.*” (LOCKE, John. 1632 – 1704. *Segundo tratado sobre ...* Op. Cit. p. 163/164.) (sem grifo no original).

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no ...* Op. Cit. p. 63.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro.* 2ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 254.

⁵¹ Segundo Manoel G. Ferreira Filho: “*Entretanto, em 1701, o Acto of Settlement liberou os magistrados dessa vinculação. Estes passaram a servir quamdiu se bene gesserint (enquanto bem servissem) e não mais durante beneplácito (enquanto contassem com a boa vontade do monarca). Ou seja, os juízes que até então podiam ser livremente exonerados pelo rei, passaram a não poder ser dispensados, exceto se condenados por alguma falta grave ou por deliberação de ambas as casas do Parlamento. Assim, tiveram assegurada a sua independência.*” (Idem. p. 254.) (destaques no original em negrito).

⁵² MOLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 153.

Estado⁵³, se tornou o mais famoso defensor da Teoria da Separação dos Poderes, responsável, e para alguns como o oráculo⁵⁴, de uma teoria da constituição consubstanciada pela fragmentação dos poderes.

Apesar de tal obra haver sido publicada posteriormente à “retirada” do monarca como personagem máxima do Poder Executivo na Inglaterra, com a criação do cargo de Ministro do Estado (responsável pelo executivo), ainda assim é considerada a principal obra, para os constitucionalistas⁵⁵, em relação à teoria e doutrina da Separação dos Poderes (apesar de inúmeras suspeitas de que ela fora elaborada apenas para possibilitar a venda de uma “fórmula política”⁵⁶ ao Estado francês, a qual foi “comprada” somente em parte).

Diante dos apontamentos realizados por Montesquieu, constata-se que a *separação dos poderes* foi pautada sob três frações: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil”⁵⁷.

A justificativa dada por Montesquieu para a realização da separação das funções é que sem ela não haveria como proporcionar a tranquilidade do espírito de cada membro da sociedade, bem como, garantir-lhe sua liberdade. Apesar de outros apontamentos modernos⁵⁸ -

⁵³ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial...* Op. Cit. p. 86.

⁵⁴ Para Hamilton, Madison e Jay: “*O oráculo sempre consultado e citado a respeito é o famoso Montesquieu. Se não foi o autor deste inestimável preceito da ciência política, pelo menos tem o mérito de tê-lo divulgado e recomendado, fazendo com que fosse objeto da universal atenção.*” (HAMILTON, Alexander. *O Federalista, por ...* Op. Cit. p. 394.) (sem grifo no original).

⁵⁵ Nas palavras de Jorge Miranda: “*O autor fundamental é, pois, MONTESQUIEU, cuja obra estaria presente nas revoluções americana e francesa, marcaria todo o constitucionalismo liberal e continuaria a ser, ainda hoje, sob muitos aspectos, extremamente elucidativos.*” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Estrutura Constitucional do Estado*. Tomo III. 5ª edição, revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 377.) (sem grifo no original).

⁵⁶ Manoel G. Ferreira Filho escreve que: “*Mas O Espírito das Leis é um livro publicado em 1748, precedido de longas pesquisas, inclusive de uma viagem de estudos de 1728 a 1731. Nesta, Montesquieu visitou a Inglaterra, onde pôde conhecer diretamente as instituições inglesas e seu funcionamento. Ora, na época de sua estadia nesse país – muito antes da publicação do livro – já estava bem-definida a figura do Primeiro-Ministro, bem como a do gabinete e sua vinculação à maioria parlamentar. O Executivo não era mais, portanto, o rei. Entretanto, no texto do O Espírito das Leis não há uma palavra sobre isso, ao contrário, nele o Executivo é nitidamente o monarca. De duas uma. Ou o Montesquieu descreveu uma Constituição da Inglaterra desatualizada, e isso depõe contra sua capacidade de observação, ou ele, tomando a Constituição inglesa como pretexto, procura “vender” uma fórmula ou receita política, tendo em vista a renovação das instituições francesas, especialmente.*” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do ...* Op. Cit. p. 255.) (sem grifo no original).

⁵⁷ Segundo Montesquieu: “*Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, declara paz ou a guerra envia ou recebe embaixadas estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar; e o outro, simplesmente de poder executivo do Estado.*” (MONTESQUIEU... Op. Cit. p. 169.) (sem grifo no original).

⁵⁸ Manoel G. Ferreira Filho, apresenta estas justificativas com uma visão oposta, pois “*a atribuição das funções de legislar e de executar, ao mesmo órgão, enseja que sejam feitas ‘leis tirânicas, para serem executadas tiranicamente’. Da mesma forma, ‘inexiste liberdade se o poder de julgar não é separado do poder legislativo e do poder executivo’. Com efeito, ‘se o poder de julgar é reunido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se reunida ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Enfim, ‘tudo estaria perdido, se o mesmo homem, ou um corpo de ‘figuras*

⁵⁹, pois todas são evidentes derivações dos ideais de Montesquieu, deve-se dar destaque para o que já fora dito por ele a respeito da postura do Governo (Estado) em relação à proteção da liberdade dos cidadãos, pois, “para que tenhamos essa liberdade, o governo deve ser tal, que um cidadão não possa temer outro cidadão”⁶⁰.

A Constituição francesa de 1791, apesar dos apontamentos de Montesquieu, optou por manter a teoria da *separação rígida dos poderes*, demonstrando visível confusão entre *separação das funções* do Estado e *divisão dos poderes*, que, segundo Max Moller, provocou nas instituições uma visão enganosa de que uma seria inimiga das outras⁶¹.

Montesquieu pretendia demonstrar, com a análise da Constituição inglesa, que a utilização de um *Estado Legislativo* era perigoso para o desenvolvimento de qualquer Estado. Elevar a separação dos poderes à condição de constitucionalidade deveria ser vista como uma necessidade, uma vez que estaria afastada, em tese, a atuação despótica de qualquer uma das instituições frente à sociedade.

Torna-se imperioso dar destaque às divergências doutrinárias sobre a suposta separação dos poderes apresentada por Montesquieu. Para este, o poder Legislativo deveria ser limitado pelo executivo e vice-versa, já para Rousseau e Locke o único poder soberano seria o Legislativo, pois para eles não existia um Poder Executivo.

No entanto, para que o Estado mantivesse um bom funcionamento seria necessário a atuação coordenada entre os poderes e mais, que eles se complementassem, harmonicamente, sem interferir nas funções que não lhes coubessem. Contudo, apesar de apresentar a existência destas três funções, e demonstrar, ilusoriamente, uma possível igualdade entre os poderes, existia em Kant a defesa da superioridade do legislativo aos demais, pois este era o único *poder* que representava a vontade popular⁶².

de destaque (principaux), ou de nobres, ou o próprio povo, exercesse os três poderes’.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do ...* Op. Cit. p. 257.) (sem grifo no original).

⁵⁹ Já Jorge Miranda relata que: “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade – para que não se possa temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas que depois vão executar tiranicamente. Não há também liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do poder executivo. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de magistrados ou do povo exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os diferendos de particulares.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* Op. Cit. p. 378.) (sem grifo no original).

⁶⁰ MONTESQUIEU... Op. Cit. p. 169.

⁶¹ Segundo Max Moller: “(...) *é esse isolamento entre os poderes que caracteriza a Constituição francesa de 1791. Os poderes não tem possibilidade de se intrometer uns em relação aos outros, o que evitaria que se paralisassem mutuamente. Assim, o Poder Executivo não possuía poder de veto em relação aos atos legislativos e sequer a possibilidade de participar das discussões legislativas através de pronunciamentos. Deveria estar restrito à execução de suas competências, nos termos em que determinado pelo Poder Legislativo.*” (MOLLER, Max. *Teoria geral do ...* Op. Cit. p. 153.) (sem grifo no original).

⁶² BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no ...* Op. Cit. p. 227.

Devido ao temor pela recepção da teoria da separação dos poderes menos rígida de Montesquieu nos Estados europeus, os defensores da doutrina legicentrista (v.g. os franceses) passaram a buscar explicações e reformular suas ideologias para que não perdessem sua hegemonia dentro do Estado. Para isso, realizaram a divisão interna do Poder Legislativo em duas partes (câmaras)⁶³, as quais estariam ligadas e totalmente dependentes da população. As duas câmaras realizariam o equilíbrio legiferante dentro do próprio Poder Legislativo, sendo dispensável a fiscalização e controle por instituições externas da casa legislativa.

Outra situação que necessitou ser controlada pelos legicentristas foi a questão da liberdade interpretativa dos textos legais, que passaram a ser realizados pelo Judiciário e, portanto, considerados como usurpação da função legislativa. A irregularidade na interpretação judicial era, para a época, evidente, pois “o que estava fora da lei não era jurídico e, portanto, não poderia ser utilizado pelo julgador”⁶⁴. A atividade criativa do magistrado passou a ser considerada como ofensa ao princípio da legalidade, e, não havendo qualquer outro dispositivo superior à própria Lei (tendo em vista a ausência de uma Constituição forte ou um Direito Natural) o julgador não poderia alterar a essência do que fora criado pelo legislador. Assim sendo, “*caso não fosse possível enquadrar uma situação fática à situação abstrata prevista na lei, nenhuma alternativa era possível ao julgador senão o reconhecimento da licitude*”⁶⁵.

Apesar de tais explicações, os legicentristas ainda temiam a possibilidade de interferência dos outros poderes em face da separação menos rígida e da crescente aceitação da teoria do equilíbrio, por essa razão, e para “garantir um necessário controle sobre a função judicial”, além de inovarem as regras de interpretações mecânicas da *subsunção do fato à norma*, passaram formular procedimentos especiais para aplicação estrita da lei, ou seja, sem qualquer criatividade do interprete⁶⁶.

Diante de tais posicionamentos, Montesquieu buscou demonstrar, com a análise da Constituição Inglesa, que a separação rígida anularia qualquer atividade judicial⁶⁷, pois os magistrados nada poderiam fazer além de repetir o que o legislador positivou. A atividade

⁶³ MONTESQUIEU... Op. Cit. p. 174.

⁶⁴ MOLLER, Max. *Teoria geral ...* Op. Cit. p. 155.

⁶⁵ Idem. p. 155.

⁶⁶ Conforme Max Moller: “*Nesse processo, destaca-se a presença dos Tribunais de Cassação, que tinham por finalidade garantir a mais estrita observância da lei, por parte dos magistrados e, para casos mais difíceis que exigiam alguma interpretação de termos vagos, a devolução da matéria ao próprio legislador, para que este esclarecesse qual o sentido correto do termo. Este exemplo claríssimo de interpretação autêntica era previsto, por exemplo, na Constituição francesa de 1789.*” (Idem. p. 153.)

⁶⁷ MONTESQUIEU... Op. Cit. p. 175.

judicial outra coisa não era senão um mero silogismo de subsunção do fato ao o que os representantes do povo transformaram em lei.

Para os legicentristas, somente há um respeito à vontade do legislador se existir *o respeito à legalidade e à separação de poderes e, ainda, evitar uma atuação abusiva por partes dos juízes no sentido de utilizarem no julgamento suas opiniões e crenças pessoais.*”⁶⁸

Por essa razão é que os defensores da supremacia do Legislativo, apesar de reconhecer a necessidade de separação das funções do Estado, criaram também a separação dos poderes entre as instituições, atribuindo ao Legislativo maior força, pois, estando todos os *poderes* isolados em si mesmos, não haveria outra maneira de atuarem senão observando as leis existentes, que, são elaboradas pelo próprio Poder Legislativo⁶⁹. Posicionamento este que foi criticado por Montesquieu o qual afirmava: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”⁷⁰.

Devido a necessidade de mudança do Estado Francês, realidade esta escancarada com a eclosão da Revolução Francesa (movimento este que teve como um dos líderes o abade Emmanuel Joseph Sieyès, que por meio do seu panfleto “O que é o Terceiro Estado?”⁷¹, no qual defendia que a soberana deveria ser exercida pelo povo), culminou na construção de um documento que seria responsável por reger toda organização, funcionamento e distribuição das funções do novo Estado francês e, posteriormente, de quase todos os países europeus: a Constituição do Estado.

Se por um lado Montesquieu apresentava a separação dos poderes como uma teoria sobre as formas de governo, Sieyès, Hamilton, Madison e outros, passaram a fundamentar a necessidade da separação funcional por via da *teoria da constituição*. A criação do Estado Constitucional passou a demonstrar a eficiência da separação dos poderes menos rígida (equilibrando as forças das instituições estatais), mas todos dependentes à um poder primário e originário que é a Constituição⁷². Ao utilizar a teoria da *supremacia da constituição* viu-se

⁶⁸ MOLLER, Max. *Teoria geral do ...* Op. Cit. p. 156.

⁶⁹ Segundo Max Moller: “*Este critério evidencia um modelo não preocupado com a divisão de competências garantidas a partir da constituição, mas na construção de um modelo de supremacia legislativa onde os poderes não contam com mecanismos para se auto limitarem. Não é possível equilíbrio, se há supremacia...*” (Idem. p. 158.) (sem grifo no original).

⁷⁰ MONTESQUIEU... Op. Cit. p. 168.

⁷¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*. Organização e introdução: Aurélio Wander Bastos. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

⁷² Jorge Miranda afirma que: “*SIEYÈS – tal como, quase ao mesmo tempo, Hamilton no Federalista, nos Estados Unidos – aponta a existência de um poder primário e originário dentro do Estado – o poder de que deriva a Constituição, aquele que exprime mais diretamente a soberania ou que com ela se identifica, o poder constituinte; e este poder antecede, por natureza, os demais poderes do Estado, os poderes constituídos. Ao poder legislativo, um destes poderes, é vedado praticar actos que contrariem as normas decretadas pelo poder constituinte.*” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* Op. Cit. p. 380.) (sem grifo no original).

coerente e eficaz a disposição da organização estatal em uma carta política a qual todos deveriam se submeter e mais, que se deve assegurar aos cidadãos a possibilidade de atuarem, diretamente, na estruturação estatal, pois, de fato, possuem uma posição jurídico-prestacional⁷³.

Por este sistema, não há apenas a separação das funções do Estado, mas exige-se uma atuação harmoniosa entre elas, caso contrário, em havendo excesso no exercício da função, poderão as demais instituições utilizarem das normas de competências, definidas constitucionalmente, para limitar e impedir estes abusos. Este sistema de freios torna clara a inexistência de subordinação entre os *poderes*, senão, apenas à própria Constituição.

Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, ao analisarem as constituições estatuais dos Estados Unidos, constataram que a maior parte delas recepcionaram o ideal de que deve haver a separação dos poderes de maneira menos rígida, em alguns casos permiti-se que uma função exercesse uma atividade atípica à sua função, sem que fosse considerada uma usurpação de função. Para justificar esta análise, Hamilton, Madison e Jay detalharam a elaboração de diversas constituições estaduais dos Estados Unidos⁷⁴ que atribuíam, de maneira precipitada, as mais variadas funções aos três órgãos, marcada pela inexperiência que dominaram os trabalhos de organização. Em determinados momentos, constataram a violação do princípio em apreço tendo em vista o excesso de “mistura” funcional entre eles, ficando ressaltado que em nenhum dos casos estudados se encontrava “uma provisão adequada para assegurar, na prática, a separação delineada no papel”⁷⁵.

Hamilton, Madison e Jay relatam que a simples demarcação da separação dos poderes no papel, limitando constitucionalmente as atribuições das funções estatais, “não

⁷³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*/ Eduardo Cambi. – 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 26.

⁷⁴ Constituições estaduais analisadas: de New Hampshire; de Massachusetts; de Nova Iorque; de New Jersey; da Pensilvânia; de Delaware; de Maryland; da Virgínia; da Carolina do Norte e da Carolina do Sul; da Geórgia. (HAMILTON, Alexander. *O Federalista, por ...* Op. Cit. p. 395/399.).

⁷⁵ Para Hamilton, Madison e Jay na constituição de New Hampshire “*o Senado, uma das casas do Legislativo é também a corte judicial para julgamentos dos impedimentos. O Presidente, chefe do Executivo, é também o presidente do Senado e, além de direito a voto em todos os casos, tem o de desempate. (...) Finalmente, os membros do judiciário são nomeados pelo Poder executivo*” (p. 396) Em relação à constituição de Massachusetts “*o magistrado executivo tem um direito de veto no Legislativo, enquanto o Senado constitui um tribunal para julgar impedimentos de membros tanto do Executivo como do Judiciário. Os destes, ademais, podem ser designados pelo Executivo e removidos pela mesma autoridade, ouvidas as duas casas do Legislativo.*” (p. 396/397). E em relação à constituição de Nova Iorque, apesar de não ser expressa em relação à mistura dos poderes “*confere ao magistrado executivo um controle parcial sobre o Legislativo e, ainda mais, controle semelhante sobre o judiciário, chegando mesmo a misturar os poderes do Executivo e do Judiciário no exercício deste controle.*” (Idem).

constitui barreira suficiente contra violações que dão margem a uma concentração abusiva de todos os poderes do governo nas mesmas mãos.”⁷⁶

Segundo eles, o Poder Legislativo continuava exercendo de maneira soberana sua função. Até mesmo no período de ordem constitucional percebia-se que os legisladores mascaravam e distorciam as leis e as limitações constitucionais de modo que somente eles pudessem se *intrometer* nos demais poderes. Destacaram ainda que, sendo o Legislativo o único poder que teria “acesso ao bolso do povo” e desfrutando da possibilidade de influenciar as remunerações dos funcionários dos outros poderes, acarretava maior temor e dependência destes, impedindo qualquer desejo de controle ou de interferência às ações do legislativo⁷⁷. Reinhold Zippelius ainda complementa este pensamento ao afirmar que “todos os meios financeiros tem de ser aprovados pelo poder legislativo, este pode medir em todo e qualquer caso, com o metro das finanças, todos os passos que o governo tenciona dar.”⁷⁸⁻⁷⁹

Como já relatado anteriormente, em função da necessidade do retorno destas funções ao Estado Soberano, é que se pode afirmar que está ultrapassado o pretense caráter científico da separação absoluta dos poderes⁸⁰, até mesmo porque, a criação e a aplicação do direito é simultânea à produção do Direito⁸¹.

Analisando a substância funcional percebe-se, por exemplo, que executivo e judiciário, de certa forma, executam, após analisar as situações fáticas, o que a lei determina. Kelsen relatou que a divisão dos poderes em três funções pode ser apresentada em teoria, mas jamais sustentada na prática, pois haveria apenas *duas funções básicas do Estado*, “a criação e aplicação do Direito”⁸². Para ele não seria possível criar fronteiras entre essas funções, principalmente entre Executivo e Judiciário, pois seria impossível atribuir exclusividade de execução da lei para um ou outro sendo que ambos os órgãos aplicam (executam) a letra da lei⁸³.

⁷⁶ HAMILTON, Alexander. *O Federalista, por ...* Op. Cit. p. 405.

⁷⁷ Hamilton, Madison e Jay: “*O Legislativo está, por toda a parte, estendendo a esfera de suas atividades e abrangendo todo o poder com seus ambiciosos tentáculos.*” (Idem. p. 402.) (sem grifo no original).

⁷⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado...* Op. Cit. p. 151.

⁷⁹ Expressões também utilizadas por Bruce Ackerman. (*Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Coordenador e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 267.)

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do ...* Op. Cit. p. 259.

⁸¹ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito/* Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 87.

⁸² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito ...* Op. Cit. p. 386.

⁸³ Hans Kelsen explica que: “Uma separação entre o poder judiciário e o chamado poder executivo também é possível apenas num grau comparativamente limitado. Uma separação estrita dos dois poderes é impossível, já que os dois tipos de atividade habitualmente designados por esses termos não são funções essencialmente distintas. Na verdade, a função judiciária é executada no mesmo sentido em que a função comumente descrita

Para Kelsen o que se vê é a utilização da teoria da separação dos poderes para caracterizar a *divisão política* do Estado⁸⁴. Contudo, verifica-se na essência de uma distribuição apenas uma função idêntica distribuída à diversas engrenagens do Estado de maneira burocrática, criando-se “diferentes denominações das quais podendo ser explicadas apenas com base em fundamentos históricos.”⁸⁵ Segundo ele, os estados democráticos tendem a se preocupar menos com a separação dos poderes do que confiar à um órgão diferente o exercício de cada um deles, assim, fraciona-se cada vez mais os respectivos órgãos entre inúmeros agentes, dificultando a fiscalização interna quando a instituição não cumpre com seu papel.⁸⁶

O significado histórico demonstrado pelo princípio da separação dos poderes tende a demonstrar mais a luta contra a concentração dos poderes do que uma efetiva separação de poderes. Ao analisar a atuação de cada órgão do Estado e constatar a possibilidade de todos eles, de certa forma, criarem o Direito, seja por atos, por leis ou por sentenças, é que Hans Kelsen descreve como um erro a utilização da expressão *separação dos poderes* e aconselha que se utilize *distribuição de funções*⁸⁷.

A teoria da Separação dos Poderes trata-se na verdade de um princípio/doutrina histórica⁸⁸, que vem se repetindo ao longo dos séculos sem que outras ideologias sejam criadas ou avanços sejam realizados. Todos os esforços são direcionados para a permanência

por esse termo; a função judiciária também consiste na execução de normas gerais.” (Idem. p. 390.) (sem grifo no original).

⁸⁴ Sendo assim, segundo Hans Kelsen: “A teoria da separação dos poderes contém, portanto, a ideia de uma divisão do poder político, a ideia de impedir uma concentração de poderes demasiada, e pode, por isso, convir também a uma organização democrática.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito ...* Op. Cit. p. 123.) (sem grifo no original).

⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito ...* Op. Cit. p. 391.

⁸⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores. 1938. p. 123.

⁸⁷ Conclui, Hans Kelsen, da seguinte maneira: “Assim, não se pode falar de uma separação entre a legislação e as outras funções do Estado no sentido de que o chamado órgão legislativo – excluindo os chamados órgãos executivo e judiciário – seria, sozinho, competente para exercer essa função. A aparência de tal separação existe porque apenas as normas gerais criadas pelo órgão legislativo são designadas como leis. Mesmo quando a constituição sustenta expressamente o princípio da separação dos poderes a função legislativa – uma mesma função, e não duas funções diferentes – é distribuída entre vários órgãos, mas apenas a um deles é dado o nome de órgão legislativo. Esse órgão nunca tem um monopólio da criação das normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida, tal como a previamente caracterizada.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito ...* Op. Cit. p. 390.) (sem grifo no original).

⁸⁸ Para Konrad Hesse: “As doutrinas da divisão dos poderes de Locke, Montesquieu ou dos federalistas, nas quais ele se moldou, mal tem em comum algo com as dogmatizações posteriores, as quais tem em vista o legislativo como estabelecimento de normas, o executivo como execução de normas, a atividade judicial como procedimento que se efetua mecânico logicamente e pretendem validade supratemporal-geral; mas sim, elas são doutrinas históricas que, em uma situação histórica determinada, querem trazer forças políticas reais e sua atividade em uma liberdade política da asseguradora da ordem.” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 368.)

de uma necessidade histórica de limitação do poder, seja por equilíbrio, por freios ou contrapesos. Por essa razão Konrad Hesse inova ao dizer que a separação dos poderes nada mais é do que a positivação de uma ordem à colaboração humana, “*que constitui os poderes individuais, determina e limita suas competências, regula sua colaboração e, desse modo, deve conduzir à unidade do poder estatal – limitado.*”⁸⁹ Assim sendo, a distribuição das funções, em primeiro lugar, trata-se de uma *constituição* de poderes diferentes, ou seja, a Constituição cria e distribui as funções para instituições com denominações específicas⁹⁰.

Tendo em vista a função reguladora dos conflitos e excessos entre os órgãos constitucionais, o princípio/doutrina da separação dos poderes deve ser considerado como um *princípio de organização sustentador da Constituição*, não por ser um dogma supratemporal constitucional, mas por ser o único meio de *proporcionar uma colaboração uniforme e desenvolver efeitos estabilizadores entre as instituições.*

A Constituição ao organizar, coordenar e delimitar as funções das instituições (órgãos especiais), além de ser “um instrumento limitativo do poder”⁹¹, “facilita o ajuste na transformação do desenvolvimento histórico e é capaz, por conseguinte, de assegurar (a) continuidade relativa no correr do tempo.”⁹²

Para uma boa aplicação da teoria da separação dos poderes se faz necessário compreender que não haverá a possibilidade de um poder analisar, checar e balancear as atuações das demais funções se ele não for independente⁹³. Tem-se, portanto, uma alteração na abordagem do assunto, passando de um poder totalmente separado para uma perspectiva de poder independente⁹⁴.

A independência das funções passa a ser o alvo principal dos poderes de fiscalização, pois, quanto menor for a capacidade das decisões serem tomadas em conjunto, maior será a necessidade de *checagem* pelas demais instituições; bem como, quanto maiores forem as decisões em conjunto, principalmente entre Legislativo e Judiciário, na busca pela identidade

⁸⁹ Idem. p. 369.

⁹⁰ Konrad Hesse diz que: “*Um parlamento é, segundo sua estrutura, manifestamente inadequado para cumprir tarefas detalhadas administrativas; as autoridades do poder executivo, vinculadas a instruções, não estariam em condições para decisão apropriada de litígios; tribunais não poderiam vencer apropriadamente as tarefas da legislação.*” (Idem. p. 372.)

⁹¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 24.

⁹² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional ...* Op. Cit. p. 378.

⁹³ Luís Gustavo Grohmann diz que: “*Definimos que um poder é independente quando suas prerrogativas são exclusivas, isto é, não são decididas em conjunto com outro poder. Decisão em conjunto significa que um outro poder pode alterar a decisão do primeiro, que não haverá decisão se ambos não cooperarem de alguma forma.*” (GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *A separação de poderes ...* Op. Cit. p. 86.)

⁹⁴ Idem.

constitucional e da concretização das normas constitucionais⁹⁵, menor será a necessidade de interferências fiscalizatórias do Estado.

Os elementos básicos da Teoria da Separação dos Poderes, os quais exigem equilíbrio entre os atores do Estado⁹⁶, passam a ter papel indispensável nestas colocações, uma vez que, se ocorrer uma alta independência de uma função do Estado e uma baixa checagem (fiscalização), proporcionalizará o surgimento de um Poder Soberano frente aos demais. Da mesma forma que, se ocorrer uma baixa independência e uma alta fiscalização, ocasionará a paralisia estatal.

A paralisia decisória, que muito se vê no Congresso Nacional e em outros poderes, se dá justamente em função da aplicação equivocada da Teoria da Separação dos Poderes, pois, por meio da fiscalização excessiva e injustificada da atuação das instituições estatais, acarreta, muitas vezes, a interrupção do andamento do procedimento. Contudo, tal *paralisia* não deve ser vista como uma barreira imposta pela teoria, mas sim, como um *incentivo à aproximação entre as instituições*, demonstrando que a aplicação dos conceitos clássicos da separação dos poderes, deve ser ultrapassada, sendo a harmonia e a interconexão, papel indispensável para o desenvolvimento democrático das instituições do Estado⁹⁷, que se fará por meio de um diálogo entre as três instituições que detêm o poder.

⁹⁵ Para Marcelo Neves: “(...) tanto o legislativo e as regras quanto o judiciário e os princípios têm um papel determinante e desempenham funções decisivas na estabilização de expectativas normativas no âmbito de uma sociedade hipercomplexa e conflituosa.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 181.) (sem grifo no original).

⁹⁶ Segundo Konrad Hesse: “O equilíbrio dos poderes, por refreamentos de poder e controle de poder, por causa disso, em grande medida, deslocou-se para fora do âmbito das funções básicas e, em particular, do seu exercício pelos órgãos do poder legislativo e executivo. Não obstante, ele é parte integrante essencial da ordem constitucional. Equilíbrio dos poderes é produzido pela realização das ordens da democracia, do estado de direito e do estado federal. No quadro da ordem democrática, procura a Constituição efetuar refreamento de poder, controle de poder e um certo equilíbrio das forças políticas, pela garantia de oportunidades iguais, a qual, como mostrado, nomeadamente na igualdade de direito eleitoral, no princípio do pluripartidarismo e na igualdade de oportunidades dos partidos políticos, encontra expressão (supra, número de margem 157). Um elemento de equilíbrio dos poderes estatal-jurídico é o controle judicial do poder executivo (artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental), nomeadamente, porém, o controle de todos os poderes estatais pela jurisdição constitucional, dotada com ampla competência na Lei Fundamental. Esse controle significa uma incorporação, até agora desconhecida à tradição constitucional alemã, do poder judiciário no sistema de refreamentos de poderes e controles. O elemento estatal-jurídico do equilíbrio de poderes, que se torna eficaz nele, une-se com o democrático, porque ele abre a possibilidade à minoria de recorrer à proteção do Tribunal constitucional contra um prejuízo, real ou pretendido, de sua posição e, assim, de consolidar sua situação – em que, naturalmente, o Tribunal Constitucional nenhum outro peso pode lançar no prato da balança senão da sua própria autoridade.”(HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional ... Op. Cit.* p. 376.) (sem grifo no original).

⁹⁷ José Afonso da Silva: “A harmonia entre os Poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do Poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freio e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbútrio e o desmando de um em

Por essas razões idealiza-se que as funções do Estado sejam pautadas de duas maneiras: i) com alta independência e alta fiscalização; ii) ou com baixa independência e baixa fiscalização⁹⁸.

A primeira opção permite que as decisões sejam tomadas em conjunto e de maneira harmônica, pois as instituições estariam constantemente em cheque, culminando no compartilhamento da agenda de discussão de cada um dos poderes⁹⁹. Destaca-se ainda que, mesmo com um alto poder de decisão das funções devido à sua independência, é possível verificar que cada um dos poderes realizam uma fiscalização e um controle das atuações alheias, pois a Constituição apresenta as ferramentas necessárias para essas atividades de barreiras. Diminuindo consideravelmente o campo de atuação independente, “forçando a adequação da agenda da política aos movimentos do primeiro poder”¹⁰⁰.

A segunda opção seria o contraponto, ou seja, em havendo baixa independência entre as instituições, descaberia a utilização excessiva dos mecanismos de fiscalização em face do livre acesso à agenda e ao diálogo entre eles. Ou seja, independe do modelo adotado, o resultado pretendido é o mesmo: *aproximação e diálogo entre as instituições estatais*.

A ideia de controle de um dos poderes do Estado sobre o outro não significa dizer que um seja mais importante ou superior em relação aos demais, mas sim, “a possibilidade de um poder vir a impedir ou punir o abuso do outro”¹⁰¹.

Jorge Miranda, constitucionalista português, destaca que nos Estados Unidos o relacionamento e cooperação entre os poderes ficou evidente com a teoria do *checks and balances*, admitindo assim a *judicial review* (controle de constitucionalidade pelo Judiciário)¹⁰². Portanto, a teoria da separação dos poderes, revela-se como uma projeção para a organização estatal e mais, torna-se importante instrumento do constitucionalismo moderno para realizar o controle e o equilíbrio de um Estado de Direito¹⁰³. O controle judicial de

detrimento do outro, e especialmente dos governados.” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 44/45) (sem grifo no original).

⁹⁸ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *A separação de poderes ...* Op. Cit. 87.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem. p. 87.

¹⁰¹ Idem. p. 79.

¹⁰² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* Op. Cit.. p. 383.

¹⁰³ Para Jorge Miranda a teoria da separação dos poderes é exigida em um Estado de Direito pelos seguintes motivos: “a) pluralidade de órgãos de função política, cada qual com competência própria (incluindo de auto-organização) e não podendo nenhum ter outra competência além da fixada pela norma jurídica; b) primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa, de composição pluralista e com procedimento contraditório e público; c) independência dos tribunais, com reserva de jurisdição; d) criação de mecanismos de fiscalização ou de controlo interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade e constitucionalidade; e) divisão pessoal de poder, através de incompatibilidades de cargos públicos; f) divisão temporal, através da fixação do tempo de exercício dos cargos e de limitações à sua renovação, e divisão político-temporal, por meio da previsão de durações diferentes dos mandatos e de não cumulação das datas das

constitucionalidade surgido após a reformulação descentralizada da divisão dos poderes é, sem dúvida, um sedutor e uma problemática solução para os conflitos existentes entre as diversas funções do Estado¹⁰⁴, uma vez que, “o poder repartido, por si só, é capaz de limitar a possibilidade do governo absoluto”¹⁰⁵.

No entanto, na medida em que a sociedade verifica um avanço nos estudos do Direito, no anseio de construir um sistema jurídico avançado, realizador das normas programáticas constantes na Constituição, percebe-se que ainda perdura um preciosismo entre as funções Executiva, Legislativa e Judiciária no que tange à um suposto monopólio da última palavra em relação às normas constitucionais, ignorando que a revisão judicial é extremamente importante para proporcionar o diálogo e os debates a respeito das normas e, principalmente, dos princípios constitucionais¹⁰⁶.

Ocorre que a utilização da Teoria da Separação dos Poderes como já visto antes, varia de Estado para Estado, pois, dependendo da maneira que é reconhecido, tem-se as bases ou de um Estado Legislativo (em que o Poder Legislativo passa a ter supremacia sobre os demais) ou de um Estado Constitucional (que busca o equilíbrio e harmonia entre os poderes)¹⁰⁷. No mesmo sentido dizia Hamilton, Madison e Jay que a separação dos poderes, sempre será questionada tendo em vista a dificuldade de ser posta em prática.

Por mais que a teoria da separação dos poderes demonstre ser importante ferramenta para evitar os governos totalitários e absolutos, constata-se a dificuldade em concretizá-lo, pois a tarefa mais delicada é “prover para cada um deles certa segurança prática contra

eleições dos titulares de órgãos representativos; g) divisão territorial ou vertical, através do federalismo, do regionalismo político e da descentralização administrativa local.” (Idem. p. 384/385.)

¹⁰⁴ Mauro Cappelletti diz que: “O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, nesse encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz.” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade ...* Op. Cit.)

¹⁰⁵ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *A separação de poderes ...* Op. Cit. p. 77.

¹⁰⁶ Nas palavras de Ronald Dworkin: “A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito no âmbito da própria legislatura. (...) É uma característica penetrante porque obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai ao Tribunal, mas muito antes e muito depois.” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 102.) (sem grifo no original).

¹⁰⁷ Segundo Max Moller: “Ademais da consagração de uma supremacia legislativa a concepção de separação rígida entre os poderes defende uma total separação no exercício de suas atividades próprias, de forma que nenhum deles poderá interferir nas decisões tomadas pelos demais. Essa vedação à qualquer interferência entre os poderes, além de deixar livre o legislador de qualquer possibilidade de veto ou controle de constitucionalidade, permite que o Poder Legislativo mantivesse sua posição de supremacia, a partir de condicionamento dos demais poderes através da ‘lei’, único instrumento a coordenar o Estado, como os cidadãos. No caso do condicionamento dos Poderes Executivos e Judiciário à lei, este é alcançado por meio de uma concepção rígida do princípio da legalidade e da subsunção como única forma de interpretação, respectivamente.” (MOLLER, Max. *Teoria geral do ...* Op. Cit. p. 154.)

invasões por parte dos outros.”¹⁰⁸ Com essa premissa ter-se-á que “nenhum órgão estatal pode, legitimamente, pretender-se superior ou supor-se fora do alcance da autoridade suprema da Constituição”¹⁰⁹.

Fato é que a teoria da separação dos poderes foi alvo de críticas e jamais foi construída como uma teoria pura, pronta e acabada. Portanto, a continuidade dos estudos à respeito da distribuição das funções é algo que deve sempre existir para garantir o melhor funcionamento do Estado, até mesmo porque a “atribuição a um dos poderes de funções que, por sua natureza, caberiam a outro”¹¹⁰ passa a ser visto como uma forma de garantir a evolução e responsabilidade do próprio Poder que vivenciou a “perda” de uma de suas funções.

1. 3. Teoria da Separação dos Poderes no Brasil: da previsão constitucional à mitigação prática

Para a elaboração/construção de uma Constituição busca-se analisar a realidade social e depois, num juízo hipotético¹¹¹, deve-se transpassar para o documento a forma e organização do Estado, bem como os direitos e deveres da população. Para isso os constituintes devem analisar os anseios populares, seus direitos já conquistados e as necessidades do Estado para então positivizar o que seria de mais importante, para a época, e declará-lo como norma constitucional. Destaca-se que não foi exatamente esta lógica utilizada pela Assembleia Constituinte brasileira pré-constituição de 1988¹¹², tendo em vista que a população pleiteava, por exemplo, a criação de uma Corte Constitucional, mas tal desejo não foi contemplado.

Na evolução histórica, social e política dos Estados percebe-se que uma das primeiras medidas a serem tomadas pelos constituintes é reconhecer a necessidade de incorporar nas Constituições regras de vital importância para a organização Estatal, bem como para a permanência da paz social. Tais regras passaram a ser chamadas de “normas

¹⁰⁸ HAMILTON, Alexander. *O Federalista, por ...* Op. Cit. p. 401.

¹⁰⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 314.

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do ...* Op. Cit. p. 260.

¹¹¹ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito...* Op. Cit. p. 244/249.

¹¹² São inúmeras as notícias de jornais em que a população clamava pela criação de uma Corte Constitucional, mas a Assembleia Constituinte optou por manter o controle de constitucionalidade das leis ao STF. Diversas notícias podem ser acessadas no site da Biblioteca Digital do Senado, dentre elas tem-se as seguintes: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/133423/out_1987%20-%200157.pdf?sequence=1; <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/127463/Setembro%2087%20-%200090.pdf?sequence=1>; http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/115272/1986_JUL%20a%20AGO_135.pdf?sequence=1.

fundamentais”¹¹³ e, com isso, a possuir superioridade hierárquica frente as demais. Por essa razão surgiu a necessidade de utilizar a Constituição Federal como um norte a ser seguido¹¹⁴, pois ela “é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política.”¹¹⁵

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora em trazer em seu artigo 60, parágrafo quarto, a impossibilidade de serem deliberadas emendas constitucionais tendentes a abolir do ordenamento jurídico diversos princípios máximos, dentre eles o Princípio da Separação dos Poderes e os direitos e garantias fundamentais, sendo eles considerados cláusulas pétreas e merecedores de respeito e obediência. Tais disposições somente poderão ser retiradas, em tese, da CF se um novo Poder Constituinte Originário assim determinar, caso contrário eles somente podem ser ampliados ou fortalecidos.

Ocorre que o princípio da separação dos poderes é, como explica Pontes de Miranda¹¹⁶ e Eduardo Cambi¹¹⁷, de importância relativa para o bom funcionamento do Estado, ficando evidente o motivo pelo qual seu rigorismo vem sendo mitigado ao longo dos anos, e paulatinamente vem sendo desconsiderado como dogma científico¹¹⁸.

No entanto, não existem relatos de autores justificando ser *indispensável* a separação dos “poderes” para existência do Estado, tendo em vista que por mais que sejam independentes essas funções acabam sendo devolvidas para o próprio Estado, como já relatado, seu verdadeiro detentor e soberano¹¹⁹. Por mais que exista a defesa desta separação, pelo menos simbólica, deverá ser reconhecido que cada órgão constitucional atuará perante os demais como um limitador e, ao mesmo tempo, um contrapeso, fundamentando assim a teoria da balança dos poderes^{120,121}.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.- 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58.

¹¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 46.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito I: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 164.

¹¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol I. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni. 1947. p.162

¹¹⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 171.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit.. p. 187.

¹¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição ...* Op. Ci. p.162.

¹²⁰ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra Editora Limitada, 1989. p. 79/81.

¹²¹ É necessário esclarecer que a teoria do *Checks and Ballances* foi usada para fundamentar o sistema bicameral de votação para aprovação de uma lei no Congresso, tendo em vista a divisão do Congresso em duas Casas (Senado Federal e Câmara dos Deputados) provocando então separação vertical das funções legislativas. Somente com o avanço dos estudos e da importância da Suprema Corte Norte-Americana é que tal teoria passou a ser, de certa forma, aplicada em todos os setores. (VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. *A separação dos*

A assertiva acima é facilmente compreendida na medida em que se verifica meios de limitação do exercício do poder político familiares à teoria constitucional americana e francesa (*checks and balances*)¹²² ou da possibilidade de uma instituição exercer função de competência restrita à outra entidade, v.g., o Judiciário legisla seu próprio regimento (art. 93 da CF); o Senado Federal (função legiferante) tem a competência de julgar o Presidente da República (art. 52, I CF); Presidente da República (função administrativa) legisla mediante Medida Provisória (art. 62 da CF).

Para alguns o princípio da separação dos poderes nos moldes clássicos é “decadente”¹²³ e para outros “ultrapassado”¹²⁴. Por essa razão já haveria fundamentação suficiente para possibilitar a interferência de uma instituição nas funções das demais, principalmente do Judiciário em relação às funções do Legislativo, no que tange ao controle de produção normativa.

A rápida transformação ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro¹²⁵, que culminou em reconhecer que o STF “está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais”¹²⁶, bem como a Constituição sendo refém dos “particularismos de fatores sociais diversos”¹²⁷, que dependendo do “momento histórico de uma coletividade”¹²⁸, desestruturam e fragilizam a criação de uma identidade constitucional, cabendo ao Judiciário realizar a adequação da realidade social com o ordenamento jurídico existente no Brasil, bem como, dar coerência às suas próprias decisões.

As manifestações sociais ocorridas em julho de 2013 demonstram que parte da população está realizando o *accountability político*¹²⁹, demonstrando o descontentamento em

poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória. Coimbra Editora. 1994. p. 32.)

¹²² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1979. p. 153.

¹²³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 174.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito ...* Op. Cit. p. 1082.

¹²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista de Direito GV*. Vol. 4. São Paulo jul/dec. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext. Acessado em: 03/12/2014. p. 441/463.

¹²⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 194.

¹²⁷ Marcelo Neves diz que: “Quando o direito e a Constituição ficam imediatamente subordinados aos particularismos de fatores sociais diversos, as regras e princípios jurídicos perdem o seu significado prático para a garantia dos direitos e o controle do poder: ou há autocracia (autoritarismo e totalitarismo), ou, apesar de haver Constituições cujo modelo textual corresponde ao Estado constitucional, impõem-se bloqueios difusos (econômicos, políticos, relacionais, familiares etc.) contra a sua satisfatória concretização e realização.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 189/190.) (sem grifo no original).

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional/ Ingo Wolfgang Sarlet*. 11ª. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 92.

¹²⁹ Para Fernando Machado da Silva Lima: “*Accountability significa obrigação, dever, responsabilidade. No vernáculo, poderíamos talvez dizer controlabilidade, no sentido de que os governantes têm o dever de prestar contas aos cidadãos, enquanto estes têm o direito de responsabilizar os governantes pelos seus erros.*” (LIMA,

relação à política nacional vigente no país¹³⁰. A insatisfação popular tende a aumentar quando se constata que a *democracia*, que acreditavam terem auxiliado a construir, está sem identidade devido à atuação tendenciosa dos representantes eleitos em prol da satisfação partidária e pessoal¹³¹.

Destaca-se que a utilização do populismo e de personagens carismáticas¹³², sempre foi a tática dos representantes políticos brasileiros de alcançar a vitória nas eleições. Porém, devido a utilização de um discurso retórico em relação à ampliação da dignidade da pessoa humana, para justificar desrespeito às regras constitucionais¹³³, tais representantes passaram a perder credibilidade e confiança. O “desinteresse e o descrédito da população”¹³⁴ aumentam a cada notícia exposta pela mídia, v.g, o escândalo do mensalão e posterior condenação dos autores dos ilícitos pelo STF, deixando evidente a “crônica disfunção institucional”¹³⁵ que assola o país, desvirtuando sua principal função que é representar o povo e não apenas parte dele¹³⁶.

Então pergunta-se: será que o princípio da separação dos poderes está “decadente”¹³⁷ e “ultrapassado”¹³⁸? E por essa razão, estaria justificado a possibilidade de intervenção de uma das funções nas obrigações alheias?

Se ainda não há uma resposta clara a respeito de tais questionamentos, tem-se que reconhecer que há situações que escancaram o abismo entre a realidade fática e as normas constitucionais referentes à organização, estruturação e distribuição das funções dentro do Estado brasileiro.

Tem-se, por exemplo, o fato do Supremo Tribunal Federal, conforme lei 11.417/2006, estar legitimado a editar um enunciado normativo, depois de reiteradas decisões em instâncias

Fernando Machado da Silva. *Jurisdição constitucional e controle do poder: é efetiva a constituição brasileira?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005. p. 64.) (destaque no original em negrito)

¹³⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 186.

¹³¹ CASSAB, Henrique Morgado; AUGUSTO, Inah Toledo. O papel do supremo tribunal federal na reforma política sob o ponto de vista dos institutos da verticalização e da cláusula de barreira partidária. *Revista Argumenta – UENP*. nº. 17 (julho/dezembro). p. 283-302. 2012.

¹³² Para Bruce Ackerman: “(...) o povo se deixa levar pelo carisma, pela ideologia, ou por ambos, causando sérios prejuízos à comunidade como um todo ou aos direitos de uma minoria.” (ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano...* Op. Cit. p. 272). (sem grifo no original).

¹³³ Marcelo Neves entende que: “(...) um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da forma normativa da Constituição” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 191/192.)

¹³⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 186.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Publicado em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. 2005. Acessado em: 13/02/2013.

¹³⁶ HOBBS, Thomas, 1588-1679. *Leviatã...* Op. Cit. p. 141.

¹³⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 186.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito ...* Op. Cit. p. 1082.

inferiores de maneiras divergentes, no qual tende a dirimir as constantes controvérsias existentes sobre a aplicação de um dispositivo legal. Este enunciado normativo são as Súmulas Vinculantes.

Se a função da súmula vinculante fosse somente a de apresentar um enunciado com o melhor entendimento, ou a melhor forma de interpretar determinado dispositivo, deixando claro, todavia, que não se trata da única interpretação possível¹³⁹, não existiria irregularidade alguma. No entanto, a decisão do STF vincula as demais instâncias do Judiciário, bem como toda a administração pública e privada, com exceção do Poder Legislativo, que não se vê limitado pela decisão da Suprema Corte, evitando-se assim, a petrificação das leis¹⁴⁰.

Dessa maneira, o que existe no Brasil, gize-se o único que adota o presente instituto jurídico, é um enunciado jurisprudencial mais imperativo que as leis infraconstitucionais e até mesmo que as próprias normas constitucionais, pois estas não vinculam os operadores do Direito, mas a súmula vinculante, sim.

Dessa forma deve-se reconhecer que o exercício da função jurisdicional, na edição de um enunciado com efeito vinculante (que necessita da aprovação de 2/3 dos membros do STF, ou seja, 8 Ministros) se sobrepõem aos trabalhos do Congresso Nacional na edição de uma Emenda Constitucional (que necessita do assentimento de 2/3 do somatório dos 513 Deputados Federais que compõe a Câmara dos Deputados e dos 81 Senadores que compõem o Senado Federal, para sua aprovação). A crítica quantitativa se repete em relação ao controle difuso de constitucionalidade, pois o exercício desta função pelo STF necessita da aprovação de maioria absoluta dos seus membros, ou seja, apenas seis Ministros.

Então se pergunta: súmula é Lei? Não. Logicamente que não, pois: a) não é aprovada pelos representantes do povo; b) não respeita os procedimentos legais para edição de lei; c) não passa de um enunciado elaborado pelo Judiciário.

No entanto é um enunciado de obediência obrigatória mais forte que a própria lei, pois além de vincular, ela impede que juízes, advogados, promotores ou qualquer outro operador do Direito critiquem ou interpretem de maneira diferente da qual foi apresentada

¹³⁹ KELSEN, Hans. *La teoria pura del derecho. Introduccion a la problemática científica del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A, 1941. p. 133

¹⁴⁰ Para Gilmar Mendes: “(...) *o fato de o legislador, eventualmente, contradizer a orientação fixada pelo Tribunal faz parte da própria dinâmica das Cortes Constitucionais. Tanto é que – neste ponto é quase que um truísmo em termos de Direito comparado – o efeito vinculante não abrange o legislador.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013. p. 333.) (sem grifo no original).

pelo Supremo Tribunal Federal, e aqui não se discute se a nova interpretação esta correta ou incorreta, apenas indigna-se pela impossibilidade de fazê-lo.

O presente instituto se equipara ao pensamento do Ministro Humberto Gomes de Barros do STJ (AgReg em ERESP nº 279.889AL) no qual afirmou que “não importa o que pensam os doutrinadores (...) Decido, porém, conforme minha consciência (...) esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele”¹⁴¹. Trata-se de um verdadeiro absurdo judicial.

Deve ficar claro que o “direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é”¹⁴². Deve-se dar valor para o que a doutrina diz¹⁴³, mas para isso a “doutrina deve voltar a doutrinar”¹⁴⁴; assim, os juristas continuarão questionando, e por fim, todos devem continuar interpretando o Direito e, principalmente, as normas constitucionais, para então construir uma identidade constitucional brasileira.

Para ampliar a desavença entre o Legislativo e o Judiciário, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4.335-5/AC¹⁴⁵ proferiu seu voto defendendo uma mutação constitucional em relação à interpretação do artigo 52 inciso X da CF, legitimando o STF a declarar a inconstitucionalidade da norma analisada e declarar os efeitos da decisão, restando ao Senado Federal apenas a função de divulgar o que foi decidido pela Suprema Corte.

A diferença quantitativa em relação às decisões para serem editadas as súmulas vinculantes e para serem declarada uma lei inconstitucional, ambas pelo STF, culminou na indisposição do Congresso Nacional que passou a acelerar o trâmite do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 33/2011. Apesar de ter sido apresentada anteriormente às recentes decisões do STF, percebe-se que o Congresso Nacional não pretende permitir que a função legislativa seja ofuscada pelo trabalho dos membros da Suprema Corte em relação à declaração da inconstitucionalidade de uma norma sem que tal decisão seja analisada pela própria entidade que a criou (Legislativo).

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 25.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Crise de paradigma: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>. Acessado em: 24/04/2013.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito I: ...* Op. Cit. p. 169.

¹⁴⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4335-5/Acre. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acessado em: 18/02/2013.

Essa disputa pelo poder vem acarretando um temor aos juristas brasileiros, vez que, tanto o Legislativo quanto o Judiciário, em determinadas situações, esqueceram de realizar suas funções e passaram a se preocupar com o que o outro “poder” esta realizando.

A irregularidade do instituto jurídico em debate é manifesta, não pelo fato de existir uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, mas devido a permissão constitucional concedida ao Judiciário de legislar ser restrita à sua própria organização e administração, não podendo ele, através de uma conduta ativa, legislar para toda coletividade, apesar da tendência e da defesa de que está ocorrendo uma *democratização do Judiciário*¹⁴⁶.

Essa iniciativa Judicial fica mais clara quando o STF passa a abordar temas polêmicos (política, moral e religião) que, em tese, não competiria ao Supremo. Justamente devido à esta nova postura, consubstanciado pela doutrina neoconstitucionalista e pelos anseios da população para que os direitos fundamentais mínimos, previstos na CF, sejam concretizados, tem-se proporcionado a expansão das decisões judiciais, as quais culminou na mobilização no Congresso Nacional para a aceleração de alguns Projetos de Emenda Constitucional que limitariam tais avanços.

A evolução histórica demonstra que o principal objetivo da separação dos poderes foi retirar do Chefe do Executivo a possibilidade de avocar todas as funções do Estado. Entretanto, chegou-se ao momento atual em que o STF passou a ser o guardião da Constituição e com isso, a ter uma posição de destaque social, gerando desconforto às demais instituições.

A luta pela independência do Judiciário, além de buscar a proteção dos interesses da instituição, foi defendida para proporcionar a simplificação das decisões sem intervenção dos demais órgãos constitucionais. Além disso, almejou-se demonstrar que o conhecimento não tolera as imposições provenientes, segundo Radbruch, de “*un mandato*”, tendo em vista que a liberdade do pensamento científico aplicada à ciência jurídica adquire a forma de independência judicial. Por essa razão não é possível aceitar que tribunais superiores prescrevam e imponham uma única e específica interpretação de um texto legal¹⁴⁷ e da mesma maneira impedir a intervenção de outras instituições (Congresso Nacional) nas funções judiciais.

Tal pensamento é inaceitável dentro de um país que se autodenomina “Estado Democrático de Direito”. Deve ser esclarecido que “direito não é aquilo que o Tribunal, no

¹⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia...* Op. Cit. p. 441-463.

¹⁴⁷ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la ...* Op. Cit. p. 147/148.

seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é.”¹⁴⁸ Diante disso, além da doutrina dever continuar doutrinando, os juristas questionando e todos continuarem interpretando, torna-se imperioso que as funções do Estado estejam dispostas a dialogarem. Somente assim será possível a superação destes conflitos.

A independência judicial e a necessidade de fundamentar suas decisões (por escrito) possibilita maior participação da população em relação à avaliação e interpretação de uma norma. Essa abertura de diálogo com as partes passa a ser vista como uma garantia constitucional de acesso ao Judiciário, o que também pode ser considerado como um meio de democratizar esta instituição. Essa postura tende a aproximar a população do Judiciário e garantir credibilidade das suas decisões¹⁴⁹, uma vez que são produzidas com observância da experiência vivida pela sociedade e pelas constantes discussões sobre a realidade social, ou seja, a atuação do Judiciário como intérprete normativo, não deve ser considerada como mera aplicação “lógica” do Direito¹⁵⁰, mas sim vinculada à realidade fática.

Se por um lado, do Judiciário, essa resposta e essa aproximação com a população, proporciona a democratização e maior respeitabilidade da instituição; de outro lado, o do Legislativo, essa abertura é motivo de receio e temor, tendo em vista que o distanciamento e a ausência de diálogo entre legisladores e população, faz crescer a confiança popular nos juízes e não em seus próprios representantes eleitos.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido ...* Op. Cit. p. 25.

¹⁴⁹ Segundo Mauro Cappelletti: *“Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões de suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, embora na verdade ultrapasse frequentemente sua finalidade, por ter a pretensão de apresentar as decisões judiciais como fruto de mera lógica, como puras declarações do direito. De qualquer modo, mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”*. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1999. p. 98.) (sem grifo no original).

¹⁵⁰ Conforme Cezar Peluso: *“O Direito não é lógica; pelo menos, não é lógica formal, à moda euclidiana do more geométrico, em que de certas premissas postas se tiram, segundo certas regras, conclusões que um computador alimentado por software competente deduziria melhor do que qualquer ser humano. O terreno do Direito é o terreno do discutível, do razoável, da prudência, da Retórica enfim, e, por isso, não deve a sociedade surpreender-se com a divergência, mas considerar a consistência dos fundamentos de cada voto.”* (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-pdf>. Acessado em: 04/11/2013. p. 312.) (sem grifo no original).

1. 4. Breves considerações sobre Monopólio da Última Palavra e Ativismo Judicial

Cresce no Brasil como justificativa de uma participação mais ativa do STF no cenário político, além da desmoralização do Executivo e do Legislativo tendo em vista os últimos acontecimentos (corrupção) e seus posicionamentos tendenciosos, o evidente desinteresse por parte deles em concretizarem as normas constitucionais que eles mesmo positivaram¹⁵¹.

Quando o Judiciário é procurado para analisar casos delicados, como ocorreu nas ações referentes à células-tronco, relações homoafetivas, fidelidade partidária e dos anencefálicos, não estaria ele sendo ativista simplesmente porque estaria analisando o caso específico, pois nestas ocasiões ele está apenas ocupando os espaços vazios¹⁵² e cumprindo com as determinações constitucionais¹⁵³ na busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, pois “os Poderes Executivo e Legislativo parece não levarem a sério o conteúdo normativo – compromissório e dirigente - da Constituição¹⁵⁴”.

O STF torna-se ativista quando manipula e modifica o alcance das interpretações das normas conforme sua própria concepção de moralidade pública, as quais afetam não apenas os agentes políticos, como a sociedade.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal proferia decisões que afetava tão somente a sociedade (o que por si só já é questionável), os demais poderes não demonstraram descontentamento. No entanto, quando as decisões judiciais passam a afetar o funcionamento quer do Executivo, quer do Legislativo, a insatisfação, a discórdia e a acusação de que Judiciário está sendo ativista, passaram a ser iminentes.

O desconforto entre Legislativo e Judiciário alcançou seu ápice com o voto dos Ministros Eros Grau¹⁵⁵ e Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4.335-5/AC no qual

¹⁵¹ Eduardo Cambi afirma que: “Confiar, unicamente, na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a realidade brasileira, marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 245.) (sem grifo no original).

¹⁵² Para Luís Roberto Barroso: “(...) a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios...” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 365/366.) (sem grifo no original).

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido ...* Op. Cit. p. 22

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 177/195.

¹⁵⁵ Eros Grau entende que: “A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a

defenderam a ocorrência de uma “mutação constitucional” em relação à maneira de interpretar o artigo 52, inciso X da Constituição Federal, momento em que afirmou-se que o Senado Federal seria responsável tão somente pela divulgação da decisão da Suprema Corte que declarasse a inconstitucionalidade, via controle difuso, de uma norma ou um ato estatal¹⁵⁶.

A possibilidade do STF realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo iniciou-se com a Constituição de 1891, no entanto, o Judiciário não possuía mecanismos para impor a concretização das suas decisões. Somente com a Constituição de 1934, em seu artigo 91 inciso IV, é que foi providenciada uma alteração de extrema importância organizacional, ou seja, a Casa Legislativa passaria a analisar as decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, para fixar seus efeitos.

Logicamente que houve a necessidade de demonstrar a importância da “supervisão” da Casa Legislativa nesta seara, caso contrário haveria conflitos de interesses, assim como os verificados atualmente. Assim, a fiscalização legislativa passou a ser indispensável para o fortalecimento do Princípio da Separação dos Poderes e como consequência do princípio da Unidade Federativa do Estado.

Com o golpe de 1937, o Presidente Getúlio Vargas assumiu as funções do Executivo e do Legislativo, bem como, determinou que caberia a ele suspender ou não a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo STF¹⁵⁷. Contudo, se o Presidente entendesse viável e necessária a continuidade da eficácia da lei (para o bem-estar do povo), submeteria a decisão do Judiciário ao Parlamento (artigo 96, parágrafo único, CF/37) o qual poderia aprová-la novamente; em sendo aprovada, tornaria a decisão da Suprema Corte sem efeito. Em 1946 o Senado Federal retomou o exercício do controle de constitucionalidade aos moldes da Constituição de 1934, permanecendo intacta até os dias atuais (art. 52, inciso X, da CF/88).

Nenhum questionamento havia sido realizado em relação ao procedimento aplicado para o controle de constitucionalidade. Contudo, tal situação foi alterada com a aceitação de

mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a praxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advinha uma ruptura do sistema.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-pdf>. Acessado em: 04/11/2013. p. 204.) (sem grifo no original).

¹⁵⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4335-5/Acre. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acessado em: 18/02/2013.

¹⁵⁷ TOMAZETTE, Marlon. A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18. N.º 70. Jan.–Mar/2010. p. 123.

novas correntes doutrinárias, tais como: Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Contemporâneo; Hermenêutica Constitucional; Supremacia da Constituição... Tais modificações causaram, além de debates sobre a visão a ser dada à Constituição (procedimental ou substancial), a aproximação dos dois modelos de controle de constitucionalidade existente no Brasil (controle difuso de constitucionalidade – Norte-americano e o controle concentrado de constitucionalidade – alemão).

A partir do momento em que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes apresentou seu voto afirmando que a situação fática havia mudado; que o Senado Federal não teria mais a competência para suspender, no todo ou em parte a execução de uma lei, acabou causando um transtorno (emocional em todo Congresso Nacional) e fomentou a disputa pelo poder.

Como se não bastasse a discussão sobre um imaginário duelo entre as funções estatais para manterem-se com o “monopólio” da última palavra, surge então a figura do Judiciário Ativista, ou seja, quando ele passa a atuar de maneira tão ampla que passa a exercer funções que competem ou ao Executivo ou ao Legislativo, na tentativa de tornar-se verdadeiro guardião moral da Nação, situação esta que jamais ocorrerá¹⁵⁸, pois não há “um conteúdo moral compartilhado válido e universal para todas as esferas sociais”¹⁵⁹.

O ativismo judicial pode ser verificado em diversas situações, como por exemplo nas decisões em que os magistrados aplicam princípios criados por eles mesmos nos processos em que possui uma regulamentação própria, ou seja, o juiz, por não concordar com as regras existentes à sua época, passa a criar, conforme a sua consciência, um novo princípio¹⁶⁰ ou uma nova interpretação. Apesar de, no primeiro momento, aparentar uma boa saída para diversas lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, este posicionamento heroico do magistrado deve ser combatido, pois ele não exerce sua função para ser o salvador da sociedade, mas a de manter a estabilidade social e a justiça de acordo com o regulamento elaborado pelos legisladores¹⁶¹.

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito II: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 170/177.

¹⁵⁹ Segundo Eduardo Cambi: “A aceitação de qualquer conteúdo moral conduziria a manipulação política arbitrária do direito, impedindo, conseqüentemente, a sua positivação.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 305.) (sem grifo no original).

¹⁶⁰ Lenio L. Streck explica que podem ser encontrados alguns “princípios” criados pelos operadores do Direito no Brasil dentre eles os seguintes: i) princípio da pureza; ii) princípio da simetria; iii) princípio da não surpresa; iv) princípio da confiança; v) princípio protetor no direito do trabalho; vi) princípio da tipicidade fechada; vii) princípio da confiança no juiz da causa; viii) princípio da benignidade; ix) princípio da paternidade responsável; x) princípio da situação excepcional consolidada; xi) princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita; xii) princípio da jurisdição equivalente; xiii) princípio da felicidade; xiv) princípio da amorosidade. (STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito II:...* Op. Cit. p. 107/111.)

¹⁶¹ Eduardo Cambi ressalta que: “a alternativa ao passivismo judiciário não é o ativismo tosco, pelo qual o juiz estaria livre para julgar conforme seu senso de justiça. Pregar que o juiz pode ignorar a Constituição ou as leis,

Por mais que as novas doutrinas (neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo) inovem na construção do ordenamento jurídico; na aplicação das normas e na sua adequação com a realidade social, em momento algum legitima o magistrado a atuar conforme a sua consciência, pois as novas concepções lhes concedem apenas outros meios de garantir a concretização dos direitos fundamentais, mas jamais lhes garantem a arbitrariedade nas decisões.

Outro caso de ativismo do judiciário está muito bem representado pelo instituto das Súmulas Vinculantes. Com elas o STF determina, de forma incondicional, a maneira que deve ser interpretada e aplicada uma lei, cabendo a todos e, principalmente, aos magistrados de primeira instância apenas “subsumir”¹⁶² o fato à súmula, sendo limitada e, as vezes, desnecessária qualquer forma de fundamentação.

Com a existência de um enunciado de efeito vinculativo em relação à um fato, tem-se que o princípio da motivação das decisões não necessitará ser obdecido, pois, estando a autonomia interpretativa do magistrado limitada à subsunção do caso à súmula vinculante, bastaria fazer menção do enunciado sem a necessidade de motivar sua decisão.

Diante disso, este instituto jurídico, genuinamente brasileiro, já vem sendo considerada como uma “camisa-de-força”¹⁶³ que impede a livre atuação dos juízes, principalmente os de primeiro grau pois são os primeiros receptores das mudanças sociais. Destaca-se que a utilização reiterada deste instituto poderá, num futuro próximo, provocar a petrificação da jurisprudência e o engessamento do Judiciário¹⁶⁴.

Por meio da definição inicialmente concebida para o termo “súmula”, percebe-se que não se trataria de algo imperativo, obrigatório e impositivo, mas tão somente *enunciativo* em forma de *aconselhamento e sistematização do posicionamento das cortes*, que desde a sua publicação, já deveria ser observada pelos demais juízes no momento em que fossem proferir uma decisão, mas que poderiam, a qualquer momento, contrariá-la se a decisão estiver bem fundamentada e justificar a necessidade de dar outro significado à norma¹⁶⁵.

os precedentes judiciais que buscaram interpretá-las e os ensinamentos doutrinários que os aclararam, para permitir que o juiz impusesse o seu próprio ponto de vista, abriria um enorme espaço para a tirania.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 247.) (sem grifo no original).

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. *O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça*. Publicado no site <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf>. Acessado em: 23/04/2013. p. 4.

¹⁶³ Idem. p. 4.

¹⁶⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2ª. ed. 6ª. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 133.

¹⁶⁵ REALE, Miguel, 1910. *Lições preliminares de direito*/ Miguel Reale. – 27ª. ed. ajustada ao novo código civil. - São Paulo: Saraiva, 2002. p. 88/91.

Neste momento torna-se importante salientar, ainda que simplistamente, a maneira pela qual se cria uma *norma superior* (entendimento ser seguido e respeitado) na Inglaterra segundo a visão de Herbert Lionel Adolphus Hart. Para ele busca-se, primeiramente, uma norma de *reconhecimento geral* que será considerada como uma norma *supreme*. Para alcançá-la e delimitá-la, ocorre a deliberação e a ponderação de diversos critérios, sendo eles: aplicação e conhecimento da Constituição; deliberação e análise da promulgação do Legislativo e dos precedentes judiciais com as leis promulgadas, ficando evidente a forma pelo qual o *common law* “se subordina à lei positiva”¹⁶⁶.

Destaca-se que a função legislativa do parlamento inglês mantém sua soberania legislativa¹⁶⁷, sendo assim, as normas consuetudinárias e as do *common law* podem ser alteradas conforme a sociedade vai se desenvolvendo e modificando seus comportamentos. No entanto, as *normas supremas*, enquanto reconhecidas como pressupostos judiciais, poderão serem utilizadas no decorrer do “jogo”, pois elas não são um fim em si mesmo, mas parte de toda uma engrenagem.

No sistema inglês, e até mesmo no sistema norte-americano, a existência da “norma de reconhecimento” no primeiro e a “força dos precedentes” no segundo, não são criados através de lei ou de um texto com poucas palavras. Num contexto geral, é muito raro que sejam *expressamente formuladas como norma* tendo em vista que os tribunais *demonstram*¹⁶⁸ a sua aplicabilidade; não a criam. Gize-se que, tanto no sistema norte-americano quanto no inglês, tais regras são utilizadas “pelos juízes e jogadores para identificar as fases específicas que conduzem à vitória do jogo”¹⁶⁹.

No direito Norte-americano a *força do precedente* não se faz de forma imperativa, obrigatória e forçosamente limitativa da atuação dos juízes, pois dá-se justamente pela tradição, pelo reconhecimento de que aquela decisão (considerando o lugar e o momento histórico vivido¹⁷⁰), *foi a melhor tomada*, permanecendo ainda a possibilidade de interpretá-la de maneira diversa em tempos vindouros.

O *stare decisis* possui como característica o reconhecimento de que as decisões da Corte Norte-Americana são as melhores, mas que podem ser modificadas ao longo do

¹⁶⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. 1907-1992. *O conceito de direito* / H.L.A. Hart; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009. p. 130/131.

¹⁶⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. 1907-1992. *O conceito de direito* ... Op. Cit. p. 137/141.

¹⁶⁸ Idem. p. 131.

¹⁶⁹ Herbert Hart equipara a aplicação de normas com um jogo de críquete, e utiliza as palavras “FORA” e “GOL” expressar que seria a linguagem “usada para avaliar uma situação em relação a um padrão de regras ou normas que o falante, juntamente com outros, reconhece, (ou não), como apropriadas a esse fim.” (Idem. p. 131/132.)

¹⁷⁰ REALE, Miguel, 1910. *Lições preliminares de direito*... Op. Cit. p. 167.

tempo¹⁷¹. Bruce Ackerman ao analisar a revisão judicial Norte-americana não nega que seja antidemocrático o fato de uma maioria simples dentre “nove juristas de meia idade” passar a prevalecer sobre as decisões das casas legislativas (que foram eleitas pelo voto popular), no entanto, reconhece que o trabalho realizado pela Corte, apesar de não ser perfeito, é, pelo menos, de alta credibilidade, pois buscam interpretar as normas e os princípios conforme os interesses do povo e não dos legisladores¹⁷².

Em contrapartida, no Brasil foi criada a súmula vinculante que nas palavras de Lenio L. Streck “passaram a ter valor/eficácia superior às próprias leis”¹⁷³ e por essa razão o Judiciário passou a ser uma *fonte criadora* de lei¹⁷⁴, sendo, portanto, manifesto o Ativismo.

Em face destes e de outros acontecimentos, foram apresentados ao longo da história brasileira inúmeros projetos de *leis ordinárias* buscando a modificação e a limitação da atuação dos membros da Suprema Corte sendo que desde 1895¹⁷⁵, tais projetos tem sido considerados inconstitucionais.

A partir de então, caso existisse um diálogo entre as duas contingências (Judiciário e Legislativo) iniciar-se-ia a elaboração apenas de *Projetos de Emendas Constitucionais* para proporcionar alguma modificação das normas dispostas pelo constituinte originário. Contudo não é a praxe do Legislativo seguir as linhas de raciocínio da Suprema Corte, pois, na tentativa de verem aprovadas mudanças significativas na estrutura do Estado, são apresentados projetos, oportunistas, de leis ordinárias para que sejam deliberados e aprovados pelo Congresso, de maneira rápida e sem o rigor dos trâmites de um projeto de emenda constitucional.

¹⁷¹ Ronald Dworkin em sua obra *O império do Direito* em seu capítulo I, intitulado *O que é o Direito?* (p. 3/54), apresenta várias maneiras de se interpretar o que vem a ser o Direito, e como as decisões, consideradas pacíficas, pela Suprema Corte podem ser modificadas ao longo do tempo por ser evidente a necessidade do Direito acompanhar as modificações sociais. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*/ Ronald Dworkin; tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 3/54.)

¹⁷² ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: ...* Op. Cit. p. 366/367.

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 220.

¹⁷⁴ Idem. p. 220.

¹⁷⁵ Segundo Joaquim Barbosa: “É importante rememorar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 17 de agosto de 1895 (Acórdão n.º 5, Rel. Min. José Higino), já advertia, no final do século 19, não ser lícito ao Congresso Nacional, mediante atividade legislativa comum, ampliar, suprimir ou reduzir a esfera de competência da Corte Suprema, pelo fato de tal complexo de atribuições jurisdicionais derivar, de modo imediato, do próprio texto constitucional, proclamando, então, naquele julgamento, a impossibilidade de tais modificações por via meramente legislativa, por não poder qualquer lei ordinária aumentar nem diminuir as atribuições do tribunal (jurisprudência/STF, p. 100/101, item n.º 89, 1897, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional).” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013. p. 338.)

Esta postura do Legislativo já foi repudiada pelo STF¹⁷⁶, mas continua a se repetir.

Desataca-se que projetos de emendas constitucionais que estavam estagnadas na Câmara dos Deputados passaram a tramitar novamente, buscando assim positivar limitações ao Supremo Tribunal Federal. Neste momento torna-se claro o que John Rawls chama de “véu da ignorância”, pois não se sabe como as “várias alternativas irão afetar no caso em particular”¹⁷⁷, mas uma coisa é certa, a atuação dos legisladores não são neutras e imparciais quando exercem suas funções, até mesmo porque, tal postura, segundo Habermas, não passa de uma ilusão e uma utopia. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário realmente buscam a qualquer custo a manutenção do poder.

Por mais que sejam apresentados inúmeros fatos, ainda não é possível obter resposta para a seguinte pergunta: será que ao serem aprovadas as PEC n.º 3/2011¹⁷⁸ e n.º 33/2011¹⁷⁹, ambas de autoria do Deputado Federal Nazareno Fonteles que tratam de uma modificação no procedimento para aprovação das Súmulas Vinculantes, não acarretarão um conflito ainda maior entre as diversas esferas do governo, mais precisamente entre Judiciário e Legislativo?

O objetivo principal da PEC 3/2011 é atribuir ao Congresso Nacional a responsabilidade e a legitimidade de realizar uma revisão da atuação do Executivo e do Judiciário em relação às ações que, no seu entendimento, extrapolem as funções típicas de cada órgão. Já a PEC 33/2011 pretende com a inclusão do parágrafo 4º ao art. 103-A da CF¹⁸⁰ atribuir ao Congresso a incumbência de declarar os efeitos de Súmula Vinculante, bem como o parágrafo 2º do Art. 102 que determina que as decisões em sede de controle difuso de

¹⁷⁶ Para Celso de Mello: “(...) o Congresso Nacional não pode – simplesmente porque não dispõe, constitucionalmente, dessa prerrogativa – ampliar (tanto quanto reduzir ou modificar), mediante legislação comum, a esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal...” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013. p. 461.)

¹⁷⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*/ John Rawls: tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 147.

¹⁷⁸ A PEC 3/2011 possui a seguinte proposta: “Estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.” A PEC 3/2011 encontra-se aguardando Criação de Comissão Temporária pela Mesa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>. Acessado em: 28/01/2015.

¹⁷⁹ A PEC 33/2011 possui a seguinte proposta: “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.” A PEC 33/2011 encontra-se aguardando Criação de Comissão Temporária pela Mesa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acessado em: 28/01/2015.

¹⁸⁰ Conforme a PEC 33/2011: “Art. 103 – A. Parágrafo 4º: O Congresso Nacional terá o prazo de 90 dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011. Acessado em: 28/01/2015.

constitucionalidade não produz eficácia contra todos¹⁸¹. Analisando os dois projetos de emenda constitucional em trâmite no Legislativo brasileiro, percebe-se que, por mais que estejam bem fundamentadas, há uma nítida tendência absolutista de controlar as demais funções do Estado.

Como se não bastassem os projetos de emendas acima narrados, ainda deve ser dado destaque à PEC 157/2003 que tramita apensada a PEC 554/1997, que pretende atribuir ao Congresso Nacional a possibilidade de realizar a revisão constitucional. Por mais que o Poder Executivo tenha afirmado no pronunciamento do dia 24 de junho de 2013 que formará um plebiscito no qual estará em pauta a aprovação de uma constituinte para a realização da Reforma Política (por meio de uma constituinte exclusiva) tal postura governamental deve ser repudiada, pois, segundo Rafael de Lazari¹⁸², poderá acarretar mudanças desastrosas para o Estado Brasileiro, uma vez que, foi por meio de constituintes exclusivas que ocorreram pelo menos dois abusos governamentais – com Vargas e em 1969 (AI-5). Assim sendo, espera-se que as modificações pretendidas pela população (reforma do sistema político, reforma tributária...) não sejam realizadas por uma constituinte exclusiva (que pode alterar toda a Constituição Federal), mas pela aprovação de Emendas Constitucionais específicas, após discussões e deliberações pelos parlamentares e não da maneira como foi apresentada pelo Governo Federal, até mesmo porque se trata de evidente inconstitucionalidade. Em sendo aplicada de forma abrupta, forçada, absoluta e totalitária, muito se assemelhará à golpe, o que jamais poderá ser aceito em um Estado que se auto intitula *Democrático de Direito*.

Da mesma maneira, se for aprovada a possibilidade do Congresso Nacional realizar a reforma constitucional (além de aniquilar o Poder Constituinte Originário, que provém do povo), proporcionará à Casa Legislativa poderes ilimitados. Poderá a qualquer momento suprimir as normas consideradas pétreas, e, assim, realizar uma modificação estrutural do Estado Brasileiro, além de possibilitar ao Congresso a legitimidade de realizar a redistribuição das competências, *v.g.*, determinar a incompetência do Ministério Público de participar nas investigações policiais; do STF realizar o controle difuso de constitucionalidade das normas; declarar que o Poder Legislativo, por possuir a maior quantidade de membros eleitos pelo

¹⁸¹ Conforme a PEC 33/2011: “Art. 102. Parágrafo 2º: As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011. Acessado em: 28/01/2015.

¹⁸² Em palestra proferida na Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB - no dia 24 de novembro de 2014.

voto popular, devendo ser considerado o responsável para exercer o Poder Constituinte Originário e implantar o modelo legicentrista no Estado brasileiro¹⁸³; e por que não, realizar um retorno ao Estado Legicentrista? O Estado brasileiro seria refém de uma das duas forças: ou do Poder Legislativo que assumiria a força de uma Assembleia Constituinte, dotada de Poder Constituinte Originário; ou ao Poder Executivo, que possuindo acesso aos cofres públicos pode determinar que os parlamentares decidam conforme os interesses do governo^{184,185}.

Estando as contingências em evidente desentendimento tem-se que levar o direito a sério no sentido de que é com base no Direito que as decisões deverão ser tomadas e não com base em interpretações diferenciadas, que interessam apenas a uma das partes. Sempre que, em momento de crise, existir questionamentos sobre o ordenamento aplicado, as fundamentações e justificativas deverão ir além de apontar a proteção dos direitos fundamentais ou a aplicação de princípios máximos, pois a organização estatal e social passa a ser mais importante que qualquer outra medida utilitarista.

Algumas posturas “inovadoras” das autoridades do Estado podem ser responsáveis por uma instabilidade institucional ou por um enorme gasto econômico para corrigir os efeitos de uma decisão equivocada, sendo assim, “o governo deve tomar suas decisões sob condições de extrema incerteza, e a instituição dos direitos, quando levados a sério, limita sua liberdade de experimentar sob tais condições.”¹⁸⁶

Tendo em vista os acontecimentos recentes percebe-se claramente que não há harmonia entre as três principais funções do Estado. O Judiciário está editando súmulas com força de lei e decidindo conforme a moral da sociedade; magistrados decidindo conforme sua consciência e criando princípios; magistrados, na busca de se tornarem um “Juiz-Hércules Salvador”, modificam toda identidade constitucional por meio de interpretações heroicas. O Executivo interfere no Legislativo por meio de Medidas Provisórias e, principalmente, com interferências econômicas para que os projetos sejam deliberados conforme seus interesses. O

¹⁸³ Abordagem mais detalhada no item 4.3 (*Controle Judicial e Controle Legislativo*).

¹⁸⁴ Expressões também utilizadas por Bruce Ackerman. (*Nós o povo soberano: ... Op. Cit. p. 267.*) e por Reinhold Zippelius (*Teoria geral do estado... Op. Cit. p. 151.*)

¹⁸⁵ O Decreto 8.367/14 editado pelo Chefe do Poder Executivo (Dilma Rousseff) determina a liberação de mais de dez bilhões de reais do orçamento público federal a serem repassado aos 594 parlamentares (513 deputados e 81 senadores) em caso de aprovação da PLN 36/2014 que é responsável por alterar a data e o cálculo do orçamento do ano de 2015, permitindo, assim que o governo atinja os valores fiscais de 2015 sem que a meta fiscal do ano de 2014 tenha sido atingida. Ou seja, somente será liberado tal montante aos parlamentares se, e somente se, eles aprovarem o PLN 36/2014 conforme dispõe o artigo 4º do Decreto (Art. 4º A distribuição e a utilização do valor da ampliação a que se referem os arts. 1º e 2º deste Decreto ficam condicionadas à publicação da lei resultante da aprovação do PLN nº 36, de 2014 - CN, em tramitação no Congresso Nacional.)

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 310.

Legislativo pretende controlar as outras duas funções por meio da PEC 33/2011 e disputa, diariamente, com o Judiciário quem possui uma decisão mais imperativa¹⁸⁷.

Os legisladores brasileiros buscam, mais uma vez¹⁸⁸, na legislação estrangeira a solução dos problemas jurídicos e institucionais internos, mas por incompatibilidade jurídica, acabam causando transtornos que colocam em risco todo o Sistema Jurídico nacional.

O Supremo Tribunal Federal, por vezes, exerce atividade que não lhe compete, corrompe e aniquila toda a essência da individualização das funções basilares do Estado de maneira que cada um se abstenha de “contrariar as disposições transparentes da constituição”¹⁸⁹. Tal postura dificulta o acolhimento da ideia simples e básica que ao Legislativo cabe a função legiferante, ao Executivo a execução das leis e ao Judiciário a função de julgar os conflitos entre as normas e sua aplicação pela sociedade.

Por mais que exista a premissa de que o magistrado e os Ministros não podem se abster de proferir uma decisão, tem-se que reconhecer que, quando um juiz decide pela improcedência do pedido há, sim, uma decisão. Da mesma maneira haverá uma decisão quando um magistrado negar o pedido inicial, desde que fundamentadamente, como é o caso das análises de mandados de segurança sobre questões *interna corporis* do Legislativo. Assim sendo, até mesmo nestas situações, haverá uma decisão.

Ocorre, portanto, uma verdadeira necessidade de analisar individualmente cada uma das decisões realizadas pela Suprema Corte, principalmente nos casos de Controle de Constitucionalidade para verificar se naquele caso ocorreu um Ativismo do Judiciário. Se em algumas atuações da Suprema Corte o ativismo torna-se evidente, o mesmo não ocorre nos

¹⁸⁷ Natan Donadon (ex-Deputado eleito pelo PMDB-RO) foi condenado pelo STF a mais de 13 anos de prisão por ter desviado mais de oito milhões de reais da Assembleia de Rondônia e ficou preso por quase oito meses sem que os deputados decidissem pela sua cassação. Em agosto de 2013 a Câmara dos Deputados absolveram o Deputado Donadon e ele, *mesmo condenado e preso*, mantinha sua cadeira parlamentar. Tendo em vista as constantes manifestações populares de junho, julho e a indignação com a absolvição do parlamentar por seus colegas, ocorreu a aprovação da PEC 86,2007, apresentada pelo Senador Álvaro Dias. Após a modificação do § 2º do art. 55 da Constituição Federal determinando o voto aberto para a perda de mandato de Deputados e Senadores, possibilitou uma mudança de postura dos parlamentares que decidiram por cassar o cargo do deputado. Destaca-se que, somente pela necessidade de declararem abertamente seus votos e pelo temor de repulsa popular, é que os deputados corrigiram seus votos e, desta vez, optaram com cassar o cargo do Deputado Donadon.

¹⁸⁸ São vários os equívocos cometidos pelos legisladores brasileiros, mas para não fugir do objetivo principal será citado um que está relacionado ao tema, trata-se da absorção do modelo tradicional (difuso) de Controle de Constitucionalidade que foi incorporado no ordenamento brasileiro com a Constituição Federal de 1891. Porém não foi adotado um modelo puro de *Judicial Review*, o qual teve origem com a decisão proferida pelo presidente da Suprema Corte Norte-Americana, John Marshall, com o caso *Marbury x Madison* em 1803. Este caso apresentou que o *stare decisis* possui efeito vinculativo, entendimento não recepcionado pelos constituintes pátrios. Para suprir evidente falha foi atribuído ao Senado Federal, a função de “estender erga omnes os efeitos de uma decisão judicial proferida num dado caso concreto”, função esta prevista no artigo 64 da Constituição Federal de 1946 e atualmente no artigo 52, inciso X.

¹⁸⁹ SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 77.

casos de controle de constitucionalidade de leis, pois dependem de uma análise individual e cautelosa antes de poder realizar tal afirmação. Assim sendo, no que tange ao exercício da função judicial deve-se questionar o seguinte: o Judiciário está se tornando Ativista ou se trata, na realidade, de uma expansão da atividade jurisdicional?

2. EXPANSÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

2. 1. Introdução

A evolução do Estado brasileiro é fortemente marcada por conflitos institucionais, a disputa entre as principais funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) sempre existiu e, a que tudo indica, sempre existirá.

Por longo período o Brasil vivenciou a divisão binária das funções do Estado, sendo o Judiciário apenas uma instituição dependente do Poder Executivo e, portanto, submisso à suas pretensões¹⁹⁰.

Com a evolução da doutrina da separação dos poderes o Estado brasileiro reconheceu a necessidade de tornar o Judiciário independente, tendo em vista que os magistrados deveriam julgar as causas de maneira neutra, sem o temor de sofrer alguma represaria de seus superiores (até então o Executivo).

A importância do Poder Judiciário no cenário nacional passou a ser verificada a partir de 1891, momento em que foi recepcionado o modelo Norte-Americano de controle de constitucionalidade das normas, o qual permitia que os magistrados (inclusive de primeira instância) julgasse uma lei inconstitucional.

No entanto, para o Supremo Tribunal Federal se tornar realmente Supremo, foram necessárias inúmeras discussões e diversos aperfeiçoamentos do ordenamento jurídico brasileiro.

2. 2. Supremo Tribunal Federal: origem, evolução e reconhecimento

Para compreender o comportamento e a respeitabilidade da Suprema Corte brasileira, tem-se que vasculhar o passado e relembrar suas glórias¹⁹¹, pois sem elas não seriam possíveis verificar a evolução do Estado e do Direito brasileiro. Tem-se costume de encobrir o passado

¹⁹⁰ Segundo José Maria de Avellar: “A constituição orgânica de cada estado podem crear o poder judiciário, como também podem crear o poder moderador, e o poder eleitoral, e confessamos que a politica ensina e obriga a fazer-se tal divisão das atribuições do poder executivo; assim na realidade si se podesse tornar a magistratura totalmente independente dos dois poderes executivos e legislativo, tal independência seria uma salvaguarda às liberdades individuais, e aos domínios particulares, não pela cousa em si, mas sim pelos abusos, e falta de moralidade no choque dos interesses.” (AVELLAR, José Maria de. *A filosofia do Direito Constitucional: por um ex-magistrado*. São Paulo: Typographia do Governo arrendada por Silva Sobral. 1842. p. 19.)

¹⁹¹ Para Francisco I. M. Homem de Mello: “Raça degenerada somos nós, que renegamos as glórias tão vividas do nosso passado, rasgamos as paginas mais brilhantes de nossa história, e cobrimos de insultos uma geração inteira para sobre as ruínas de suas reputações erguer o vulto dos ídolos do dia.” (HOMEM DE MELLO, Francisco Ignácio Marcondes. *A constituinte perante a história*. Rio de Janeiro: Typographia da Actualidade. 1863. p. 1) (sem grifo no original).

com uma nuvem negra como se naquelas épocas não existissem pessoas dedicadas e preocupadas com a realização e construção de um Estado que respeitasse os cidadãos.

Destacou-se, em *terrae brasilis*, que a força muitas vezes sobrepunha ao próprio Direito, porém, a partir das discussões ocorridas com a constituinte de 1823 percebeu-se que os envolvidos estavam preocupados em efetivar alguns princípios constitucionais, dentre eles da igualdade e liberdade, o que ocasionaram, de certa maneira, uma inflação principiológica que, aos olhos de muitos, marcaria sua morte repentina¹⁹².

Em 1824 foi instituído, no Brasil, o Supremo Tribunal de Justiça (art. 163 d Constituição imperial), o qual passou a ser considerado a cúpula do Poder Judiciário e com jurisdição em todo território nacional. Teve como missão, dentre outras, a de manter a aplicação das leis judiciárias em seu preceito abstrato, uniformizar a jurisprudência, interpretar doutrinariamente as leis em casos práticos, bem como analisar delitos e erros de funcionários políticos. Diante destas missões, ele combinaria dois elementos: “*o político, que o caracteriza, e o judiciário, por ser aquelle sobre a matéria deste exame de actos judiciaes, na sustentação das leis judiciarias, e no julgamento da competência criminal.*”¹⁹³ Porém, uma atuação independente, fora das atribuições do Judiciário, estava fora de cogitação¹⁹⁴.

Andrade Pinto destacou que a missão política do Supremo Tribunal “é subjetiva no seu fim e de efeito indireto sobre o organismo social”¹⁹⁵, pois o caráter político era elemento acessório das funções judiciais, ou seja, o juiz estaria constituído em uma missão política quando julga, o que não significa dizer que ele teria uma função ativa de intervenção nos negócios políticos, até mesmo porque “*a especialidade d’esse poder não é o jogo político, e sim o desempenho da fiel execução das leis*”¹⁹⁶.

Portanto, não cabia ao Judiciário a tarefa de controlar e corrigir a ilegalidade ou inconstitucionalidade de uma lei. A Constituição de 1824 fez “uma opção esdrúxula, baseada no modelo francês, sem controle jurisdicional”¹⁹⁷. Tal função cabia ao Poder Legislativo

¹⁹² Francisco I. M. Homem de Mello: “*Todos os dias se repete que a constituinte brasileira de 1823, dominada de paixões exaltadas, de princípios exagerados, em antagonismo entre si, era incapaz de fazer uma obra durável.*” (HOMEM DE MELLO, Francisco Ignácio Marcondes. *A constituinte perante ...* Op. Cit. p. 3.)

¹⁹³ ANDRADE PINTO, João José de. *A constituição da república do Brazil: Idéas Geraes*. 2ª ed. corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Imprensa a vapor H. LOMBAERTS & C., Editores. 1890. p. 36.

¹⁹⁴ A constituição de 1824 era imperfeita em sua organização e “*deixou grande margem para a sujeição do poder judiciário pelos outros*”, principalmente pelo executivo que possuía força arbitrária sob os juízes. Andrade Pinto já destacava, em 1890, que “*aos nossos politicians naturalmente desconvêm uma magistratura independente*”, por essa razão buscavam converter os juízes em meros instrumentos de seus interesses “*desviando-os da obediência á voz da justiça*”. (ANDRADE PINTO, João José de. *A constituição da república ...* Op. Cit. p. 29/30.)

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ Idem. p. 51.

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito I: ...* Op. Cit. p. 125.

(reflexo da influência francesa na doutrina brasileira), pois, além de ser a instituição responsável pela elaboração dos textos, possuía legitimidade representativa para verificar as mudanças sociais e adequar o ordenamento jurídico à evolução/modificação visualizada na sociedade.

Nesta atividade específica o Poder Legislativo era supervisionado pelo Príncipe Regente o qual, por meio do Poder Moderador, controlava e fiscalizava as duas principais funções do Estado.

A Constituição brasileira de 1891 proporcionou algumas mudanças importantes, tais como: foi reconhecida e incorporada a doutrina da Separação das Funções do Estado; foi criado o Supremo Tribunal Federal (artigo 54 do Decreto 510 de 22/06/1890), que foi composto com os antigos membros do Superior Tribunal de Justiça; foi introduzida no Brasil a possibilidade do Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade de normas.

Os membros do Supremo fizeram pouco uso desta última modificação constitucional em face da pouca, ou nenhuma, experiência nacional com a independência e autonomia do Poder Judiciário em relação aos demais poderes. De início os ministros tiveram a falsa impressão de que estariam ofendendo e interferindo na atuação legislativa, e que, conseqüentemente, poderia acarretar numa crise estrutural pela desarmonia entre Poder Judicante e Legiferante. Portanto, julgava-se *apenas* as leis que apresentassem uma “injustiça notória ou de nulidade manifesta”¹⁹⁸.

Por mais que a nova Constituição deixasse clara a inovadora e importante função a ser exercida pelos antigos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, agora como Ministros do Supremo Tribunal Federal, eles ainda não haviam exercido essa nova atribuição, ou seja, não estavam realizando o controle de constitucionalidade dos atos do Congresso Nacional e do Executivo, até mesmo porque faltaria, segundo o formato do Estado Brasileiro, legitimidade para a Corte Suprema conseguir efetivar e concretizar que uma lei, aprovada pelas outras duas casas democráticas, fosse considerada nula via controle judicial de constitucionalidade.

A Constituição de 1934 acrescentou ao Senado Federal a função de analisar o alcance da decisão do Supremo Tribunal em relação às declarações de inconstitucionalidade de uma lei ou ato do Poder Executivo e/ou do Legislativo (artigo 91, inciso IV). Desde então, quando um ato ou uma lei fosse declarada inconstitucional pelo STF, deveria ser apresentada ao Senado Federal antes de produzir efeitos *erga omnes*. Isso porque, sendo esta instituição

¹⁹⁸ NOGUEIRA, Rubem. Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*. Vol.17, nº 67, p. 135-146, jul./set. de 1980. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181229/000390169.pdf?sequence=3>. Acessado em: 20/05/2013.

aquela que representa os Estados-Membros do Brasil e por respeito ao Princípio Federativo, a ele caberia dar legitimidade e reconhecimento de que a decisão seria aplicada à todos os setores do país (privado ou público¹⁹⁹).

Na realidade buscava-se com a presente modificação o seguinte: a redemocratização das decisões do STF; o fortalecimento das decisões judiciais – que até então não eram respeitadas; a adequação e reconhecimento da importância do Princípio da Separação dos Poderes e do Princípio da Unidade Federativa do Estado.

Em toda sua história, o STF sempre careceu de reconhecimento nacional. A população, os administradores do Estado e os representantes nacionais não consideravam a Suprema Corte como “SUPREMA”, pois suas decisões (em relação ao controle de normas) sempre estava limitada à satisfazer os interesses das autoridades do Estado, ou então, dependiam de uma “aprovação” do Senado Federal para passar a ter validade para e contra todos²⁰⁰.

Tal situação se agravou com a Constituição de 1937, momento em que o Presidente Getúlio Vargas dissolveu o Congresso Nacional e assumiu as duas funções representativas do Estado (Executivo e Legislativo) e determinou que caberia a ele (o Presidente da República) analisar a decisão do STF e posteriormente declarar a constitucionalidade ou não de uma lei²⁰¹.

Em 1946 o Senado Federal retornou a exercer seu papel no controle de constitucionalidade aos moldes da Constituição de 1934.

No governo do General Emílio Garrastazu Médici (1970-1974) ocorreu uma verdadeira crise de representação da constitucionalidade no Brasil. Tudo resultou da censura prévia de livros, jornais e periódicos imposta pelo Governo mediante Decreto-Lei 1.077/70. O Movimento Democrático Brasileiro (MDB, atual PMDB) apontou a inconstitucionalidade da lei e levou a questão ao Procurador Geral da República para que este apresentasse a questão ao Supremo Tribunal Federal (tendo em vista sua legitimidade exclusiva para arguir sobre eventual inconstitucionalidade de lei perante a Suprema Corte).

O Procurador Geral da República (por questão política), alegou inexistência de inconstitucionalidade e ausência de motivos significativos, para arquivar o referido pedido.

Inconformado com a resposta o MDP apresentou ao STF a Reclamação n.º 849 de março de 1971 que o Procurador Geral da República estaria usurpando a função do Supremo,

¹⁹⁹ COSTA, Emilia Viotti da. *STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Editora UNESP. 2006. p. 83/84.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem. p. 88/92.

exercendo realmente a função dos Ministros em proceder com o arquivamento prévio do requerimento, sem possibilitar a análise do mérito pelo Judiciário.

A decisão realizada pela Suprema Corte ficou marcada na história do STF em razão do evidente receio de contrariar os interesses do governo (de exceção).

Por maioria de votos, foi defendida a postura do Procurador Geral da República, momento em que o Ministro Adauto Lucio Cardoso (voto vencido) demonstrando indignação com as fundamentações apresentadas pelos demais ministros, principalmente a do Ministro Carlos Thompson Flores²⁰², acabou, segundo relatos históricos, despindo sua toga durante as discussões no plenário e abandonou “acintosamente o recinto”²⁰³.

Não havia utilidade afirmar que competia ao STF a realização do controle das normas e credenciá-lo como o Guardiã da Constituição se ele não possuía autonomia e autoridade institucional para solucionar os conflitos entre a atuação dos Poderes e a Constituição, bem como entre o Estado e a sociedade²⁰⁴. A salvação da CF, contra golpes de Estado e a proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros, somente seria possível se o Supremo estivesse fortalecido e credenciado para o exercício de tal função.

As decisões do STF em sede de controle de normas somente passaram a ter mais força com a reforma do Judiciário ocorrida em 2004, a qual possibilitou a expansão da legitimidade da propositura de ações com intuito de anular leis ou atos do governo. Segundo Silvio de Salvo Venosa as mudanças realizadas pela Emenda Constitucional 45/2004 foram ousadas²⁰⁵, pois a emenda apresentou inúmeras medidas para reformulação do sistema jurídico brasileiro, proporcionando a expansão do Judiciário, fornecendo mecanismos de proteção do ordenamento jurídico²⁰⁶ e ampliando a segurança das decisões judiciais para a população brasileira²⁰⁷.

²⁰² Segue um trecho do voto do Ministro Carlos Thompson Flores e do Ministro Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello, respectivamente, na Reclamação 849/1971: “(...) E, em sendo assim, ele, e só ele, é o juiz, e único, de sua posição, do seu ajuizamento, a qual é, de outra forma, da competência exclusiva para apreciá-la, acolhendo-a ou rejeitando-a, soberanamente o STF” (p. 78). (...) Por outro lado, considero a questão de certo modo acadêmico, porque esse entendimento não importa em restrição de direito que afete a ordem constitucional” (p. 91). (Arquivo digital disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87519>. Acessado em: 22/05/2013.)

²⁰³ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Vol. 1. Tomo 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002. p. 480.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002. p. 304.

²⁰⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito...* Op. Cit. p. 133.

²⁰⁶ Conforme o ex-Ministro Carlos Velloso: “O que acontece é que o constituinte originário quis proteger e preservar a sua obra, a sua criatura, que é a Constituição. As reformas constitucionais precipitadas, ao sabor de conveniências políticas, não levam a nada, geram a insegurança jurídica e a insegurança jurídica traz a infelicidade para povo. É natural, portanto, que o constituinte originário, desejando preservar a sua obra, crie dificuldades para a alteração da Constituição.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da

Além de mudanças indispensáveis para o aprimoramento do Poder Judiciário, a E.C. 45/2004 também acrescentou alguns institutos jurídicos que causaram e causam enormes discussões doutrinárias, como por exemplo, a criação das Súmulas Vinculantes (já relatada anteriormente) de maneira diversa da idealizada por Victor Nunes Leal²⁰⁸, mas que, devido à simplicidade e agilidade que iria acarretar ao sistema jurídico brasileiro foi considerada a “*panaceia nacional*”²⁰⁹ na busca da efetivação das decisões judiciais. Destaca-se também a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade, a ADIN por Omissão, Mandado de Injunção, os Mandados de Segurança, os quais “permitiram” que o STF realizasse a proteção da Constituição de maneira mais efetiva.

Essas e outras modificações foram suficientes para expandir a atuação do Judiciário, e, conseqüentemente, o Legislativo passou a temer que esta instituição concentrasse poderes maiores que as demais funções. Diante disso, o grande dilema contemporâneo se tornou a construção de mecanismos de controle do Judiciário para que este não “se sobreponha ao próprio direito”²¹⁰.

Oscar Vilhena Vieira acredita que o Brasil está vivendo momentos de uma “supremocracia”²¹¹, já Daniel Mitidiero relata que a preocupação atual é a de buscar meios de limitar a atuação da Suprema Corte²¹². Segundo Eduardo Cambi, apesar de não aceditar que o Brasil vivencia um superpoder do Judiciário, defende que o temido governo dos juízes deve ser combatido com “a diferenciação funcional, a delimitação institucional de competências e o controle e a interdependência recíproca entre os diversos órgãos que exercem parcela do poder

ADIN 939-7/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 18.03.1994. Ementário n.º 1737-02. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 276.) (sem grifo no original).

²⁰⁷ Para Paulo de Barros Carvalho: “*A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípio, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais.*” (CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica tributária. *Ciência Jurídica*. Ano VIII, Vol. 58. Jul./Ago. de 1994. p. 55) (sem grifo no original).

²⁰⁸ Dizia Vitor Nunes Leal que: “*A Súmula não é estática, nem estratificada, porque está previsto no Regimento do Supremo Tribunal, não só o seu acréscimo continuado, como também o mecanismo da sua modificação. Portanto, o que nela mais importa, como solução duradoura, não é propriamente o conteúdo dos seus enunciados (contra os quais é que se rebela boa parte dos seus críticos); o que mais importa na Súmula é ser um método de trabalho, um instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal, um elemento de racionalização da atividade judiciária, que simplifica a citação de precedentes, elimina afanosas pesquisas e dispensa referência especial, tanto aos julgados que lhe servem de base, como aos posteriores que se limitarem a aplicar a Súmula.*” (LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 2, p. 331.)

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O fahrenheit sumular ...* Op. Cit..

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 45.

²¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia...* Op. Cit. p. 441-463.

²¹² MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente* / Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 97/101.

estatal.”²¹³ No entanto, Cristina Queiroz pondera sobre os mesmos questionamentos já realizados em Portugal (sobre o imenso poder dos juizes) e afirma que “não se trata de um governo de juizes, (mas), antes de aprender a governar *com* juizes.”²¹⁴

Em oposição à estes pensamentos, se faz importante apresentar o posicionamento de Bruce Ackerman²¹⁵. O referido autor não acredita na possibilidade do Judiciário assumir a posição de soberano dentro do Estado, pois depende da construção das leis pelos legisladores, e com ela passar a julgar, bem como depende do Executivo para poder efetivar suas decisões, ou seja, *sem Legislativo e sem Executivo, uma decisão judicial dificilmente seria efetivada e concretizada*.

Já Mauro Cappelletti afirma ser facilmente corrigido esse hipotético *ativismo patológico* do Judiciário dentro de um Estado Democrático sadio e equilibrado, pois os mecanismos de controles recíprocos foram criados justamente para isso²¹⁶. Sendo assim, quando o STF analisa a constitucionalidade de uma lei/ato está apenas fazendo uso de um dos mecanismos previsto constitucionalmente.

Os mecanismos de controle previstos pelas constituições servem exatamente para limitar a atuação ativista das instituições do Estado, até mesmo quando bem intencionadas, pois “a própria virtude precisa de limites”²¹⁷, bem como, porque não interessa quem está exercendo o poder, mas as maneiras que este poder será controlado pelas demais instituições²¹⁸.

Com a pretensão de efetivar as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, passou-se a utilizar os dois modelos de controle de constitucionalidade: o difuso/concreto (Norte Americano) e o concentrado/abstrato (Europeu). O grande problema é que o ordenamento jurídico brasileiro não criou um modelo próprio de controle de constitucionalidade, tampouco usou um modelo puro. Assim, optou-se por aplicar dois modelos distintos (Norte Americano e Europeu), os quais possuem peculiaridades próprias e, por essa razão, não são completamente compatíveis.

²¹³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 201.

²¹⁴ QUEIROZ, Cristina. *O Parlamento como factor de decisão política*. Coimbra: Coimbra editora, 2009. p. 102.

²¹⁵ ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: ...* Op. Cit.. p. 267.

²¹⁶ Para Mauro Cappelletti: “Certamente, também os juizes podem se transformar em burocratas distantes, isolados do seu tempo e da sociedade, mas, quando isto ocorrer, um sadio sistema democrático tem a capacidade de intervir e corrigir a situação patológica, mediante instrumentos de controles recíprocos.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores...* Op. Cit. p. 100.)

²¹⁷ MONTESQUIEU... Op. Cit. p. 168.

²¹⁸ Segundo Eduardo Cambi: “Consequentemente, não é tão significativo saber se o poder será exercido pelo Legislativo, pelo Executivo ou pelo Judiciário, nem como se dará a forma de seu exercício; indispensável é o controle de exercício desse poder.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 314.)

O modelo Norte-americano foi mal recepcionado pelos legisladores/doutrinadores brasileiros²¹⁹, pois: i) não incorporaram a ideologia do *Judicial Review*²²⁰; ii) não reconheciam a independência judicial e suas decisões; iii) não consideravam a Constituição como “lei das leis”²²¹; iv) e, da mesma maneira, não deram a devida importância ao *stare decisis*²²² (força das decisões precedentes), sendo que este “é imprescindível como condição *sine qua non* do Estado Constitucional”²²³.

Com isso os legisladores brasileiros passaram elaborar institutos (súmulas vinculantes, requisito da repercussão geral, *amicus curie*...) para dar maior credibilidade e coercibilidade para as decisões proferidas pela Suprema Corte Brasileira²²⁴.

Tais medidas fizeram com que novas teorias, posicionamentos e interpretações fossem elaboradas em relação ao controle de constitucionalidade: para uns trata-se de consequência lógica da aplicação destes institutos; para outros se trata de um ativismo judicial²²⁵; e há quem defenda que tal atuação seja uma evidente “manipulação inconstitucional”²²⁶.

²¹⁹ Para Aurélio Leal: “*O modelo americano fora aqui mal copiado. Ali os Estados Unidos garantem – uma forma republicana de governo – quer dizer, uma forma qualquer, dentro das variantes que a forma republicana permite. Aqui, não; falou-se da manutenção – da forma republicana federativa, que outra coisa não é senão a delineada no pacto da União.*” (LEAL, Aurélio. *Technica constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C. 1914. p. 53/54.) (sem grifo no original).

²²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes - 1941. *Direito constitucional e teoria da constituição*. – 7ª Ed., 9ª reimp. (Manuais universitários). Coimbra. Portugal: Almedina. 2003. p. 917.

²²¹ Afirm Carmen Luiza Dias de Azambuja que: “*No plano da Teoria Geral do Estado e do Estado Democrático de Direito, a partir da Judicial Review, a Constituição passou a ter este papel de coordenador e de unidade dos sistemas e das fontes de Direito. A Constituição é que estabelece a hierarquização axiológica e fundante do sistema. A Constituição transforma-se, em essência, isto é, a lei das leis. A Magna Carta é fundamento e elemento do funcionamento prático-hierarquizador na aplicação do sistema e demais fontes do Direito. Qualquer sistema jurídico, quer da Common Law, quer da Civil Law, que aceite, na sua matriz constitucional, a Judicial Review, terá uma hierarquização axiológica e uma visão sistêmica quanto às fontes do Direito.*” (AZAMBUJA, Carmen Luiza de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008. p. 69.) (destaques no original em negrito).

²²² SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante do controle de constitucionalidade. In *REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004*. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier... (et al) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 227.

²²³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e ...* Op. Cit. p. 103.

²²⁴ Daniel Mitidiero entende que: “*O precedente das cortes deve ter reflexo em todas as direções, horizontal e verticalmente falando. Primeiramente deve ser respeitada pela mesma corte, para em seguida poder exigir das demais instâncias. Sem a autovinculação o precedente não teria como contar com qualquer força de orientação.*” (Idem. p. 105.)

²²⁵ SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação legislativa*, Vol. 44, nº. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/140970>. Acessado em: 09/01/2014.

²²⁶ BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010*. 5ª.ed. rev. e atual.-São Paulo: Saraiva, 2010. p. 226.

2. 3. Fatores interdisciplinares responsáveis pela Judicialização da Política

Quando se fala do surgimento da *Judicialização da Política* deve-se levar em conta a possibilidade de analisar este termo sob dois vieses: o pejorativo, que considera uma postura irregular e atrofiada do Judiciário²²⁷; ou o de caráter positivo, simbolizado pela expressão “expansão do judiciário”. Assim como o Ministro Gilmar Ferreira Mendes²²⁸, o qual utiliza a expressão *judicialização da política* no sentido de que o Judiciário está legitimado (pelos fatores apreciados a seguir) a realizar uma função política e fiscalizatória da produção normativa brasileira, neste trabalho também o será, pois antes de mostrar os erros, pretende-se demonstrar os acertos do Judiciário na proteção do interesses máximos expressos pela Constituição Federal. Destacando-se que, o oposto à Judicialização encontra-se o Ativismo, sendo este a “vulgata da judicialização”, não havendo bom ou mal ativismo²²⁹.

Se até mesmo os legisladores (representantes do povo) não almejam um Judiciário independente e livre para fiscalizar e corrigir os equívocos dos outros poderes²³⁰ torna-se evidente a impossibilidade de existir uma expansão judicial em Estados autoritários e ditatoriais. Seria difícil “imaginar um ditador convivendo com juízes independentes e tomando decisões de natureza política em um Estado não democrático”²³¹, para tanto basta verificar as constantes limitações de atuação já ocorridas na Suprema Corte brasileira ao longo dos anos²³².

²²⁷ Para Marcelo Neves: “Quando se fala de *judicialização da política e politização do direito* pretende-se referir a um excesso, uma hipertrofia, em detrimento respectivamente, do Estado de direito e da democracia. (...) O judiciário fica direcionado muito estreitamente a fornecer respostas politicamente legitimadoras (...). Essa situação pode estar relacionada a problemas estruturais mais amplos do Estado constitucional. Mas ela também pode estar associada, em certos contextos, à corrupção política do judiciário.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 195.) (sem grifo no original).

²²⁸ Gilmar Ferreira Mendes, em seu discurso de posse do cargo de Ministro do STF, ressaltou que: “O cumprimento dessas complexas tarefas, todavia, não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático. Não há ‘judicialização da política’, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direito. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo, desde os primórdios da República. É certo, por outro lado, que esta Corte tem a real dimensão de que não lhe cabe substituí-se ao legislador, muito menos restringir o exercício da atividade política, de essencial importância ao Estado Constitucional. Democracia se faz com política e mediante a atuação de políticos. (D.J. de 02.8.91, R.T.J. 139/783).” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 32.033/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ 079 – Divulgado em 26/04/2013; Publicado em: 29/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23353055/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>. Acessado em: 04/11/2013. p. 49/50). (sem grifo no original).

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito I: ...* Op. Cit. p. 165.

²³⁰ ANDRADE PINTO, João José de. *A constituição da república ...* Op. Cit. p. 30.

²³¹ LEITÃO, Rômulo Guilherme. *Judicialização da política e governabilidade democrática no âmbito do poder local*. Dissertação de Mestrado apresentada à Fundação Edson Queiroz – Universidade de Fortaleza – Centro de Ciências Jurídicas – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp077097.pdf>. Acessado em: 01/07/2014. p. 55.

²³² Emilia Viotti da Costa diz que: “Depois do golpe (1964), o poder foi assumido pelos militares que tentariam resolver os problemas a sua maneira. O Legislativo e o Judiciário sofreram profundas alterações. À semelhança

Loiane Prado Verbicaro²³³ esclarece que a “judicialização da política” surge com a superação do modelo clássico da Separação dos Poderes do Estado, devido à necessidade de atualização e evolução conceitual. Segundo ela, percebeu-se que a total e simples independência não seria o melhor caminho para a evolução do Estado, principalmente após as violações dos direitos humanos ocorridos durante as Grandes Guerras.

O surgimento da judicialização da política foi resultado da “conspiração dos fatos em favor do fortalecimento da expansão do poder judicial”²³⁴. Para maior compreensão do tema, se faz necessário levar em consideração algumas modificações do Estado brasileiro nos últimos anos, tais como: i) fim da ditadura; ii) promulgação da CF 88 com suas normas programáticas; iii) curta experiência democrática; iv) universalização do acesso à justiça; v) tripartição dos poderes; vi) Constituição Federal passível de ser interpretada por todos (Peter Harbele); vii) fim do positivismo e surgimento do Neoconstitucionalismo; viii) força normativa da Constituição; maiores poderes ao STF²³⁵; ix) hipertrofia e opacidade legislativa; x) ausência ou crise de representatividade²³⁶; xi) situação econômica da população brasileira; xii) *accountability político vertical*²³⁷, dentre outros.

Apesar da lista de fatores que acarretaram a expansão do judiciário poder ser mais extensa do que a acima relacionada, alguns pontos devem ser melhor analisados.

2. 3. 1. Neoconstitucionalismo

Para compreender a nova realidade constitucional deve-se reconhecer que a sociedade e o ordenamento jurídico passaram a evoluir e modificar suas premissas de maneira

do Estado Novo, os poderes do Executivo foram aumentados. Seus atos escaparam ao controle do Judiciário. O Supremo Tribunal Federal foi atingido por várias medidas que interferiram na sua composição e limitaram seus poderes. Os direitos e garantias dos cidadãos, assim como a liberdade de comunicação, reunião e pensamento ficaram subordinados ao conceito de segurança nacional.” (COSTA, Emilia Viotti da. *STF: ... Op. Cit.* p. 165.)

²³³ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. *Revista de direito GV [online]*. 2008, vol. 4, nº. 2. p. 389-406. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

²³⁴ LEITÃO, Rômulo Guilherme. *Judicialização da política ... Op. Cit.* p. 54.

²³⁵ Direitos constitucionais que ampliam atuação do STF: liberdade de expressão, a liberdade de associação, o pluralismo político, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o sufrágio universal, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, o bem-estar, a justiça e o reconhecimento de diversos direitos individuais e sociais; instrumentos judiciais que permitem a proteção das minorias (como: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção).

²³⁶ Para Aurélio Leal: “*Infelizmente, parece que o nosso legislador, ao lado de cada barreira oposta ao arbítrio, deixou armado, involuntariamente, um alçapão por onde se escapam os chicaneiros e se alimentam todas as conveniências da política.*” (LEAL, Aurélio. *Technica constitucional ... Op. Cit.* p. 56.)

²³⁷ Fernando Machado da Silva Lima diz que: “*Essa controlabilidade é o elemento essencial da democracia. Em qualquer democracia, os cidadãos têm o direito de controlar os governantes, o que não pode ser feito apenas através das eleições.*” (LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição constitucional ... Op. Cit.* p. 64.)

acelerada²³⁸. Os operadores do Direito no Brasil começaram a reconhecer a importância das normas constitucionais para a proteção das pessoas e que o STF “está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais”²³⁹, bem como a realizar a delimitação da abrangência destes direitos, pois sabe-se que seus conceitos variam conforme o “momento histórico de uma coletividade”²⁴⁰.

Independentemente da terminologia a ser utilizada, seja neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, uma coisa é certa, o Brasil somente deixará de ser um país de baixa constitucionalidade e de modernidade tardia quando a população passar a crer²⁴¹ na sua própria Constituição e auxiliar, diretamente, na sua solidificação e desenvolvimento.

Assim sendo, tanto o neoconstitucionalismo quanto o constitucionalismo contemporâneo defendem que a abordagem jurídica realizada sobre qualquer questão de ordem constitucional deverá ser trabalhada sempre tendo a Constituição Federal como um norte a ser seguido²⁴², impedindo discricionariedade e decisionismos dos juristas. Por mais que o termo “neoconstitucionalismo” seja muito criticado por Humberto Ávila²⁴³, Marcelo Neves²⁴⁴ rebate as críticas de maneira clara e pontual, deixando claro que tanto o “constitucionalismo contemporâneo”, quanto o “neoconstitucionalismo”, buscam demonstrar uma *nova maneira* de aplicar a Constituição, que, no Brasil, segundo Lenio Streck, essa abordagem constitucional se deu tardiamente, justificando, em tese, a aplicação e receptibilidade desta terminologia²⁴⁵.

²³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia...* Op. Cit. p. 441-463.

²³⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 194.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 92.

²⁴¹ Luís Roberto Barroso escreve que: “A crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos. Como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo –, tem seu marco zero, seus profetas e acena como o paraíso: vida civilizada, justiça e talvez até felicidade. Como se percebe, o projeto de modernidade não se consumou. Por isso não pode ceder passagem. Não no direito constitucional. A pós-modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte do Estado Social. Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral.” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de direito administrativo*, vol. 225. Rio de Janeiro: Renovar, jul. – set. 2001.)

²⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 46.

²⁴³ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 17. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acessado em: 12/08/2013.

²⁴⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 171/194.

²⁴⁵ Lenio L. Streck dia que: “Neste sentido, torna-se necessário afirmar que a adoção do nomen juris ‘neoconstitucionalismo’ certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos. Reconheço, porém, que, em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas propostas trabalhadas pelos autores da Europa Ibérica. Isto porque o Brasil ingressou tardiamente nesse ‘novo

O problema encontrado nos operadores do Direito no Brasil foi, novamente, a péssima e equivocada “importação” doutrinária do *neoconstitucionalismo* no que tange à maneira que se devem analisar as normas constitucionais. Para Eduardo Cambi, “o neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais”²⁴⁶, sendo indispensável considerar a Constituição como um norte para que os juristas se orientem quando forem proferir uma decisão que possa produzir mudanças sociais.

Essa preocupação, com a maneira de analisar e utilizar a Constituição, é, para Eduardo Cambi, a postura fundamental para “superar o paradigma da validade meramente formal do direito”²⁴⁷, uma vez que, com a inclusão dos princípios na Lei Fundamental, ter-se-á, da mesma forma, uma proteção substancial das pretensões sociais.

Quando do surgimento da corrente doutrinária, Lenio Streck demonstrou a utilidade de suas premissas, principalmente no direito constitucional brasileiro. No entanto, se afastou desta doutrina em face do uso despreocupado e irresponsável da ponderação das normas para a solução das lides²⁴⁸. No entanto, Eduardo Cambi defende a doutrina Neoconstitucionalista e, da mesma forma, rebate o liberalismo hermenêutico afirmando que a *reserva da consistência* é fundamental para evitar que o órgão judicial, e qualquer instituição e/ou operador do direito, “tome decisões políticas irresponsáveis.”²⁴⁹

Na medida em que o sistema constitucional evolui e a comunidade jurídica passa a aceitar este avanço, verifica-se que a baixa constitucionalidade (tanto falada por Lenio L. Streck) está deixando de ser uma realidade, podendo até mesmo dizer que o Brasil caminha para uma *alta constitucionalidade*, pois aplica-se e interpreta-se muito mais as normas constitucionais do que qualquer outro dispositivo legal. O problema se dá quando a hermenêutica utilizada não é a mais correta e/ou coerente, ou então, quando se utiliza do neoconstitucionalismo para defender o protagonismo do Judiciário, como a realização das

‘mundo constitucional’, fator que, aliás, é similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense. Portanto, falar de neoconstitucionalismo implicaria ir além de um constitucionalismo de feições liberais em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em terrae brasilis.” (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ... Op. Cit.* p. 117.)

²⁴⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 29.

²⁴⁷ Idem. p. 37.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ... Op. Cit.*

²⁴⁹ Para Eduardo Cambi: “*É temerário o Judiciário, ao pretender concretizar normas constitucionais abertas, produzir decisões inconsistentes, cujos reflexos, desmedidos, podem vir a causar graves consequências à ordem, à economia, às finanças ou à saúde pública, bem como gerar desarmonia institucional.*” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 317.)

ponderações principiológicas²⁵⁰ desconexas com a necessidade de uma identidade constitucional e com a construção de decisões a serem aplicadas e observadas no futuro, fugindo, desta forma, das decisões *ad hoc*.

Sabe-se que a CF é composta por regras e por princípios²⁵¹ que devem ser vividos e experimentados pela sociedade²⁵²; que todos (pessoas física ou jurídicas, de direito público ou de direito privado) estão submetidos à ela e à ela devem respeito²⁵³; caso contrário, haveria uma constitucionalização meramente *simbólica*²⁵⁴, despreocupada com a concretização dos direitos fundamentais, indispensáveis para a vida em sociedade, se transformando em “mera folha de papel”²⁵⁵, ou segundo Eduardo Cambi, um verdadeiro *latifúndio improdutivo* “em razão da não efetivação das promessas de modernidades contidas em seu texto”²⁵⁶.

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta um estudo detalhado da importância dos princípios para a evolução da sociedade moderna, dando destaque para a necessidade de aceitação da existência de princípios que não constam expressamente na Constituição Federal, ou seja, que estão presentes em outros diplomas legais, em tratados (art. 5º parágrafo 2º)²⁵⁷ e até mesmo em sistemas jurídicos estrangeiros, mas que podem ser recepcionados e aplicados caso sejam compatíveis com o ordenamento jurídico pátrio²⁵⁸.

Se a Constituição é, segundo Peter Häberle²⁵⁹, a fonte de luz que ilumina todo o sistema jurídico e tanto ela quanto os códigos utilizam-se de princípios e palavras de conteúdos vagos para que possam acompanhar o desenvolvimento da sociedade, cabe aos juízes fixar os limites dessas palavras, destes princípios, mas sempre observando as novas

²⁵⁰ Sobre ponderações de princípios, Lenio Streck salienta que tal atividade não possui diferença alguma dos decisionismos judiciais pautados na discricionariedade de escolhas normativas/interpretativas. Sendo assim, otimização, ponderação, sopesamento e balanceamento são condutas discricionárias que prejudicam a consistência jurídica. (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 127/131.)

²⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 82/83.

²⁵² Alfonso de Julios-Campuzano esclarece que: “(...) a constituição postula um conjunto de valores sedimentados em um conjunto histórico-cultural que o próprio texto constitucional consolida e fortalece. Por isso, a Constituição deve ser vivida, cultivada; seus preceitos, seus valores, somente são tais, na medida em que se convertem em cultura vivida e experimentada”. (JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Estado e Constituição: Constitucionalismo em tempos de globalização*/ Alfonso de Julios-Campuzano. Trad. José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Vol. 9 – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009. p. 102.)

²⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos ...* Op.Cit. p. 82/83.

²⁵⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Academica, 1994. p. 11/33.

²⁵⁵ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. Tradução: Manoel Soares. Global Editora: São Paulo, 1987. p. 19.

²⁵⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 499.

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 78/140.

²⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas* / Niklas Luhmann; tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2010.

²⁵⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 23/34.

tendências sociais, pois a interpretação é “uma atividade que diz respeito a todos”, não ficando restrito aos operadores do Direito, mas à toda coletividade.

Com a inclusão dos princípios no corpo da Lei Fundamental passou-se a buscar outras maneiras de conciliar os textos produzidos pelos constituintes derivados com as disposições escritas pelo constituinte originário. A antiga visão de uma interpretação fracionada em métodos (histórico, gramatical, sistemático, teleológico, concretizador...) tornou-se ultrapassada e inaplicável.

Tendo em vista à abrangência interpretativa em relação às palavras de conteúdo vago/flexível e os princípios, tem-se que, primeiramente, reconhecer que estes são verdadeiros mandamentos de efetivação, pois para serem satisfeitos não dependem somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas²⁶⁰, e isto requer uma atividade intelectual-interpretativa cautelosa por parte dos operadores do Direito, bem como uma adequação normativa compatível.

No entanto, ressalta-se que os princípios não devem ser utilizados como ferramenta ampliadora do Direito posto de maneira aleatória e tendenciosa, mas como instrumento que delinea e finaliza uma discussão quando inexiste uma regra expressa, ou seja, princípio deve ser utilizado para manter o Direito como um sistema fechado e não como um meio de se abranger a atuação do hermenêuta²⁶¹. Apesar de Ingo W. Sarlet tecer uma brilhante defesa da utilização dos princípios para ampliar a atuação dos operadores do Direito e, principalmente, das autoridades dos Poderes, bem como na possibilidade de “importar” princípios existentes em outros sistemas (com base na teoria de Niklas Luhmann), tem-se que reconhecer que essa má compreensão do sistema brasileiro e da utilização da hermenêutica, vem proporcionando o que Lenio L. Streck chama de “pan-principiologismo”.

Destacam-se então os ensinamentos de Martin Heidegger²⁶², o qual defendeu a existência do Círculo Hermenêutico, e, posteriormente de seu aluno, Hans-George Gadamer²⁶³ que aprimorou a teoria afirmando que na realidade a interpretação nunca poderá ser considerada como uma obra finalizada, como se existisse um ponto de chegada, pois ela estará sempre sendo construída conforme a evolução do próprio Direito.

²⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais: teoria e direito público*. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª Ed. Malheiros. 2011. p. 90.

²⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 58.

²⁶² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo – parte II*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback, 13ª edição, São Paulo: Editora Vozes. 2005.

²⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 8ª ed. Vol. I. Salamanca: Sígueme. 1999.

Heidegger e Gadamer realizaram estes estudos no início do século XX, porém, devido ao avanço do positivismo, a teoria da *hermenêutica filosófica* não obteve destaque. Contudo, em função das consequências da aplicação ferrenha da subsunção do fato ao texto, em que o juiz era considerado apenas a boca da lei e que não poderia realizar qualquer juízo de valor, pois eram “seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”²⁶⁴, passou-se a buscar novas maneiras de “interpretar o Direito”, reaparecendo então os ensinamentos destes autores.

A hermenêutica filosófica de Hans-George Gadamer demonstra de forma detalhada a necessidade da obtenção de informações básicas sobre o assunto²⁶⁵, deixando evidente que a historicidade e a fenomenologia são indispensáveis para a formação cognitiva das pessoas. Assim sendo, a interpretação jurídica²⁶⁶ exige do jurista, primeiramente, um conhecimento básico sobre a matéria, que possibilitará a compreensão dos pequenos detalhes, e somente então, poderá realizar sua interpretação coerente e verossímil²⁶⁷.

A coleta dos elementos formadores do texto analisado torna-se indispensável para assegurar o não rebaixamento do círculo hermenêutico à uma não ciência, tendo em vista que, a interpretação originária (sem conhecimento e compreensão da matéria) é apenas uma “posição prévia, (uma) visão prévia e (uma) concepção prévia, por conceitos ingênuos e de chutes”²⁶⁸.

Devido à impossibilidade do fracionamento do trabalho mental para uma boa compreensão e posterior interpretação, tendo em vista que todos são aplicados conjuntamente, é indispensável utilizar todas as informações colhidas durante a pesquisa sobre a matéria em análise antes de afirmar que possui uma opinião consistente sobre o assunto²⁶⁹.

²⁶⁴ MONTESQUIEU... Op. Cit. p.175.

²⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 8ª ed. Vol. I. Salamanca: Sigueme. 1999. p. 330/360.

²⁶⁶ Para Francisco Carnelutti: “*A interpretação jurídica e a interpretação artística não são duas coisas diferentes e sim apenas uma. Se o Direito não fosse Arte, não haveria interpretação em seu campo. A interpretação jurídica é uma forma de interpretação artística; e se não tivesse este caráter não seria interpretação.*” (CARNELUTTI, Francisco. *A arte do Direito: seis meditações sobre o Direito*. Bahia: Livraria Progresso editora. 1957. p. 60.) (sem grifo no original).

²⁶⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo – parte II*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback, 13ª edição, São Paulo: Editora Vozes. 2005. p. 204/205.

²⁶⁸ Idem. p. 210.

²⁶⁹ Ao explicar a tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito, Lênio Luiz Streck ensina que ela “*busca, através de uma análise fenomenológica, o des-velamento (Unverborgenheit) daquilo que, no comportamento cotidiano, nós ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, onde não apenas somos, mas percebemos que somos e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a facticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isso porque o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido vem antecipado (círculo hermenêutico) por uma posição (Vorhabe), um ser prévio (Vorsicht) e um pré-conceito (Vorgriff), isso porque, conforme ensina Heidegger, o ente somente pode ser*

Segundo Lenio L. Streck, “*interpretar é explicar o compreendido*”²⁷⁰, no entanto, deve-se aceitar que a arte de interpretar implica em meditar, conjurar e construir algo, o que somente pode ser realizado por aqueles que realmente se preocupam com essa arte²⁷¹. Antes de uma interpretação sempre haverá uma compreensão e antes desta deverá existir uma busca por elementos que formem o intelecto do operador para que, após fazer uso destes elementos, numa atividade única, chegue-se à uma conclusão. Mas como salienta Gadamer, esta conclusão/interpretação nunca poderá ser tida como acabada, pois com o surgimento de novos elementos e com a mudança fática vivenciada, poderão provocar novas compreensões e diferentes interpretações.

Tendo em vista a este movimento cíclico, mas continuado, é que pode-se afirmar que a atividade hermenêutica é um *espiral*, pois na medida que se coleta novas informações, poder-se-á fazer *novas interpretações*, e neste movimento circular (busca por elemento, compreensão e interpretação) sempre se chegará em outra interpretação mais completa e coerente. Quando estas novas interpretações se demonstrarem incompletas, far-se-á, novamente, outra análise pelos operadores do Direito, chegando à uma outra interpretação, que não será igual à primeira, nem à segunda, mas outra mais adequada à nova realidade. Tal movimento jamais será retilíneo, mas cíclico e continuado.

O mesmo deve ser realizado com os dispositivos constitucionais de conteúdo vago. Sabe-se que a utilização de tais expressões é importante para a sobrevivência da Constituição, pois se ela fosse composta exclusivamente por palavras com significados rígidos, seria constantemente criticada pela sua desatualização. Sendo assim, com a incorporação dos princípios e de palavras de conteúdos flexíveis, permite à Constituição brasileira uma sobrevivência, ou pelo menos, seu desenvolvimento conforme a sociedade se modifica, dependendo apenas do bom uso da hermenêutica para definir/delimitar o alcance das interpretações das normas constitucionais.

No entanto, a existência destes enunciados linguísticos polissêmicos ou pluri-significativos, implicam numa “*operação de determinação*”²⁷², que é muito difícil no Direito Constitucional, pois exige do intérprete certa precisão no que tange ao alcance a ser estabelecido com a nova interpretação.

descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado” (Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 273/274).

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 148.

²⁷¹ CARNELUTTI, Francisco. *A arte do Direito...* Op. Cit. p. 60.

²⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941. *Direito constitucional e teoria da ...* Op. Cit. p. 1.217.

Paulo Bonavides²⁷³ afirma que somente com uma correta hermenêutica constitucional, levando em consideração o primado da dignidade da pessoa humana em consonância com os postulados de um Estado Democrático de Direito é que impossibilitará a prática de violações aos direitos e garantias fundamentais.

Em virtude da evidente falta de domínio normativo dos operadores do Direito²⁷⁴, da ainda baixa constitucionalidade²⁷⁵, e pelo despreparo para o exercício de uma argumentação jurídica²⁷⁶, faz com que seja corriqueiro encontrar projetos de emendas constitucionais e projetos de leis infraconstitucionais tramitando no Congresso Nacional, sendo eles manifestamente inconstitucionais. Por essa razão, e devido à essa constante evolução dos direitos, Peter Häberle afirma que ao realizar a interpretação constitucional não se pode, nunca, esquecer dos “interesses daqueles que não participam do processo”²⁷⁷, pois são geralmente estes os mais prejudicados.

Apesar da corrente doutrinária chamada de *neoconstitucionalismo* ter sido alvo de inúmeras críticas, deve-se reconhecer o apontamento realizado por Marcelo Neves que todas elas (críticas) acabam sendo simplistas, pois se reduzem apenas à questões quantitativas, e não, qualitativas²⁷⁸. Tendo em vista a recente mudança de paradigma no sistema jurídico brasileiro que, em tese, proporcionaria a assimilação de uma pacificação em relação à utilização das normas (regras e princípios), bem como, o reconhecimento de direitos indispensáveis para os seres humanos, mas que também devem ser respeitadas e efetivadas na sociedade brasileira, verifica-se a dificuldade de concretizar essas diretrizes.

Assim, as disposições que tratam de direitos fundamentais deverão ser respeitadas e aplicadas por todos. Apesar da falta de técnica dos constituintes brasileiros, que tornaram a CF prolixa em relação à alguns princípios, (v.g. em relação ao artigo 5º da CF que relata que “todos são iguais perante a lei”, não necessitando dizer que essa igualdade é “sem distinção de qualquer natureza”, sendo desnecessário, portanto, afirmar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, pois tratamento igualitário já fora disciplinado anteriormente e no mesmo dispositivo constitucional). Essa repetição de preceitos acaba proporcionando

²⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 587.

²⁷⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização ...* Op. Cit. p. 84.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 15 – nº. 1 - p. 158-173 / jan.-abr. 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. 2010. Acessado em: 29/04/2013.

²⁷⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 153.

²⁷⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: ...* Op. Cit. p. 46.

²⁷⁸ Segundo Marcelo Neves: “(...) a questão de uma crítica à uma doutrina constitucional excessivamente principialistas não pode apegar-se e fundar-se em uma diferença clássica, de caráter eminentemente textual, entre ‘Constituição principiológica’ e ‘Constituição regulatória’, que, em última instância, diz respeito basicamente a uma distinção quantitativa com base no número e na extensão de dispositivos constitucionais.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 179.) (sem grifo no original).

distorções interpretativas, pois essa “igualdade”, apesar de repetida três vezes no *caput* do artigo 5º da CF, é constantemente desrespeitada ou fracionada pelos operadores do Direito.

No entanto, apesar da falha técnica dos constituintes brasileiros, reconhecesse o esforço para efetivar a proteção da população brasileira que recém se libertava das correntes da ditadura. Os constituintes também pretenderam, pela primeira vez na história do direito pátrio, garantir que a Lei Fundamental assumisse uma posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico e que deixasse de ser considerada simples folha de papel, passando a ter aplicação imediata e certeza de que suas disposições seriam concretizadas.

Importa destacar o pensamento do argentino Ricardo Luiz Lorenzetti que posiciona a magna carta no centro do ordenamento jurídico (equiparando o Sistema Jurídico ao Sistema Solar, no qual a Constituição Federal seria o sol; os códigos e as normas infraconstitucionais seriam os planetas e os satélites; já os raios solares, que atingem os planetas seriam os princípios)²⁷⁹, assim as normas constitucionais e os princípios seriam considerados “mandamentos de otimização”, pois são satisfeitos “em graus variados e pelo fato que a medida devida de sua satisfação não depende somente pelas possibilidades fáticas, mas também das jurídicas”^{280_281}.

Destaca-se que a Constituição é elaborada abstratamente²⁸² pelo legislador ao analisar os anseios da sociedade em um dado momento histórico, tendo nesta norma fundamental²⁸³ a confirmação de sua superioridade hierárquica perante as demais. Sendo ela a base das demais leis, qualquer ato realizado em desconformidade com suas normas, desrespeitando a “formação do Direito em graus”²⁸⁴, deverá ser corrigido, vez que, sendo ele derivado, não poderá, então, contrariar seu criador, representando, desta maneira, “a principal garantia e o meio mais eficaz de preservação da Constituição”^{285_286}.

Em função dessa posição de supremacia das normas constitucionais, levando em conta seus pressupostos (povo e suprallegalidade)²⁸⁷, se faz necessário um acompanhamento

²⁷⁹ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 45.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*: ... Op. Cit. p. 90.

²⁸¹ Abordagem mais detalhada no item 3.4 (*Distinção entre Regras e Princípios*).

²⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito ...* Op. Cit. p. 58.

²⁸³ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito...* Op. Cit. p. 244/249.

²⁸⁴ BILLIER, Jean-Cassien. *Historia da filosofia do direito*./Jean-Cassien, Aglaé Maryioli; tradução de Maurício Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 203.

²⁸⁵ BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. ... Op. Cit. p. 1276/1277.

²⁸⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte. Vol. 2. n.º 3/4. p. 89 – 154. 1999.

²⁸⁷ Para Ivo Dantas: “O controle de constitucionalidade, entretanto, não é uma mera opção doutrinária, mas encontra-se assentada, pelo menos em dois pressupostos teóricos, a saber: a) ao fato de que, sendo a Constituição oriunda de um superpoder – o poder constituinte – nela estão inseridos os valores supremos consagrados pela sociedade para a qual seu texto foi elaborado. Disso decorre a consequência de que só

da criação das normas, um controle após a positivação e, principalmente, uma fiscalização das suas aplicações. Atribuições estas que devem ser assumidas pelo Judiciário.

Apesar de estar havendo uma atuação significativa do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade das normas, “o STF não tem protagonizado um processo de interferência sem precedentes na história brasileira, como sustenta parte da literatura especializada no Brasil”²⁸⁸. Assim sendo, deveriam os parlamentares se preocuparem em reestabelecer a confiança da população e atuar de maneira mais eficiente em relação à efetivação e concretização dos direitos previstos na Lei Suprema ao invés de fundamentar ou apontar atuações irregulares das Cortes²⁸⁹.

Para esclarecer a diferenciação entre efetivação e concretização de uma norma utilizado neste trabalho, e sem a intenção de esgotar o tema, destaca-se que há sim duas etapas - nessa construção constitucional - que se dá pela análise das seguintes normas: a jurídica e de decisão²⁹⁰. Utilizar-se-á da exposição realizada por Kelly S. Alflen da Silva, que,

possam ser modificadas por procedimentos especiais, constitucionalmente previstos. É o caráter de rigidez que, em geral, marca aquela espécie legislativa; b) à característica de Supra Legalidade que marca a norma constitucional, distinguindo-a, em consequência, das demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico-positivo do Estado, decorre da obrigatoriedade de que estas últimas tenham consigo a obrigação inarredável de encontrarem-se, onticamente, de acordo com os ditames-preceitos inseridos na primeira”. (DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 8.) (sem grifo no original).

²⁸⁸ CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social [online]*. 2009, nº. 191. p. 315-335. Disponível em: http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000325732009000200004&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 316.

²⁸⁹ Nesse sentido, também conclui Leonardo Avritzer, “o Congresso Nacional precisa reassumir suas prerrogativas no que diz respeito à organização da expressão da soberania popular. Para isso, é necessário organizar uma reforma política que restabeleça a credibilidade dos parlamentares e do sistema de representação em sua relação com os atores da sociedade civil. O Poder Legislativo não pode continuar deslegitimado da forma como se encontra no país, sob o risco de afetar o equilíbrio entre os poderes. Ao mesmo tempo, independentemente da deslegitimação em curso do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tampouco pode assumir o papel de legislador, como tem feito sistematicamente em um conjunto de decisões, como a recente legalização da união homoafetiva. Por mais que concordemos com a decisão do Supremo nessa questão, era fundamental que ela tivesse sua origem no Poder Legislativo. Assim, é possível afirmar que o Brasil avançou enormemente no que diz respeito ao aumento das prerrogativas do Poder Judiciário e que a tradição de revisão constitucional, o assim chamado ‘controle concentrado de constitucionalidade’, está definitivamente instituída no país. Todavia, ainda não alcançamos o equilíbrio desejável devido ao enfraquecimento das prerrogativas do Poder Legislativo no país. O alcance de um equilíbrio desejável requer a recuperação das prerrogativas de soberania pelo Congresso Nacional, que, no entanto, só conseguirá fazê-lo se for capaz de se autorreformular sem o que o Poder Judiciário interfira naquilo que são os seus poderes administrativos e legislativos próprios, que decorrem da tradição de um governo misto” (AVRITZER, Leonardo. *Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013. p. 219/220).

²⁹⁰ Eros Grau leciona que: “A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste interpretação do direito sem concretização; esta é derradeira etapa daquela.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em:

resumidamente, afirma ser impossível falar-se de *concretização* de uma norma jurídica sem buscar a subsunção do fato ao texto, ao passo que um Direito passa a ser *efetivo* quando positivado pelos legisladores.

Assim sendo, a lei positivada é aquela que efetiva um direito para a sociedade, enquanto que, quando analisada e aplicada pelo Judiciário num caso concreto, ou cumprida imediatamente pelo Executivo, passam a confirmá-lo²⁹¹, ou seja, a concretizá-lo. Já a *efetivação* (eficácia) das normas “*se exprime pela sua capacidade em produzir efeitos concretos, seja de forma espontânea, seja pela atuação dos órgãos jurisdicionais do Estado.*”²⁹² No entanto, o Judiciário, como já dito alhures, é o Poder que menos consegue concretizar uma norma, pois depende diretamente das normas produzidas pelo Legislativo e do poder econômico compreendido pelo Executivo, assim, “a concretização constitucional só será de fato alcançada com o esforço harmônico de todos os poderes”²⁹³.

2. 3. 2. Força Normativa da Constituição

Tem-se percebido atualmente, durante os trabalhos legislativos, a utilização dos princípios constitucionais como fundamentos para as proposições de diversos projetos de Lei. É raro a existência de um projeto que não faça menção à alguma regra ou algum princípio constitucional, que por vezes, desvirtua e enfraquece a construção normativa pretendida pelo constitucionalismo contemporâneo. Consequentemente verificam-se críticas (como as realizadas por Humberto Ávila²⁹⁴) que o neoconstitucionalismo estaria transformando a CF apenas num rol de princípios legalmente reconhecidos, o que de longe é verdade.

Marcelo Neves esclarece que a utilização desmedida dos princípios decorre do contexto social em que são realizados. Constantemente, atos ilegais e leis inconstitucionais “sistematicamente praticadas pelos agentes públicos”²⁹⁵, não devendo ser tratado como um

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013. p. 298.)

²⁹¹ Segundo Kelly S. Alflen da Silva: “(...) *a concretização da norma significa isto: em primeiro lugar, o texto da norma não se identifica com a norma; em segundo lugar, o texto da norma constitui o ponto de partida do processo de concretização, tanto por parte do direito em vigor, quanto por parte dos fatos, pelas circunstâncias das coisas a solucionar, em terceiro lugar, o texto da norma desenvolvido durante o processo de solução do caso e mais concreto que o texto da norma, pois é mais estreitamente vinculado, sob o ponto de vista tipológico, ao caso concreto...*”. (ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2000. p. 421.) (sem grifo no original).

²⁹² FIGUEIREDO, Fran. *Metodologia constitucional*. Brasília: Itamarati. 1987. p. 172.

²⁹³ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e efetivação ...* Op. Cit. p. 173.

²⁹⁴ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 17. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/rede.asp>. (Acessado em 12/08/2013).

²⁹⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 191.

equivoco da doutrina, mas sim dos legisladores que passaram inflar um direito²⁹⁶ e a relativizar a essência e os conteúdos dos princípios, para, retoricamente, invocar a justiça “levando à falta de consistência da ordem jurídica, diluída no social com base em um substantivismo principiológico”²⁹⁷ promovido pela dinâmica social e política, podendo proporcionar o esvaziamento da força normativa da Constituição²⁹⁸.

Os operadores do Direito que “criam” princípios, não compreendem o Direito e muito menos o leva a sério. Quando o Judiciário passa a ser o “criador” tem-se que reconhecer seu ativismo inconstitucional. Não basta argumentar que a moralidade pública suplica esta atuação judicial para concretizar as normas fundamentais em prol da população, pois esta função não cabe aos magistrados como se eles fossem os guardiões morais da Nação, mas que se tratam de protetores das normas constitucionais.

A partir do momento em que a preocupação pela construção de um Direito brasileiro almejar solucionar os problemas da incompletude institucional, poder-se-á verificar um ordenamento jurídico capaz de sustentar e proteger o Estado e a população. Enquanto isso não ocorrer, ter-se-á, sempre, o lobo se alimentado dos cordeiros²⁹⁹.

A construção do Direito exige coerência e integridade, pois é indispensável para a manutenção da força e da ordem Estatal, pois direito “é aquilo que o povo necessita para alcançar a firmeza”³⁰⁰. Não cabendo ao Judiciário criar leis e princípios, bem como não pode alterar seu posicionamento “nem se houver um grande descontentamento da opinião pública”³⁰¹, pois sendo uma das instituições responsáveis para a solidificação do Direito, sua preocupação deve ir além de proferir uma ou outra decisão, mas a de auxiliar na construção de uma identidade própria e não meras cópias de sistemas estrangeiros. Deste modo, “o juiz se

²⁹⁶ Para Ronald Dworkin: “(...) se o governo inflar um direito (definindo-o mais amplamente do que o exigido pela justiça), estará privando a sociedade de algum benefício geral, como o da segurança nas ruas, pois não há razão para negar-lhe isso. Assim, um engano em uma direção é tão sério quanto um engano em outra. O governo deve buscar o meio-termo: equilibrar o bem-estar geral e os direitos individuais, concedendo a cada um o que lhe é devido.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos ...* Op. Cit. p. 303.) (sem grifo no original).

²⁹⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 192.

²⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941. *Direito constitucional e teoria da ...* Op. Cit. p. 1.337.

²⁹⁹ Francisco Carnelutti explica da seguinte maneira: “*Contudo, a comparação do arco ajuda a compreender mais profundamente o valor do Direito. Um arco. Uma Ponte. E indaguei, páginas atrás, qual o nome das margens ligadas por esta via. Retomemos àquela hipótese dos dois homens que não dispõem de alimento senão para um deles. O mais forte, que mata o adversário para comer sozinho, qualifica-se rigorosamente de homo economicus, que cuida apenas dos seus interesses. À esquerda da ponte a terra denomina-se pois de economia. O homem mais forte, que deixa o alimento para o mais fraco, denomina-se, ao contrário, de homo moralis, para o qual é impossível separar seu próprio bem do bem alheio. À direita da ponte a margem chama-se moralidade. Duas cousas opostas, que podemos representar sob as figuras do lobo e do cordeiro: homo homini lúpus e homo homini agnus. A humanidade não pode franquear o abismo que separa os dois lados, sem auxílio de uma ponte lançada de um ao outro. Esta ponte atrevidíssima toma o nome de Direito.*” (CARNELUTTI, Francisco. *A arte do Direito...* Op. Cit. p. 24/25.)

³⁰⁰ Idem. p. 15.

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito II: ...* Op.Cit. p. 172.

torna coparticipante do processo de criação do direito ao lado do legislador”³⁰², mas não possui o papel principal³⁰³.

Para Ingo Wolfgang Sarlet os princípios (principalmente o da dignidade da pessoa humana) não são criados pelos legisladores³⁰⁴. *Eles existem antes de serem positivados*³⁰⁵. Por essa razão, além daqueles previstos na Constituição Federal haveria aqueles que estão fora do catálogo, mas que também devem ser respeitados³⁰⁶. A obrigatoriedade não estaria na sua positivação, mas na necessidade inicial de cumprir com todas as determinações (legais ou morais) que protegem a dignidade e os direitos individuais da pessoa humana.

Importante neste momento é ressaltar que todos os direitos fundamentais podem sofrer limitações, pois nenhum é absoluto. Dependendo da situação de colisão, um deles terá de ceder, mas nem por isso deixará de ser “fundamental”. Então, naquele momento, e somente naquele momento, o outro direito tornou-se mais relevante. Por essa razão, “independentemente da forma e da força constitucionais que lhe são atribuídas”³⁰⁷, poderá ocorrer um momento em que um tenha que ceder em face da maior força ou peso dos direitos em sentido contrário, mas essa ponderação só caberia aos princípios e não às regras³⁰⁸.

Herbert Lionel Adolphus Hart ensina que no sistema inglês os atos administrativos, legais e judiciais se espelham à uma norma de reconhecimento (norma suprema). A função legislativa do parlamento inglês ainda resguarda sua soberania³⁰⁹, legitimando e permitindo alterações dos textos consuetudinários, bem como, a maneira que o *common law* vem sendo aplicado. Contudo, as normas máximas ou de reconhecimento sempre poderão se aplicadas, pois mesmo que se busquem alterar um precedente, ou a edição de alguma norma, deverão

³⁰² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 303.

³⁰³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 103.

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 78/140.

³⁰⁵ Para Leon Duguit: “(...) o homem devido sua natureza humana, goza de certos direitos individuais anteriores à própria sociedade, à criação do Estado, e, assim sendo, nada pode atentar contra sua legitimidade. O fim do Estado consiste na preservação desses direitos.” (DUGUIT, Léon, 1859-1928. *Fundamentos do direito* / Léon Duguit; tradução Marcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret. 2009. p. 98.)

³⁰⁶ O ex-Ministro Carlos Velloso diz que: “Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º, no seu parágrafo 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da ADIN 939-7/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 18.03.1994. Ementário n.º 1737-02. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 275)

³⁰⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 453.

³⁰⁸ Lenio Streck salienta a existência daqueles que defendem a possibilidade de realizar a ponderação de regras, para tanto cita Humberto Ávila, Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos. (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 128.)

³⁰⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. 1907-1992. *O conceito de direito ...* Op. Cit. p. 137/141.

observar a norma de reconhecimento (norma constitucional, norma legal e precedente) para poder validar tal modificação de entendimento quanto à matéria abordada.

Destaca-se que no Direito Norte-Americano a força do precedente não se faz de forma impositiva e limitativa de atuação dos juízes, dá-se justamente pela tradição, pelo reconhecimento de que aquela decisão, considerando o lugar e o momento histórico vivido³¹⁰, foi a melhor tomada, permanecendo ainda a possibilidade de interpretá-la de maneira diversa.

Sendo assim, para saber se alguma postura, independentemente de quem esteja atuando, é ou não irregular, dever-se fazer um estudo aprofundado sobre a matéria, pois qualquer análise superficial poderá acarretar violações de direitos. Assim sendo, analisar com profundidade as regras e os princípios constitucionais é dever de todos³¹¹, mas principalmente dos operadores do Direito.

2. 3. 3. Opacidade legislativa

A primeira forma de opacidade a ser visualizada é a omissão legislativa. Quando os legisladores deixam de elaborar leis importantes para a sociedade, verifica-se a necessidade dos juízes proferirem uma decisão para suprir esta lacuna. Tendo em vista a obrigação de julgar o caso que recai aos magistrados, geralmente utilizam-se das suas próprias características para apreciar a lide. É impossível crer que os magistrados, ou qualquer outra pessoa, utilize o véu da ignorância/inciência para proferir uma decisão. Todos, direta ou indiretamente, utiliza de dados e conceitos préadquiridos com as experiências diárias para assumir um posicionamento. Consequentemente julga-se o caso de maneira equivocada, pois os homens são maus juízes em causa própria³¹². Vale lembrar que “os homens, muito longe de serem iguais, são essencialmente diferentes entre si, e essas diferenças, por sua vez, acentuam-se conforme os graus de civilização da sociedade.”³¹³

Vale lembrar que, segundo John Locke, quando cada pessoa passa a julgar segundo seus valores morais, utilizam geralmente da força para impor o resultado pretendido, transformando o Estado da Natureza em Estado de guerra³¹⁴, para evitar essa consequência é que se torna importante a obediência às normas postas. Contudo, nos casos de omissões, os

³¹⁰ REALE, Miguel, 1910-. *Lições preliminares de direito...* Op. Cit. p. 167.

³¹¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: ...* Op. Cit.

³¹² Para Aristóteles: “Quando se é omissos, julga-se erroneamente; a razão é que a pessoa julga baseado em si mesmo, e a maioria das pessoas, em causa própria, julgam mal.” (ARISTÓTELES. Op. Cit.. p. 126.)

³¹³ DUGUIT, Léon, 1859-1928. *Fundamentos do ...* Op. Cit. p. 30.

³¹⁴ LOCKE, John. 1632 – 1704. *Segundo tratado sobre ...* Op. Cit. p. 172.

magistrados buscam realizar a justiça e “*todos os homens se apegam a algum tipo de justiça, mas a concepção de cada um é imperfeita e não expressa a ideia completa.*”³¹⁵

Apesar de existirem leis imprecisas, os tribunais, quando buscam diminuir estas imprecisões também acabam cometendo o mesmo equívoco, ou seja, também utilizam expressões sem qualquer precisão semântica³¹⁶. Para superar essa problemática é que o magistrado tem o dever de adequar o ordenamento jurídico existente com a realidade social brasileira proporcionando o fechamento do Direito e não sua abertura discricionária e irresponsável.

A existência de “inúmeras” interpretações dada por uma lei, demonstra o quão obscuro e vaga são as normas produzidas pelo legislativo³¹⁷, dificultando demasiadamente a atuação de seus intérpretes, sendo, em alguns casos, até preferível que tal Lei não exista³¹⁸, justificando, para aqueles que não levam o Direito a sério, a possibilidade de agirem discricionariamente em uma ou em outra direção³¹⁹.

Os operadores do Direito, no processo de compreensão e aplicação do texto, além de não poderem fazer uso da falha técnica legislativa para justificar as mais variadas decisões³²⁰, devem descartar as soluções menos adequadas e mais equivocadas para o caso concreto,

³¹⁵ Aristóteles esclarecia da seguinte maneira: “*Por exemplo, alguns pensam que a justiça é igualdade, e efetivamente o é, embora não o seja para todos e sim para aqueles que são iguais entre si. Também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato o pode, mas não para todos e sim para aqueles que são desiguais entre si.*” (ARISTÓTELES. Op. Cit. p. 126.)

³¹⁶ Ronald Dworkin: “Se examinarmos as decisões de tribunais chamados a interpretar leis contendo termos imprecisos, descobriremos que os tribunais ou discordam quanto às técnicas de interpretação da lei ou concordam apenas quanto a um conjunto de princípios que usam termos como intenção e propósito, que são, à sua própria maneira, tão imprecisos quanto ‘sacrílego’”. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 192/193).

³¹⁷ Raúl Canosa Usera afirma que: “*La multiplicidade de hipótesis de solución responde siempre, en interpretación jurídica, a una obscuridade notable del texto objeto de interpretación.*” (USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y formula política*. Centro de estudios Constitucionales. Madrid. 1988. p. 81)

³¹⁸ Para José Antônio de Magalhães Castro: “*Quando com as mesmas leis variam as decisões em casos idênticos, agrava-se o mal a ponto de ser melhor viver sem lei alguma. Interpreta-se lei como cada um quer; não há limite para a liberdade de julgar, e desta liberdade, tão ampla pode abusar, sem receio algum, desde o juiz de paz até o ministro de justiça, e este, talvez, com mais algum receio.*” (MAGALHÃES CASTRO, José Antônio de. *Decadência da Magistratura brasileira: suas causas, e meios de restabelece-la*. Rio de Janeiro: Typographia de N.L.Vianna de filhos. 1862. p. 3)

³¹⁹ Ronald Dworkin sintetiza: “*Afinal, mesmo em nosso Direito, há muitas decisões que um juiz não tem o dever de tomar nenhum sentido. (...) O conceito de dever oferece um espaço entre a proposição de que um juiz tem o dever de decidir num certo sentido e a proposição de que ele tem o dever de decidir no outro sentido; esse espaço é ocupado pela proposição de que ele não tem nenhum dever de decidir, quer num sentido quer no outro, mas antes uma permissão ou, como dizem os juristas, um ‘poder discricionário’ para decidir num ou noutro sentido.*” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 180.) (sem grifo no original).

³²⁰ Para Ronald Dworkin: “*É uma ideia muito popular entre os juristas que a imprecisão da linguagem que usam garante que, inevitavelmente, não haverá nenhuma resposta correta para certas perguntas jurídicas. Mas a popularidade dessa ideia baseia-se na incapacidade de distinguir entre o fato e as consequências da imprecisão na linguagem jurídica consagrada.*” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 189.)

evitando a insegurança jurídica e morosidade processual, pois além da fundamentação da decisão, deverão convencer as partes de que aquela decisão é a mais correta a ser aplicada no caso concreto. Se por ventura as leis fossem claras e bem elaboradas, dificilmente existiriam tantos erros ou interpretações tendenciosas.

O constante e incansável processo de criação de leis, no intuito de regulamentar a sociedade multicultural brasileira, verifica-se ao longo dos séculos, elaborações de textos de difícil compreensão para os operadores do Direito³²¹, e, principalmente, para seus destinatários: a sociedade.

Levados à ideologia de que são os “portadores do elixir miraculoso da salvação imediata”³²², os legisladores acabam cometendo erros na produção legiferante a qual acarreta o acúmulo de discussões sobre a aplicação, ou não, de uma norma, bem como levantam dúvidas sobre qual interpretação que deverá ser dada à ela no caso concreto, cabendo, assim, ao Judiciário delimitar o alcance ou esclarecer seu conteúdo.

Segundo Verbicaro, a ineficácia crescente do sistema legal em face da nova dinâmica social, impulsionou uma tentativa de reformulação do paradigma jurídico³²³, isso porque o Estado, por meio do Poder Legislativo, passou a legislar sucessivamente sobre questões comportamentais, sobre organização social e estatal, no afimco de controlar a sociedade brasileira. Contudo, quanto mais o Estado legislava para conter os conflitos (devido à desigualdade e a crise social) mais os intensificavam.

A necessidade de controlar a sociedade por meio de normas, decorrentes apenas do anseio dos governantes e não das súplicas da população, gerou, além da diminuição da eficácia da lei, a instabilidade legal, a insegurança, a inefetividade das políticas públicas, a pluralidade de interpretação das leis em face das contradições entre elas, causando o aumento de conflitos levados ao Judiciário em face da incoerência³²⁴ do ordenamento jurídico brasileiro.

Esquece-se então da visão de que o Direito é um sistema fechado, coerente e completo. Inúmeras pessoas, despreocupadas e irresponsáveis, utilizam de maneira

³²¹ Aurélio Leal afirmava que: “*Nós profissionais conhecemos de perto como um simples preceito sancionado em um estatuto, pode comprometer situações privadas e políticas que o legislador quis proteger e garantir, mas que não pode, não soube ou não teve a paciência e o cuidado de adaptar a objetividade da vida diária, quando, partindo das abstrações científicas, lhe preparou a moldura no mundo concreto*” (LEAL, Aurélio. *Technica constitucional ... Op. Cit. p 4.*) (sem grifo no original).

³²² Idem. p. 78.

³²³ VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições ... Op. Cit. p. 400.*

³²⁴ Celso Fernandes Campilongo esclareceu que: “*A idéia de unicidade do sistema jurídico é substituída por uma visão policêntrica, que admite a convivência de infinitos microssistemas normativos dotados de lógicas próprias, mas dificilmente ajustáveis à pretensão de coerência do macrossistema.*” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40/42)

equivocada e tendenciosa a introdução de princípios no ordenamento pátrio para modificar, deturpar conceitos estabelecidos, e, até mesmo, criar novas conceituações. Com a introdução dos princípios no sistema jurídico, do juízo hipotético de valor, da ponderação e da interpretação, coube ao Poder Judiciário a função de dar “um mínimo de coerência” e de unicidade do sistema jurídico.

A “liberdade e a discricionariedade interpretativa no seio da magistratura”³²⁵ foi inevitável. O não cumprimento de um dever legal por parte do Executivo e do Legislativo era/é algo corriqueiro no Brasil, ou seja, “muitas vezes a existência de direitos formalmente estabelecidos não significa sua aplicação pelas autoridades competentes”³²⁶.

No exato momento em que a população percebe que possui um direito, mas que ele não é concretizado por essas autoridades, pois ao criarem as leis criam também as “brechas” para não cumprí-las, as pessoas passam a depositar no Judiciário a possibilidade de assegurar seu direito ou, pelo menos, que seja esclarecido a obscuridade legal.

2. 3. 4. Experiência Democrática

A democracia não é uma dieta ideal, não existe um conceito definido, claro, distinto e unitário, nem tampouco consenso sobre os procedimentos e técnicas que caracterizariam *tout court* dos regimes democráticos³²⁷.

Além dos desafios de ordem epistemológica, a democracia sugere limites pragmáticos bastante consistentes, já que suas aplicações decorrem de correntes filosóficas contrárias (liberalismo e comunitarismo), e também por que não é possível estabelecer uma estrita transitividade entre a vontade de governantes e governados, nem sequer exigir a ocorrência de um diálogo honesto, tendo em vista que os grupos de interesse (entre os quais se inclui a imprensa), sempre tratará a informação da maneira mais adequada para atingir o seus propósitos³²⁸.

O conceito de democracia e a disposição de seus elementos característicos vêm passando por diversas mudanças, não apenas nas instituições internacionais, mas

³²⁵ VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições ...* Op. Cit. p. 401.

³²⁶ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política [online]*. 2004, nº. 23, p. 127-139. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 118.

³²⁷ ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. O sentido simbólico dos protestos das ruas no Brasil. Renê Francisco Hellman; Alencar Frederico Margraf (org). *Os efeitos do constitucionalismo contemporâneo no Direito: uma visão interdisciplinar*. Telêmaco Borba: Editora FATEB. 2014. p. 121 – 143.

³²⁸ Idem.

principalmente nas instituições internas. Por essa razão dificilmente se consegue alcançar uma unanimidade entre os doutrinadores a respeito de sua definição.³²⁹ A antiga ponderação de que a qualidade de uma democracia depende diretamente da maneira pela qual a sociedade busca cumprir seus requisitos elementares está praticamente pacificada³³⁰.

Diante de tais circunstâncias percebe-se que a discussão quanto à qualidade da democracia pode seguir dois caminhos distintos: i) analisar e estudar a democracia aplicada *dentro* de um regime político, isso porque a democracia não pode ser vista apenas como um mero regime político, mas, também, como um modo particular de relação entre Estado e cidadão, bem como entre a democracia e os próprios cidadãos, formando realmente um Estado de Direito³³¹; ii) ou analisar, estudar e aperfeiçoar o *processo democrático* e seus elementos³³².

Mikel Barreda defende que a qualidade da democracia será verificada com a dupla análise, tanto dos *mecanismos de acesso* ao poder político quanto dos *mecanismos de controle* do poder, pois *individualizar* seria insuficiente para compreender as variantes da democracia³³³. No entanto há quem diga que tal intenção, além de dificultosa, modifica o sentido original da democracia e, principalmente, da *qualidade da democracia*³³⁴, tendo em vista que os elementos poderiam ser melhores estudados se o forem separadamente, pois seria impossível observar alguns aspectos como corrupção, arbitrariedade e impunidade (que afetam a democracia) conjuntamente com os demais elementos democráticos. Por sua vez, Scott Mainwaring e Timothy R. Scully destacam que o maior problema verificado na América

³²⁹ Para isso basta verificar os comentários realizados por Geraldo Munck (La política democrática en América Latina: contribuciones de una perspectiva institucional, *Política y Gobierno [online]*, vol. 11, n.º 2. 2004. p. 315-346. Disponível em: http://www.politicaygobierno.cide.edu/num_anteriores/Vol_XI_N2_2004/Munck.pdf. Acessado em: 24/04/2014) e de Frances Hagopian (Derechos, representación y la creciente calidad de la democracia em Brasil y Chile. *Política y Gobierno [online]*, vol. 12, I semestre 2005, p. 41-90. Disponível em: http://www.politicaygobierno.cide.edu/num_anteriores/Vol_XII_N1_2005/03HAGOPIAN.pdf. Acessado em: 24/04/2014), que apresentam dois posicionamentos dispares quanto a democracia na América Latina quando observam o nível de democracia dentro de dois regimes políticos específicos, o brasileiro e o chileno.

³³⁰ BARREDA, Mikel. La calidad de la democracia: un análisis comparado de América Latina. In: *Política y Gobierno*. Vol. XVIII. n.º 2. II Semestre de 2011. p. 266.

³³¹ O'DONNELL, Guillermo. La irrenunciabilidad del estado de derecho. *Instituciones y Desarrollo*. Vol. 8. n.º 9. Año 2002. p. 43/82.

³³² Robert Dahl apresenta em um dos seus trabalhos 5 elementos básicos do processo democrático descrito ao longo deste trabalho (*Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press. 1989. p. 109/116), bem como oito garantias institucionais, tais como: liberdade de associação, liberdade de expressão, liberdade de voto, elegibilidade para o serviço público, direito dos líderes de buscar apoio popular, diversidade das fontes de informações, eleições livres e imparciais e, por fim, que as instituições garantam uma política de governa que dependam exclusivamente do voto popular (DAHL, Robert. *La poliarquia: participación y oposición*. Madrid: Tecnos. 2002).

³³³ BARREDA, Mikel. La calidad de la ... Op. Cit. p. 268.

³³⁴ MAZZUCA, Sebastián L. Reconceptualizing Democratization: access to power versus exercise of power. In Geraldo Munck (ed.) *Regimes and Democracy in Latin America: theories and methods*. Nueva York. Oxford University Press. 2003. p. 39/49.

Latina (e porque não da política brasileira?) está na debilidade dos mecanismos de controle do poder político já existentes e institucionalizados³³⁵.

Importante também destacar o pensamento de Adolfo Garcé e Mauricio Armellini que afirmam que não é possível conceber uma ideia fixa de democracia aplicável à todos os países. Isso porque, defender uma democracia universal, além de ser uma teoria incompleta, seria prejudicial para o próprio desenvolvimento democrático interno. Cada instituição deverá, por meio da análise da sua própria evolução histórica, realizar o desenvolvimento do seu sistema político. Os autores vão além da simples divisão democrática institucional e defendem ainda a necessidade da variação política entre governos de esquerda e direita³³⁶, o que permitiria a realização do *accountability* entre as atuações governamentais e corrigir os erros políticos dos antecessores.

No mesmo sentido Federico Traversa defende que é necessário construir o conceito de democracia para cada país conforme sua própria realidade social. Isso seria possível se, por meio da abstrativização dos elementos democráticos, separar os elementos gerais dos elementos específicos (v.g. das instituições políticas; dos eleitores; das deliberações, etc), dessa maneira, toda decisão política de uma sociedade terá valor, pois, ao analisar todas as variáveis da questão (desde os gerais até os interesses dos indivíduos) evitar-se-ia que algo importante para a evolução do Estado fosse excluído da pauta apenas por conter um elemento inapropriado, assim, no processo da decisão política, tal equívoco poderia ser corrigido e, conseqüentemente, seria tomada a melhor decisão para o Estado e para a sociedade³³⁷.

Este apontamento pode ser muito bem verificado em relação à pretensão do governo brasileiro em realizar uma constituinte exclusiva que, sem especificar as matérias que pretendem modificar, podem realizar mudanças que a população não deseja, bem como, que as matérias que necessitam de adequação nem sejam mencionadas durante a realização desta reforma política.

A reforma política, da maneira que está sendo apresentada, é realmente temerária apesar do desconhecimento por parte da população. Com a constituinte exclusiva ocorrerá a

³³⁵ MAINWARING, Scott; SCULLY, Timothy R. Party systems in Latin America. Scott Mainwaring y Timothy R. Scully (eds.). *Muilding Democratic Institutions: party systems in Latin America*. Stanford: Stanford University Press. (s.d). p. 1/34.

³³⁶ GARCÉ, Adolfo; ARMELLINI, Mauricio. Democracia y desarrollo: un enfoque “partidista”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política [online]*. vol. 17. n.º 1. 2008. p. 71-86. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0797-97892008000100003&lng=es&nrm=iso. Acessado em: 24/04/2014.

³³⁷ TRAVERSA, Federico. Nuevo análisis de las precondiciones económicas de la democracia. *Revista Uruguaya de Ciencia Política [online]*. vol. 16. n.º 1. 2007. p. 103-129. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0797-97892007000100007&lng=es&nrm=iso. Acessado em: 24/04/2014. p. 108.

construção de uma nova Constituição. Não há que se falar de uma revisão constitucional, pois esta possibilidade findou em 1993, conforme dispõe o artigo 3 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias; bem como não se pode falar que ocorrerá uma reforma da Constituição, uma vez que ela se dá por meio de Emendas à Constituição. Restando então, apenas a hipótese de se construir uma nova Lei Fundamental, o que também deve ser repudiado, tendo em vista que tal pretensão deve surgir de evidente descontentamento populacional em relação à atual Constituição Federal, fato este inexistente. O que existe são descontentamentos pontuais em relação à ela (v.g. questões tributárias e sobre processos democráticos), os quais podem, e devem, ser corrigidos via Emenda Constitucional.

Sendo assim, percebe-se que a variação do poder entre governos de situação e de oposição estaria justamente na possibilidade de equilibrar o (neo)liberalismo e o (neo)igualitarismo, isso porque, cada governo possui uma maneira de gerir seus negócios. A atuação de cada governo ou está preocupado demasiadamente com as questões econômicas (interna e externa) ou sobre questões igualitárias, mas nunca os dois ao mesmo tempo. Tais posturas são típicas de governos utilitários, que realizam benefícios à parte da população enquanto a outra sofre violações e vêem seus direitos serem desrespeitados.

Mikel Barreda demonstra que países como Chile, Uruguai e Costa Rica possuem os melhores índices sobre qualidade democrática, sendo esta verificada mediante pesquisa popular, os quais respondem diversas perguntas, dentre elas: i) se o cidadão está satisfeito com a política implantada em seu país; ii) se está satisfeito com o desempenho da administração pública; iii) se concorda com o sistema partidário existente; iv) e se está contente com os mecanismos de inclusão da população para participarem da política nacional. Por meio de uma pesquisa empírica, Barreda aponta três fatores primordiais para se medir a qualidade democrática: os fatores estruturais, as experiências democráticas e os fatores socioculturais.³³⁸

Também por meio de uma pesquisa empírica, Federico Traversa relata que não existem “*sólidos argumentos teóricos ni empíricos para creer que el desarrollo económico es una verdadera precondition para la democracia*”, porém reconhece que a democracia³³⁹ está associada à maneira de “*distribución del ingreso de baja polarización en la distribución de los recursos económicos*”³⁴⁰, ou seja, não há razões e nem comprovações de que um Estado

³³⁸ BARREDA, Mikel. La calidade de la ...Op. Cit. p. 270/278.

³³⁹ Federico Traversa define a democracia: “*como un modo de adopción de decisiones políticas, donde nadie es excluido de la participación del proceso decisorio, que por definición puede afectar la distribución de los recursos económicos en una sociedad.*” (TRAVERSA, Federico. *Nuevo análisis ...* Op. Cit. p. 108.)

³⁴⁰ Idem. p. 105.

possuirá uma democracia mais evoluída se ele for mais desenvolvido economicamente, pois se neste mesmo país (bem desenvolvido) houver uma desigualdade dispare em relação à distribuição dos recursos, a democracia também sofrerá limitações em seu desenvolvimento³⁴¹. Sendo assim, o melhor meio para proporcionar o avanço da democracia é diminuir a desigualdade social sem que sejam tomadas posturas utilitárias.

Portanto, para entender a situação democrática que o Brasil está inserido, deve-se observar os três principais indicadores democráticos existentes, que são: i) fatores estruturais da democracia interna; ii) experiências democráticas vivenciadas pelo Estado; iii) e os fatores socioculturais da população.

Quando se fala de experiência democrática, leva-se em conta a origem e a manutenção da democracia de determinado país, bem como o seu desenvolvimento. Para Mikel Barreda “*la tesis es que la probabilidad de que la democracia emerja o perdure es mayor si un país goza de una destacada tradición democrática*”³⁴².

No entanto, a evolução histórica não é determinante para caracterizar se um país possuirá ou não uma democracia evoluída, mas contribui significativamente para elevar o nível da qualidade democrática. Além de existir uma extensão dos conceitos democráticos em todas as áreas do governo (legislativo, executivo e judiciário), a permanência da democracia representa um papel importante para a formação dos cidadãos, que passarão a se identificar como uma sociedade de democratas, conseqüentemente participarão, de maneira mais efetiva, das deliberações políticas internas. Tal participação somente será possível se os governantes da situação permitirem essa inclusão generalizada, e mesmo havendo um governo tirânico, há que se destacar, que este não se sustentará por muito tempo, pois o *ideal democrático*³⁴³ prevalecerá e o povo reerguerá a bandeira da liberdade.

O primeiro ponto a ser observado em relação ao fator estrutural de uma democracia é o seu desenvolvimento interno, isso porque o nexó entre democracia e desenvolvimento está

³⁴¹ Federico Traversa diz que: “*Primero, porque en condiciones de gran desigualdad la democracia se volvería particularmente inestable, ya que grupos de individuos poderosos se volverían en contra de las consecuencias redistributivas que se derivan de la democracia en tal contexto. Y segundo, porque aún si la democracia resiste, entonces los más pobres tendrán fuertes incentivos para redistribuir los recursos, por lo cual es baja la probabilidad de encontrar a la democracia asociada con una situación de gran desigualdad económica.*” (Idem. p. 108)

³⁴² BARREDA, Mikel. La calidade de la ... Op. Cit. p. 279.

³⁴³ Para Ari Marcelo Solon: “(...) *permite descortinar algo que, se não entusiasma os democratas, pode desconcertar os grandes ditadores; mesmo que implantem o regime mais despótico, nunca conseguirão obter a obediência imediata a sua vontade pessoal. Os súditos sempre se sujeitarão a uma ordem ideal, que se desprende de qualquer governante (...). À força de uma ideia, não à força bruta. Este é um conhecido princípio da democracia. E também, de qualquer ordem jurídica.*” (SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1997. p. 209)

relacionada a diversos problemas de endogenia, ou seja, por questões de desigualdade interna, surgindo assim posturas altamente tendenciosas e segregadoras.

Frances Hagopian atribuiu o fracasso da democracia brasileira à incompetência e à incapacidade de efetivar os direitos dos cidadãos e de concretizar o Estado de Direito, porém ressalta que tais ocorrências se devem à “*herencia de desigualdad brutal*”³⁴⁴. Portanto, é necessário conhecer os elementos integradores da sociedade brasileira, para então compreender e reconhecer do porquê que a desigualdade social, criada desde o período escravocrata, ainda persiste em tempos modernos e qual a sua interferência na estrutura política atual.

Para tanto se torna oportuno apontar a utilização da teoria apresentada por John Rawls sobre a origem da sociedade e sua teoria da justiça, principalmente no que tange à suposta utilização do “*véu da ignorância*” no momento em que firmou o contrato primitivo para organização do Estado. Rawls, dentre outras colocações, afirmou que jamais haveria justiça se uma ou algumas pessoas forem prejudicadas ou tiverem seus direitos violados para beneficiar a maioria da população, mas que algumas agressões poderiam ser praticadas para evitar danos ainda maiores³⁴⁵.

No entanto, tal proteção já era defendida em *terrae brasilis* por Máximo Nogueira Penido quando este defendia o fim da escravidão alegando que não era legítimo o sacrifício sequer de uma pessoa para proporcionar o bem estar dos demais³⁴⁶. No mesmo sentido, Rui Barbosa defendia a liberdade dos escravos mesmo com a ocorrência de supostas violações aos direitos de propriedades dos fazendeiros, pois “*In duobus malis minus malum est elegendum – entre dois prejuízos opte-se pelo menor*”³⁴⁷.

A respeito da organização local e em relação à proteção dos princípios da liberdade e igualdade, destaca Máximo Nogueira Penido que somente existiria uma boa legislação se ela consultasse *as necessidades existentes para a época* e que ela fosse modelada conforme as circunstâncias e conveniência da sociedade, sem que existissem violações de direitos de terceiros³⁴⁸. Além do que, “a igualdade de fato depende da aceitação de desigualdades

³⁴⁴ HAGOPIAN, Frances. Derechos, representación y la creciente calidad de la democracia em Brasil y Chile, *Política y Gobierno*, Vol. XII, I semestre 2005, p. 62.

³⁴⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça...* Op. Cit. p. 4/6.

³⁴⁶ PENIDO, Máximo Nogueira. *O elemento servil: folheto abolicionista*. Rio de Janeiro: Typ. Camoes. 1882. p. 4.

³⁴⁷ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: questão militar, abolicionismo, trabalhos jurídicos, swift*. Tomo I. vol. XIV. 1887. Rio de Janeiro: Ministério da educação e cultura. 1955. p. 55.

³⁴⁸ PENIDO, Máximo Nogueira. *O elemento servil...* Op. Cit. p. 5/6.

jurídicas”³⁴⁹, retornando às sábias palavras proferidas por Aristóteles no sentido de que a desigualdade também pode ser justa, não para todos, mas para aqueles que são desiguais³⁵⁰.

Apesar do que já fora afirmado por Aristóteles, Leon Duguit considera que “a igualdade não constitui verdadeiramente um direito mas está nas bases do Estado, admitindo que, atentando contra ela, o Estado violaria o direito de alguns.”³⁵¹

Nesse momento surge, mais uma vez, o pensamento de John Rawls com a suposta realização do contrato primitivo, em que as pessoas da comunidade passariam a organizar a sociedade a qual pertenciam. Para a elaboração de um contrato justo, aqueles que tinham o dever de elaborar as normas do contrato, deveriam ignorar suas situações econômicas e seu status dentro do grupo, e passar a elaborar o regimento de maneira neutra e justa, em prol do bem comum.

Para evitar posicionamentos tendenciosos, essas mesmas pessoas deveriam ignorar suas qualidades e seus interesses para melhor estabelecerem as regras locais, portanto, fariam uso de um véu da ignorância, ou conforme Junger Habermas, “véu da insciência”³⁵², no momento de elaborar a regulamentação local.

Na formação do Estado brasileiro, do período colonial até a república, percebe-se que as bases apresentadas pela Teoria da Justiça de John Rawls em momento algum estiveram presentes, pois tal período foi marcado pela soberania dos costumes europeus em detrimento de qualquer outro povo que existisse no Brasil, prevalecendo a força e as violações de direitos, pois a população, maciçamente escrava, era vista apenas como meros produtores de matérias primas para sustentar a metrópole.

Para Habermas os detentores do poder “sempre tomarão suas decisões a partir do ponto de vista de suas próprias orientações e valores”³⁵³ (ou seja, a partir da perspectiva dos cidadãos por eles representados). Na construção do Estado brasileiro, em momento algum prevaleceu a igualdade entre os membros da sociedade. Havia claramente a existência de menosprezo e repulsa aos negros trazidos para o Brasil, bem como em relação aos demais povos, visto que o Brasil era uma mera colônia, que sustentava o luxo dos dominantes.

Em outras palavras, a população brasileira foi construída e desenvolvida sob as premissas da desigualdade, violações de direitos e, principalmente, pela legitimidade

³⁴⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 177.

³⁵⁰ ARISTÓTELES. Op. Cit. p. 126.

³⁵¹ DUGUIT, Léon, 1859-1928. *Fundamentos do direito...* Op. Cit. p. 24.

³⁵² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002. p. 72.

³⁵³ Idem. p. 64.

conferida pelas autoridades de explorar cada vez mais as pessoas que se encontrava no território brasileiro.

Neste momento reaparece Habermas afirmando que a “imparcialidade é imposta por uma situação que deita um véu de insciência por sobre as partes reciprocamente *desinteressadas uma pelas outras*”³⁵⁴, ou seja, não havia e não há a intenção das pessoas decidirem sem serem tendenciosas, não importando o que o próximo entende por justo e correto, apenas escolhendo as decisões que lhes sejam mais úteis.

Portanto, acreditar que as pessoas responsáveis para elaborar o contrato primitivo (e por que não, uma Constituição?) irão, de livre e espontânea vontade, utilizar o véu da insciência (ou da ignorância) para tomar as decisões mais sábias, mais justas e mais corretas para todos os membros da sociedade é, simplesmente, utópico.

A problematização apresentada por Habermas, da utilização do véu da insciência, não se encerra com a elaboração do contrato. Ela continua a existir e nunca desaparecerá. Isso porque, para que seja possível a evolução da sociedade, torna-se indispensável que seus membros continuem a utilizar o famoso “véu”, o que na verdade não ocorre, pois “a imparcialidade do juízo só estaria garantida na condição primitiva”³⁵⁵ e não na elaboração dos demais contratos (Leis).

Por essa razão, Habermas afirma que a privação das informações dos representantes do povo é o motivo da continuidade dos problemas políticos³⁵⁶. A sociedade seria mais justa se todos soubessem quais as verdadeiras intenções e interesses das pessoas quando estas estão assumindo uma função de autoridade, na qual deverá tomar um determinado posicionamento, sobre determinado assunto.

Quando a população tem ciência das intenções destas pessoas, as deliberações e discussões tornam a matéria mais palpável para o diálogo político entre os envolvidos e, principalmente, para aqueles que, segundo Hart e Haberle, “estão fora do jogo”. Permitir que as autoridades (jurídicas e políticas) tomem as decisões conforme as suas próprias consciências, privando a população de seu direito máximo de participar da organização do Estado brasileiro trata-se de uma ofensa à Democracia.

Quanto à democracia brasileira, tem-se que reconhecer que a sua construção não possui mais de 60 anos de história, pois descontado os anos de monarquias, governos

³⁵⁴ Idem.

³⁵⁵ Idem. p. 72.

³⁵⁶ Idem. p. 70.

autoritários/ditatoriais, Golpes de Estado e Governo Militar, pouco restou para que as pré-condições democráticas se desenvolvessem.

Acreditar que o contrato inicial brasileiro foi realizado com o suposto véu da ignorância; presumir que todos os cidadãos eram tratados de maneiras iguais e que eram considerados livres para deliberar/discutir sobre as melhorias e reformas do Estado, é sem dúvida ocultar e ignorar a realidade dos fatos históricos. Se contemporaneamente não há liberdade, igualdade e equilíbrio social, capaz de justificar a autodenominação de *Estado Democrático e Social de Direito*, quiçá em tempos passados que a exploração pessoal era sua principal característica.

Eduardo Cambi afirma que somente existirá um Estado Democrático de Direito quando o Estado passar a se preocupar na realização e concretização dos direitos da população em situação de vulnerabilidade, pois “apenas assegurar os direitos daqueles que já possuem condições mínimas de existência consagra a desigualdade. Perde sua capacidade de integrar os membros de uma sociedade e passa a exercer um papel de mero perpetuador de injustiças.”³⁵⁷

Nas palavras de Habermas, geralmente as normas reguladoras da sociedade são firmadas “sem contar sua autocompreensão ou compreensão de mundos divergentes”³⁵⁸, sendo inacreditável a ocorrência de um tratamento isonômico entre os diversos grupos ou povos existentes dentro de um Estado.

A desigualdade de tratamento entre as pessoas no Brasil ainda persistem.

A segregação humana, a ocultação de gênero e a exclusão social, ainda é uma realidade brasileira.

A pergunta que se faz é: O que mudou?

A resposta é que: atualmente o Judiciário pode proferir uma decisão contrária aos interesses do Executivo e do Legislativo.

A independência funcional possibilita que seja proferida uma sentença mais justa e mais benéfica à sociedade. Por essa razão, cada vez mais, a população procura a proteção de seus direitos via o Poder Jurídico.

³⁵⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 501.

³⁵⁸ HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: ...* Op. Cit. p. 72.

2. 3. 5. Situação econômica da população brasileira

Torna-se, portanto, indispensável analisar a importância da atuação do Judiciário no controle de eventuais agressões à direitos e injustiças sociais³⁵⁹ em face da globalização econômica contemporânea.

A mudança econômica da sociedade brasileira é outro fator importante para a ocorrência da “Judicialização da política”, pois com a modificação econômica-social da população (de uma sociedade agrária e produtora, passou para uma sociedade industrial e, principalmente, consumidora), conjuntamente com a diversidade cultural, culminou na crescente desigualdade econômica-social e a instabilidade institucional³⁶⁰.

Segundo Verbicaro³⁶¹, o processo brasileiro de modernização e industrialização iniciou-se a partir de 1940, mas de maneira diferente da ocorrida nos países europeus, ou seja, lá o investimento partia do setor privado, enquanto que no Brasil a industrialização se deu por incentivos públicos. Tal comportamento acarretou/acarreta na sociedade a visão de que o Estado deve realizar e efetivar todos os meios necessários para a evolução local, criando a figura do Estado Provedor.

O processo tardio de desenvolvimento e a iniciativa do Estado em prover essa necessidade, provocou a desestruturação do país, pois a modificação da sociedade agrária para urbana-industrial se deu sem planejamento e sem políticas públicas que pudessem providenciar um aparato para a população que estava deixando as plantações. As cidades não estavam estruturadas para suportar a migração que estava por acontecer. A população não estava preparado para tolerar os choques culturais que iriam vivenciar. Por fim, o Estado não se organizou para solucionar as crises culturais-sociais-econômicas que eclodiriam.

Atualmente percebe-se um “novo problema” para a administração do Estado: concretizar os Direitos Sociais. Problema este criado pela própria postura do governo ao “fabricar” uma nova classe média no Brasil³⁶². Classe essa com anseios e desejos que não

³⁵⁹ José Luis B. de Moraes destaca que: “(...) a atuação do Poder Judiciário influenciado pelas virtudes cosmopolíticas, ou seja, uma jurisdição constitucional voltada ao reconhecimento das diferenças, da tolerância e da harmonização, ressaltando a preocupação com a igualização e a inserção popular no processo jurisdicional.” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*/ José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 39.)

³⁶⁰ Idem. p. 63.

³⁶¹ VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições ...* Op. Cit. p. 399.

³⁶² Para Sonia Fleury a classe média brasileira está sendo fabricada, pois as políticas de inclusão social, abertura de crédito e facilidade de consumo, unidos à especulação midiática, moldam o discurso distorcido de que o governo conseguiu modificar a estrutura brasileira permitindo a inclusão de pessoas da “classe pobre” para a “classe média” (p. 69/80). E afirma: “Ter uma sociedade em que a renda familiar de cerca da metade da

serão alcançados pelo fato do Estado Provedor estar carente e desprovido de recursos, tendo a corrupção política e a má aplicação do dinheiro público como fatores do escoamento das verbas existentes nos cofres públicos³⁶³, bem como porque seus representantes não escutam suas súplicas.

Nos meses de junho e julho de 2013, o Brasil vivenciou dias de intensas manifestações sociais, devido à insatisfação popular em relação à postura administrativa das autoridades do Estado, tendo como principais reclamações: i) excessivos gastos de dinheiro público nas construções de estádios de futebol para a realização da Copa do Mundo; ii) precário sistema de transporte coletivo; iii) falta de investimento na saúde e educação; iv) sensação de insegurança pública e jurídica; v) incompetência administrativa; vi) impunidade dos políticos envolvidos em corrupção; vii) atuação tendenciosa dos representantes políticos e de seus partidos; viii) excesso da carga tributária; ix) e desejo de uma reforma no sistema político³⁶⁴, dentre outras.

As manifestações de massa, que inicialmente eram apontadas apenas como consequência de uma suposta crise econômica, demonstrou que a fonte da revolta não era apenas de ordem financeira, mas também pela forma que o país estava sendo administrado e estruturado³⁶⁵.

A postura dos governantes em não atender as súplicas da população fez com que aumentasse a insatisfação popular acarretando na adesão de milhares de pessoas ao movimento. Evidenciou-se que as reivindicações foram uma das formas de responder às rápidas mudanças sociais e à subsequente desorganização estatal. Dessa forma, a cultura de contestação, o controle dos funcionários públicos, a ampliação das demandas e a

população está entre R\$1.064,00 a R\$ 4.561,00 pode ser uma conquista se olharmos o tamanho da dívida social e o nível de desigualdade do país, mas não autoriza nenhuma análise a concluir que há um padrão de vida de classe média. É preciso localizar essa população: o território é um referente para a análise das condições de vida. Morar em centros urbanos com gastos diários de transporte é uma variável que interfere na condição de vida, morar em imóvel alugado ou financiado também interfere no padrão de vida familiar. Assim, R\$ 4.561,00 ao mês para uma família que vive na metrópole de São Paulo pode significar uma vida mais restrita do que R\$ 1.064,00 para outra família que vive numa cidade de interior. Pensar em medir condições de vida tendo a renda como principal variável é sempre uma aposta reducionista que deixa de fora todas as outras variáveis necessárias para ter uma visão mais coerente e clara da sociedade.” (p. 50). (COSTA, Lucia Cortes da. *Classe média e as desigualdades sociais no Brasil*. Dawid Danilo Bartelt (org.); *A “nova classe média” no Brasil como Conceito e Projeto Político*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll. 2013. p. 43-55. Disponível em: <http://br.boell.org/sites/default/files/ncmlivrohbs.pdf>. Acessado em: 01/07/2014.)

³⁶³ ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. *O sentido simbólico dos protestos ...* Op. Cit. p. 121 – 143.

³⁶⁴ MARGRAF, Alencar Frederico; ALVES, Fernando de Brito. *COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DA FIFA E SEUS REFLEXOS ECONÔMICOS: O princípio da vedação do retrocesso como protetor dos direitos sociais brasileiros*. Alencar Frederico Margraf; et al; (org). *Os megaeventos nacionais e seus reflexos jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2014. p. 3 – 27.

³⁶⁵ ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. *O sentido simbólico dos protestos ...* Op. Cit. p. 121 – 143.

hiperpolitização das massas não pode ser tida como vícios ou inconvenientes do *regime democrático*. Essas características são justamente suas virtudes³⁶⁶. São sinais de desenvolvimento e efetividade da democracia brasileira que não fica presa apenas à realização de um *accountability*, ainda que prematuro, mas que busca um maior comprometimento de seus governantes para a concretização das normas constitucionais³⁶⁷.

A crise do *Welfare State*, decorrente das atuações do neoliberalismo, em que, os Estados movia-se para a adequação com o capitalismo contemporâneo, sobrepondo-se a qualquer outra forma de contenção e de proteção de direitos individuais (poder legislativo, religião, sindicatos ...), levou as pessoas (em um contexto mundial) a encontrar outra instituição para se sentirem protegidas. É exatamente neste contexto que surge a figura do Poder Judiciário como o protetor e “o muro das lamentações do mundo moderno”³⁶⁸.

As normas políticas necessitam de auxílio das interpretações jurídicas³⁶⁹ preocupadas com a realidade fática do momento em que se analisa o caso concreto, e não apenas a vontade do legislador da época em que a lei foi criada.

A *judicialização da política* se “alimentou” dos interesses econômicos e sociais³⁷⁰, ou seja, a população e, principalmente, os mais vulneráveis passaram a buscar no Judiciário a proteção dos direitos já reconhecidos por lei ou pela Constituição³⁷¹, sendo que, após a CF/88, a procura passou a ser ainda maior em face da sua estrutura, que concilia regras que necessitam de estabilização judicial³⁷² e de princípios que permitem estabelecer padrões

³⁶⁶ ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. Anotações sobre transição democrática e crise no Brasil contemporâneo. In: *Crise Constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação*. Rafael de Lazari; Renato Bernardi (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 57/81.

³⁶⁷ CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?*. Rio de Janeiro: *Revista de Administração Pública*. Vol. 24. nº 2. p. 30 – 50. 1990. Disponível em: http://ebape.fgv.br/sites/ebape.fgv.br/files/rap8_0.pdf. Acessado em: 24/01/2015.

³⁶⁸ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo social [online]*. 2007, vol. 19, nº. 2. p. 39-85. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

³⁶⁹ Segundo Raúl Canosa Usera: “(...) los motivos políticos reflejados en ciertas normas constitucionales, no se explican por sí mismos sino que necesitan del apoyo interpretativo y aplicativo de determinadas orientaciones políticas afloradas durante un período histórico concreto y que son obra de las fuerzas políticas con capacidad de influir en la formación de la voluntad política.” (USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional ...* Op. Cit. p. 189.)

³⁷⁰ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização ...* Op. Cit. p. 118.

³⁷¹ Para Mauro Cappelletti: “(...) a história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos (raciais, religiosos, econômicos etc.) encontram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores...* Op. Cit. p. p. 100.) (sem grifo no original).

³⁷² Marcelo Neves afirma que: “A própria questão da diversidade de compreensão de uma mesma regra legal – seu sentido, seu âmbito de incidência e aplicação etc. – exige a atividade judicial de estabilização e reorientação das expectativas normativas conflitantes em torno do respectivo texto legal. E essa atividade só

normativos³⁷³, mas que, por erro dos Operadores do Direito, passaram a serem utilizados como ferramenta de abertura desmensurada do sistema pátrio, cabendo ao Judiciário a sua limitação, bem como, aplicação no caso concreto.

2. 4. Expansão do Judiciário: mito ou realidade?

Sendo o Direito respaldado pela maneira que é interpretada a Constituição e as leis infraconstitucionais pelas Supremas Cortes³⁷⁴, percebe-se cada vez mais a busca pelo Judiciário para, além da delimitação semântica das palavras e dos princípios incorporados no ordenamento jurídico pelos legisladores, impedir manipulações epistemológicas em leis ou projetos de lei, bem como evitar a ocorrência de abusos nos processos democráticos em favor da maioria que está no poder³⁷⁵.

O Poder Judiciário brasileiro, como já dito anteriormente, realiza tais controles por duas vias distintas: i) controle difuso de constitucionalidade realizado pelos magistrados (incluindo de primeira instância); ii) e pelo STF, por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Portanto, a existência destes dois modelos fez com que aumentasse o rol de legitimados à questionar a atuação dos representantes do povo no exercício de sua função de criar leis, cabendo, por fim, ao Judiciário a solução de inúmeros conflitos. Essa maneira híbrida de realizar o controle de normas foi fundamental para a “inserção do Poder Judiciário no sistema político de poder”³⁷⁶.

O aumento das funções do Poder Judiciário, a necessidade de transparência e de atuação do Poder Legislativo, juntamente com a descrença, desconfiança e a falta de

poderá ter sucesso, em alguns casos, se houver recurso a princípios adequados à solução da respectiva controvérsia jurídico-constitucional.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 169.)

³⁷³ Marcelo Neves esclarece que: “*Os princípios jurídicos, sobretudo os constitucionais, têm uma tarefa fundamental de selecionar, do ponto de vista interno do direito, expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores-preferência ou valores-identidade de grupos, interesses por estabelecimento de padrões normativos, assim como expectativas normativas atípicas as mais diversas, que circulam de forma conflituosa no ambiente ou contexto do sistema jurídico.*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 128.)

³⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e ...* Op. Cit. p. 103.

³⁷⁵ Para o Ministro Celso de Mello: “*Delineia-se, nesse contexto, a irrecusável importância jurídico-institucional do Poder Judiciário, investido do gravíssimo encargo de fazer prevalecer a autoridade da Constituição e de preservar a força e o império das leis, impedindo, desse modo, que se subvertam as concepções que dão significado democrático ao Estado de Direito, em ordem a tornar essencialmente controláveis, por parte de Juízes e Tribunais, os atos estatais que importem em transgressão a direitos, garantias e liberdades fundamentais assegurados pela Carta da República.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.831-9/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ. 04.08.2006. Ementário 2240-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acessado em: 04/11/2013. p. 249)

³⁷⁶ VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições ...* Op. Cit. p. 398.

representatividade³⁷⁷, fez com que a população se aproximasse e depositasse sua confiança naquela instituição, tornando-a, de certa forma, mais democrática e preocupada com os anseios e necessidades dos cidadãos, ou seja, “o juiz torna-se protagonista direto da questão social”³⁷⁸ e um instrumento para a realização dos direitos fundamentais³⁷⁹, porém, há quem defenda os parlamentares de desigualdade de força e institucional³⁸⁰, e que, por isso, o tratamento desigual deve ser direcionado não aos magistrados e administradores, mas aos parlamentares.

Tendo em vista a ausência de apoios e deveres políticos na tomada da decisão, o Judiciário passou a aplicar os princípios constitucionais (v.g. dignidade da pessoa humana) de maneira abrangente, o que causou, e causa, a necessidade de inúmeras ponderações principiológicas constitucionais³⁸¹. Ao assumir esse papel de *juiz Hércules*³⁸², heroico e salvador, o Judiciário, por um lado, soluciona apenas os casos estudados e, por outro, causa a inconsistência e descaracterização de uma *identidade constitucional*, pois o magistrado passa a utilizar seus próprios valores morais para ponderar os princípios “conflitantes” discutidos na

³⁷⁷ Vianna, Burgos e Salles, entendem que: “Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao welfare, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional.” (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos ... Op. Cit.* p. 41.)

³⁷⁸ Idem. p. 41.

³⁷⁹ Para tanto basta verificar as recentes decisões a respeito do nepotismo, da união homoafetiva, adoção de crianças por casais homossexuais, antecipação de parto de anencéfalo, obrigatoriedade do Estado em realizar tratamento não coberto pelo SUS, dentre outras...

³⁸⁰ Aldo Rebelo salienta que: “Mas convém atentar, primeiro, na facilidade do diagnóstico: trata-se de instituição transparente, onde tudo é passível de verificação e cotejo; os debates, as negociações e as decisões são públicos. Ademais, tem o Legislativo um baixíssimo poder de dissuasão e nenhum de retaliação. Falta-lhe a caneta das nomeações (e do orçamento) do Executivo, assim como não tem o poder punitivo do Judiciário. O primeiro dispõe de generosas verbas de publicidade e elevada capacidade de favorecer negócios. O segundo tem a prerrogativa de impor sanções civis e penais a quem o desafia, e até determinar censura prévia aos meios de comunicação.” (p. 115). (REBELO, Aldo. A corrosão da democracia representativa. *Estudos Avançados*. [online]. 2009, vol. 23, nº. 67. p. 113-118. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300014&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.)

Acessado em: 01/07/2014.)

³⁸¹ Marcelo Neves afirma que Os princípios “quando funcionam em um Estado constitucional rigorosamente consistente (autorreferência), eles desempenham um papel fundamental para adequar o direito à sociedade (heterorreferência). Entretanto, se o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialistas pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica. E essa situação se torna mais forte com a introdução de outro ingrediente: a ponderação desmedida.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ... Op. Cit.* p. 190/191) (sem grifo no original).

³⁸² Marcelo Neves salienta que: “o ideal regulativo de Dworkin, o juiz Hércules, monólogo, solipsista e, eu diria, simplista, não é o mais adequado para compreender os seus próprios limites.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ... Op. Cit.* p. 30)

lide, decidindo, assim, conforme sua consciência e não conforme o Direito pátrio, sob a desculpa de que há lacunas e *espaços livres*³⁸³ em nosso ordenamento.

A partir do momento em que as características pessoais destes juízes heroicos e salvadores passam a “fundamentar” as decisões, além destas decisões serem proferidas de maneira equivocada (pois aquele que julga em causa própria, julga mal), surge as perguntas proferidas por Lenio Streck: “Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?”³⁸⁴ No mesmo sentido, Eduardo Cambi afirma que “mais importante de se saber quem comanda, é como se controla quem comanda. Ou, em outras palavras, mais relevante que saber quem exerce o poder, é como se controla o exercício do poder.”³⁸⁵

O julgamento dos processos com base em princípios vem criando “um império de decisões solipsistas” pautada na ponderação, desmensurada, dos valores, e na importação, equivocada, da Jurisprudência dos Valores aplicada na Alemanha³⁸⁶. Lá as decisões são proferidas de maneira coerente e concisa, no Brasil há um decisionismo discricionário incoerente e despreocupado com o Direito. Portanto, esta postura deve ser repudiada pelos operadores do Direito, pois cada magistrado analisando e interpretando conforme suas características pessoais aumentam ainda mais a insegurança jurídica em face das pluralidades interpretativas sobre as mesmas normas.

Contudo, em face da população brasileira ainda ser carente e dependente de uma figura heroica, a confiança no Judiciário se dá pela maneira que seus membros passaram a se pronunciarem em relação às ponderações/interpretações normativas, pois vem sendo a única instituição que decide em favor do povo mesmo sem existir qualquer vínculo representativo.

A questão da legitimidade democrática por meio de eleições, na atuação política, passou a ser mitigadas com a necessidade de atuação do STF em questões de maiores relevâncias sociais, principalmente pela inércia do Poder Legislativo. Apesar do STF não ser um órgão eminentemente político na sua formação, não significa dizer que suas decisões

³⁸³ Eduardo Cambi ensina que: “*Se, no plano da aplicação dos direitos fundamentais, é incorreto afirmar que a jurisprudência não pode emitir juízos de valor (isto é, não estaria orientada para julgamentos de valor moralmente corretos), também é equivocado concluir que as normas deixam espaços livres para que triunfem as próprias convicções morais do aplicador do direito.*” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 314.) (sem grifo no original).

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito I: ...* Op. Cit. p. 164.

³⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 314.

³⁸⁶ Para Lenio L. Streck: “(...) *essa descoberta não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da Jurisprudência dos Valores (que foi ‘importada’ de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um positivismo fático), a ponderação de valores brasileira (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege prima facie), etc.*” (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 19.) (sem grifo no original).

sejam *apolíticas*³⁸⁷, ou que ele não possa exercer uma participação mais efetiva na construção do Estado brasileiro, pois o simples fato de ele ser um dos poderes do Estado já justificaria sua atuação³⁸⁸.

Portanto, o STF exerce uma função política³⁸⁹⁻³⁹⁰, tornando-se uma instituição indispensável para assegurar o cumprimento da Constituição Federal, não podendo seus membros decidir em prol de uma ou outra agremiação³⁹¹, mas sim conforme a Lei Suprema, o que não pode ser caracterizada, tão somente, como uma *decisão política*³⁹², mas uma questão

³⁸⁷ Francisco G. Marques de Lima sintetiza que: “Primeiro, por colocar-se ele no ápice da pirâmide judiciária, no cume do Poder Judiciário (cuja estruturação obedece a critérios políticos), uma das três instituições básicas, encarregada de cumprir uma das clássicas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária); e não existir poder apolítico dentro da formação estatal. Segundo, por serem as decisões do Judiciário, nesta esteira, manifestações de índole política (não partidária) do Estado, no desempenho da jurisdição. Terceiro, porque habitualmente se submetem ao seu crivo questões referentes à condução do país, ao comportamento de altas autoridades, à política econômica da nação, à tributação, às alterações constitucionais, ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, aos conflitos entre a União, seus Estados e o Distrito Federal, e entre estes e Estados ou organismos estrangeiros, bem ainda à segurança nacional etc” (LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira: estudos de casos, abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 29/30.) (sem grifo no original).

³⁸⁸ Joaquim Barbosa afirma existir: “duas democracias, duas legitimidades. A nossa não é eletiva. Não fomos eleitos, mas somos os supremos guardiões da Constituição. Dessa guarda maior retiramos a nossa legitimidade. Desse modo, interpretar e aplicar a Constituição inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima atuação dos poderes, não é usurpação, é isso que nos cabe fazer. E nessa medida, conforme Lourival Vilanova, cumprimos uma função política, porém com necessária fundamentação técnica ou jurídica.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 297) (sem grifo no original).

³⁸⁹ Para Oscar Vilhena Vieira: “Afirmar isso significa admitir que o Supremo Tribunal Federal é hoje, mais do que nunca, um órgão inelutavelmente político, pois suas decisões têm um profundo e determinante impacto sobre a conduta dos demais Poderes e da população em geral. E quem exerce autoridade sobre os demais, exerce função política.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 228) (sem grifo no original).

³⁹⁰ Segundo Raúl Canosa Usera: “No se puede negar que haya un control político, pero esta adjetivación no es la fundamental, reservada esta plaza para el calificativo constitucional que, por encima de todo, se identifica con jurídico.” (USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional ... Op. Cit.* p. 80)

³⁹¹ Oscar Vilhena Vieira diz que: “Caso se afaste da vontade da Constituição, substituindo-a pela de seus próprios Ministros, estará agindo ilegitimamente, pois afinal não foram eleitos para assumir esse tipo de função e sequer a Constituição assegurou ao tribunal tais atribuições. Ao Supremo Tribunal Federal, no entanto, cabe a última palavra. Daí sua enorme responsabilidade.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal ... Op. Cit.* p. 231)

³⁹² Para Gilmar F. Mendes: “Isso significa, também, que de modo algum cabe, em hipóteses como a presente, tentar evitar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre proposição legislativa violadora de cláusulas pétreas, sob alegação de se cuidar de questão política. Pedro Lessa já doutrinava que a violação da Constituição sempre abriria as portas da jurisdição e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, por mais política que se considerar a questão. Trecho de emenda de acordo desta Corte, publicado em 1914, revela que a jurisprudência é antiga e tranquila no sentido de considerar que assuntos disciplinados por texto constitucional não são apenas políticos: “O Supremo Tribunal Federal conhece de questões que não são meramente políticas, o que, aliás, é um rudimento do sistema. Desde que a questão está subordinada a textos expressos na Constituição, deixa de ser questão exclusivamente política.” (D.J. de 02.8.91, R.T.J. 139/783).” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 32.033/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ 079 – Divulgado em 26/04/2013; Publicado em 29/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23353055/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>. Acessado em: 04/11/2013. p. 49). (sem grifo no original).

*jurídica-política*³⁹³. Por essa razão, qualquer questão de juízo de valor deve ser repudiada, pois a instabilidade institucional e a insegurança tenderão a crescer quanto mais elementos externos ao Direito passarem a servir como fundamentação e justificação de uma decisão judicial³⁹⁴. Quando a decisão passa a conter critérios políticos, não significa dizer que ela buscará a proteção de uma ou outra agremiação ou será a favor ou contra um determinado Governo, mas a de se preocupar com a gestão do Estado e a maneira que as autoridades políticas atendem os interesses sociais. Desta maneira reconhece-se que o STF, apesar da ausência de uma legitimidade eletiva, possui legitimidade constitucional, para exercer sua função (julgar conforme...) quando busca a proteção das normas da Lei Fundamental.

Contudo há que se destacar que, em havendo uma demanda, baseada no ordenamento jurídico e que pode ser resolvida por meio da CF, trata-se de uma função clara da Suprema Corte por fim à ela. Não será uma “*distorção institucional*”³⁹⁵, mas consequência da existência de uma Constituição social, democrática e compromissária. Assim sendo, “(...) o juiz fortemente vinculado à lei é substituído por um juiz modelador da vida social, com sensibilidade para captar e atender as múltiplas necessidades sociais.”³⁹⁶

A universalização do acesso à justiça se dá pela abertura e facilitação que se tem verificado para se chegar ao Judiciário. A ampliação estrutural (v.g. realização de concursos para contratações de magistrados e servidores da justiça; criação de Juizados Especiais; defensoria pública ...) e instrumental (justiça gratuita, mediação, arbitragem ...) faz com que o Judiciário torne-se acessível a todas as pessoas, independente das questões econômicas em que ela se encontre. Tais garantias são importantes para assegurar a acessibilidade e o equilíbrio entre as partes para as resoluções de litígios, impedindo que ainda existam dois pesos e duas medidas na análise judicial.

Ao conseguir diminuir os abusos e a distância do Judiciário em relação à população, esta passa a creditar que os direitos conquistados aos longos dos anos passarão a ser respeitados e concretizados pelas autoridades governamentais do Estado.

³⁹³ Para Eduardo Cambi: “*surge a necessidade e a importância das Cortes Constitucionais. Entretanto, a mera previsão destas Cortes não assegura a segurança jurídica. Primeiro, porque as Cortes constitucionais decidem com base em técnicas e argumentos que não são apenas jurídicos, mas também políticos. Segundo, as normas constitucionais são amplas e ambíguas. Refletem a imagem de um Estado e de uma sociedade que não são uniformes, prevendo normas compromissórias, o que faz com que as normas constitucionais nem sempre representem critérios adequados para o controle da atividade interpretativa.*” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 150.) (sem grifo no original).

³⁹⁴ Eduardo Cambi defende que: “*Sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a função de controlá-los.*” (Idem. p. 195.) (sem grifo no original).

³⁹⁵ VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições ...* Op. Cit. p. 391.

³⁹⁶ Idem. p. 395.

2. 5. Delimitando seu significado

Segundo Ernani Rodrigues Carvalho o estudo da judicialização da política pode ser realizada sob dois ângulos: normativo e analítico³⁹⁷. O primeiro, enquanto se preocupa em consolidar a supremacia da Constituição para solucionar os conflitos existentes na sociedade, bem como para a realização da democracia constitucional; o segundo se prende à necessidade de corrigir os impasses políticos e institucionais do Estado.

Utilizando as expressões de Vallinder, Ernani Carvalho explica que podem existir várias maneiras de verificar a judicialização da política, sendo elas: i) a “*from within*” a qual utiliza o Judiciário como aparato para correção das funções do Estado; ii) e “*from without*” que é uma “reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomado como base a Constituição”³⁹⁸. A forma mais evidente de judicialização da política no Brasil se dá pela segunda maneira, ou seja, por meio de uma provocação de terceiro, principalmente pelas agremiações políticas opositoras ao governo da situação³⁹⁹.

Apesar da quantidade de ações apresentadas ao STF para realizar o controle da produção normativa ser um indício tanto da Judicialização da Política quanto do Ativismo do Judiciário, não significa dizer que realmente o país esteja numa ou noutra situação, pois depende diretamente da postura tomada pela Suprema Corte no momento em que decide pela (in)constitucionalidade da norma criada pelo legislativo. “O controle de constitucionalidade é justamente a função precípua e democrática de uma corte constitucional”⁴⁰⁰, não podendo ser atribuído à ela o estigma de Ativista em face da quantidade de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) rejeitadas ou deferidas. Sendo assim, para verificar a existência de uma judicialização da política ou de um ativismo, deve-se analisar o discurso aplicado e o

³⁹⁷ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização ...* Op. Cit. p. 116.

³⁹⁸ Idem. p. 121.

³⁹⁹ Segundo pesquisa empírica de Vianna, Baumann e Salles a respeito das Adins impetradas no período compreendido de 1998 à 2005 (17 anos): “a esquerda é responsável por quase 70% das Adins de partidos contra normas federais, torna-se interessante discriminar a atuação específica das diferentes legendas. A Tabela 19 evidencia que, durante o período FHC, o PT era o grande responsável pelas Adins da esquerda, respondendo por quase 60% delas. Como era de se esperar, no período Lula, o PT deserta o campo das Adins contra normas federais, não propondo nenhuma nesse período. Os demais partidos de esquerda, no entanto, não deixam de apresentar Adins contra o governo federal nesse período, em especial o PDT, autor de dez das dezessete apresentadas pela esquerda. Vale notar que, apesar de recém criado, o PSOL já aparece entre os partidos de esquerda propositores de Adins contra normas federais, o que indica que esse mecanismo é legitimado até mesmo pelos segmentos mais radicais da esquerda.” (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos ...* Op. Cit. p. 69/70)

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito I: ...* Op. Cit. p. 165.

alcance dos efeitos das decisões do Judiciário e seus reflexos em relação às demais instituições políticas do Estado.

Analisando as decisões proferidas pelo STF no Brasil, entre 1988 e 2005, Vianna, Baumann e Salles constataram que aproximadamente 57,2% das Ações Diretas de Inconstitucionalidades – ADIN's - impetradas em face de normas produzidas pelos *legislativos estaduais* foram deferidas ou parcialmente deferidas. Com base nos dados numéricos colhidos pela pesquisa realizada constataram que a “produção legislativa estadual está sendo submetida a uma efetiva judicialização”⁴⁰¹. O mesmo não seria dito se analisasse os dados em relação às ADIN's impetradas em face à produção normativa federal, a qual apenas 10% são julgadas procedentes ou parcialmente procedentes. No entanto, apesar desta busca quantitativa, percebe que os autores trataram a Judicialização da Política e o Ativismo do Judiciário como se fossem iguais. Tal constatação fica evidente quando eles fazem a ressalva delimitando a Judicialização da Política em relação às matérias julgadas pela colenda Corte, tendo em vista que, as recentes decisões tomadas em algumas ADIN's atingiram diretamente as intenções políticas nacionais⁴⁰², o que na verdade deveria ser considerada como decisões ativistas.

Outros dados relevantes são apontados por Ernani Carvalho que analisou os questionamentos de inconstitucionalidades de leis federais, mas sob outro viés: dos seus autores. Constatou que 71,2% das ADINS (764) foram impetradas por alguma espécie de representantes populares: partidos políticos (34,3%); confederações sindicais; e entidades de classe (36,9%). Ficando evidente que a judicialização da política trata-se de um “convite à participação na adjudicação constitucional”⁴⁰³, a qual é feita, principalmente por partidos e confederações.

Luis Legaz y Lacambra afirma que com este decisionismo dos juízes e da “politicagem” dos legisladores, percebe-se claramente que a postura destes dois setores vêm

⁴⁰¹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos ...* Op. Cit. p. 77-78.

⁴⁰² Vianna, Burgos e Salles: *ADIN 3068*, ajuizada pelo PFL contra a medida provisória 136/2003, que trata da estrutura organizacional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade; *ADIN 3369*, ajuizada pelo Ministério Público contra as mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, que trata da remuneração de servidores do legislativo; *ADIN 3467*, ajuizada pelo PSDB contra medida provisória 242/2005, que altera os critérios de cálculo de auxílio-doença da previdência social; *ADIN 3578*, ajuizada pelo PC do B contra medida provisória 3192/2001, que estabelece critérios para a privatização de instituições financeiras. *ADIN 1351 e 1354* propostas por partidos de esquerda e nanicos contra a lei 9096/95, que estabelecia cláusula de desempenho eleitoral, o que contou com amplo consenso dos principais partidos do país. (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos ...* Op. Cit. p. 79.)

⁴⁰³ CARVALHO, Ernani. *Judicialização da política no Brasil: ...* Op. Cit. p. 334.

causando grande tensão entre eles, e por isso, proporcionam uma disputa pelo poder que a muitos anos estava esquecida⁴⁰⁴ ou pelo menos enfraquecida.

No entanto deve ser levado em consideração que muitas destas decisões proferidas pela Suprema Corte se devem justamente por ações impetradas pelos próprios parlamentares, demonstrando evidente contradição entre suas condutas, ou seja, defendem a utilização do Judiciário como meio de proteger *seus direitos* e interesses, mas criticam quando constatarem que essas decisões os atingem.

Portanto, não há que se falar em ativismo ou de avocar a função de legislador negativo pelo Judiciário, pelo simples fato de estar recebendo inúmeros processos questionando projetos de leis ou quando estas já são aprovadas. O fato de ele estar sendo chamado, pelos próprios representantes populares, a decidir quando verificada alguma ação/omissão danosa por parte do Executivo ou do Legislativo⁴⁰⁵ não o torna, somente por este fato, um *Ativista*, pois estar-se-ia retornando à mero debate quantitativo.

São inúmeras as alegações em face do comportamento ativo do Judiciário, principalmente quando assume o papel de legislador positivo (v.g., com as Súmulas Vinculantes) ou uma câmara legislativa especializada (STF no controle difuso de constitucionalidade⁴⁰⁶) havendo, portanto, a necessidade de analisar com maior cautela se uma decisão foi realmente ativa ou se a Suprema Corte está legitimada a decidir sobre tal matéria.

Percebe-se então, que a questão primordial a ser estudada é sobre a legitimidade, ou não, do Supremo Tribunal Federal proferir decisões que inicialmente caberia apenas ao Congresso Nacional ou ao Poder Executivo, o que é bem diverso de apontar o ativismo simplesmente pela quantidade de ações que o Judiciário recebe ou sentencia.

Apesar de ser relevante a discussão e o aperfeiçoamento dado ao discurso jurídico aplicado em uma decisão, seja por meio das teorias procedimentalista ou substancialista, busca-se nestas linhas, demonstrar que o tema em questão necessita de um estudo interdisciplinar, uma vez que a sociedade brasileira, por não verem efetivados diversos direitos, passam a buscar sua concretização por meio do Judiciário, que por sua vez, por não

⁴⁰⁴ LACAMBRA, Luis Legaz y. *Horizontes del pensamiento ...* Op. Cit. p. 333.

⁴⁰⁵ Marcos Faro Castro diz que: “*A Judicialização da Política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre “Direito e Política” e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”*”. (CASTRO, Marcos Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Trabalho apresentado no XX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu-MG, 1996. Disponível em:

http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5342&Itemid=361.

Acessado em: 01/07/2014. p. 148.) (sem grifo no original).

⁴⁰⁶ QUEIROZ, Cristina. *O Parlamento como ...* Op Cit. p. 103.

existirem as normas positivadas, passa a buscar nos princípios toda fundamentação para garantir a proteção dos direitos fundamentais constitucionais⁴⁰⁷.

Por essa razão, não ignorando a importância da questão democrática da formação das instituições políticas nacionais, nem as teorias do discurso jurídico, busca-se, sempre, analisar e demonstrar diversos fatores que legitimam o Judiciário a, pelo menos, receber diversas demandas.

Os fatores aqui analisados, dentre outros, passam a dar condições e legitimam o Judiciário e a Suprema Corte Federal a *expandir suas decisões* em prol da defesa dos direitos fundamentais, da dignidade humana e na proteção da estabilidade institucional do Estado Brasileiro, porém, a maneira que se constrói o discurso jurídico da decisão proferida é que poderá diferenciar uma postura Ativista de uma atuação constitucional.

⁴⁰⁷ Ronald Dworkin supõe: “*que os direitos constitucionais que chamamos de fundamentais, como o direito à liberdade de expressão, representam direitos, no sentido forte, contra o governo. Esta é a razão pela qual nos orgulhamos de que nosso sistema jurídico respeita os direitos fundamentais do cidadão.*” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos ...* Op. Cit. p. 294.) (sem grifo no original).

3. DISCURSO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

3. 1. Relevância da Discussão

Tendo em vista as recentes mudanças do ordenamento jurídico brasileiro, bem como da expansão da jurisdição constitucional, que demonstra a necessidade da evolução e da afirmação do princípio da separação dos poderes⁴⁰⁸, ressurgiu a discussão sobre qual instituição possuiria a falsa monopolização da última palavra em relação ao controle de normas.

A legitimidade constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal em relação à proteção das normas constitucionais vem suscitando inúmeras críticas, tanto na ordem jurídica quanto na ordem política, uma vez que passou a utilizar como fundamentação de suas decisões a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, e para tanto, a aplicação de “princípios” não recepcionados pela Constituição Federal.

Por essa razão torna-se imperioso pesquisar sobre o verdadeiro sentido da disputa realizada entre Legislativo e Judiciário, que não fica restrito apenas à uma suposta “luta pelo poder”, pois antes disto, há a necessidade de compreender se há um poder em disputa, o qual estaria demonstrando a inadequação da teoria da separação dos poderes, bem como, entender a maneira pela qual se deve utilizar as normas constitucionais, ou seja, ou utilizá-las como procedimento, ou como substância.

Com isso (re)surgem discussões a respeito de qual teoria do discurso jurídico deve ser analisada a Constituição Federal, ou seja, qual das duas vertentes (procedimentalista ou substantivista), seria capaz de adequar, em seu discurso, as normas constitucionais e de garantir às instituições estatais uma atuação mais condizente com a realidade social contemporânea.

Tendo em vista à presente pesquisa ser direcionada ao controle da produção normativa, há a necessidade de partir da exposição da luta pela hegemonia de uma função sobre a outra. Sabe-se que o anseio pelo poder sempre existiu, no entanto, a muito tempo não se observava de modo escancarado essa ruptura, até mesmo porque havia entre eles o reconhecimento de que deveriam proporcionar um bem maior, ou seja, a proteção da população brasileira em face de abusos totalitários presenciados no século XX, seguindo assim, os padrões da política do *Welfare State*.

⁴⁰⁸ Ari Marcelo Solon diz que: “(...) a jurisdição constitucional não é a antítese do princípio da separação dos poderes, mas, pelo contrário, sua afirmação.” (SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania ...* Op. Cit. p. 119)

Na última década, as três esferas passaram a colidir com as diretrizes da Constituição Federal, mitigando a existência do Princípio da Separação dos Poderes, argumentando para tanto a necessidade da *concretização da Democracia* em todos os setores do Estado e a efetivação/concretização dos direitos fundamentais, principalmente os de segunda dimensão (direitos sociais), para toda sociedade brasileira.

A principal dúvida é saber qual a postura a ser tomada pelo Judiciário em relação às decisões que envolvem conflitos entre as regras constitucionais e os princípios.

Surgem então algumas correntes doutrinárias: uma que defende a utilização do discurso argumentativo (substancialistas) em suas decisões; outra que defende a necessidade do Judiciário se limitar a realizar um discurso de fundamentação (procedimentalista), no qual deve se ater às normas constitucionais sem expandir a interpretação do texto para além do que os legisladores fixaram; e outra que busca a coerência da decisão na pretensão de ser criada uma identidade constitucional.

Utilizando o apontamento realizado por Martin Wight a respeito da política do poder, por mais que ele aborde a utilização de forças bélicas na conquista pela soberania internacional, torna-se oportuno apresentar a sua concepção a respeito da *busca pelo equilíbrio do poder*, pois este, nada mais seria, do que a utilização do bom-senso e do raciocínio óbvio para a autopreservação, ou seja, quando uma instituição torna-se *perigosamente poderosa as outras devem se juntar contra ela*⁴⁰⁹.

Partindo deste entendimento, verifica-se a seguinte situação: sob a “acusação” de que o Legislativo tem se tornado moroso e insuficiente para positivar as situações relevantes para a sociedade, o Judiciário estaria sendo “obrigado” a dar uma resposta à ela mesmo sem a existência de uma legitimidade legal-constitucional. Se por um lado a postura decorreria da Expansão do Judiciário, por outro se trata de mero *decisionismo judicial*, em outras palavras: *ativismo judicial*.

Luis Legaz y Lacambra afirma que o “decisionismo” é importante, desde que haja fundamentação, mas salienta, também, que em face do desejo de alguns em se tornarem heróis para a sociedades, bem como pelo excesso da “politicagem” dos legisladores, percebe-se

⁴⁰⁹ Martin Wight imagina: “a existência de três potências, das quais a primeira ataca a segunda. A terceira potência não pode assistir à segunda ser tão esmagadoramente derrotada de maneira que ela própria se sinta ameaçada; assim, se a terceira potência tem uma boa visão da situação a longo prazo, ela ‘jogará seu peso no prato mais leve da balança’ ao apoiar a segunda potência. Esta é a maneira mais simples de compreendermos o equilíbrio do poder. De maneira geral, quando uma potência se torna perigosamente poderosa as outras se juntam contra ela.” (WIGHT, Martin. *A política do poder*. Tradução de Carlos Sérgio Duarte. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 135/136)

claramente que a postura destes dois setores proporcionam tensão e ausência de diálogo, enfraquecendo a identidade constitucional que estava sendo construída nos últimos 26 anos.

Sabe-se que para a elaboração de uma Constituição deve-se sempre observar o comportamento da sociedade e integrar, ativamente, a população para melhor organizar a estrutura do Estado⁴¹⁰⁻⁴¹¹. Assim sendo, busca-se analisar a sociedade como um todo e depois, num juízo hipotético de valor realizado pelos representantes do povo deve-se transpassar para a Lei Maior a forma de conduta realmente desejada⁴¹².

Na evolução histórica da humanidade percebe-se que uma das primeiras medidas tomadas pelos constituintes foi reconhecer a necessidade de incorporar nas Constituições regras e princípios considerados de extrema importância para a organização Estatal (dentre elas, v.g., a distribuição das suas funções). A proteção tendia à permanência da paz social, passando, portanto, a serem chamadas de normas fundamentais⁴¹³.

No entanto, na medida em que a sociedade verifica um avanço nos estudos do Direito, no anseio de construir um sistema jurídico avançado, realizador das normas programáticas da Constituição, percebe-se que ainda perdura um preciosismo entre a função Legislativa e a Judiciária no que tange à soberania de uma decisão proferida, tanto de uma quanto de outra instituição.

O Judiciário por vezes toma uma posição ativista⁴¹⁴, sendo desnecessário questionar a quantificação do ativismo exercido por ele. O certo é que o *Ativismo* existe, v.g, quando edita súmulas vinculantes. Da mesma maneira há um ativismo por parte do Legislativo, quando este assume uma posição intervencionista quando pretende limitar a atuação dos

⁴¹⁰ Peter Häberle defende: “*Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a esfera pública (Öffentlichkeit), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como mero objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.*” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: ...* Op. Cit. p. 31.)

⁴¹¹ Konrad Hesse diz que: “*Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo tarefas por ele colocadas.*” (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1991. p. 20.) (sem grifo no original).

⁴¹² KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito...* Op. Cit. p. 244/249.

⁴¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito ...* Op. Cit. p. 58.

⁴¹⁴ Conrado Hübner Mendes explica que: “*A insuficiência das categorias jurídicas para explicar fenômenos de maior ou menor ativismo das cortes torna-se bastante evidente na leitura deste livro. Seus artigos limitam-se, praticamente, a classificar o método da corte como “formalista” e “positivista” quando ela toma decisões contidas, ou como “teleológico”, “sociológico”, “estruturalista” etc. quando avança para decisões mais ousadas. Não articulam razões políticas para explicar por que as cortes mudaram entre um e outro pólo, apesar de, curiosamente, narrarem os fatos por trás dessas mudanças. Não verbalizam esses plausíveis nexos causais, mas permitem que o leitor as especule.*” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 183.)

Ministros do STF. Da mesma forma surgiu a possibilidade de novos intérpretes constitucionais participarem da evolução democrática-política-jurídica do país⁴¹⁵, mas, principalmente, que todos devessem se submeter à Constituição Federal, não podendo contrariá-la, nem diminuí-la, simplesmente, respeitá-la.

As democracias constitucionais contemporâneas utilizam, de alguma maneira, variações da teoria dworkiniana em relação à utilização da Constituição para a fundamentação/aplicação e diferenciação dos conceitos de *democracia representativa* e *revisão judicial*⁴¹⁶, sendo na maioria das vezes, tais proteções associadas “a promessas mais ou menos ambiciosas de proteção de direitos e das minorias”⁴¹⁷.

Gilmar Ferreira Mendes utiliza os ensinamentos apresentados por Hans Kelsen para justificar a associação da jurisdição constitucional com a Democracia, deixando em relevo que a atividade jurisdicional é indispensável para a proteção e a defesa das minorias representativas⁴¹⁸.

Segundo Conrado Hübner Mendes, para Dworkin, as Cortes (tribunais) deveriam ser vistas como *fórum de princípio*, enquanto os parlamentos (legislativo) seriam *fórum de utilidade*. Para ele, “a objeção democrática contra a legitimidade da revisão judicial confunde o que a democracia efetivamente significa”. A democracia possui requisitos morais que não poderão ser alcançados por meio de simples procedimento majoritário, “mas pela resposta certa sobre direitos fundamentais”, pois pouco importa o procedimento utilizado⁴¹⁹. A

⁴¹⁵ Peter Häberle propõe: “a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: ...* Op. Cit. p. 13.) (sem grifo no original).

⁴¹⁶ Para Ronald Dworkin: “Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular Marbury contra Madison – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 101.) (sem grifo no original).

⁴¹⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 3.

⁴¹⁸ Gilmar Mendes explique que: “Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional a esse aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias. A opção de Kelsen pelo modelo democrático está vinculada à concepção teórica do relativismo. O sistema democrático não se legitima pela verdade, mas, sim, pelo consenso.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 384.) (sem grifo no original).

⁴¹⁹ Conrado Hübner Mendes conclui que: “Se concordarmos que as variáveis de legitimidade da democracia não se esgotam no procedimento, mas abrangem também os resultados, passa a ser aceitável que a substância subordine, em algumas circunstâncias, o procedimento, ou seja, que a instituição que tenha alcançado a resposta mais compatível com um critério substantivo de legitimidade tenha boas razões para prevalecer

resposta correta se dá a partir da igualdade de consideração e o respeito de cada pessoa para com a comunidade política. “Em resumo, democracia, quando estão em jogo direitos fundamentais, é uma questão de *output* substantivo, não de *input* procedimental”⁴²⁰.

Conrado Hübner Mendes defende em sua dissertação de mestrado a necessidade de reanalisar a justificação dada às Cortes para realizarem o controle de constitucionalidade, não necessariamente defendendo maior liberdade ao Poder Legislativo, mas com intuito de demonstrar que o controle de constitucionalidade, da maneira que vem sendo aplicado no Brasil, acaba superestimando seu papel e sua responsabilidade para efetivação dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que atrofia os demais poderes.

Do modo que está sendo apresentado, a Constituição passaria a ter apenas um guardião, sem que os demais poderes sejam responsabilizados pelas suas decisões políticas ordinárias, pois encaminham ao Tribunal o dever de análise e abdicam da tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero. Portanto, ter-se-ia um unitarismo decisional, retornando a ideia já lançada de que as Cortes seriam os salvadores dos povos minoritários⁴²¹.

Por essa razão Conrado H. Mendes ressalta que: “saber quem deve decidir, portanto, não é questão de hermenêutica constitucional, mas de desenho institucional”⁴²². Já em relação à hermenêutica constitucional é uma questão de *como decidir*, momento este de extrema relevância, pois, ou considera-se a Constituição como um procedimento a ser obedecido, ou atribui à ela um caráter substancial, a qual permitiria, em tese, a ampliação hermenêutica.

Peter Häberle afirma que limitar a hermenêutica “aos intérpretes corporativos ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo”⁴²³. Assim sendo, dizer que o Tribunal estaria legitimado “a fazer o que as instituições representativas não têm feito”, seria *ingenuidade ainda mais alarmante*⁴²⁴, pois são os eleitores os primeiros responsáveis pela má construção da identidade constitucional contemporânea.

Porém, se a Constituição for analisada como uma *máquina procedimental*, a qual determina, por meio da separação dos poderes, quais são as funções do Estado e como elas se controlam, a *revisão judicial* receberia uma explicação mais convincente do que como *meros*

independentemente de seu pedigree (subvertendo a estrutura formal).” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 193.) (sem grifo no original).

⁴²⁰ Idem. p. 2.

⁴²¹ Idem.

⁴²² Idem. p. 6.

⁴²³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: ...* Op. Cit. p. 34.

⁴²⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 7.

defensores dos direitos fundamentais, uma vez que passariam a decidir sobre a irregularidade apresentada pelos demais poderes estatais e não com o objetivo de apresentar uma teoria que corrigiria os atos administrativos ou legislante, pois esta não seria sua função.

Em outras palavras: o Judiciário realizaria a revisão judicial de maneira que impedisse a produção dos efeitos daquele texto considerado inconstitucional sem fixar seu alcance, pois *esta atividade cabe ao Legislativo*, bem como, pelo fato de que a Constituição Federal, sendo ela um procedimento, apenas demonstra o que deve ou não ser seguido e obedecido, cabendo às Cortes a análise procedimental e aos representantes do povo a positivação dos direitos fundamentais. Assim sendo, ter-se-á um sistema no qual “o circuito decisório termina na instituição desprovida do lastro representativo, dotada de capacidade de vetar, não a de estatuir.”⁴²⁵

Atribuir às cortes a responsabilidade pela efetivação e concretização dos direitos fundamentais como se elas fossem, realmente, os únicos “guardiões” retiraria a culpa da sociedade e dos legisladores pelas ações de decisões tomadas, demonstrando uma *“infantilização paternalista do povo, que abdica de sua autonomia para tomar decisões morais relevantes”*⁴²⁶.

Diante de tais colocações percebem-se duas possibilidades: a de tratar as Cortes como guardiãs e permitir-lhes o exercício de uma proteção substancialista da Constituição e, assim, concretizar, efetivar e proteger os direitos fundamentais, nem que para isso necessite atuar como se fossem legisladores; ou, reconhecer que a Constituição Federal prevê procedimentos a serem obedecidos por todos, sendo as Cortes as responsáveis para fiscalizar a aplicação destas regras procedimentais, e quando verificados o desrespeito, caber-lhes-á vetá-los e declará-los inconstitucionais, mas nunca reescrever o texto ou determinar qual o sentido e alcance da interpretação principiológica a ser empregada e, muito menos, decidirem pelos próprios legisladores em projetos de leis infraconstitucionais.

Assim, Conrado Hübner Mendes relaciona os direitos fundamentais com a separação dos poderes no intuito de proporcionar a cooperação institucional para sua efetivação, sem que para isso, fixe as Cortes Constitucionais (no Brasil o STF) como última possibilidade de

⁴²⁵ Para Conrado Hübner Mendes: “*Se a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e de estatuir, caberia ao judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas com a finalidade de qualificar a interlocução institucional com argumentos moralmente densos. Esse veto se justifica não pelo seu conteúdo, que será necessariamente controverso, mas pela razão prudencial de acautelar o sistema político contra sobressaltos majoritários. O que ele faz, portanto, não é assegurar o mínimo ético do regime democrático, mas retardar o processo decisório, esperando que o tempo possa contribuir para uma decisão de maior densidade deliberativa*”. (Idem. p. 10.)

⁴²⁶ Idem. p. 12.

concretização destes direitos⁴²⁷. Assim sendo, passa a ser de extrema importância a maneira que se responde as seguintes perguntas: “Como decide?”⁴²⁸ e “Quem decide?”⁴²⁹.

O certo é que nenhuma das funções do Estado possui exclusividade para tomar decisões a respeito dos Direitos⁴³⁰, pois fazem parte de um “*intrincado circuito decisório*”, os quais são analisados e discutidos no momento em que cada um dos poderes exercem suas funções. Os parlamentares quando apresentam projetos, discutem e/ou deliberam sobre uma determinada lei e os magistrados utilizam um discurso em suas fundamentações quando são chamados para rever a eficácia constitucional da lei no caso concreto ou na discussão abstrata, cabendo aos operadores do Direito descobrir *como é que eles decidem*.

3. 2. Entre o Procedimentalismo e o Substancialismo

Ao utilizar a Constituição Federal como instrumento de decisão, é possível verificar duas maneiras diferentes de discursos jurídicos: um de *justificação* ou de fundamentação de caráter geral e universal; e outro de *argumentação*, que está voltado para a aplicação das normas no caso concreto.

No entanto, antes de ser aplicada uma norma num determinado caso haveria a necessidade de que ela fosse elaborada com o devido cuidado e que analisasse todas as características relevantes sobre o fato (até então hipotético). A interdependência do

⁴²⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 39.

⁴²⁸ Conrado Hübner Mendes explica que: “*Esta pergunta designa os passos exigidos para a tomada de uma decisão válida e legítima. Preocupa-se com a justiça do procedimento que os membros de uma comunidade escolheram para decidir suas questões comuns. Como já dito, a legitimidade de uma decisão numa democracia constitucional é mensurada tanto por seu conteúdo (output) quanto pelo seu procedimento (input). Em relação a questões que provocam um grau acentuado de desacordo, como geralmente acontece com os conflitos de direitos, a dimensão procedimental se impõe de modo ainda mais impactante como uma das escolhas cruciais a serem feitas. O reconhecimento de um procedimento justo estimula a aquiescência em face de resultados não consensuais. [...] Para além dessas considerações de puros inputs procedimentais, a dimensão do “como” também tangencia as qualidades formais de diferentes outputs que cortes e parlamentos produzem. Cortes tomam decisões que possuem uma racionalidade incremental, tanto prospectiva quanto retrospectiva, em oposição à legislação, que usualmente traduz-se numa regra geral abstrata e prospectiva. Independentemente do conteúdo do output, portanto, suas qualidades formais são inerentes ao desenho procedimental dessas instituições.*” (Idem. p. 42/43.) (sem grifo no original).

⁴²⁹ Para Conrado Hübner Mendes: “*O ponto de partida intuitivo para investigar a natureza de um regime político é buscar pelo ator político central, ou a fonte de onde emergem os comandos jurídicos e políticos. Saber a quem pertence a autoria das decisões coletivas dá a impressão de ser a única pergunta com a qual realmente vale a pena se preocupar. [...] Assim, a autoridade legítima, nesse contexto, é definida num sentido composto, dependendo do tipo, procedimento, tempo e justificação da decisão. Não há espaço para uma resposta monolítica e unidirecional.*” (Idem. p. 40.)

⁴³⁰ Conrado Hübner Mendes entende que: “*Não significa que a corte tenha a exclusividade na interpretação da constituição. Num regime constitucional, por definição, todos os poderes tomam suas decisões tendo em vista a constituição. Portanto, interpretam-na.*” (Idem. p. 63.) (sem grifo no original).

procedimento com a substância passa a ser notória, pois “*parece absurdo suponer que una constitución autoriza a un Estado a sancionar leyes sin importar cuál sea su contenido*”⁴³¹.

A norma a ser aplicada deve estar fundamentada racionalmente em um processo discursivo procedimental⁴³² e deliberativo anterior, marcado pela discussão/deliberação/aprovação dos representantes populares e que “tenham participado todos os possíveis afetados e tenham sido levadas em conta todas as circunstâncias do caso”⁴³³.

Diante de tais apontamentos percebe-se a criação de duas correntes: i) os *procedimentalistas*, que utilizam o discurso de fundamentação da norma, os quais se preocupam “com a busca de solução imparcial”⁴³⁴ para a validação da norma, sem que sejam levadas em consideração as variantes existentes no caso concreto, analisando tão somente os procedimentos normativos para a resolução de eventuais conflitos; ii) os *substancialistas*, de modo diverso, entendem que as circunstâncias fáticas são mais relevantes do que o procedimento fixado pelos legisladores, pois, estes não possuem o elixir miraculoso do conhecimento⁴³⁵, nem a capacidade de prever o futuro⁴³⁶ e muito menos a capacidade de adivinhar⁴³⁷, antecipadamente, qual será a reação da sociedade com o dispositivo criado pelo Legislativo.

Em se tratando de controle de normas e realização da justiça por meio do Judiciário, a discussão passa a ser mais acirrada, por duas razões: primeiro porque, para os *procedimentalistas*, o Supremo Tribunal Federal não possuiria legitimidade para declarar uma norma inconstitucional utilizando a ampliação conceitual de uma regra ou princípio tendo por base as novas tendências hermenêuticas, pois carece de representatividade popular e não estaria respeitando o procedimento previsto na CF referente ao processo legislativo para

⁴³¹ NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa S.A. 1997. p. 265.

⁴³² Marcelo Neves diz que: “*Habermas (...) em sua compreensão, a sociedade moderna encontra-se no nível pós-convencional de desenvolvimento da consciência moral. No âmbito do direito, as normas jurídicas já não se fundamentam diretamente em princípios de natureza metajurídica, mas sim em princípios especificamente reflexíveis e, portanto, criticáveis; necessitam, pois, de fundamentação racional nos termos de procedimentos.*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 49.) (sem grifo no original).

⁴³³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 281.

⁴³⁴ Idem. p. 288.

⁴³⁵ LEAL, Aurélio. *Technica constitucional ...* Op. Cit. p. 78.

⁴³⁶ Para Eduardo Cambi: “*A verdade jurídica diferencia-se da religiosa e da científica, uma vez que não é revelada, já que não vem de Deus nem do legislador, nem descoberta, porque não está no objeto observado. Caso contrário, o intérprete se tornaria um profeta, um ser iluminado, capaz de reproduzir a vontade de Deus ou do legislador.*” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 284.)

⁴³⁷ Segundo Francisco Carnelutti: “*Adivinhar indica a necessidade e a impossibilidade do homem de ver aquilo que somente Deus enxerga.*” (CARNELUTTI, Francisco. *A arte do Direito...* Op. Cit. p. 9.) (sem grifo no original).

realizar tal correção (art. 60 à 69 da CF), ou seja, não haveria legitimidade para se tornar um legislador; segundo, porque, não cabe ao STF realizar uma interpretação das normas com base nos direitos fundamentais ou com as circunstâncias fáticas que são verificadas na sociedade, pois essa atuação compete ao Legislativo.

A atuação da Corte somente estaria justificada para os procedimentalistas caso fosse verificado um desrespeito e um desvio do procedimento por parte dos legisladores, momento em que, “para assegurar a efetiva participação do povo no poder e a participação da minoria”⁴³⁸, estaria o STF, legitimado a atuar no sentido de impedir a produção dos efeitos da lei criada de maneira irregular, equivocada e inconstitucional.

A consequência lógica de quem defende o procedimentalismo é criticar a expansão da atividade judicial quando inexistir violação procedimental por parte dos legisladores. A atuação mais incisiva do Judiciário, nas situações fáticas da sociedade e a tendência em realizar a interpretação das normas constitucionais com a finalidade de efetivar e concretizar a realização dos direitos fundamentais (principalmente os direitos sociais, ou de segunda dimensão), comprometeria a imparcialidade da instituição e desprestigiaria a atuação ilimitada dos parlamentares⁴³⁹, pois “o debate sobre os significados e obrigações jurídico-constitucionais não deve ser resolvido pelo Poder Judiciário”⁴⁴⁰⁻⁴⁴¹.

Por essas razões o procedimentalismo exacerbado torna-se criticável⁴⁴², pois pressupõe a existência de instituições democráticas desenvolvidas e organizadas, disponibilizando meios adequados para que a população possa participar e deliberar juntamente com seus representantes eleitos e com isso tomarem ciência de todas as variantes existentes na sociedade. A partir destas discussões entre representantes e representados seriam

⁴³⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Op. Cit.* p. 282.

⁴³⁹ Para Eduardo Cambi: “*O Legislativo não está vinculado a nenhuma limitação quanto ao conteúdo das leis infraconstitucionais, sendo a discricionariedade do legislador, substancialmente, ilimitada. Em razão disto, o modelo puramente procedimental é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais.*” (Idem. p. 285.) (sem grifo no original).

⁴⁴⁰ Idem. p. 283.

⁴⁴¹ Para Luigi Ferrajoli, citado por Eduardo Cambi, o Direito nada mais é do que um universo simbólico, com significados e variações diversos, o qual necessita para ser fundamentado e efetivado, de um “senso cívico”, ou seja, que ao ser aprovado um determinado procedimento, este seja realizado conforme circunstâncias verificadas na sociedade e aprovada por ela, cabendo tão somente sua aplicação. Assim sendo, os legisladores ao aprovarem o procedimento, o mesmo não pode ser considerado irregular apenas pelo fato da Corte interpretar que o seja, pois necessita, primeiramente a confirmação pela sociedade que aquele procedimento está equivocado ou desatualizado, portanto, devendo ao Legislativo corrigi-lo, e não o Judiciário. (Idem. p. 283.)

⁴⁴² Eduardo Cambi afirma que: “*Não basta assegurar direitos sem que seus titulares possuam condições mínimas de, efetivamente, desfrutá-los. Quem é analfabeto, tem dor e fome, não é livre: não há liberdade, onde existem miséria e exclusão social em níveis eticamente inaceitáveis. Desse modo, a democracia de Habermas é procedimental e não pressupõe a efetivação dos direitos fundamentais (especialmente, os sociais).*” (Idem. p. 285.) (sem grifo no original).

elaboradas as leis (procedimentos) de maneira clara e aprovada pelo consenso⁴⁴³, impedindo qualquer interferência do Judiciário.

Contudo, deve-se esclarecer que a criação de uma Lei pelo Legislativo não deve ser confundida com a norma produzida pelo Judiciário. Enquanto uma é elaborada segundo interesses sociais e políticos, a outra está vinculada diretamente com a experiência do caso concreto⁴⁴⁴.

Para ser validada uma norma é necessária a separação/distinção de dois momentos: i) aquele em que a validação de uma norma não coincide, necessariamente, com a situação concreta, pois é verificada no campo hipotético; ii) e aquele em que a validação da norma depende dos fatos ocorridos na sociedade para ela ser considerada válida. A partir daí surgem duas modalidades: “a fundamentação da validade de uma norma geral e a justificação da aplicação de uma norma a um caso particular”⁴⁴⁵.

Em contrapartida, têm-se os substancialistas, que defendem a necessidade do Judiciário realizar a tarefa interpretativa dos textos conforme a vontade geral e conforme os valores morais da sociedade, ou seja, tudo que possibilite concretizar os direitos fundamentais (principalmente os direitos sociais previstos no art. 6º da CF). Haverá momentos em que serão necessários contrariar os anseios das maiorias transitórias que ocupam o legislativo ou o executivo nacional, pois sabe-se que “*Democracia não é a ditadura da maioria*”⁴⁴⁶, contribuindo, desta maneira, para a construção real de um Estado Democrático de Direito.

Apesar de tal ideal transparecer ser a melhor corrente a ser aplicada, tendo em vista a maior preocupação com a população, deve-se levar em consideração que a Constituição é um conjunto de normas (regras e princípios) que devem ser seguidos e obedecidos, não podendo ser manipulados conforme a consciência de cada um. Ao longo deste trabalho tem-se afirmado que a Constituição é um *norte* a ser seguido, um caminho a ser percorrido, no entanto, o que não pode ocorrer é a defesa ferrenha de uma aplicação pura e acabada da corrente procedimentalista. O caminho (CF), sendo criado por homens, passa a conter

⁴⁴³ Eduardo Cambi diz que: “(...) a comunicação livre de restrições somente é possível quando há distribuição simétrica de oportunidades entre todos os participantes do discurso. Porém, tais condições são irrealizáveis, especialmente nas sociedades mais desiguais, que carecem de medidas institucionais básicas de efetivação dos direitos fundamentais.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 286.) (sem grifo no original).

⁴⁴⁴ Conforme Eduardo Cambi: “(...) a) em verdade, a lei atende mais a interesses políticos e, portanto, econômicos; logo, não se pode afirmar que esteja comprometida com a justiça social; b) a norma é abstrata, tendo, necessariamente, que ser concretizada na experiência vital do caso concreto; pressupõe uma complexa tarefa hermenêutica; não possui uma vontade constante, sendo dependente da hermenêutica para deixar de ser um enunciado vazio, capaz de múltiplas e contraditórias alternativas de solução.” (Idem. p. 287.)

⁴⁴⁵ Idem. p. 281.

⁴⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN 1.351-3/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio. DJ. 30.03.2007. Ementário 2270-1. Disponível em: http://www.trfsc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/legjurisp/outros/adi_1351.pdf. Acessado em: 04/11/2013. p. 47.

irregularidades e inúmeros defeitos, necessitando de adequações e correções ao longo do tempo, as quais serão garantidas pela corrente substancialista.

A aplicação do substancialismo puro, também não é adequada, pois seriam desnecessários os trabalhos dos legisladores, bem como, proporcionaria um problema ainda mais grave em decorrência do liberalismo interpretativo, que gera o estado de guerra entre os operadores do Direito no Brasil, o que já está sendo verificado pelo uso excessivo, irracional, simplista e despreocupado dos princípios, casusando “a morte do próprio sistema jurídico”⁴⁴⁷.

Inúmeros operadores do Direito desconhecem e ignoram a unicidade do Sistema Jurídico e passam a ampliar os alcances conceituais dos princípios apenas para poder *defender seus direitos e seus interesses*, mesmo quando inexistentes. Portanto “a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) não leva a qualquer avanço na nossa indagação”⁴⁴⁸.

Dworkin afirma que qualquer teoria da revisão judicial, seja ela interpretativa ou não interpretativa, trata-se de um esquema pobre, pois toda revisão judicial é interpretativa “no sentido de que tem como objetivo oferecer uma interpretação da Constituição enquanto documento jurídico original e fundador.”⁴⁴⁹ Discute-se nestas teorias se a finalidade ou a melhor justificativa deve prevalecer durante as argumentações, sendo que cada qual apresentam suas defesas conforme sua própria interpretação constitucional, gerando maior confusão entre os operadores do Direito do que proporcionando a evolução e a identidade constitucional de uma Nação.

Diante de tais conflitos ideológicos a Constituição passou a ser vista de duas maneiras: como Constituição-fundamento ou como Constituição-moldura. A primeira garante a aplicação das normas de direitos fundamentais conforme pretensão substancialista, ao passo

⁴⁴⁷ Lenio L. Streck afirma o seguinte: “Penso que, de algum modo, é necessário enfrentar o ‘estado de natureza hermeneutico’ em que se transformou o sistema jurídico. A ‘liberdade’ na interpretação dos textos jurídicos proporcionada pelo império das correntes (teses, teorias) ainda arraigadas/prisioneiras do esquema sujeito-objeto tem gerado esse ‘estado de natureza interpretativo’, representado por uma ‘guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes’, como que repristinando a fragmentação detectada tão bem em Hobbes. Cada intérprete parte de um ‘grau zero’ de sentido. Cada intérprete reina nos seus ‘domínios de sentido’, com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, etc. os sentidos ‘lhe pertencem’, como se estes estivessem a sua disposição, em uma espécie de reedição da relação de propriedade (neo)feudal. Nessa guerra entre intérpretes – afinal, cada um impera solipsisticamente nos seus ‘domínios de sentido’ – reside a morte do próprio sistema jurídico.” (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 140.) (sem grifo no original).

⁴⁴⁸ Konrad Hesse finaliza que: “Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.” (HESSE, Konrad. *A força normativa da ...* Op.Cit. p. 14.)

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 45.

que a segunda tende à diretrizes da corrente procedimentalista. Para Eduardo Cambi “a adoção de uma ou de outra teoria, todavia, não é uma solução destituída de complexidade.”⁴⁵⁰

Os procedimentos elaborados pelos representantes do povo, passaram a ser vistos como uma moldura de um quadro a ser pintado, e o conteúdo, inserido na tela branca, decorrem diretamente das circunstâncias fáticas verificadas na sociedade. Deve ficar destacado que Robert Alexy é o doutrinador mais conhecido no ramo jurídico que utiliza a simbologia da Constituição como uma moldura limitadora das interpretações. No entanto o brasileiro Aurélio Leal (em 1914)⁴⁵¹ já utilizava esta expressão demonstrando, mais uma vez, a cede dos operadores do Direito do Brasil em buscar em outros países argumentos já defendidos, há muito tempo, por brasileiros em *terrae brasilis*.

Utilizando da ideologia procedimentalista descrita por Robert Alexy, mas sem filiar-me categoricamente ao procedimentalismo, pode-se dizer que os operadores do Direito são praticamente uns pintores (artistas) que possuem uma tela branca em uma moldura. A moldura (norma) passa a ser um limite a ser respeitado e um caminho a ser percorrido.

No entanto, segundo os substancialistas, essa moldura, ao ser formada por regras e princípios, possibilita a adequação destes limites, tornando essa moldura dotada de elasticidade e flexibilidade, passível de ser ampliada ou restringida em seu alcance.

Em relação à tela, ela continua sendo branca, a qual permite que seja alterada a cada evolução moral (comportamental da sociedade) pelo artista (legislativo e Judiciário), recebendo uma tinta diferente na tela branca a cada evolução e/ou mudança. Com isso ambas contingências, por meio do diálogo e das trocas de informações⁴⁵², passariam a proporcionar a *completude constitucional*, sem a sobreposição de uma contingência sobre a outra, e construiriam a *identidade constitucional genuinamente brasileira*.

Se passar a analisar a Constituição Federal como um quadro, tem-se, obrigatoriamente, que reconhecer que o contido em seu texto jamais irá representar a totalidade ou a realidade da sociedade, ou seja, neste sentido, a Carta Suprema se trata de um símbolo político (visão também defendida por Marcelo Neves⁴⁵³). Afirmar que a Constituição

⁴⁵⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 61.

⁴⁵¹ Para Aurélio Leal: “*Nós profissionais conhecemos de perto como um simples preceito sancionado em um estatuto, pode comprometer situações privadas e políticas que o legislador quis proteger e garantir, mas que não pode, não soube ou não teve a paciência e o cuidado de adaptar a objetividade da vida diária, quando, partindo das abstrações científicas, lhe preparou a moldura no mundo concreto*” (LEAL, Aurélio. *Technica constitucional ...* Op. Cit. p. 4.)

⁴⁵² Conclui Marcelo Neves que: “A dupla contingência entre legislador e juiz importa sempre um plus na comunicação, ou uma triangulação no sentido de Davidson, insuscetível de ser reduzida a uma das perspectivas ou a uma convergência delas.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 153.) (sem grifo no original).

⁴⁵³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica...* Op. Cit.

é apenas um quadro limitador de comportamentos (procedimento) torna-a defasada desde sua criação, sendo insuficiente a edição de emendas, uma vez que, após aprovadas, já passam a ser ultrapassadas e desconexas com a realidade social, pois o artista que o pinta não é capaz de “reduzir a realidade a um simples pedaço de papel”⁴⁵⁴.

Resumidamente, atribuir à Constituição a roupagem de uma moldura rígida⁴⁵⁵ e de caráter eminentemente procedimental, deve ser descartada de plano.

Por meio da aplicação conjunta dos textos legais (procedimentos - moldura) ter-se-ia a limitação legal do comportamento humano e das instituições do Estado, ao passo que, os elementos variáveis (substância – tela branca) passam a ser transformadas em normas (pintadas) conforme a sociedade evolui, desenvolve e se modifica.

Portanto, a aplicação pura de uma das teorias (procedimentalista e substancialista) causará mais desconforto e conflito entre as instituições do que a aplicação harmônica de ambas. Na verdade, os conflitos ideológicos sempre são necessários e úteis para a evolução do Estado, isto quando são expostos com um *compromisso constitucional*, seja ele procedimental ou substancial, para se chegar num consenso sobre o tema discutido⁴⁵⁶.

Assim sendo, evoluir é preciso; observar as mudanças sociais e doutrinárias são indispensáveis para a adequação da realidade com o ordenamento jurídico. Tal objetivo somente será alcançado quando os operadores do Direito passarem a se preocupar com a *consistência constitucional de suas decisões* e deixarem de proferí-las despreocupadas com a realidade fática em que as partes e a população se encontra. O compromisso com as normas constitucionais é de todos, mas principalmente dos membros do Judiciário.

3. 3. Consistência Judicial: a busca da superação das decisões *ad hoc*

Atualmente, muito se critica sobre a atuação dos operadores do Direito no Brasil em relação à atividade interpretativa das normas constitucionais. Os principais críticos brasileiros são Lênio Luiz Streck, Marcelo Neves, Humberto Ávila, Virgílio Afonso da Silva, dentre

⁴⁵⁴ ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: ...* Op. Cit.. p. 255.

⁴⁵⁵ Para Marcelo Neves: “(...) uma repolarização legislativa dessas questões, no modelo de *Constituição como moldura, não parece ser adequada. A Constituição do Estado democrático de direito implica sempre a interpenetração estrutural e a interferência operativa entre direito e política.*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 169) (sem grifo no original).

⁴⁵⁶ Peter Häberle sintetiza que o: “*Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (Konflikt-und kompromissrecht).*” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: ...* Op. Cit. p. 51.)

outros, os quais se mostram temerosos pelas constantes interpretações tendenciosas⁴⁵⁷, decisões *ad hoc* e as ponderações desmedidas⁴⁵⁸ dos princípios constitucionais, as quais bloqueiam a formação de uma identidade constitucional brasileira.

Segundo os autores acima mencionados, não excluindo outros tantos também preocupados com a consistência jurídica, os operadores do Direito não compreenderam e não chegaram a um consenso de como que as normas constitucionais devem ser interpretadas e/ou aplicadas. A atuação profissional contemporânea, justamente pelo avanço da utilização dos *princípios*, criou a falsa noção de que eles devem prevalecer a qualquer custo em face de um conflito com uma regra, podendo então, funcionar como uma norma de razão definitiva⁴⁵⁹ e, com isso, solucionar um caso concreto.

Na medida em que cada intérprete passa a aplicar as normas, principalmente constitucionais, da maneira que mais lhe agrada (de acordo com sua consciência) ou que satisfaça seu cliente, bem como, quando os juízes passam a ponderar princípios apenas para legitimar as decisões pragmáticas⁴⁶⁰, pensando somente na causa em análise, ou seja, se tornando um juiz *ad hoc*, percebe-se que, realmente, o Direito, no Brasil, não está sendo levado a sério.

Sabe-se que a decisão proferida em um processo não produzirá efeitos apenas entre as partes, pois suas fundamentações e sua construção modulará outras situações fáticas ocorridas na sociedade. Apesar da decisão ser construída conforme o *presente*, o magistrado, deverá estar mais preocupado com o *futuro*.

⁴⁵⁷ Para Marcelo Neves: “(...) a mobilidade e a abrangência dos princípios constitucionais não excluem que os conflitos externos sejam reproduzidos internamente, de tal maneira que, com um mesmo princípio, frequentemente, podem ser fundamentadas decisões antagônicas. A isso se relaciona o perigo do abuso de princípios, que decorre da probabilidade de que, em certos contextos, eles sirvam retoricamente para encobrir manipulações que bloqueiam autoconsistência constitucional da respectiva ordem jurídica.” (p. 129). Em seguida afirma que: “A inflação de argumentos principialistas implica a perda da importância dos princípios constitucionais como critério de solução de casos.” (p. 135). (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit.) (sem grifo no original)

⁴⁵⁸ Marcelo Neves defende que: “uma ‘ponderação sem limites’ do ponto de vista da jurisdição constitucional tem efeitos devastadores para a relação de autonomia e condicionamento recíproco entre política e direito no Estado constitucional. Ela leva, a mesmo tempo, a uma judicialização da política e a uma politização do judiciário.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.* São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 194) (sem grifo no original).

⁴⁵⁹ Segundo Marcelo Neves: “As normas que impõem o uso dos critérios da adequação e da necessidade, normas que exigem a racionalidade pragmática de meios e fins em relação à aplicação dos direitos fundamentais, podem ser vistas claramente como regras. Ela serve imediatamente à solução da controvérsia, apresentando-se como razão definitiva para que se decida se a medida de restrição a direitos fundamentais é adequada e necessária ao fim que dispõe a realizar. (...) É claro que, se a medida foi desproporcional em sentido estrito, impõe-se a declaração da respectiva inconstitucionalidade” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 110/111.) (sem grifo no original).

⁴⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit.

Da mesma maneira que o homem ao caminhar com uma lanterna em uma noite escura para iluminar sua frente, está o juiz, que irá utilizar suas decisões (lanterna), para iluminar as decisões futuras, pois “assim age o juiz: procura iluminar, tanto quanto possível, o caminho, que se desenrola em sua frente”⁴⁶¹.

O fato é que, somente com a correta elaboração dos textos pelos legisladores (analisando a realidade social, sem obscuridade e sem os constantes erros técnicos) é que a Lei e os princípios poderão ser aplicados, incontestavelmente, em um país complexo como é o Brasil. Enquanto tais cuidados não são realizados, a imprecisão semântica não deve ser considerada um obstáculo para os operadores do Direito no Brasil, pois não é a Lei que se sobrepõem ao Direito, mas o contrário é o Direito que orienta as leis⁴⁶². O problema se dá quando o próprio Judiciário passa a comprometer a concretude e a força do Direito⁴⁶³, principalmente o constitucional, por meio de decisões despreocupadas.

Apesar de a doutrina brasileira passar a se dedicar para demonstrar a necessidade da compreensão da guinada copernicana ocorrida em relação à posição da Constituição no sistema jurídico, bem como a ruptura da teoria das fontes e a modificação da hermenêutica, tudo leva a crer que a construção de uma identidade constitucional e a consistência judicial são medidas de caráter imediato e emergencial.

Somente com a análise de estudos específicos quanto a maneira de se aplicar a CF é que poder-se-á modificar essa realidade brasileira, qual seja, que os operadores do Direito no Brasil não sabem diferenciar o momento de interpretar/aplicar uma regra e/ou um princípio, misturando ambas modalidades como se fossem idênticas, uma vez que não sabem diferenciar Direito da Moral. Lenio Streck já afirmou que o “direito não ignora a moral, pois os conteúdos de seus princípios dependem dessa informação. Todavia, quando o direito é aplicado, não podemos olvidar dos princípios, tampouco aceitar que eles sejam qualquer

⁴⁶¹ CARNELUTTI, Francisco. *A arte do Direito...* Op. Cit. p. 77/78.

⁴⁶² Para Ronald Dworkin: “(...) o argumento da imprecisão comete um erro adicional. Supõe que se o legislador aprova uma lei, o efeito dessa lei sobre o Direito é determinado exclusivamente pelo significado abstrato das palavras que usou, de modo que se as palavras são imprecisas, deve decorrer daí que o impacto da lei sobre o Direito deve, de alguma maneira, ser indeterminado. Mas essa suposição está claramente errada, pois os critérios de um jurista para estabelecer o impacto de uma lei sobre o Direito podem incluir cânones de interpretação ou explicação legal que determinam que força se deve considerar que uma palavra imprecisa tem numa ocasião particular, ou, pelo menos, fazer sua força depender de questões adicionais, que, em princípio, tem uma resposta certa. Estes critérios podem referir-se a questões de intenção ou a outros fatos psicológicos”. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 189.). (sem grifo no original).

⁴⁶³ Lenio L. Streck: “(...) a ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe a sua guarda.” (STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito I: ...* Op. Cit. p. 164.) (sem grifo no original).

moral.”⁴⁶⁴ Assim, a confusão e não diferenciação entre direito e moral, regras e princípios acarreta na aplicação equivocada de uma como se fosse a outra e vice-versa; interpretam diversamente um mesmo princípio apenas para poder aplicá-lo em casos diferentes; discutem a respeito da superação das regras sobre os princípios, ou o contrário, mas sem saber qual é um ou qual é outro.

Por essa razão, buscar-se-á, nas próximas linhas, demonstrar o quão importante, não apenas para o Direito, mas para a sociedade brasileira, saber diferenciar e aplicar um princípio e uma regra, e com isso compreender que o debate entre procedimentalistas e substancialistas torna-se perda de tempo e, pior, reflexo de uma visão fragmentada do Direito, transformando debates indispensáveis para a evolução do sistema jurídico e para a concretização normativa constitucional em simples defesa doutrinária abstrata, que está mais para criação de terminologias (*nominalismo*) desnecessárias.

3. 4. Distinção entre Regras e Princípios

Ao analisar o dia-a-dia das pessoas, principalmente em uma sociedade diversificada e pluralista como a brasileira, constata-se que, independentemente das questões econômicas, sociais, culturais, (etc.), elas tendem a cumprir e descumprir as normas legais previstas no ordenamento jurídico sem questioná-las.

Para as pessoas da sociedade, independentemente de cargo, função, profissão, sexo..., a categoria da norma desrespeitada (regra ou princípio) não faz diferença alguma, pois, enquanto previsão legal, elas tendem a permanecer inertes. Neste sentido, “*a diferença entre princípios e regras não tem significado prático*”⁴⁶⁵, pois as pessoas, quando desrespeitam uma norma, não questionam se ela é uma regra ou um princípio, na verdade elas não se importam com essa diferenciação.

O mesmo ocorre quando as pessoas cumprem as determinações legais, pois “as pessoas tem o dever de obedecer à lei, mas também o direito de seguir sua consciência sempre que esta entrar em conflito com tal dever”⁴⁶⁶, é justamente este livre arbítrio que movimenta a sociedade e que faz o Direito evoluir. Acreditar que as leis agradem a todos é uma utopia, pois a sociedade, sendo multicultural, jamais possibilitará abranger tantos e variados desejos populares.

⁴⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 65.

⁴⁶⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 95.

⁴⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos ...* Op. Cit. p. 288.

Pergunta-se então: Por que as pessoas cumprem a lei e aceitam que outros (parlamentares) determinem o que elas devem cumprir? Ronald Dworkin responde esta pergunta da seguinte maneira: “uma resposta possível é que alguns (ou todos) dos que aceitam a posição comum são hipócritas, apoiando da boca para fora direitos de consciência que na verdade não admitem.”⁴⁶⁷

As pessoas cumprem as normas do Direito porque ele é *força*⁴⁶⁸, mas não por serem regras ou princípios⁴⁶⁹. A efetivação e a concretização dos direito “é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. (...) Se o governo não leva os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.”⁴⁷⁰

A força das instituições ou das pessoas jamais deverão se sobrepor ao Direito, assim como já fora em períodos oitocentistas⁴⁷¹. Mas o Direito, por ser força, obriga a todos que o respeite. O equívoco que tal constatação pode causar é acreditar que somente existirá obrigatoriedade de uma lei após a imposição realizada por uma decisão judicial e que a norma, por si só, careceria de imperatividade.

Quando se inicia os estudos das normas jurídicas, principalmente no início da vida acadêmica, passa-se a questionar o modo pelo qual é possível diferenciar as regras dos princípios existentes no ordenamento jurídico e a razão pela qual existe tal diferenciação. A divisão entre regras e princípios não é uma tarefa simples. Inúmeros autores passaram a elaborar as mais diversas teorias para proporcionar a individualização de uma e de outra norma jurídica.

Marcelo Neves traz uma relação de autores e de critérios utilizados para explicar o que vem a ser um princípio, podendo ser assim relacionado: i) Karl Engisch ao falar das contradições sobre princípios passa a constituir-los como “diferentes ideias fundamentais”⁴⁷²;

⁴⁶⁷ Idem. p. 289.

⁴⁶⁸ Francisco Carnelutti diz que Direito: “*não consiste na ordenação e sim aquilo que ordena, isto é, que une ou, de maneira mais realista, que liga: e, portanto, é força.*” (CARNELUTTI, Francisco. *A arte do Direito...* Op. Cit. p. 22.)

⁴⁶⁹ Pra Marcelo Neves: “*Sem que se distingam quais os princípios e regras que estão sendo satisfeitos, as normas como padrões de comportamento são seguidas seja por hábito, seja por terem sido internalizadas ou por haver identificação do agente com os seus valores, ou são respeitadas por um cálculo racional de custos e benefícios orientado pelo peso da sanção em caso de descumprimento.*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 95.) (sem grifo no original).

⁴⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos ...* Op. Cit. p. 314.

⁴⁷¹ Francisco I. M. Homem de Mello afirma que: “*Nesta grande crise do nosso passado, há para o historiador um desenlace consolador. A força não venceu o direito. Consummada a violência contra os martyres da pátria, o triumpho ficou à causa da liberdade constitucional.*” (HOMEM DE MELLO, Francisco Ignácio Marcondes. *A constituinte perante ...* Op. Cit. p. 25.) (sem grifo no original).

⁴⁷² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1977. p. 165-166. *Apud* Marcelo Neves. *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.* São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 12.

ii) há ainda quem define os princípios de maneira mais simples, como “o fundamento de uma ordem jurídica”⁴⁷³; iii) ou que eles possuem uma função unificadora do sistema jurídico⁴⁷⁴; iv) ou até mesmo que os princípios possuem uma função essencialmente dinâmica⁴⁷⁵. Pode-se acrescentar à esse rol ainda a definição trazida por Robert Alexy, o qual trata os princípios como mandamentos de otimizações⁴⁷⁶, ou de maneira mais completa como mandamentos a serem otimizados⁴⁷⁷; Humberto Ávila, que considera as normas como descrições de direitos e ações, enquanto que princípios são normas finalísticas⁴⁷⁸; ou Eduardo Cambi que considera que as regras se esgotam em si mesmas, enquanto que os princípios não definem o modo que devem ser aplicados, o que somente será verificado em situações concretas⁴⁷⁹.

O maior problema existente entre utilização/aplicação/fundamentação com base em regras ou princípios se dá pela imprecisão semântica dos textos legais elaborados pelos legisladores brasileiros. No entanto essa problemática não se dá apenas na instância legislativa, uma vez que, quando passam a ser aplicadas pelo Judiciário, as contradições e variações argumentativas também são as mais variadas.

Para Raúl C. Usera os princípios não permanecem estáticos dentro do ordenamento jurídico e, por fazer parte de um todo dinâmico, “*se rigen por el critério básico del movimiento*”⁴⁸⁰ e sua operabilidade depende diretamente da adaptação de seus conteúdos predominantemente elásticos, dependendo, assim, da sua maior ou menor adaptação às exigências da Constituição, bem como da sua adequação com a realidade constitucional⁴⁸¹.

⁴⁷³ BETTI, Emílio. Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 212. *Apud* Marcelo Neves. *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 12.

⁴⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1989. p. 46/47. *Apud* Marcelo Neves. *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 12.

⁴⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 146.

⁴⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra Editores. 2007. p. 458.

⁴⁷⁷ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. Vol. 13. N.º 3. Set./2000. p. 300. *Apud* Fausto Santos de Moraes. Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí. Vol. 9. N.º 2. 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acessado em 28/01/2015.

⁴⁷⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. p. 63/64. *Apud* Marcelo Neves. *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 28.

⁴⁷⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 91.

⁴⁸⁰ USERA, Raúl Canosa. *Interpretacion constitucional ...* Op. Cit. p. 189.

⁴⁸¹ Segundo José Luis B. de Moraes: “(...) percebe-se que trabalhar com a jurisdição não é o mesmo que cuidar de direitos subjetivos, mas sim pesquisar a realidade. Essa pesquisa parte de um conjunto de fatos e circunstâncias que darão ao direito concretude e efetividade.” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constitucionalismo e cidadania: ...* Op. Cit. p. 60)

Por outro lado, quando se fala sobre a distinção de regras e princípios, Zagrebelsky entende que as regras exigem uma precisão semântica maior que os princípios, uma vez que em relação à elas apenas se obedece, ao passo que para os princípios “*se presta adhesión*”, exigindo uma compreensão do mundo dos valores, sendo que este é construído conforme a cultura social-jurídica de determinada comunidade⁴⁸².

Existindo essa problemática interna do Direito (criação das normas) e também na questão externa (aplicação das normas e adequação com as realidades sociais), torna-se mais fácil e cômodo, para os operadores do Direito, afirmar que as regras estariam no campo do “*tudo-ou-nada*” (aplica-se ou não) enquanto que os princípios, por serem vagos e imprecisos, poderiam ser flexibilizados conforme a sociedade se desenvolvesse e modificados de acordo com seus padrões comportamentais, ou até mesmo, aplicados de maneira que satisfaça apenas os interesses dos grupos de maior influência.

Logicamente que essa diferenciação, além de simplista, demonstra ser equivocada. Para tanto basta analisar a exemplificação apresentada por Marcelo Neves sobre a aplicação da regra contida no artigo 94, inciso II, do Código Penal, para constatar que até mesmo as regras são imprecisas e passíveis de variadas interpretações, uma vez que, neste dispositivo, exige-se para a reabilitação de um condenado, que ele possua “*bom comportamento público e privado*”, mas em momento algum há uma limitação do alcance a ser fixado para o que é “bom comportamento”⁴⁸³. Sendo assim, o que é “bom comportamento” para uma pessoa pode ser vista como “mau comportamento” para outra, surgindo a imprecisão semântica de uma regra, que pode garantir ou impedir o exercício do direito (ou princípio?) máximo que é o da liberdade de uma pessoa, necessitando o julgador utilizar as noções de moralidade e valores que carrega em seu íntimo, julgando, portanto, discricionariamente conforme a sua consciência, até mesmo porque os moralistas não precisam estabelecer premissas (inexistentes), limitando-se a aceitar sua própria conclusão⁴⁸⁴.

⁴⁸² Para Gustavo Zagrebelsky: “(...) *las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas.* ” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. ... Op. Cit. p. 110.) (sem grifo no original).

⁴⁸³ Marcelo Neves exemplifica: “*Como definir o bom comportamento sem considerar o contexto social e os valores dos respectivos juízes? Evidentemente, em questões referentes a formas não dominantes de relações afetivas, por exemplo, aquilo que se apresenta como bom comportamento público e privado para uma juíza feminista ou para um juiz associado a uma entidade de combate à homofobia é bem diverso do que uma juíza ou juiz vinculado à Opus Dei ou à Tradição Família e Propriedade (FTP) vai qualificar como bom comportamento.*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 16)

⁴⁸⁴ CARNELUTTI, Francisco. *A arte do Direito*... Op. Cit. p. 33.

De outro modo, poder-se-á verificar que alguns princípios possuem interpretação e abrangência bem mais limitadas que inúmeras regras. Um exemplo a ser dado é em relação ao princípio constitucional contido no inciso II do artigo 2º, o qual prevê como objetivo fundamental da República do Brasil a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade social. Para Marcelo Neves “reduzir as desigualdades sociais e regionais não é algo que envolva imprecisão semântica”, a não concretização desta norma não possui relação com uma “vagueza” normativa-principiológica, “mas com condições fáticas de sua efetivação.”⁴⁸⁵

Quando se fala de interpretação de uma norma, seja ela constitucional ou infraconstitucional, torna-se necessária observar a maneira pela qual ela foi elaborada e qual a pretensão por parte do legislador. Por diversas vezes confunde-se, equivocadamente⁴⁸⁶, *imprecisão legislativa* com *discricionariade da autoridade*, devendo ser feita a seguinte separação: i) a *imprecisão legislativa* decorre da rápida modificação que a sociedade brasileira vem sofrendo nos últimos anos, acarretando uma “inundação de expectativas normativas”, e que, por vezes, contraditórias entre si, dificultando a compreensão dos textos legais; ii) no que tange à *discricionariade interpretativa*, deve-se lembrar que as “possibilidades” de ação já estão descritas na própria norma, cabendo apenas ao agente concretizador escolher, conforme oportunidade e conveniência, o melhor caminho e a melhor disposição a ser aplicada.

Por essa razão é que Zagrebelsky considera as regras constitucionais meras leis reforçadas pelo procedimento, enquanto que os princípios constitucionais seriam os “criadores” de uma ordem jurídica. Em função da sua *flexibilidade interpretativa*, os princípios passariam a desenvolver papel indispensável para evolução da Constituição⁴⁸⁷.

A utilização do princípio pelos operadores do Direito, em sua discricionariade, parte-se da ideia de que, em determinadas situações, é possível verificar o esgotamento da utilização das regras previstas no ordenamento jurídico e mesmo assim o caso não tenha sido finalizado, cabendo, discricionariamente, ao magistrado, utilizar fundamentações não jurídicas mais próximas à moralidade para por fim à questão. Esta maneira de por fim à um

⁴⁸⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 18.

⁴⁸⁶ Marcelo Neves diz que: “*Não se deve confundir a questão da imprecisão com a questão da discricionariade em sentido estrito. A imprecisão semântica nas formas de ambiguidade e vagueza, implica, a partir primariamente do significado do texto e do seu âmbito de referência, a incerteza cognitiva em relação à norma a aplicar.*” (Idem. p. 13.) (sem grifo no original).

⁴⁸⁷ Para Gustavo Zagrebelsky, em primeiro lugar: “*sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en lá Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, em efecto, se agotan en si mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismam significan.*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ...* Op. Cit. p. 110.) (sem grifo no original).

processo é defendida por Robert Alexy, na qual formaria uma “concepção não positivista do direito”⁴⁸⁸.

Ronald Dworkin⁴⁸⁹ e Lenio L. Streck, demonstram serem contrários à teoria da discricionariedade, mas de certa forma o primeiro se aproxima dela, enquanto que o segundo se distancia coerentemente. Para Dworkin os princípios, quando fazem parte do sistema jurídico do Estado, acabam vinculando os juízes quando as regras são insuficientes para solucionar a causa. Sendo assim, não há discricionariedade, mas vinculação às normas jurídicas vigentes.

Diante de tal perspectiva, Dworkin defende a ideia de que as regras, quando em conflitos na aplicação, estão entre duas opções: ou serão aplicadas ou não (“tudo ou nada”⁴⁹⁰). Portanto, se em um caso prático existirem duas previsões legais (regras) divergentes para o mesmo caso prático, apenas uma delas será aplicada, ao passo que a outra *regra* passa a ser considerada inválida, inexistindo, portanto, ponderação entre elas⁴⁹¹. No que tange aos conflitos entre princípios há um *dimensionamento de força*, de peso, de importância, uma vez que será analisado o caso prático e, fundamentadamente, afirmar-se-á qual princípio deverá ser utilizado para a solução daquele caso.

A aproximação de Dworkin à discricionariedade, segundo Marcelo Neves, se dá quando ele afirma que toda decisão deverá ser pautada com base nas normas vigentes, isso porque, como já visto, os Tribunais, constantemente, utilizam em suas argumentações regras e princípios constitucionais (normas vigentes). No entanto, utilizam diversas regras e princípios, por vezes contraditórios, para proferirem a mesma decisão (procedência ou improcedência), demonstrando que a discricionariedade também se encontram na aplicação das normas vigentes, mesmo que contraditórias entre si.

Porém, quando Dworkin afirma que as decisões devem ser pautadas conforme *consistência e coerência jurídica*, foge da discricionariedade, uma vez que estar-se-á exigindo do intérprete (magistrados) que construam uma decisão responsável observando toda a

⁴⁸⁸ Lenio L. Streck explica que: “(...) para Alexy, os casos difíceis não podem ser decididos por razões consideradas exclusivamente a partir do direito. Ou seja, o intérprete deve pautar-se a partir de diferentes razões que não propriamente aquelas extraídas do direito, especialmente as considerações de justiça... E como as considerações de justiça pertencem ao conjunto de razões morais, e tais considerações são consideradas prioritárias, a moral prevaleceria para a tomada de tal decisão; o que faria emergir, segundo o autor, uma concepção não positivista do direito.” (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 51.)

⁴⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos ...* Op. Cit. p. 39/40.

⁴⁹⁰ Para Ronald Dworkin: “*As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.*” (Idem. p. 39/40.) (sem grifo no original).

⁴⁹¹ Ronald Dworkin afirma que: “*Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras.*” (Idem. p. 43.) (sem grifo no original).

construção do Direito já realizada, fungindo assim da discricionariedade e da decisão conforme sua própria consciência. Ficando claro que a decisão (jurisprudência) exige exatamente de uma prudência de seus intérpretes e não uma atuação discricionária e despreocupada com a consistência do Direito. Por essa razão Dworkin afirma que “nenhuma decisão jurídica é necessariamente a decisão correta. Os juízes representam diferentes posições quanto a questões controversas de direito e da moral”⁴⁹².

Mesmo um princípio sendo positivado, deverá, por meio das decisões das autoridades competentes, demonstrar que está de acordo com a moralidade exigida pela sociedade e que está contextualizado com as exigências e necessidades daquele Estado, naquele momento histórico, evitando assim, conflitos e insegurança jurídica. Justamente a partir desta concepção (ou tudo-ou-nada em relação às regras e a coerência constitucional na utilização dos princípios) é que se terá, alternativamente, uma única resposta correta para o caso em estudo ou, pelo menos, um julgamento mais próximo do correto, inexistindo, portanto, dúvidas quanto a sua obrigatoriedade.

Para Marcelo Neves, tanto essa teoria (da única decisão correta para cada caso) quanto da discricionariedade em relação à atuação do magistrado, trata-se de uma “ilusão principiológica”, pois em ambas haveria a necessidade de “reconhecer a inexistência de direitos e obrigações antes da decisão judicial” uma vez que, para uma *decisão correta* e/ou uma *decisão discricionária*, somente haveria tais compromissos após a manifestação judicial a respeito de tal norma, o que acarreta a insegurança jurídica-normativa, pois, como bem se sabe, os legisladores não são dotados de poderes divinos para prever todas as situações fáticas que devem ser disciplinadas, e a “seleção dos procedimentos constituintes ou legislativos não esgota o processo seletivo”⁴⁹³.

Em outras palavras, não é possível dizer que a utilização das regras proporcionará, sempre, em uma única resposta correta, e que os princípios, de maneira subsidiária, acarretarão uma resposta mais próxima da correta, pois, mesmo com a positivação normativa por parte dos legisladores (o que já acarreta na obrigatoriedade do cumprimento das normas) ainda há a atuação dos magistrados para ampliar o alcance das normas ou excluir determinadas situações sociais anteriormente selecionadas pelo Poder Legislativo, demonstrando a possibilidade de existência de múltiplas fundamentações para o mesmo resultado na decisão. Quanto às inúmeras respostas para um mesmo caso concreto, basta analisar qualquer caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal, além de não realizarem todo

⁴⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos ...* Op. Cit. p. 285.

⁴⁹³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 57.

o procedimento ponderativo apresentado pela teoria da argumentação de Robert Alexy⁴⁹⁴, também são construídos de maneira diferentes, utilizam de fundamentações diversas, e as vezes contraditórias, para ao final proferirem uma decisão no mesmo sentido. Bem como, há outros votos, que também são válidos, posto que fundamentados com base nas normas constitucionais que são vencidos pelos demais⁴⁹⁵.

Da mesma maneira é impossível dizer que a concretização e obrigatoriedade do ordenamento jurídico dependem da discricionariedade ou da única resposta correta. Assim sendo, a interpretação e diferenciação das normas legais, sejam elas regras ou princípios, não serão definidas, abstratamente, vistas apenas no campo teórico, pois dependem exatamente do caso prático para existir *concretização normativa* e a *adequação social*, mas isso não significa dizer que elas somente teriam obrigatoriedade após a aplicação e delimitação judicial. O que ocorre com uma decisão bem elaborada é a confirmação de uma *consistência judicial*, uma padronização interpretativa e a criação de uma identidade constitucional, passando da incerteza inicial para uma solução coerente do caso⁴⁹⁶.

O ponto fundamental da diferenciação entre Dworkin e Lenio Streck é que este não considera as regras de maneira fechada e rígida, no sentido de *tudo-ou-nada*, uma vez que, se assim o fosse, exigiria *a posteriori* um processo-moral-corretivo, que recairia, novamente, à discricionariedade. Destaca-se ainda que, apesar das regras serem escritas “com algum grau de determinabilidade”, percebe-se que, em face da abertura linguística e imprecisão semântica

⁴⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 55.

⁴⁹⁵ O Ministro Carlos Britto sintetiza que: “*Como a Constituição consagra muitos valores, alguns deles se antagonizam, na prática, levando-nos a um tipo difícil de opção – já tenho falado sobre isso -: se optamos de um jeito, prestigiamos a Constituição; se optamos de outro, prestigiamos igualmente a Constituição. E fica uma estranha opção interpretativa entre o certo e o certo, já que todas as opções têm lastro constitucional. É aquele tipo de questão que lembra Sócrates, em um dilema famoso, quando perguntado por um discípulo: Mestre, o homem deve casar ou permanecer solteiro? E Sócrates respondeu: Seja qual for a decisão, virá o arrependimento. Mas aí nos socorre, graças a Deus, o chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja: entre o certo e o certo, qual a opção que menos ofende os outros valores da Constituição? Dizendo de modo reverso: qual a opção mais afirmativa dos demais valores da Constituição?*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN 1.351-3/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio. DJ. 30.03.2007. Ementário 2270-1. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/legjurisp/outros/adi_1351.pdf. Acessado em: 04/11/2013. p. 96/97)

⁴⁹⁶ Para Marcelo Neves no processo de concretização da Constituição: “*(...) os princípios, de um lado, têm a maior capacidade de estruturar a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico, no qual uma diversidade enorme de expectativas normativas pretende afirmar-se na esfera pública como constitucionalmente amparadas. Mas, de outro lado, eles enriquecem os potenciais e alternativas da cadeia argumentativa do ponto de vista interno do direito. O direito se flexibiliza mediante princípios constitucionais para possibilitar uma maior adequação do argumentar jurídico à complexidade da sociedade. Por sua vez, nos casos não rotineiros, as regras, embora pouco flexíveis para enfrentar diretamente a desordem do ambiente, no qual estão presentes expectativas as mais contraditórias em relação aos direitos e deveres constitucionais, reduzem a complexidade dos princípios, possibilitando a passagem de um estado de incerteza inicial para a certeza final do procedimento de solução do caso.*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 58.) (sem grifo no original).

empregada pelos legisladores, até mesmo as regras impossibilitam uma aplicação mecânica de subsunção do fato à regra⁴⁹⁷.

Lenio Streck ainda aponta diversas consequências provenientes desta visão de fechamento rígido das regras e conseqüente abertura do Direito pela utilização dos princípios, dentre elas: i) manutenção da discricionariedade; ii) tendência de inferiorização do Poder Legislativo; iii) fragilização da autonomia do Direito pela atuação moralista dos juízes (Hércules/salvadores)⁴⁹⁸.

Importa ainda destacar que Dworkin trilha um caminho muito defendido por Lenio Streck que é o da necessidade de coerência das decisões judiciais para impedir a discricionariedade, ou seja, a partir do momento que os operadores do Direito passam a discutir e moldar uma decisão correta e, esta decisão, estar preocupada na construção/reconstrução da aplicação das normas, fará com que todos os juristas passem a aplicá-la de apenas uma maneira, ou seja, a variação interpretativa de uma norma, e conseqüentemente sua discricionariedade, passará a ser praticamente nula.

Sendo assim, apesar de Dworkin rebater a discricionariedade no Direito a partir da aplicação das normas vigentes, percebe-se que nesta teoria estava faltando apenas um pequeno fecho, o que pode/deve ser feito pela consistência/coerência das decisões judiciais e pela construção de uma identidade constitucional.

No que tange ao modelo apresentado por Robert Alexy, de que os princípios seriam considerados “mandamentos de otimização” localizados em um metanível e os “mandamentos a serem otimizados”, como objetos sujeitos à ponderação, pois são satisfeitos “em graus variados e pelo fato que a medida devida de sua satisfação não depende somente pelas possibilidades fáticas, mas também das jurídicas”⁴⁹⁹, Marcelo Neves também levanta algumas críticas: i) primeiro, porque alega ser uma reformulação da teoria dos princípios de Dworkin fundada nas jurisprudências dominantes do Tribunal Constitucional Federal Alemão⁵⁰⁰; ii) segundo, pois busca apresentar uma teoria universal como se pudesse aplicar em toda e

⁴⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 57.

⁴⁹⁸ Idem. p. 59.

⁴⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais: ...* Op. Cit. p. 90.

⁵⁰⁰ Marcelo Neves: “Reformular o modelo do ‘tudo-ou-nada’, para sustentar a tese segundo a qual ‘as regras são normas que são sempre ou satisfeitas [cumpridas] ou não satisfeitas [não cumpridas]. Daí por que, em um verdadeiro conflito entre regras, ou seja, não sendo possível introduzir uma cláusula de exceção para eliminar a contradição, uma das regras deve ser declarada inválida. Os critérios para a solução do conflito podem ser os mais diversos, inclusive a importância de uma das regras, mas a decisão sobre o conflito é uma decisão sobre validade da norma.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 64)

qualquer sociedade, independentemente da evolução cultural-social-econômica que se encontra⁵⁰¹.

Partindo-se da ideia de que as regras seriam apresentadas como razões definitivas em um julgamento, enquanto os princípios seriam sempre razões *prima facie*, Robert Alexy percebeu que sua teoria muito se aproximava à de Dworkin, e para tanto foi além, afirmou que as regras não são as únicas que possuem a capacidade de por fim a uma lide como razão definitiva, mas também os princípios quando analisados em casos concretos, deixando de serem meras bases argumentativas da aplicação das regras. Contudo, *abstratamente* falando, princípios manter-se-iam como razões *prima facie*⁵⁰².

Outra questão interessante a ser observada é a insustentabilidade da defesa de que princípios são mais abstratos e genéricos que as regras, ou seja, que os princípios possuem aplicação mais abrangente e as regras possui um alcance limitado. Norberto Bobbio aconselha utilizar o termo *normas gerais* quando estas se dirigem à uma determinada classe de pessoas, enquanto que, *normas abstratas* devem ser utilizadas quando regulam “uma ação-tipo (ou uma classe de ações)”⁵⁰³. Assim sendo, todas as regras e todos os princípios são normas gerais e abstratas, variando apenas o grau de generalidade e de abstrativização⁵⁰⁴. Justamente neste momento é que poderá (re)surgir confusão entre generalidade e imprecisão semântica de um princípio ou de uma regra⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ Idem. p. 63

⁵⁰² Segundo Robert Alexy: “*Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. Caminho que vai do princípio, isto é, do direito prima facie, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.*” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*: ... Op. Cit. p. 108.) (sem grifo no original).

⁵⁰³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005. p. 181.

⁵⁰⁴ Para Marcelo Neves: “*O problema que se apresenta é a determinação do grau de generalidade e abstração. Isso implica a questão de estabelecer quão ampla é a classe de pessoas que são destinatárias da norma (generalidade) e quão abrangente é a classe de fatos, ações ou casos que são regulados por ela (abstração).*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 22.)

⁵⁰⁵ Marcelo Neves diz que: “*Se considerarmos que certos princípios são setoriais, como os princípios constitucionais do sistema tributário ou da administração pública, poderá afirmar-se que, quanto ao âmbito pessoal de vigência, eles são menos gerais e, quanto ao âmbito material de vigência, são menos abstratos do que inúmeras regras constitucionais não adstritas a um setor específico de agentes e atividades.*” (p. 24). Em relação à essa exposição Marcelo Neves exemplifica da seguinte maneira: “*(...) em relação à regra contida no parágrafo 2º do artigo 12 da Constituição, que veda a distinção legal ‘entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição’, e ao princípio da independência do juiz, que se desdobra nas regras-garantia do artigo 95, mas não se confunde com elas. É claro que aquela regra sobre a nacionalidade é mais geral, pois se refere a todos os cidadãos, e abstrata, porque diz respeito a qualquer discriminação entre eles (ressalvadas as exceções constitucionais), do que este princípio, que se dirige especificamente aos magistrados e regula particularmente a função judicial p. 24/25*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit.)

Por mais que esteja correta a alegação de que quanto maior seja o grau de generalidade da norma, maior também será a margem de interpretação⁵⁰⁶, não se pode utilizar, tão somente, tais concepções para diferenciar princípios e regras de maneira categórica.

Apesar de reconhecer que “os princípios tendem a ser mais gerais e imprecisos do que as regras”⁵⁰⁷, Marcelo Neves insiste em afirmar que essa diferença não possui caráter necessário, mas meramente eventual e tendencial, ou seja, “o critério do grau de generalidade (assim como o do grau de imprecisão) é insuficiente para a distinção entre princípios e regras constitucionais”⁵⁰⁸.

Situação semelhante ocorre quanto à distinção realizada pelas vias da finalidade e dos valores normativos, ou seja, diferenciar regras dos princípios por meio de critérios finalísticos (político) ou condicionais (jurídico). Para Marcelo Neves, o primeiro diz respeito à previsão positiva dos fins a serem alcançados e os meios passíveis de utilização; e os critérios ou programas condicionais seriam “as determinações das condições que podem ensejar um determinado efeito.

Quando se busca distinguir as normas pelo critério finalístico ou condicional, pode-se entrar em conflito ideológico, pois, as normas “políticas” (*polices*) quando são incorporadas ao ordenamento jurídico pelo Legislativo, passam automaticamente a ser consideradas *normas jurídicas* e aguardam as situações fáticas para serem postas em práticas, assim sendo, acabam “tornando-se conteúdo de um programa condicional”⁵⁰⁹.

A princípio, as normas de conteúdo finalístico tendem a ser incorporadas ao ordenamento jurídico na forma de *princípios programáticos* ou *princípios constitucionais finalísticos*, no entanto, os poderes públicos lhe atribuem uma “roupagem jurídica” de regra, apresentando o procedimento e os meios para que tais atos sejam realizados. Assim sendo, o que inicialmente poderia ser visto como princípio passa a ser uma regra⁵¹⁰.

A contradição e confusão ainda continuam a existir⁵¹¹. Em primeira análise, aparenta ser lógica a diferenciação de que regras são exauríveis; que seria possível concretizar o

⁵⁰⁶ JAKAB, András. *Prinzipien*. In: *Rechtstheorie* 37. Berlim: Duncker & Humblot. 2006. p. 49-65. Apud Marcelo Neves. *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 25.

⁵⁰⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 25.

⁵⁰⁸ *Idem*. p. 26.

⁵⁰⁹ Conforme Marcelo Neves: “Assim, a pergunta que se põe não é mais primariamente se o fim foi alcançado (prospectiva), mas sim se o agente público ou privado atuou (ou se omitiu) na busca dos fins estabelecidos normativamente (retrospectiva).” (*Idem*. p. 33/34.)

⁵¹⁰ Conforme Marcelo Neves: “Assim, por exemplo, planos urbanos que visam à restauração de um bairro antigo podem ser regulados juridicamente, não cabendo falar em princípios nesse caso.” (*Idem*. p. 34.)

⁵¹¹ Marcelo Neves: “Tanto há princípios quanto regras que se referem imediata, direta e explicitamente a valores e fins, como há princípios que não se caracterizam por essa maneira de referência a eles.” (*Idem*. p. 34.)

objetivo da regra com a concretização de todas as metas e etapas nela contida. Em contrapartida, em relação aos princípios, estes possuem a tendência de serem inexauríveis, ou seja, não são considerados “concretizados definitivamente por terem sido alcançados seus fins”. Mas, na medida em que se passa a utilizar o critério da finalidade, constata-se que, por vezes, alguns princípios não fazem parte de um programa finalístico, bem como, em outros momentos o fazem; nesse sentido também é possível verificar a existência de regras que fazem parte de programas finalístico e regras que fazem parte de programas condicionais⁵¹².

Portanto, buscar distinguir regras e princípios com base à finalidade e ao valor contido na norma é insuficiente para encontrar um denominador comum, uma vez que, um princípio, que até então tratar-se-ia de *valores* ou *condicionante*, eventualmente são reconhecidos e utilizados em evidente “interesse estratégico do Estado (...) do que a valores como crenças absolutas, mantidas independentemente dos resultados.”⁵¹³ Portanto, as *normas podem ser diferenciadas em finalísticas e valorativas*, mas as regras e os princípios, não.

O que se pode perceber é que o ordenamento jurídico possui maleabilidade. A flexibilidade na interpretação das normas passa a ser fundamental para concretização dos direitos fundamentais, independentemente de se tratar de uma regra ou de um princípio. Somente com uma busca detalhada pelos elementos formadores da matéria discutida é que será possível proferir uma decisão preocupada com a construção da identidade constitucional brasileira.

3. 5. Identidade Constitucional

A ductibilidade do Direito está na sua construção, uma vez que utiliza de regras, princípios e decisões judiciais preocupadas com a realidade social. No que tange à Constituição, Gustavo Zagrebelsky apresenta outra ductibilidade: a da coexistência e o compromisso em sua concretização⁵¹⁴.

⁵¹² Marcelo Neves: “*Nada impede que o princípio da erradicação da pobreza, contido no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal, em virtude das transformações radicais das condições socioeconômicas do país, seja um dia concretizado, como ocorreu em países escandinavos. Por seu turno, regras jurídicas de planejamento urbano podem estabelecer a meta de preservação de sítios históricos com dever dos agentes públicos.*” (Idem. p. 35.)

⁵¹³ Marcelo Neves apresenta, a título de exemplo, o artigo 4º, parágrafo único da CF (“integração latino-americana”); artigo 3º, inciso III, da CF (“redução das desigualdades regionais”) e artigo 3º, inciso II, da CF (“desenvolvimento nacional”). (Idem. p. 37).

⁵¹⁴ Segundo Gustavo Zagrebelsky: “*Esto es tanto como afirmar, una vez más y desde un particular punto de vista, que el derecho no puede separarse del ambiente cultural en que se halla unmerso y erigirse como sistema normativo independiente y autossuficiente. Es una parte, aunque importante, pero sólo una parte, nunca el todo.*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ... Op. Cit.* p.138.)

Para Zagrebelsky a quantidade e diversidade de princípios no ordenamento jurídico, bem como a *ausência* de um procedimento capaz de proporcionar a *hierarquização dos valores*, produz uma incompatibilidade com uma sociedade pluralista. Em caso de conflito entre princípios acarretaria a prevalência de um sobre outro e uma “*tiranía del valor esencialmente destructiva*”, exigindo, portanto, cautela ponderativa⁵¹⁵, fatos estes ainda não observados pelos operadores do Direito no Brasil. Tais reflexões levam à uma solução: a *otimização dos princípios*.

Antes de poder haver a otimização, Zagrebelsky entende ser necessário retirar o caráter absoluto dos princípios, pois, se mantido, “*los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí.*”⁵¹⁶. O problema interpretativo pode causar ramificações subjetivas que, conseqüentemente impossibilitará a separação dos princípios de seus derivados⁵¹⁷.

Percebe-se então, que inúmeros modelos foram criados no intuito de diferenciar as regras dos princípios, mas todas foram alvos de duras críticas, chegando ao ponto de que, tais argumentações, somente seriam relevantes no campo teórico, pois, nos casos práticos, tanto regras quanto princípios, poderiam ser aplicados como *razões definitivas*, podendo encontrar apenas uma resposta correta para cada caso⁵¹⁸.

Continuando essa linha de raciocínio, reconhece-se que quando utilizadas as regras no caso prático, constatam-se, depois de excluídas as exceções e as variantes, que elas serão utilizadas como razão definitiva, fato este que também é verificado em relação à aplicação de um princípio, que após a delimitação do seu alcance e otimização/ponderação em face de um princípio conflitante, passa a funcionar como termo final a ser aplicado. Assim sendo, dizer que uma regra está no campo do *tudo-ou-nada* passa a ter o mesmo sentido que dizer que uma regra é *satisfeita ou não satisfeita*; “a binariedade está presente nas duas formulações”⁵¹⁹.

⁵¹⁵ Gustavo Zagrebelsky diz que: “*La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación.*” (Idem. p. 110.)

⁵¹⁶ Idem. p. 125.

⁵¹⁷ Para Gustavo Zagrebelsky: “*La causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad. Al faltar un único y seguro horizonte de expectativa en orden a los resultados de las operaciones de interpretación, los caminos de la jurisprudencia terminarán bifurcándose y, en muchos casos, se perderá también la posibilidad de distinguir el principal de los desviados.*” (Idem. p. 146) (sem grifo no original).

⁵¹⁸ Marcelo Neves: “*É verdade que o conceito de Alexy não é empírico, mas sim contrafactual. Aponta para um dever-ser ideal. Nesse sentido, ele se assemelha à ideia de uma única decisão correta ou do melhor julgamento, defendida por Dworkin.*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 82.) (sem grifo no original).

⁵¹⁹ Marcelo Neves pondera que: “*Inicialmente, cumpre observar que apenas de um ponto de vista teórica é relevante a distinção entre a formulação de que as regras valem à maneira de tudo-ou-nada e, portanto, não possuem a dimensão de peso dos princípios, por parte de Dworkin, e a definição de que as regras são satisfeitas (cumpridas) ou não satisfeitas (não cumpridas), enquanto os princípios são mais ou menos satisfeitos*

Marcelo Neves desenvolve sua teoria em relação à aplicação/utilização das normas (regras e princípios) com base na teoria de Robert Alexy, mas, segundo o doutrinador brasileiro, afastando-se a dubiedade encontrada na teoria do alemão e evitando cair em “nominalismos estéreis”⁵²⁰, tão frequente entre os doutrinadores brasileiros.

Para Neves um *princípio* nunca será considerado uma razão definitiva para uma decisão concreta “pois, inclusive no caso da ponderação, tem-se que se definir uma regra de direito constitucional atribuído para a solução do caso.”⁵²¹. Tal pensamento é o oposto do que já fora apresentado pelo ministro Carlos Britto em seu voto no MS. 20.602-3/DF⁵²² o qual considerou os princípios como supernormas. Portanto, quando deparado em um caso concreto a necessidade de aplicar um princípio, deverá ser aplicada ao caso uma regra produzida pelo legislativo ou um texto normativo originário do “órgão encarregado da concretização jurídica, isto é, mediante a construção jurisprudencial.”⁵²³

Diante do exposto, percebe-se que a discussão principal, em uma sociedade complexa e pluralista quanto à brasileira, passa a ser o momento da aplicação da norma e sua concretização, sendo quase irrelevante a distinção entre regras e princípios (quando positivados), ou de qualquer outra binariedade criada, justamente pela falta de técnica dos legisladores e a ausência de compreensão semântica à elas atribuída quando analisadas no plano hipotético e abstrato.

(cumpridos) conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, propostas por Alexy. A diferença restringe-se basicamente a determinar se, ao menos teoricamente, todas as exceções de uma regra podem ser arroladas e fazer parte do enunciado completo dessa regra (Dworkin), ou se as exceções não são numeráveis, nem mesmo em teoria, e não fazem parte da regra, mas apenas poderá restringir o seu significado definitivo em um caso concreto (Alexy). Determinada as exceções que são relevantes ou a inexistência delas, não há diferença em afirmar que as regras como razões definitivas aplicam-se à maneira do tudo-ou-nada e dizer que elas são necessariamente satisfeitas ou não são satisfeitas.” (Idem. p. 77) (sem grifo no original).

⁵²⁰ Idem. p. 92.

⁵²¹ Idem. p. 92.

⁵²² Carlos Britto: “Nesse modelo de ciência jurídica ou ciência do Direito, que é o pós-positivismo, os princípios são normas. A palavra norma tornou-se um gênero que se bifurca ou biparte em princípios e regras. O pós-positivismo, mais do que afirmar o caráter normativo dos princípios, atesta que eles são supernormas, as normas mais importantes do direito positivo, notadamente da Constituição, de modo que os princípios, hoje, enquanto normas de proa, de primeira grandeza, ocupam uma posição de centralidade, a partir da Constituição, vale dizer, os princípios que, na nossa Constituição, se dotam dessas virtudes da onivalência, da autorreferência e da autoaplicabilidade em muitas situações, são aptos a resolver casos concretos. É possível extrair deles as normas de que os operadores do Direito precisam para solucionar controvérsias.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 295)

⁵²³ Marcelo Neves: “Ou seja, caso não haja uma regra diretamente atribuída a texto constitucional ou legal nem seja construída judicialmente uma regra à qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem o seu significado prático ou servem apenas à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrendo a inconsistência do sistema jurídico.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 84.) (sem grifo no original).

Sendo assim, os princípios, analisados como critério *prima facie*, servirão, hipoteticamente, como “fundamento mediato de decisões de controvérsias jurídicas”, enquanto que as regras, para atingir seu objetivo principal, para ser objetivamente uma razão definitiva, dependerá da conclusão do *processo concretizador*. Durante esse processo há o surgimento de outras barreiras a serem transpostas, os discursos de fundamentação e discurso de aplicação das normas, que se tornam pouco adequadas para a delimitação e superação da opacidade semântica das normas constitucionais ou infraconstitucionais.

O processo de concretização da norma está fortemente atrelado à hermenêutica aplicada no caso concreto, mas não só, uma vez que depende do texto elaborado durante o processo legislativo, os dois em conjunto desenvolverão um modelo jurídico consistente e socialmente adequado⁵²⁴. Segundo Marcelo Neves a “produção institucional da norma pelo constituinte e pelo legislador ordinário relaciona-se reciprocamente com a construção hermenêutica da norma pelos órgãos encarregados da concretização jurídica.”⁵²⁵

Apesar da norma já estar positivada, cabendo “apenas” a interpretação e fixação dos seus limites, essa função caberá ao Judiciário quando for realizar a subsunção do fato à norma⁵²⁶. Se por um lado as regras demonstram um pouco mais de rigidez do que os princípios, tal argumentação não é suficiente para definir uma diferenciação entre ambas.

A mesma construção concretizadora das regras pode ser vista com os princípios, no entanto, estes se “constroem e reconstroem (num) processo circular permanente de autofundamentação constitucional do direito”⁵²⁷, impedindo, por exemplo, que a autoridade competente interprete ou aplique um princípio constitucional de maneira genérica⁵²⁸.

Se para a autofundamentação não deve haver hierarquia do sistema jurídico⁵²⁹, muito menos há que se falar em hierarquia entre as duas contingências (legislativa e judiciária), ou

⁵²⁴ Para Marcelo Neves: “*Os conceitos e terminologias variam, mas o mais relevante não é a escolha de um ou de outro modelo, mas sim a questão de saber se, na respectiva ordem constitucional, na relação recíproca entre doutrina e prática constitucional, desenvolve-se um modelo juridicamente consistente e socialmente adequado.*” (Idem. p. 169.)

⁵²⁵ Idem. p. 86.

⁵²⁶ Conforme Marcelo Neves: “*(...) a produção legislativa de (texto de) regras é fundamental para a redução da complexidade e a estabilização de expectativas normativas na sociedade moderna. Isso decorre da própria posituação do direito. Mas a introdução de regras a partir do poder legislativo é apenas um momento do processo de seleção da norma perante uma multidão de expectativas normativas contraditórias existentes na sociedade.*” (Idem. p. 181.)

⁵²⁷ Idem. p. 86.

⁵²⁸ Marcelo Neves diz que: “*Nesse caso, os órgãos encarregados oficialmente da interpretação-aplicação vinculante do texto constitucional, ou melhor, da concretização normativa da Constituição, constroem enunciados que desempenham a função de dispositivos constitucionais, mas eles devem ser, no mínimo, compatíveis com a conexão de disposições constitucionais.*” (Idem. p. 93.)

⁵²⁹ Marcelo Neves diz que: “*A autofundamentação constitucional do sistema não deve, porém, levar a uma compreensão hierárquica linear do sistema jurídico, pois, embora as normas constitucionais sirvam como*

seja, para a concretização normativa, há um movimento circular entre elas⁵³⁰, e não um movimento retilíneo hierárquico, no qual um cria e outro apenas obedece. Tendo em vista essa movimentação, entre as duas contingências, é que se dá a existência das normas jurídicas e as normas de decisão⁵³¹.

Rompe-se, para Marcelo Neves, a ideia de superioridade de uma ou outra contingência (aquela que cria o texto normativo ou aquela que cria, hermeneuticamente, o alcance do texto positivado); privilegia a manutenção da “identidade constitucional nos termos da alteridade paradoxal entre o legislador constituinte ou reformador e os órgãos encarregados da concretização constitucional”; e evita um “positivismo constitucional-legalista ingênuo” que, isoladamente, desconsideraria a importância da adequação da norma ao contexto social⁵³².

Mais uma vez verifica-se a necessidade de aplicação/adequação da norma com a realidade social brasileira.

Estudá-la apenas no campo teórico, demonstrou-se insuficiente para determinar se a norma é uma regra ou um princípio. Assim, torna-se evidente que a diferenciação entre ambas somente passa a ter relevância (prática e teórica) em caso de existência de conflitos em relação à norma a ser aplicada no caso concreto. Sendo assim, a distinção entre regras e princípios somente ocorrerá no plano da argumentação jurídica⁵³³, ou seja, quando evidente uma problematização específica.

fundamento de validade das demais normas jurídicas, os sentidos normativos da Constituição dependem tanto da legislação quanto dos atos de interpretação-aplicação da Constituição. Portanto, a partir da própria autofundamentação constitucional do sistema jurídico, desenvolve-se uma hierarquia entrelaçada no processo dinâmico de concretização normativa.” (Idem. p. 117)

⁵³⁰ Para Marcelo Neves: “Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação do seu conteúdo. Em suma, pode-se dizer, com o devido cuidado, que eles atuam como razão ou fundamento de regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Mas as regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais.” (Idem. p. 134/135.)

⁵³¹ Eros Grau entende que: “O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, porém visando a sua aplicação a casos concretos. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos. A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre normas jurídicas e norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013. p. 298.) (sem grifo no original).

⁵³² Marcelo Neves: “A negação completa da identidade, como foco exclusivo nos órgãos da concretização constitucional, especialmente naqueles que tem a última palavra, os tribunais constitucionais, conduziria a um positivismo constitucional realista ou a um decisionismo judicial, que despreza a consistência jurídica.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. p. 94.) (sem grifo no original).

⁵³³ Segundo Marcelo Neves: “(...) a diferença entre princípios e regras ganha um significado imprescindível para o desenvolvimento consistente e adequado do direito. A argumentação jurídica ocorre na intersecção entre a justificação e a aplicação das normas. Com ela (...) saímos do plano da mera aplicação ou observância (...) e

Segundo Marcelo Neves, somente esquematicamente torna-se possível determinar se a norma é um princípio ou uma regra. Com a análise do caso prático, pode-se dizer que os princípios seriam normas de reflexão, a qual permite certo balizamento, construção e reconstrução das regras; enquanto que estas, sendo utilizadas como razões de decisão, seriam “condições de aplicação dos princípios à solução do caso”⁵³⁴. Como se já não bastasse a problemática semântica-conceitual dos princípios e das regras, Dworkin, Aarnio, Larenz e Marcelo Neves (entre outros), apontam ainda a existência, do que este último chama, de híbridos⁵³⁵ no ordenamento jurídico.

Para Dworkin “às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”⁵³⁶. Para Ausli Aarnio há a possibilidade da existência de “regras que são como princípios” bem como de “princípios que são como regras”⁵³⁷. Já Karl Larenz apresenta a existência de “princípios com a forma de proposições jurídicas (...) e que estão condensados em uma regra imediatamente aplicável”⁵³⁸.

Apesar de Marcelo Neves não realizar o fracionamento, ou a criação de uma nova espécie de norma, busca demonstrar que as normas híbridas e os princípios não se confundem com as metarregras, até mesmo porque, segundo ele, existem apenas as regras e os princípios, enquanto que as híbridas possuem, a priori e abstratamente falando, características de ambas; as metarregras são apenas regras que passaram a ser, equivocadamente, defendidas como princípios⁵³⁹.

procuramos dar uma luz à aplicação mediante a discussão sobre a justificação sistêmico-interna das normas a aplicar.” (Idem. p. 100/101.) (sem grifo no original).

⁵³⁴ Idem. p. 103.

⁵³⁵ Marcelo Neves: “O enquadramento conceitual proposto no presente trabalho não comporta um terceiro ‘tipo-ideal’ de normas (sem que se negue aqui a existência de outros padrões no sistema jurídico além das normas). Ou as normas estão no nível reflexivo da ordem jurídica, servindo tanto para o balizamento ou a construção hermenêutica de outras normas, mas não sendo razão definitiva para uma norma de decisão de questões jurídicas, e, portanto, devem ser classificadas primariamente como princípios; ou elas são normas suscetíveis de atuar como razão definitiva de questões jurídicas, não atuando como mecanismo reflexivo, e, portanto, devem ser classificadas primariamente como regras. Se não for possível enquadrá-la primariamente em nenhuma das categorias, cabe falar de híbridos.” (Idem. p. 106.) (sem grifo no original).

⁵³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos ...* Op. Cit. p. 45.

⁵³⁷ AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company [trad. Esp.: *La racional como razoable: um tratado sobre la justificación jurídica*. Madri: centro de estudios Constitucionales. 1991. p. 184/186. *Apud* NEVES, Marcelo. *Entre Hydra e ...* Op. Cit. p. p. 104.

⁵³⁸ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4ª ed. Berlim/ Heidelberg/ Nova York: Springer-Verlag. 1983. p. 465/466. *Apud* NEVES, Marcelo. *Entre Hydra e ...* Op. Cit. p. 105.

⁵³⁹ Segundo Marcelo Neves: “As metarregras são normas que se referem a normas e, portanto, também são normas de normas, como, por exemplo: lex posterior derogat legi priori, lex superior derogat legi inferior, lex specialis derogat legi generali, regras constitucionais de ressalvas de direitos fundamentais. (...) A partir delas, é sempre possível construir imediatamente uma norma de decisão do caso, podendo este inclusive configurar um conflito abstrato de normas(...) os princípios, ao contrário, permanecem, na dimensão estrutural, sempre no

No entanto, afirmar que uma regra, em sua *prima facie*, trata-se sempre de uma norma que deve ser aplicada imediatamente, tende à teoria do menor esforço ou do comodismo, uma vez que, é possível durante a problematização do caso (colisão normativa) e no decorrer do processo de concretização normativa, que esta regra transforme-se em princípio e exija, obrigatoriamente, a existência de outra regra (razão definitiva) para ser aplicada no caso em estudo. No entanto, como já dito, para evitar maiores trabalhos argumentativos, os operadores apresentam a explicação mais simples e cômoda, e acabam fragmentando o estudo como se não houvesse conexão.

As regras acabam, por vezes, trazendo maior segurança para os aplicadores, pois não possuem a reflexividade existente nos princípios. As regras “servem melhor à consistência ou autorreferência do sistema jurídico, mas são limitadas no que diz respeito à adequação social do direito.” Já os princípios, além de não desprezar a consistência jurídica e passando pelo processo concretizador, “desempenham sua função especialmente em relação à adequação social do direito, em particular nos casos controversos mais complexos.”⁵⁴⁰

As discussões existentes entre a aplicação-interpretação das normas, provocou o surgimento das duas correntes doutrinárias de aplicação das normas constitucionais: os que aplicam como *regras* (formalistas ou procedimentalistas), bem como os defensores da aplicação principiológica, com base numa argumentação substancial. Portanto, torna-se inegável que os princípios constitucionais são diabólicos, pois, quando mal aplicados, podem causar a inconsistência normativa⁵⁴¹ e uma desconstrução da identidade constitucional⁵⁴².

A questão que passa a ser realmente relevante é a seguinte: como evitar a fragilização das normas constitucionais sem que exista uma tendência procedimental ou substancial? Ou, segundo Marcelo Neves, como “evitar o perigo da hipertrofia de uma determinada leitura do respectivo princípio em detrimento das outras”⁵⁴³?

plano da observação de segunda ordem, não oferecendo critérios definitivos para a solução do caso.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 124/125.) (sem grifo no original).

⁵⁴⁰ Marcelo Neves salienta que: “A prática inconsistente rejeita as regras. Estas podem chegar a um ponto de definitividade que torna manifesto o desvio. Os princípios, ao contrário, como estrutura de reflexividade, que nunca, em si mesmo, alcança definitividade, podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particulares que pressionam a solução do caso. Ou seja, os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois eles estão vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito” (Idem. p. 190/191.) (sem grifo no original).

⁵⁴¹ Marcelo Neves entende que: “(...) um modelo de mera consistência constitucional conduz a um formalismo socialmente inadequado. (...) Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo juridicamente inconsistente.” (Idem. p. 225.) (sem grifo no original).

⁵⁴² Para Marcelo Neves: “(...) a fascinação pelos princípios constitucionais, em detrimento das regras, tende a bloquear a consistência jurídica, dissolvendo o direito amorfamente em seu ambiente e subordinando-o imediatamente às intrusões particulares do poder, do dinheiro, dos moralismos intolerantes, dos valores excludentes inegociáveis.” (Idem. p. 133.) (sem grifo no original).

⁵⁴³ Idem. p. 165.

Somente com uma decisão preocupada com a consistência jurídica e na concretização normativa constitucional é que poderá ser evitado tais conflitos e hipertrofias. Necessita-se de um juiz que não seja Hidra, nem de um juiz-Hercules, mas, segundo Marcelo Neves, um Juiz Iolau⁵⁴⁴.

Por mais que a resposta dada beire à simplicidade, reconhece-se que a decisão judicial é a principal causadora da crescente e equivocada, hermenêutica-principiológica, sendo esta, aquela que permite que seja apresentado, ao mesmo princípio, diversas interpretações e utilidades, muitas das vezes contraditórias, mas que, “pelo menos”, soluciona o caso em apreço⁵⁴⁵.

Esse fascínio brasileiro pela utilização dos princípios com se fosse a panaceia de todos os males, vem proporcionando o que Lenio L. Streck chama em suas palestras de panprincipiologismo, o qual pode ser justificado (apenas hipoteticamente, pois não houve uma pesquisa empírica comprovando tal alegação), pela democratização e constitucionalização que o país vem sofrendo. Esta utilização descabida, despreocupada e até mesmo irresponsável dos princípios acaba dando margem ao voluntarismo judicial (decisionismo) digna de uma discricionariedade interpretativa que deve ser evitada pelos juristas⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Para Marcelo Neves o juiz “não se subordina, desorientadamente, ao poder dos princípios de se regenerarem incontrolavelmente em cada situação concreta, na forma policéfalas em que se apresentam. Não modifica sua posição ad hoc para satisfazer exclusivamente a cada nova estratégia em que se invocam princípios. Ele não se deixa impressionar pela retórica principiológica.” Em contrapartida (...) ele não se prende rigidamente a regras, impedindo que o direito responda adequadamente a demandas complexas da sociedade. Não se põe em uma posição de superioridade intelectual, monologa, ao invocar os seus argumentos técnicos formais. (...) não é um juiz socialmente insensível. Percebe os limites de suas regras para solucionar controvérsias jurídicas complexas”. (Idem. p. 221.) (sem grifo no original).

⁵⁴⁵ Gustavo Zagrebelsky afirma que: *“Las reservas más fundadas hacen referencia, por el contrario, al peligro de que el cuadro de principios constitucionales venga cristalizado en detrimento de la libertad de apreciación política del legislador. Tal peligro no existe cuando la derivación de la regla la hacen los jueces ordinarios, cuya jurisprudencia puede ser siempre superada por una diferente valoración del legislador en el marco de las posibilidades constitucionales. El peligro existe, en cambio, cuando es la Corte constitucional la que impone la regla, prestandola como algo exigido por la Constitución. Em este caso hay verdaderamente un riesgo de exceso de juridificación y constitucionalización de la vida política, riesgo que no puede solenciarse en nombre del consenso sobre los contenidos de las normas establecidas por la Corte constitucional.”* (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ... Op. Cit. p. 152.*) (sem grifo no original).

⁵⁴⁶ Conforme Eduardo Cambi: *“(...) a concretização judicial dos princípios jurídicos não deve ser destituída de critérios racionais e objetivos. Não deve dar ensejo ao voluntarismo judicial, pelo qual qualquer valoração imposta pelo Judiciário deve ser considerada válida. Se o neopositivismo propugna a não identificação do texto com a norma, a maior valorização dos princípios constitucionais, nas decisões judiciais, não deve resultar no mais intenso subjetivismo ou decisionismo. No Estado Democrático de Direito, não se admite que as decisões judiciais sejam somadas por critérios puramente emotivos ou pela citação vaga de princípios, sem a criteriosa análise do caso concreto e desacompanhada de argumentação jurídica sólida. Quanto mais vaga é a norma, maiores devem ser o ônus argumentativos do intérprete.”* (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e... Op. Cit. p. 303/304.*) (sem grifo no original).

Após diversos abusos pessoais e sociais, a população passou a exigir maior proteção e segurança, cabendo ao Judiciário a preservação da *dignidade da pessoa humana* e a concretização das normas constitucionais, independentemente da existência de uma regra a ser aplicada ao caso concreto, pois, para os substancialistas, os princípios podem, devem e são aplicados como razões definitivas de uma decisão, é o que Zagrebelsky chama de *explosión subjetivista*⁵⁴⁷. Da mesma maneira, autoridades políticas passaram a realizar a “luta” pela dignidade da pessoa humana por meio de seus discursos (retóricos)⁵⁴⁸, mas que na verdade, muitas das vezes, são utilizados apenas para ocultarem outras condutas⁵⁴⁹.

Quando se fala de “*princípio da dignidade da pessoa humana*”, deve-se reconhecer que nele não há a discricionariedade que se tenta apresentar. As instituições públicas não possuem a faculdade de atuar ou não, conforme ele. Trata-se de “um dever dos órgãos públicos atuar na defesa da dignidade humana”⁵⁵⁰. Por essa razão Marcelo Neves equipara a utilização dos princípios, e principalmente do acima mencionado, pelos operadores do Direito no Brasil com o ser mitológico *Hidra de Lerna*, pois ao cortar uma de suas cabeça outras nascem em seu lugar, dando-lhe novo sentido e forma, mas diversamente da lenda, os princípios a cada nova interpretação, perde força e sentido de existência⁵⁵¹.

As decisões judiciais, em relação aos conflitos das normas e as problematizações sociais, não poderão ser elaboradas com a pretensão de apresentar uma solução apenas para o caso analisado (decisão *ad hoc*); ou que cause a desilusão em relação às normas

⁵⁴⁷ Gustavo Zagrebelsky expõe que: “*Así pues, la razón de la temida explosión subjetivista de la interpretación se encuentra, una vez más, en el carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos.*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ...* Op. Cit. p.145) (sem grifo no original).

⁵⁴⁸ Para Marcelo Neves: “*no caso brasileiro, a invocação retórica da dignidade humana para afastar, em nome da justiça ‘inerente’ a esse princípio, regras constitucionais precisas pode, embora isso pareça estranho, servir precisamente ao contrário: a satisfação de interesses particularistas incompatíveis com os limites fixados pela ordem jurídica às respectivas atividades.*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. p. 194.)

⁵⁴⁹ Marcelo Neves sintetiza que: “*a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 196.) (sem grifo no original).

⁵⁵⁰ Marcelo Neves: “*O fato de haver condições jurídicas (outros princípios e também regras constitucionais) ou fáticas que possam dar contornos diversos ao campo de incidência desses princípios não significa discricionariedade: definidas essas condições, o respectivo princípio vai incidir e ser aplicado dentro dos limites delas decorrentes no contexto do caso.*” (Idem. p. 21)

⁵⁵¹ ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, L. F. 2011. Sobre o déficit de fundamentalidade dos direitos fundamentais. Luiz Otavio Vincenzi Agostinho; et al. (Org.). *Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito*. 1ed. Birigui - SP: Boreal, p. 145-156.

constitucionais; ou que acabe desencadeando “uma avalanche de críticas a partir de outras leituras da Constituição”⁵⁵², culminando na insegurança jurídica.

Isso não significa dizer que, para proporcionar maior confiabilidade do sistema jurídico, se deva considerar a Constituição como uma moldura rígida, pois a identidade constitucional é formada e reformada constantemente com a ponderação do mesmo princípio aplicado em cada operação ou processo de concretização constitucional, sendo impossível fixar uma moldura sob a alegação de que desta maneira ela trará maior segurança⁵⁵³.

O Judiciário sendo responsável pela interpretação-aplicação das normas constitucionais, deverá estar preocupado em proferir uma decisão que impeça a “hipertrofia” social (seja ela no âmbito religioso, econômico, científico, político...) bem como, que facilite a compreensão do alcance da decisão para todos os setores da sociedade (público ou privado, individual ou coletivo)⁵⁵⁴.

Desta maneira, ao elaborar uma decisão que não seja *ad hoc* e *despreocupada*, proporcionará uma redução dos questionamentos interpretativos, pois seus limites já estariam justificados com a concretização anteriormente realizada e, enfim, atingindo uma consistência jurídica⁵⁵⁵ e iluminando o futuro, sendo esta preocupação a base para uma teoria do precedente judicial⁵⁵⁶, a qual facilitará a realização do diálogo entre as instituições do Estado, pois a identidade constitucional terá sido construída com bases solidificadas no consenso, na observação e no diálogo.

Respondendo a pergunta anteriormente realizada (como se deve decidir?) tem-se que os operadores do Direito sempre deverão buscar proferir uma decisão consistente e coerente; que seja capaz de reduzir a insegurança jurídica e corrigir as falhas do ordenamento jurídico brasileiro; deverão, também, utilizar os princípios como instrumentos para manter o Direito

⁵⁵² NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 152.

⁵⁵³ Segundo Marcelo Neves: “A ponderação comparativa entre as diversas perspectivas de um mesmo princípio constitucional é fundamental à adequação social do direito. Na mesma direção, o simples retorno a um modelo orientado primariamente por regras em nome da segurança é insustentável.” (Idem. p. 169.).

⁵⁵⁴ Para Marcelo Neves o juiz “busca, então, um equilíbrio entre os princípios e as regras constitucionais, para assegurar a consistência jurídico-conceitual e adequação social do direito. (...) Nesse sentido, ele afasta tanto a absolutização de regras quanto a de princípios.” (Idem. p. 227.)

⁵⁵⁵ Marcelo Neves ensina que: “Em síntese, dentro dos seus limites, os juízes e tribunais constitucionais (em sentido amplo) também têm o papel de reagir aos perigos da desdiferenciação (politização, economicismo, fundamentalismo religioso, cientificismo, corporativismo, moralismo, domínio da mídia etc.) e da negação da dupla contingência (a eliminação de alter por ego ou vice-versa) no processo de concretização. Para isso, têm que enfrentar permanentemente o paradoxo da relação entre consistência jurídica (...) e adequação social do direito, vinculada primariamente à argumentação substantiva com base em princípios.” (Idem. p. 170).

⁵⁵⁶ Para Marcelo Neves: “Dessa maneira, começa a história, novamente, a cada caso, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias. Não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos. Relacionado a esse problema, ocorre, não raramente, uma deficiente clareza no verdadeiro fundamento da decisão.” (Idem. p. 199.)

fechado, evitando as fissuras, construindo, desta maneira, uma identidade constitucional própria, na qual todas as pessoas e instituições sejam capazes de dialogarem no mesmo sentido, proporcionando a aproximação entre as contingências estatais.

3. 6. Aproximação, Diálogo e Aconselhamento

O diálogo idealizado entre as instituições públicas, bem como entre elas e a população, não pode ser vista como uma disputa ou um cabo de força na qual vence aquele que manda mais⁵⁵⁷. A realização desta aproximação entre as instituições estatais proporcionará o equilíbrio tão esperado de um Estado Democrático de Direito, pois o que está em jogo é o bom funcionamento do Estado, a manutenção, concretização da democracia e a proteção dos direitos fundamentais da população.

Torna-se indispensável o diálogo em qualquer esfera política do Estado, pois se trata de sinal de respeito, de igualdade e reciprocidade.

Tendo em vista a dificuldade de ser posta em prática a Teoria do Diálogo, e, por essa razão, confrontada pelos adeptos à Teoria da Última Palavra, a abordagem a seguir realizada passa a ter papel relevante em relação à Separação dos Poderes e a possibilidade do Supremo Tribunal Federal realizar o controle de normas, pois buscar-se-á demonstrar que nenhuma das instituições detêm um monopólio da última palavra sobre as normas constitucionais, e que as decisões das Cortes, sobre a constitucionalidade das normas, não seriam realmente “o fim da linha”⁵⁵⁸, não podendo confiar cegamente no que o STF afirma⁵⁵⁹, como se não existisse mais possibilidade do seu posicionamento ser modificado. Por essa razão o diálogo institucional seria um produto necessário para a evolução da separação dos poderes em face do seu desenho institucional.

O maior problema em relação à teoria seria verificar a disponibilidade de tais funções se aproximarem e dialogarem, caso em que, em não havendo tal possibilidade constatar-se-á,

⁵⁵⁷ Para Conrado Hübner Mendes: “*Não se trata de um jogo de soma zero, com vencedores e perdedores num braço-de-ferro institucional. Consiste, com mais frequência, numa relação “ganha-ganha”, em que ambos os lados tem parte de seu objetivo atendido. Exceto em momentos atípicos, o processo não é o de um choque frontal entre vontades diametralmente opostas e inconciliáveis dadas a priori, uma disputa entre tudo ou nada. O cotidiano político é guiado por acomodações. A corte influencia o rumo das decisões parlamentares sem criar um impasse. Não é um obstáculo insuperável nem um salvador do povo.*” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 130.) (sem grifo no original).

⁵⁵⁸ Idem. p. 97.

⁵⁵⁹ Eduardo Cambi conclui que: “(...) confiar, cegamente, na interpretação dos princípios constitucionais pelo STF seria perigoso para a democracia, na medida em que não elevaria a consciência constitucional da população, restringindo o discurso jurídico a onze sábios superpoderosos, em prejuízo das mudanças sociais, da cidadania e da promoção dos próprios valores contidos na Lei Fundamental.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 203.)

mais uma vez, uma situação institucional atípica, exigindo a rediscussão da matéria pelas instituições do Estado⁵⁶⁰.

A realização deste diálogo entre com as outras instituições, em que a Corte convida a maioria representativa para uma conversa, além de acarretar a evolução do Estado brasileiro⁵⁶¹, demonstrará que “há mais no controle de constitucionalidade do que interpretação e aplicação do direito”⁵⁶². O contato com as partes; a participação do *Amicus Curiae*⁵⁶³; a repercussão geral; a influência externa que a Corte vem sofrendo e o diálogo com as demais funções, demonstra que as cortes estão realmente interessadas nas situações fáticas e políticas que cercam o caso sob análise, ou seja, não há uma decisão isolada⁵⁶⁴ e desmedida de uma elite tirânica e, supostamente, intelectual no Judiciário.

Se o Judiciário possui três opções quando deparado com uma suposta inconstitucionalidade normativa (declarar constitucional; declarar inconstitucional; ou não decidir) e sabendo que “é próprio da maneira de pensar dos homens que eles deem mais valor à coragem do que a timidez; à atividade do que à prudência; à força do que aos conselhos”⁵⁶⁵, deve-se dar destaque à possibilidade de “decidir não decidir”. Conforme Conrado Hubner Mendes, alguns autores (Alexander Mordecai Bickel, Cass R. Sunstein, Neal Katyal...) passaram a defender uma Corte que decida menos e que *aconselhe* mais, ou seja, uma corte minimalista.

Com o aconselhamento realizado pelas Cortes, por não serem vinculantes e obrigatórias, passariam a ser aplicadas e respeitadas com mais facilidade do que uma decisão que valide ou invalide uma lei, pois, além de “aconselhar” a correção normativa⁵⁶⁶, não

⁵⁶⁰ Para Cristina Queiroz: “O Tribunal Constitucional inter-age com outros órgãos, sobretudo no domínio do controle abstrato. Age como uma câmara legislativa especializada, mas separada dos demais poderes do Estado. Esta judicialização do procedimento legislativo produz limitações constitucionais relevantes nos demais poderes do Estado, traduzindo-se na ordenação de comandos ou mandamentos constitucionais no sentido de o órgão legislativo relegar numa área determinada. Mais importante: gera novas vias de discussão e práticas legislativas.” (QUEIROZ, Cristina. *O Parlamento como ...* Op. Cit. p. 103.)

⁵⁶¹ Bruce Ackerman: “Buscando representar as implicações concretas dos princípios passados estabelecidos em nome do povo, a Corte convida o grupo dominante de políticos e estadistas, bem como o público em geral, para um diálogo crítico sobre o futuro.” (ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: ...* Op. Cit. p. 369.)

⁵⁶² MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 101.

⁵⁶³ PRADO, Rodrigo Mudad do. *A participação popular no controle abstrato de constitucionalidade: amigo da corte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2010.

⁵⁶⁴ Conrado Hübner Mendes: “Os juízes de uma corte colegiada, no seu dia a dia decisório, negociam e barganham seus votos. A decisão final da corte, com frequência, consiste numa cacofonia de opiniões distintas longe da imaginada qualidade da argumentação com base em princípio.” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 127.) (sem grifo no original).

⁵⁶⁵ MONTESQUIEU... Op. Cit. p. 177.

⁵⁶⁶ Para Gustavo Zagrebelsky: “En un riesgo de uso alternativo del derecho incurre también la Corte constitucional cuando pretende decidir las cuestiones de constitucionalidad sin limitarse a eliminar la ley inconstitucional y a diferir al legislador la aprobación de una nueva regla. Cuando la propia Corte establece la regla que extrae directamente de la Constitución y la indica sin ninguna alternativa, termina dando una

haveria questionamento sobre a legitimidade da Corte para proferir esta modalidade de decisão. Caso o conselho não fosse “ouvido”, quer pelas entidades ou pela sociedade, constatar-se-á, mais uma vez, uma situação atípica dentro do Estado, cabendo, então, uma decisão mandamental por parte do Judiciário.

De outro lado não é possível proibir a produção do Direito pelos magistrados, pois “*en ausencia de leyes, excluir la posibilidad de esa integración judicial del ordenamiento tendría como consecuencia el vaciamiento de derechos reconocidos en la Constitución.*”⁵⁶⁷ O que se deve é proibir que o Judiciário se transforme em legislador, seja na elaboração de textos, seja na deliberação sobre projetos de leis.

Na realidade, mesmo que não seja possível detectar e comprovar esta ocorrência, há sim pelo menos um acompanhamento das instituições estatais sobre as atuações das demais contingências. Ocorre, pelo menos, uma análise (superficial) sobre quais as tendências e posicionamentos tomados pelos outros poderes, uma vez que, o Legislativo observa os “conselhos” proferidos nas decisões da Corte, bem como, esta observa as novas tendências da sociedade por meio dos projetos e das leis que vem sendo aprovadas pelo Congresso. Conclui-se então, mesmo que as instituições não assumam, que há uma troca de informação entre eles, pois “em geral, o parlamento não tem grande interesse em lutar pela sobrevivência de uma lei antiga que não integra a agenda prioritária.”⁵⁶⁸

Por meio deste pensamento têm-se duas variações: i) aqueles que defendem que a Corte é soberana na função de interpretar; ii) e aqueles que defendem a Corte como uma dentre várias outras instituições que também realizam essa atividade. Assim, a *supremacia judicial* teria, da mesma maneira, duas variações: ou ela significaria exclusividade judicial ou não. Portanto, segundo Conrado H. Mendes, para evitar confrontos entre as funções estatais, a melhor saída seria pela segunda opção em ambas variantes.

Com tais apontamentos torna-se mais claro que a Constituição não promove a Corte como a *única* instituição capaz de interpretá-la e nem determina que as demais instituições estatais sejam submissas às decisões da Corte, pois a harmonia e o respeito entre elas fazem parte das normas programáticas da Constituição. Somente com a existência da teoria da separação dos poderes bem compreendida é que poderá ser verificado que o Estado está organizado e seguindo os mandamentos constitucionais, pois, em sendo constatada a

interpretación cerrada del marco constitucional, debilitando los derechos del legislador y el carácter político de su función y reduciendo sus leyes a tímidas porpuestas facultativas. ” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil.* ... Op. Cit. p. 152.)

⁵⁶⁷ Idem. 153.

⁵⁶⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 130.

incompreensão e a irregularidade (quer pelas instituições quer pela população) haverá uma situação atípica, cabendo sim ao Judiciário realizar um “aconselhamento” por meio de suas decisões.

A teoria do diálogo constitucional não considera viável a existência de uma revisão judicial a qual declare inconstitucional uma lei elaborada pelo parlamento somente pelo fato de estar a Corte analisando o caso, mas reputa importante que as decisões sejam com o intuito de apontar a incompatibilidade da lei com a Constituição, exigindo um procedimento acelerado para a correção da lei pelos parlamentares. Somente em situações atípicas e de exceção é que o Judiciário poderia adotar um posicionamento mais ativo. A esperança em tal sistema é que “por meio de alguns incentivos institucionais, o parlamento possa levar os direitos a sério”.⁵⁶⁹

Mesmo que ocorra essa correção ou aconselhamento pela Corte, não há razões para se dizer que há uma última palavra realizada pelo Judiciário, pois ele “precisa de cooperação de outros agentes para implementar suas decisões e, portanto, não decide o que quer”. Para tanto, basta verificar a decisão proferida pelo STF em relação ao caso da progressão de regime para os crimes hediondos, em que, mesmo existindo uma decisão pela inconstitucionalidade da lei dos crimes hediondos, somente passou a ser respeitada após o pronunciamento do Senado Federal, o qual, em 3 dias, considerou correta e válida a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime. Assim sendo, “parece claro que a decisão judicial está longe de representar a última voz.”⁵⁷⁰

Um dos problemas verificados na atualidade, quando se fala do STF ou dos demais tribunais, seria a recusa dos teóricos normativista (positivistas) em aceitar que há forças políticas e ideológicas que influenciam as decisões judiciais⁵⁷¹.

O juiz não está preso às disposições legais e, conseqüentemente, o mito de que o Poder Judiciário estaria distante da política, deve ser superado. Portanto, há sim uma interdependência entre as instituições, posto que os juízes “são produtos da sociedade em que vivem”⁵⁷².

Verifica-se que diversos juristas criticam a atuação de alguns magistrados. Tem se tornado notícia frequente que juízes, cada vez mais, inovam e criam interpretações e princípios, apenas para poder justificar a aplicação/proteção dos Direitos Fundamentais,

⁵⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 156.

⁵⁷⁰ Idem. p. 134.

⁵⁷¹ Conrado Hübner Mendes: “A interpretação extrajudicial é um fenômeno real e inevitável, ainda que nem sempre percebido.” (Idem. p. 128)

⁵⁷² Idem. p. 136.

exercendo o papel de salvador da sociedade brasileira. Quando proferem essa decisão conforme sua própria consciência (desconexa com o ordenamento jurídico ou com o entendimento dos tribunais), acarreta a desestabilização do Direito, promovem a insegurança jurídica e impedem qualquer concretização ds normas constitucionais.

Decidir conforme a própria consciência não é uma conduta democrática nem republicana, “pelo simples fato de que o que se passa na ‘consciência’ do juiz pode não coincidir com a estrutura legal-constitucional do país”⁵⁷³. É esta espécie de decisionismo que deve ser combatido, pois não cabe apenas ao Judiciário a defesa da Constituição, bem como, não são eles os únicos responsáveis para proteger a população de abusos e violações dos direitos fundamentais.

3. 7. Supostos defensores dos Direitos Fundamentais

Quando se fala da teoria da Separação dos Poderes, imediatamente surgem argumentações da existência do juiz heroico ou de um legislador exemplar, bem como a necessidade de independência das funções, da teoria da balança⁵⁷⁴, teoria dos freios e contrapesos e, por fim, sobre o indispensável monopólio da última palavra⁵⁷⁵.

A separação dos poderes, sem a teoria da última palavra, poderia apontar três vícios: i) anarquismo (por multiplicar os intérpretes sem a hierarquização das suas funções ou sem uma autoridade estável); ii) irracionalidade (por não levar a sério os princípios e os direitos como uma corte o faria); iii) e tiranismo (por não existir uma proteção às minorias, as quais sempre são protegidas pela corte).⁵⁷⁶

Com isso percebe-se que a própria separação das funções do Estado possuem diversas conceituações e aplicações, variando em alcances e limites, o que sem dúvida demonstra a imaturidade do sistema jurídico brasileiro e de todos que, de maneira simplista e superficial, interpretam a Constituição Federal⁵⁷⁷.

⁵⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito I: ...* Op. Cit. p. 116.

⁵⁷⁴ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. *A separação dos poderes ...* Op. Cit. p. 32.

⁵⁷⁵ Conrado Hübner Mendes afirma que: “Nossa tendência de pensar a separação de poderes como luta adversarial teria ofuscado a forma como as políticas públicas de fato emergem. (...) A corte cumpre uma função, mas não abre a porta sozinha.”⁵⁷⁵ (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 138.)

⁵⁷⁶ Idem. p. 127.

⁵⁷⁷ Para Conrado Hübner Mendes: “Só existirá um sistema jurídico maduro quando se puder perceber que, pelo menos autoridades públicas e, se possível, a maioria dos cidadãos comuns aceitem tais regras secundárias” (aquelas que atribuem poderes dentro de um Estado). (Idem. p. 46.)

Os conceitos e aplicabilidade desta teoria, bem como dos princípios ou das normas de conteúdo vago previstos na Constituição, oscilam historicamente⁵⁷⁸, impedindo a reformulação constante da Constituição. As mudanças da aplicabilidade destas normas são determinadas “mais por uma dinâmica política do que por um gradual refinamento estritamente intelectual”⁵⁷⁹, podendo cair em desuso ou receber novos contornos conforme anseio e desenvolvimento da sociedade.

A Constituição, enquanto reguladora de comportamentos e portadora de normas escritas, não delinea a maneira pela qual deve ser elaborada e fundamentada a separação dos poderes, até mesmo porque, a simples análise interpretativa de sua essência torna-se, de certa forma, limitada e alienada da realidade. A questão ora debatida, sobre a “última palavra” ou “ativismo”, deve ser analisada com a ciência de que as relações entre as instituições estatais sofrem diretamente os reflexos da política interna do Estado e da sociedade, existindo, portanto, oscilações entre destaque e ofuscamento de um ou de outro Poder. Isso não significa dizer que exista uma questão hierárquica entre eles, mas tão somente, uma questão de reciprocidade com a sociedade, que ora “legítima” e confia numa determinada instituição, e outrora recrimina, descredencia e condena seus comportamentos. Ou seja, “a opinião pública interage e é responsável por flutuações de legitimidade.”⁵⁸⁰

Essa oscilação passa a ser indispensável para a evolução política de um Estado, caso contrário voltar-se-ia para a formação absolutista do poder, com governos autoritários e violadores de direitos.

Com a valorização de uma instituição em face do descrédito (momentâneo) da outra, proporcionará, sem dúvida, na evolução e desenvolvimento daquela que estaria sendo inferiorizada, pois o desejo pelo retorno ao prestígio e respeitabilidade passa a ser *questão de sobrevivência*. A história do desenvolvimento dos Estados demonstra que nenhuma instituição “consegue sustentar sua autoridade por muito tempo se insistir numa postura que não seja aceitável numa determinada cultura política.”^{581_582}

O que não se sustenta mais é a aceitação da superioridade de uma instituição e um falso monopólio, por simples legitimidade democrática, realizada por meio de eleições

⁵⁷⁸ Segundo Conrado Hübner Mendes: “Como a Constituição é um texto aberto e flexível, interpretações são contingentes e sujeitas a mudanças constantes. Não serão aceitas como corretas para sempre. Há um contínuo percurso de atribuição de novos significados.” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 135.)

⁵⁷⁹ Idem. p. 37.

⁵⁸⁰ Idem. p. 186.

⁵⁸¹ Idem. p. 188.

⁵⁸² ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: ...* Op. Cit.. p. 169.

majoritárias do parlamento. Da mesma maneira, não se pode aceitar “passivamente qualquer ativismo judicial”.⁵⁸³ Destaca-se que não se pretende defender a existência de uma subordinação do procedimento constitucional à substância principiológica, ou de uma negativa de obediência às decisões judiciais ou decisões legislativas por estarem em desacordo com a realidade social, mas que *cada uma das instituições possam se interagir e corrigir os próprios atos*, bem como indicar aos demais os equívocos que estão cometendo. A manutenção de um aconselhamento por meio de suas decisões deve persistir, pois as “decisões continuam a ser obrigatórias, mesmo que discordemos”⁵⁸⁴. Por essa razão que elas necessitam de participação recíproca e não com caráter autoritário.

A disputa pela última palavra e a possibilidade de existir uma instituição que profira uma decisão sem o diálogo, poderá causar maiores problemas; tratar-se-á de uma imposição de cima para baixo, e não o oposto⁵⁸⁵ (foi o que ocorreu com a tentativa de declarar a ocorrência de uma mutação constitucional do artigo 52, X por meio do voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4.335-5/AC⁵⁸⁶). Portanto, o juiz deixou a muito tempo de ser mera boca da lei. Contemporaneamente, necessita-se de um juiz constitucional, “que reage conforme variáveis outras que não somente a norma, a razão, ou as recomendações que a teoria normativa lhe endereça.”⁵⁸⁷

A evolução das sociedades ao longo dos séculos tem demonstrado a constante luta pelo aperfeiçoamento e bom funcionamento das instituições que tomam as decisões dentro do Estado. Em virtude de abusos e violações de direitos, quando apenas uma destas instituições passa a ter a possibilidade de “falar por ultimo”, passou-se a formular teorias de fracionamento e limitação dos poderes.

⁵⁸³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 194.

⁵⁸⁴ Conrado Hübner Mendes sintetiza da seguinte maneira: “*Numa sequencia de perguntas e respostas, talvez consiga sintetizar sem mais rodeios: a última palavra sobre direitos importa? Sim, mas menos do que se supunha. Importa para quê? Para firmar decisões com pretensão de maior durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisões coletiva que valha para todos. Qual, então, o critério para a escolha da autoridade detentora dessa prerrogativa? A confiança da comunidade na instituição que tenha maior probabilidade de produzir a melhor decisão. E se essa instituição for, comparativamente, menos democrática do que as alternativas? Mesmo que se aceite a hipótese da qualidade mais ou menos democrática de instituições isoladas, dentro da lógica da separação de poderes, aquela que for “mais democrática”, caso discorde, sempre poderá responder. Se outra, de fato, for “mais democrática”, dificilmente será derrotada por muito tempo.*” (Idem. p. 181). (sem grifo no original).

⁵⁸⁵ Conrado Hübner Mendes pondera que: “*Novamente, o arquiteto institucional pode ficar irrequieto. A hipótese de desafio ou de discordância lhe remete a desobediência, o que romperia a coerência do estado de direito, geraria instabilidade ou mesmo o risco de anarquia. O conceito de diálogo inter-institucional pode realmente levar a mal-entendidos. Se sua orientação fosse “todos podem decidir tudo todo o tempo, os riscos de impasse, paralisia, colapso e vácuo de poder saltariam aos olhos.*” (Idem. p. 210.)

⁵⁸⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4335-5 Acre. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acessado em: 18/02/2013.

⁵⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 192.

Segundo Daniel Mitidiero, em 1700 a sociedade lutou contra os abusos dos chefes do Estado (monarcas); nos 1800 buscou-se limitar a atuação dos parlamentares, e agora chegou o momento de impor algumas barreiras ao Judiciário⁵⁸⁸.

Tais apontamentos são importantes para se compreender que as oscilações são realmente importantes e necessárias para a evolução das instituições estatais, pois assim, cada uma, quando em desvantagem de aceitação popular, tende a corrigir seus erros para voltar a ter credibilidade. Diante de tais apontamentos torna-se compreensível e aceitável a evolução da teoria da separação dos poderes e não sua abolição, até mesmo porque, a ausência da fragmentação das funções do Estado acarretaria um retrocesso do Direito e o retorno de decisões unitárias.

Não há como negar a legitimidade do Judiciário em realizar a revisão judicial, o controle de constitucionalidade e a decidir substancialmente os processos em análise, uma vez que a fragilidade e vulnerabilidade da população brasileira são reflexos do descaso e o do descomprometimento das outras instituições públicas em não cumprirem com as diretrizes constitucionais por eles mesmo criadas. A instabilidade estatal e a atipicidade fática estão cada vez mais em evidência, demonstrando que a construção do Direito no Brasil pode estar caminhando em terrenos perigosos, tendentes à desestruturação institucional, colocando em risco o Estado brasileiro⁵⁸⁹.

Em que pese os apontamentos favoráveis à aplicação de um discurso de fundamentação ou de argumentação em relação aos princípios constitucionais, que são conquistas populares, em face de ofensas e violações de direitos praticadas pelo Estado em um dado momento histórico⁵⁹⁰, tem-se que reconhecer que, a utilização de uma teoria pura do discurso jurídico constitucional torna-se incompleto em face das características e circunstâncias que o Estado Brasileiro se encontra.

Da mesma maneira que Lenio L. Streck afirma que o Brasil é um país de modernidade tardia, pois não efetivou e concretizou os direitos sociais dispostos na Constituição Federal, bem como em face da ausência de uma democracia adequada e desenvolvida que possibilite a participação efetiva da população nas deliberações do Estado, não há outra possibilidade senão a de reconhecer que o Poder Legislativo está muito distante

⁵⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e ...* Op. Cit. p. 100/102.

⁵⁸⁹ Francisco Carnelutti diz que: “(...) *o Direito é a armadura do Estado. Enquanto lhe faltar a força interior, ou francamente, enquanto o amor estiver ausente, a vida do Estado está em perigo.*” (CARNELUTTI, Francisco. *A arte do Direito...* Op. Cit. p. 21) (sem grifo no original).

⁵⁹⁰ Para Marcelo Neves: “*Os princípios constitucionais são contingentes, são conquistas, invenções ou construções do Estado constitucional moderno.*” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e ...* Op. Cit. p. 30.) (sem grifo no original).

de providenciar a efetivação de políticas públicas de inclusão e de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, tornando o STF “um corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais.”⁵⁹¹

Se ele nem efetiva tais direitos o que dizer de sua concretização? Portanto, a situação atípica quanto à realização da democracia e concretização dos direitos fundamentais é diária.

Por fim, de nada adianta os operadores do Direito no Brasil defenderem a teoria do *diálogo jurídico* se na realidade cada qual interpreta as normas constitucionais da maneira que bem entendem, e buscam, por meio da retórica convencer de que estão corretos em suas argumentações. Tem se tornado notório a indisposição das autoridades brasileiras em aceitar uma argumentação contrária ao seu ponto de vista. Diante disso, percebe-se que a hermenêutica aplicada no Brasil não tende à unicidade do Direito, mas sim, à proteção tendenciosa dos interesses particulares de quem detêm o poder de mando.

Tais afirmações estão em evidência nos casos de controle de constitucionalidade, pois cabe ao Judiciário se manifestar a respeito da atuação, por vezes inconstitucionais, de outra instituição, aumentando ainda mais os conflitos e as tensões.

⁵⁹¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 182.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4. 1. Linhas Gerais

Para se chegar ao conceito atual de “constituição” foram necessários muitos estudos e principalmente situações fáticas que acarretaram no fortalecimento da ideia da necessidade de uma norma superior. A ruptura da aliança entre Estado e Igreja, movimentos sociais em busca de melhorias (v.g. revolução francesa), guerra de libertação e independência (que culminou na criação da constituição americana) demonstram que grandes mudanças estatais decorrem da insatisfação com o modelo vivido⁵⁹².

No intuito de proteger a “construção escalonada de diferentes camadas”⁵⁹³ das produção normativa, foi desenvolvida a distinção entre poder constituinte e poder constituído⁵⁹⁴, na qual a norma inferior é produzida segundo as determinações da norma superior⁵⁹⁵, e, com a pretensão de efetivar as garantias fundamentais (até mesmo as não previstas no catálogo⁵⁹⁶) o Brasil passou a utilizar a “matriz kelseniana”⁵⁹⁷ do controle de constitucionalidade das normas⁵⁹⁸ no qual o Supremo Tribunal Federal ficou incumbido de importantíssima função.

Para tanto, foram adotados dois modelos de controle de constitucionalidade: o difuso/concreto (Norte Americano) e o concentrado/abstrato (Europeu).

O modelo tradicional⁵⁹⁹ de Controle de Constitucionalidade foi incorporado no ordenamento brasileiro com a Constituição Federal de 1891. Porém não foi adotado um modelo puro do *Judicial Review*⁶⁰⁰, o qual teve origem com a decisão proferida pelo presidente da Suprema Corte Norte-Americana John Marshall no caso *Marbury x Madison* em

⁵⁹² CALMON, Pedro. *Curso de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 204/206.

⁵⁹³ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito...* Op. Cit. p. 248.

⁵⁹⁴ TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53.

⁵⁹⁵ Idem. p. 247.

⁵⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 78/140.

⁵⁹⁷ TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255

⁵⁹⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade : o guardião da constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. de 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/1009>. Acessado em: 13/02/2013.

⁵⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e Limites da Legalidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=60&Itemid=40. Acessado em: 05/01/2013. p. 5.

⁶⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941. *Direito constitucional e teoria da ...* Op. Cit. p. 917.

1803⁶⁰¹. Este caso é temerário e com nítida formação política⁶⁰² e, por essa razão, para alguns, considerado como o primeiro caso de ativismo do judiciário⁶⁰³. No entanto foi responsável para apresentar o instituto do *stare decisis*, ou seja, que as decisões da Suprema Corte Norte-Americana possui efeito vinculativo, entendimento não recepcionado pelos constituintes pátrios quando da adoção deste modelo de controle de normas⁶⁰⁴.

Para suprir evidente falha, foi atribuído ao Senado Federal a função de “estender *erga omnes* os efeitos de uma decisão judicial proferida num dado caso concreto”⁶⁰⁵, função esta prevista no artigo 64 da Constituição Federal de 1946 e atualmente no artigo 52, inciso X.

Devido às Grandes Guerras, onde se verificou um abuso estatal frente aos seres humanos, foi necessário tomar algumas medidas para limitar a atuação do Estado. Por essa razão, a necessidade de interpretar as funções do Estado conforme a Constituição, a atribuição de força normativa máxima à ela e o fortalecimento do Judiciário, passaram a ser amplamente defendido na Europa^{606,607}, deixando de ser “mera cogitação doutrinária”⁶⁰⁸.

Diante disso foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição de 1988, o modelo europeu, no qual, um número restrito de pessoas poderiam alegar a inconstitucionalidade de uma lei em tese e encaminhar um pedido diretamente para o Supremo Tribunal Federal, o qual tem o dever de analisar a constitucionalidade da lei, podendo até mesmo declarar a suspensão liminar de sua executoriedade, bem como declarar os efeitos dessa decisão.

⁶⁰¹ MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/93276>. Acessado em: 13/01/2013.

⁶⁰² Gilmar Mendes relembra que: “*Quem tem um mínimo de informação histórica sabe que o próprio caso ‘Marbury v. Madison’, na verdade, é um desses lapsos históricos. Em princípio, Marshall faz aquela construção – que todos sabem temerária – e afirma a inconstitucionalidade para obter um resultado determinado: não fazer o enfrentamento com o Governo Jefferson. Isso é um consenso na história constitucional; só para que saibamos do que estamos a falar. Quando se faz a declaração de inconstitucionalidade, faz-se dizendo que a lei tinha ampliado a competência da Corte e por motivação política que certamente não era elevada: era para não fazer o enfrentamento. Isso, hoje, está nos manuais de jardim de infância de Direito Constitucional.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013. p. 341.)

⁶⁰³ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e efetivação ...* Op. Cit.

⁶⁰⁴ SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. *A trajetória brasileira em busca ...* Op. Cit. p. 227.

⁶⁰⁵ MAIA, Juliana. *Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 443.

⁶⁰⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia...* Op. Cit. p. 441/463.

⁶⁰⁷ BURRIEZA, Ángela Figueruelo. *Novas tendências do direito constitucional na Europa*. *Revista de informação legislativa*, v. 44, n. 174, p. 73-95, abr./jun. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/141332>. Acessado em: 12/02/2013.

⁶⁰⁸ TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 287.

Como o Poder Legislativo e Poder Executivo vêm sofrendo um descrédito na elaboração das leis, com atuações governamentais tendenciosas, proliferação da corrupção (v.g. recentemente com o escândalo do mensalão), bem como por legislarem em causa própria, se fez necessário a “desneutralização política do Judiciário”⁶⁰⁹, pois estaria constatada uma situação atípica em alguns setores institucionais.

Diante disso o STF passou a acumular diversas funções: i) a de Tribunal Constitucional⁶¹⁰; ii) de cúpula do Judiciário; iii) de foro especializado e de fiscalização dos demais poderes, neste ponto, sendo considerado como “guardião último dos ideais democráticos”⁶¹¹. Contudo, em alguns países europeus (Alemanha, Áustria, Espanha, Itália) foram criados os “tribunais *ad hoc*” para que exercessem cada uma dessas funções separadamente⁶¹².

A coexistência de dois controles de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro é explicada pela clara “ausência de uma cultura jurídica que valorize o caráter vinculante das decisões judiciais”⁶¹³. Apesar de serem úteis para o “desafogamento dos órgãos judiciais”⁶¹⁴, elas têm ocasionado uma irregular aproximação dos dois modelos de controle constitucional, em face de decisões contraditórias proferidas pelas Cortes que alteraram os efeitos de algumas decisões mesmo quando era permitido (efeitos *ex tunc*, *ex nunc*, para o futuro).

Por muitos anos, o STF sofreu para impor suas decisões⁶¹⁵. Somente com as inovações ocorridas com aprovação das Emendas Constitucionais n.º 3/1993 e 45/2004, bem como a “consolidação do efeito vinculante”⁶¹⁶ proporcionado pelas leis 9.868/99 e 9.882/99, verifica-se que finalmente “tornou-se Supremo”⁶¹⁷. Destaca-se ainda a existência de outros institutos jurídicos⁶¹⁸ que serviram para demonstrar que o STF além de estar “voluntariamente

⁶⁰⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 194.

⁶¹⁰ BURRIEZA, Ángela Figueruelo. Novas tendências do direito constitucional na Europa. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 174, p. 73-95, abr./jun. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/141332>. Acessado em: 12/02/2013. p. 82.

⁶¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia...* Op. Cit. p. 441/463.

⁶¹² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 285/303.

⁶¹³ *Idem*. p. 449.

⁶¹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. Wambier, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante. *REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004/* coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier... (et al) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 379.

⁶¹⁵ *Idem*. p.448.

⁶¹⁶ SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. *A trajetória brasileira em busca ...* Op. Cit. p. 237.

⁶¹⁷ *Idem*. p. 445.

⁶¹⁸ Por exemplo: mandado de injunção, Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e a figura do *Amicus Curie*.

se democratizando”⁶¹⁹, está atuando pela proteção da dignidade humana e pela supremacia das normas constitucionais.

Para Bruce Ackerman os operadores do Direito contemporâneo estão vivendo limitados pelo “mito da redescoberta” constitucional, uma vez que, analisam a norma fundamental sobre dois vieses: a fundação (criação) e a reconstrução⁶²⁰. A partir desta análise dualista, Ackerman percebe que se utiliza, constantemente, a satisfação popular no momento das Cortes proferirem uma decisão, o que provoca os constantes saltos pelo “muro da hermenêutica”. Assim sendo, esse “milagre” provocado pelos hermeneutas (redescobrir as normas constitucionais criadas em outro momento histórico) tem causado mais problemas do que os solucionados.

Bruce Ackerman demonstra não ser um idealista e sim um observador da sociedade, pois em momento algum se deixa levar pelas emoções democráticas para defender a atuação de uma ou de outra instituição estatal.

Quando analisa a Constituição, deixa claro que ela pretende proteger uma população que não existe, por meio de pessoas que, geralmente, estão despreocupadas com a realidade social que o país se encontra⁶²¹. A busca pelo terceiro elemento (povo) e a formação do triângulo decisório (bases constitucionais fundadas pelos predecessores; reformulação constitucional pelos juristas contemporâneos; satisfação popular com as decisões das Cortes) pode acarretar dois resultados: i) a aproximação popular e democratização do Judiciário; ii) ou a destruição da identidade constitucional⁶²².

Neste sentido, a Corte passa a ser vista como um órgão institucional “que faz parte da teoria geral da política dualista e que se tem desenvolvido por meio dos tempos”⁶²³. Em ocorrendo o desrespeito aos dispositivos constitucionais por parte dos representantes do povo “os juízes devem invadir seus estatutos propostos e apresentá-los como eles realmente são:

⁶¹⁹ ⁶¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia...* Op. Cit. p. p. 443.

⁶²⁰ ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: ...*Op. Cit. p. 196.

⁶²¹ Bruce Ackerman ensina que: “*Em contrapartida, vimos que Publius ressalta que a Constituição tenta representar um povo que normalmente não existe – um povo mobilizado e capaz de deliberações sensatas. Devido a essa interpretação semiótica, não é antidemocrático reconhecer que os representantes oficiais do povo fracassam no desempenho de sua tarefa quando se rendem aos ‘efeitos nocivos das articulações dos homens’ que ‘embora abram espaço à informação e à maior reflexão deliberativa, tendem a provocar, nesse meio tempo, mudanças perigosas no governo e graves medidas opressivas sobre uma parcela menor da comunidade.’*” (Idem. p. 268/269).

⁶²² Neste ponto Bruce Ackerman relata o seguinte: “*Já que o apelo constante ao povo apenas provoca a destruição do modelo constitucional por parte de grupos egoístas e apaixonados, por que não promover um procedimento legal regularizado por meio do qual o público em geral possa assumir a tarefa constitucional?*” (Idem. p. 245)

⁶²³ Idem. p. 266.

meros substitutos do ‘povo em si’⁶²⁴. Em outras palavras, os membros da Suprema Corte deverão sinalizar, e relembrar, que os representantes do povo (Congresso) não são “O” povo e não podem realizar alterações constitucionais tendenciosas e violadoras de normas protetivas criadas pelos predecessores.

A “suprema importância do direito constitucional” está diretamente correlacionada, segundo Ackerman⁶²⁵, à necessidade de neutralizar as ideologias populares que, se não controladas, podem chegar à milhões de pessoas insatisfeitas e exaltadas. Assim, para não permitir as revoltas e insatisfações, neutralizam-se os grupos mais nocivos com a criação de outros grupos de interesses específicos, os quais farão a oposição aos outros.

Bruce Ackerman utiliza os ensinamentos de Publius para afirmar que o Judiciário é o poder mais vulnerável dentre os três, pois não possui a força da espada para determinar as regras (poder legiferante) e não possui domínio sobre os cofres para concretizar suas decisões (poder executivo), assim sendo, é “*tolice supor que os Magistrados possam efetivamente pôr em risco ‘a liberdade geral do povo’*”⁶²⁶. No mesmo sentido Genaro Carrió entende ser impossível na Argentina, (e por que não no Brasil?), a existência de um Governo de Juízes tendo em vista a dependência do Judiciário em relação aos demais poderes, para poder, realmente, concretizar suas decisões.

Para Carlos Santiago Nino o controle de constitucionalidade é uma necessidade “*pero ésta no tiene que ser necesariamente judicial*”⁶²⁷. No entanto quando se passa a analisar a evolução constitucional do Estado (Argentino), com base numa “constituição histórica”, ele reconhece a necessidade do controle *judicial* de constitucionalidade. Até mesmo o fato da Corte ser considerada como uma instituição aristocrática⁶²⁸ é relevada em função da tentativa judicial em manter as *precondições democráticas* e o *procedimento democrático*. Assim sendo, para saber se há a legitimidade da atuação judicial acerca de um conflito de normas “*és necesario preguntarnos si está siendo ignorada una precondición del proceso democrático*”⁶²⁹.

⁶²⁴ Idem. Idem.

⁶²⁵ Idem. p. 252.

⁶²⁶ Idem. p. 267.

⁶²⁷ NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la ...* Op. Cit. p. 269.

⁶²⁸ Para Carlos Santiago Nino: “(...) *tanto en el sistema norteamericano como en el europeo de control judicial de constitucionalidad, surgen dudas acerca de por qué el poder judicial, sin ser un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos individuales, dirimir los conflictos que se generen entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referidas al procedimiento democrático.*” (Idem) (sem grifo no original).

⁶²⁹ Idem. p. 288.

Nino questiona sobre a quem caberia assegurar o cumprimento das seguintes regras do processo democrático: i) liberdade dos participantes; ii) igualdade de condições; iii) satisfação com as propostas e suas justificativas; iv) realização de debates; v) evitar decisões meramente majoritárias; vi) proteção das minorias etc⁶³⁰. Neste quesito, pode-se afirmar que a atuação dos juízes estaria legitimada em face da necessidade de uma instituição neutra, diversa daquela que criou as respectivas normas.

No mesmo sentido Zagreblesky apresenta a seguinte crítica no exercício da magistratura quanto ao controle de normas: “*una especialísima y difícilísima posición de intermediación entre el Estado (como poder político-legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales), que no tiene paralelo en ningún outro tipo de funcionarios públicos*”⁶³¹.

O ativismo dos juízes estará sempre direcionado à ampliação do processo democrático, “*requiriendo más participación, más libertad de las partes, más igualdad y más concentración sobre la justificación*”⁶³². Por outro lado, será um absurdo a atuação do Judiciário para anular uma lei que foi sancionada por meio de um *proceso demasiado amplo de participación popular e de deliberaciones políticas*.

O conflito existente entre as normas constitucionais e a Democracia, nada mais é do que o conflito entre jurisdição e legislação⁶³³, ou seja, entre Judiciário e Legislativo. Se por um lado as regras podem dar maior segurança à população, o uso excessivo e desmensurado dos princípios proporcionam o oposto: insegurança. A consequência lógica desta insegurança, quanto ao processo democrático e às normas constitucionais, é o surgimento de tensões entre os poderes. Por essa razão a conciliação entre o constitucionalismo e a democracia⁶³⁴ passa a ser fundamental para o desenvolvimento do Estado.

A justificativa para a realização do controle judicial de constitucionalidade estaria basicamente na necessidade da manutenção das pré-condições do processo democrático. Se estivesse sendo respeitados estes elementos, não haveria razão/justificativa da interferência judicial. Caso o Judiciário atue durante as situações de normalidade estatal, seria uma postura

⁶³⁰ Idem. p. 97-140.

⁶³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. ... Op. Cit. p. 149.

⁶³² NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la ...* Op. Cit. p. 275.

⁶³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. ... Op. Cit. p. 158.

⁶³⁴ Sérgio Pompeu de Freitas Campos diz que: “*As constituições contemporâneas consubstanciam, enfim, renovada forma de conciliação da democracia com o constitucionalismo, mediante articulação do princípio da soberania popular expresso no poder constituinte com a supremacia da Constituição perante os poderes instituídos.*” (CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *A separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 39.)

ativista, equivocada, contrária ao sistema democrático e violador do princípio constitucional da Separação dos Poderes.

Carlos Santiago Nino relaciona três situações que legitima o controle judicial de constitucionalidade, que para ele, trata-se de exceções⁶³⁵: i) “*si la ley no respeta los presupuestos del proceso democrático*”; ii) “*la descalificación de las leyes fundadas en razones perfeccionistas*”; iii) “*el examen de si la ley en cuestión afecta negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptable*”.

Nino afirma que os juízes devem continuar a exercer o controle de constitucionalidade nessas exceções ampliando seu papel democrático⁶³⁶, mas não de uma maneira simplista em afirmar que tal lei deva, ou não, continuar sendo aplicada. Para ele, os juízes devem emitir um “*veto suspensivo*” sobre a lei, dando aos legisladores a possibilidade de anular a decisão dos juízes, mas somente após “*emprender una vez más la discusión y tomar una nova decisión sobre el tema*”⁶³⁷.

A lei, na atualidade, passa a ser válida somente quando realiza o ideal democrático e proporciona a pacífica convivência entre as pluralidades de forças e interesses que operam na sociedade, devendo, portanto, respeitar e proteger aqueles que estão em posição de vulnerabilidade⁶³⁸. As pré-condições democráticas reportam um ideal de equilíbrio entre maioria e minoria, “*rechazando el intento de utilizar la ley para afirmar el dominio de la mayoría*”⁶³⁹, cabendo, por inúmeras vezes, ao Judiciário e à Jurisdição Constitucional o controle e vigilância das instituições estatais⁶⁴⁰. Por essa razão, retorna-se às seguintes perguntas: “Quem pode decidir?” e “Quando pode decidir?”.

⁶³⁵ NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la ...* Op. Cit. p. 292.

⁶³⁶ Carlos Santiago Nino diz os juízes tem a tarefa de “*contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas. Esta reconstrucción del control judicial de constitucionalidad promovería también la conciencia en los jueces acerca de las consideraciones complejas que deben evaluar en el ejercicio de su función.*” (Idem. p. 293.) (sem grifo no original).

⁶³⁷ Idem. p. 293.

⁶³⁸ Maurizio Fioravanti explica que: “*(...) entre una constitución democrática que contiene ese ideal y una ley que se aparta de él, tendiendo a proponerse como puro acto de la mayoría, no se debe dudar en preferir la primera y conminar a la segunda a una verdadera y propia sanción de invalidez a través del pronunciamiento del tribunal constitucional.*” (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Colección Estructuras y Procesos. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p. 158.)

⁶³⁹ Idem. p. 158.

⁶⁴⁰ Para o Ministro Gilmar Mendes: “*(...) a Jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia e atenuar possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.831-9/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ. 04.08.2006. Ementário 2240-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acessado em: 04/11/2013. p. 389.)

4. 2. Quem pode decidir? Razões que favorecem as decisões das Cortes

Alfonso de Julios-Campuzano é categórico ao afirmar que a Constituição tem papel fundamental em sociedades complexas e heterogêneas, pois é justamente por meio dela que as decisões de maior relevância nacional passam a ser resolvidas⁶⁴¹.

José Luis Bolzan de Moraes salienta que a jurisdição não deve ser realizada apenas no sentido de ampliar ou restringir abstratamente os direitos subjetivos constitucionais. A expansão jurisdicional das Cortes, no caso brasileiro o STF, passa a fixar e ampliar sua respeitabilidade perante a sociedade pelo fato de sempre buscar a consistência, coerência e interdependência das normas procedimentais, das normas substanciais e a realidade nacional, efetivando e concretizando suas decisões⁶⁴²⁻⁶⁴³.

Bolzan de Moraes faz uma observação importante quanto à transformação social-jurídica proporcionada por essa aplicação cautelosa das normas constitucionais por parte das Cortes. Para ele, essa atuação preocupada com a realidade social foi fundamental para o surgindo da corrente doutrinária chamada de *neoconstitucionalismo*, que possibilitou inúmeras mudanças jurídicas, inclusive a expansão da atuação do Judiciário⁶⁴⁴. Assim sendo, a realidade social e as necessidades de proteger os direitos individuais e coletivos, por meio de decisões judiciais, passou a servir de pressuposto para a respectiva expansão judicial.

Para Mauro Cappelletti as atuações dos legisladores e das autoridades administrativas não conseguem alcançar a excelência da representatividade democrática⁶⁴⁵, fato este que ocorre no Judiciário quando analisada a tratativa dada aos processos em que

⁶⁴¹ Segundo Alfonso de Julios-Campuzano: “*Dessa maneira, a Constituição assume um papel absolutamente decisivo nas complexas, heterogêneas e plurais sociedades contemporâneas, dado que a diversidade de interesses em conflito ultrapassa o próprio ordenamento jurídico e, com ele, a lei como principal fonte de produção jurídica no Estado de Direito*”. (JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Estado e Constituição: ...* Op. Cit. p. 91.)

⁶⁴² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constitucionalismo e cidadania: ...* Op. Cit. p. 60.

⁶⁴³ Para o Ministro Luiz Fux: “*A efetividade da Constituição depende, em grande medida, da atuação das cortes, as quais, embora não monopolizem a sua interpretação, como ensina o jurista Peter Haberle, tem como função precípua fiscalizar a observância e zelar pelo respeito das limitações constitucionais, cuja própria existência, como apontava Alexander Hamilton, ‘somente pode ser preservada por meio do Judiciário, cuja função deve ser a de declarar nulos todos os atos contrários ao conteúdo manifesto da Constituição. Sem isso todos os direitos e prerrogativas não significam nada. (...) Eis o desafio da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito: não ir além da sua missão, nem ficar aquém do seu dever.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 32.033/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ 079 – Divulgado em 26/04/2013; Publicado em 29/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23353055/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>. Acessado em: 04/11/2013. p. 183).

⁶⁴⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constitucionalismo e cidadania: ...* Op. Cit. p. 61

⁶⁴⁵ Mauro Cappelletti explica que: “*Os cientistas políticos amplamente demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada ‘diretamente responsável perante o povo’, nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa*”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores...* Op. Cit. p. 94.)

atuam e a maneira que são proferidas suas decisões. A necessidade de dar uma resposta às partes, sendo essa por escrito e de fácil compreensão, fez com que o processo jurisdicional se tornasse o “mais participatório de todos os processos da atividade pública”⁶⁴⁶.

O magistrado não pode se abster de proferir um posicionamento em um determinado processo, bem como, não pode fazer menos do que participar na atividade de produção do Direito, sendo que, pelo menos neste quesito, sua função, segundo Cappelletti, é mais democrática que a dos legisladores, levando enorme vantagem em uma eventual comparação à eles. Isso porque suas decisões são baseadas, discutidas e ponderadas, analisando as tentativas experimentais vivenciada pela comunidade, diferentemente da função legiferante que, pautados em ideias, mantem-se fixos em meras suposições hipotéticas⁶⁴⁷.

Cappelletti afirma que a legitimidade representativa dos juízes nos sistemas do *common law* é facilmente verificada em função da elegibilidade política dos mesmos. No mesmo sentido ocorreu nos países da *civil law*, uma vez que, por mais que os juízes comuns não sejam elegíveis, *a formação das Cortes Constitucionais são basicamente política*, ou seja, seus membros são escolhidos por representantes eleitos⁶⁴⁸.

A Corte assegura a efetividade do processo democrático, pois preserva a competição política, estando autorizada a intervir quando identifica alguma irregularidade política⁶⁴⁹. Percebe-se, no entanto, um receio de que as minorias e os grupos vulneráveis sejam ignorados ou esquecidos durante o processo democrático, e por essa razão, a Corte funciona como um representante do povo que controla⁶⁵⁰ os diferentes grupos sazonais, levando sempre em consideração, quando for proferir a decisão, “os interesses daqueles que não participam do processo”⁶⁵¹.

A partir daí a Corte poderia corrigir qualquer irregularidade e o fato de não ser uma instituição eleita facilita tal atividade, pois, após a realização da escolha do ministro, pelo

⁶⁴⁶ Idem. p. 100.

⁶⁴⁷ Para Mauro Cappelletti: “(...) *pode-se dizer portanto que, embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais*”. (Idem. p. 105.)

⁶⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores...* Op. Cit. p. 97.

⁶⁴⁹ Bruce Ackerman entende que: “*Se a Corte estiver certo em achar que esses políticos e estadista foram além do seu mandato, ele estará ampliando a democracias, e não a frustrando, ao revelar nossos representantes como meros ‘porta-vozes’ do povo, cuja palavra não deve ser confundida com o julgamento coletivo do povo por si mesmo.*” (ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: ...* Op. Cit. p. 366).

⁶⁵⁰ Segundo Bruce Ackerman: “(...) *a Suprema Corte não é exatamente um companheiro conservador do status quo, mas um representante corrente de um povo mobilizado, durante os longos períodos de apatia, ignorância e egoísmo que marcam a vida coletiva dos cidadãos de uma república liberal.*” (Idem. p. 370).

⁶⁵¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: ...* Op. Cit. p. 46.

Presidente da República e homologada pelo Senado Federal, não estaria ele sujeito às imposições ou pressões em relação às suas decisões. Assim sendo, caberia apenas monitorar a equidade procedimental e “dar voz a setores marginalizados da sociedade” e “garantir que o jogo de interesses seja disputado sob bases igualitárias”⁶⁵².

O respeito ao procedimento não transforma nenhuma das instituições como guardiãs da Constituição, ao passo que, a prevalência de uma Corte substancialista criaria um regime de guardiões, bem como privaria o povo de se autogovernar-se, pois estariam submissos às decisões de uma Corte protetora-salvadora (e porque não de uma elite pensante?) e concretizadora de direitos fundamentais.

Contudo, se entender que a Corte protege os direitos fundamentais e realiza o controle de uma justiça democrática, possibilitará a abertura da atividade jurisdicional e a criação de um juiz Hidra (aquele que muda constantemente de posicionamento, fundamentando e conceituando o mesmo princípio de maneiras completamente opostas), apenas para garantir a proteção da sociedade e guardar a moralidade pública, postura completamente contrária à do Juiz Hércules⁶⁵³. O *fórum do princípio*, tão defendido por Ronald Dworkin, seria responsável pela criação de uma democracia como um regime moralmente desejável, não podendo ser efetivada apenas com a existência e o respeito aos procedimentos “formalmente igualitários”.

De nada adiantaria a obediência ao procedimento se conjuntamente não fossem aplicado os ideais democráticos de “igual consideração e respeito” entre as instituições, sendo que a escolha da decisão abarca direitos não necessariamente relacionados com a estrita competição política⁶⁵⁴. Diante disso a Corte estaria legitimada a proteger/garantir os direitos das minorias e a impedir a tirania da maioria⁶⁵⁵.

⁶⁵² MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. p. 58.

⁶⁵³ Conrado Hübner Mendes explica que: “*Hércules seria o epítome da teoria normativa desconectada da realidade. [...] Teorias normativas estariam obcecadas em limitar o poder dos juízes sem perceber que ele já está limitado por diversas fontes. Cortes não estão no vácuo ou numa torre de marfim. Precisam de cooperação.*” (Idem. p. 136.) (sem grifo no original).

⁶⁵⁴ Conforme Conrado Hübner Mender: “*O juiz só poderia optar por proteger exclusivamente os aspectos procedimentais da competição política se fizer uma escolha substantiva prévia sobre qual a melhor concepção de democracia. Mas é justamente a recusa de que juízes façam escolhas substantivas que fundamentam aquela posição.*” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 59.)

⁶⁵⁵ Segundo o Ministro Celso de Mello: “*Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual, torna-se necessário assegurar, às minorias, mesmo em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, um direito fundamental que vale ao pé das instituições democráticas: o direito de oposição.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.831-9/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ. 04.08.2006. Ementário 2240-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acessado em: 04/11/2013. p. 251.)

Sabe-se que a “democracia” buscou, ao longo dos séculos, garantir o respeito à vontade da maioria, desde que esta não seja utilizada para reprimir e suprimir direitos das minorias⁶⁵⁶ e “negar a importância da proteção de direitos das minorias equivaleria a retomar argumentos de uma tradição intelectual insustentável e derrotada pela história”⁶⁵⁷.

Juntamente com esse entendimento surge, na modernidade, a ideologia de que o Direito somente poderá ser alcançado se estiver conforme a Constituição, ou seja, levando-se à acreditar que qualquer ato, lei ou comportamento devem estar vinculados à Lei Suprema, o que não é verdade. O certo é que não se pode confrontá-la ou contrariá-la, mas, não necessariamente, que todos os atos estejam corroborados ou vinculados à ela.

A Constituição é um instrumento garantidor dos direitos fundamentais, porém ela, isoladamente, não deverá ser considerada como “O” Direito pátrio, pois este depende de diversos outros fatores, tais como: atuação legislativa, decisões judiciais, comportamento e desenvolvimento social, dentre outros. Isso demonstra que o Direito é construído conforme a observação fática social (passado e presente) almejando as melhorias a ser concretizada num futuro próximo.

Não se contesta a força da Constituição nos dias atuais, pois não é possível imaginar uma interpretação jurídica que não esteja consubstanciada na Constituição, talvez, em face da análise lógica de Dworkin que considera uma cimentação constitucional contemporânea⁶⁵⁸, é que se começou a afirmar a existência da interpretação conforme a constituição. Elevar tal lógica à patamar principiológico demonstra o quão atrasado está do Direito brasileiro, uma vez que, se é a Constituição a responsável por guiar e mostrar o caminhos das decisões, não haveria outro instrumento capaz de substituí-la.

Portanto a interpretação conforme à Constituição não pode ser considerado um princípio, mas apenas uma decorrência lógica do sistema jurídico aplicado contemporaneamente, pois, caso no futuro exista um “Tratado Mundial” que determine e guie

⁶⁵⁶ Marco Aurélio: “No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre -, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN 1.351-3/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio. DJ. 30.03.2007. Ementário 2270-1. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/legjurisp/outros/adi_1351.pdf. Acessado em: 04/11/2013. p. 45.)

⁶⁵⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 60.

⁶⁵⁸ Ronald Dworkin esclarece que: “*A ideia de Constituição como Direito fundamental está tão cimentada nos pressupostos comuns que constituem nossa ordem jurídica que uma interpretação que a negasse seria a interpretação de outra coisa completamente diferente, como uma interpretação de estilos arquitetônicos que afirmasse que a catedral de Chartres não é gótica, ou uma interpretação de Hamlet que ignorasse o príncipe.*” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 49.) (sem grifo no original).

as interpretações, tal “princípio” deverá então mudar de nome para passar a ser chamado de “Interpretação Conforme o Tratado”.

Devido à necessidade do Estado proteger os cidadãos contra abusos dos chefes de Estados, vislumbrou-se nas constituições mundiais o dever de atribuir às suas normas um caráter imperativo e de certeza, nas quais seriam previstas regras de comportamento e princípios supremos como mandamentos a serem seguidos e respeitados, sendo a democracia um deles.

Tais disposições seguem um planejamento do Estado para garantir, até mesmo judicialmente, as condições necessárias para a fruição e gozo das liberdades fundamentais dos cidadãos. Ou seja, determina claramente um procedimento a ser aplicado internamente, que garantirá o desenvolvimento e a evolução do Estado respeitando de modo substancial os direitos e as liberdades da sua população⁶⁵⁹, bem como das minorias representativas que são constantemente sufocadas por atuições tendenciosas da maioria parlamentar⁶⁶⁰.

Um dos principais argumentos utilizados pelos defensores de uma Corte responsável para rever os atos/leis do legislativo foi esclarecida da seguinte maneira por Conrado Hübner Mendes: “*Se couber ao próprio legislador examinar a compatibilidade de seus atos com a constituição, ele fará inevitavelmente um julgamento em causa própria.*”⁶⁶¹. Eduardo Cambi reconhece que os magistrados não são neutros e que possuem suas próprias pré-compreensões⁶⁶², mas que, segundo Lenio Streck, tanto os tribunais quanto os juízes não

⁶⁵⁹ Mauro Cappelletti: “(...) a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores...* Op. Cit. p. 106.)

⁶⁶⁰ O Ministro Celso de Mello escreveu que: “*Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, inclusive aqueles assegurados às minorias nas Câmaras legislativas (como o direito de oposição e a prerrogativa de fazer instaurar comissões parlamentares de inquérito), atribuiu-se, ao Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, mesmo aqueles praticados pela Presidência das Casas do Congresso Nacional, quando tais órgãos ou agentes incidirem em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência institucional.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.831-9/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ. 04.08.2006. Ementário 2240-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acessado em: 04/11/2013. p. 252.)

⁶⁶¹ Cabe relembra que tal pensamento já foi firmado por Aristóteles em sua obra Política, da seguinte maneira: “(...) a maioria das pessoas, em causa própria, julgam mal.” (ARISTÓTELES. Op. Cit. p. 126.) (sem grifo no original).

⁶⁶² Eduardo Cambi defende que: “*Não se ignora que os magistrados não são neutros e que como seres humanos integrantes da sociedade possuem suas pré-compreensões ou mesmo arraigadas concepções morais, filosóficas, religiosas ou políticas. Porém, o que se exige da jurisdição constitucional é que as decisões judiciais sejam tomadas, fundamentadas e justificadas segundo critérios intersubjectivamente compreensíveis e criticáveis, de acordo com a ideia rawlsiana da razão pública. Para tanto, deve o órgão judicial recorrer a uma argumentação objetiva e razoavelmente suscetível de ser compartilhada por todas as concepções ou mundividências integrantes do pluralismo razoável presente nas sociedades democráticas abertas.*” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 311.) (sem grifo no original).

podem julgar conforme seus sentimentos⁶⁶³. Assim a Corte, teoricamente, seria um agente externo, imparcial, neutro e que não sofre pressão política. Portanto, capaz de analisar, impedir e limitar a atuação do legislador que fosse contrária à Constituição do Estado, pois os ministros não estariam comprometidos com a resposta a ser dada, mas “com o valor por trás dessa técnica formal”⁶⁶⁴.

Sendo assim, defende-se que a atuação das Cortes em relação aos atos do legislativo se trata de “um sinal de modéstia e do reconhecimento de nossa incapacidade de saber, por antecipação, quais são as melhores soluções para situações que envolvem direitos fundamentais”⁶⁶⁵, enquanto que o oposto, demonstra orgulho e falta de humildade para reconhecer a incompletude cultural de cada ser vivo.

Ocorre que nas Cortes, realmente acontece o que todos desejam para as atuações dos parlamentares: possibilidade de discussão e deliberação das partes sem interferências e pressões políticas e/ou populares.

Nos tribunais, “as partes podem participar do processo decisório, às vezes de modo ainda mais intenso e influente, por fornecerem razões, não somente um voto”⁶⁶⁶, situações estas que não ocorrem nas casas legislativas, pois os parlamentares não aceitam que as vozes do povo cheguem ao plenário (basta lembrar da recente retirada forçada de populares de dentro do Congresso Nacional⁶⁶⁷).

⁶⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito I: ...* Op. Cit. p. 116.

⁶⁶⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 64.

⁶⁶⁵ Conrado Hübner Mender defende que: “*Mesmo que rejeitemos a ideia de uma interpretação judicial isenta de vontade, que seja uma mera aplicação neutra do direito, ponto de vista mais obviamente implausível no terreno constitucional, o argumento não subestima a vantagem institucional da corte em relação ao legislador. Este é obrigado a produzir normas prospectivas, gerais e abstratas, que regula situações no atacado. Nem sempre terá facilidade para perceber as implicações de direitos fundamentais. Quando muito, é capaz apenas de especular sobre quais serão seus efeitos reais na sociedade. A corte, ao contrário, analisa a lei após essa ter sido processada por episódios reais. Mais do que isso, a corte é treinada numa metodologia decisória mais pertinente para lidar com as mínimas nuances morais de um caso de direitos fundamentais: decide caso a caso, de modo incremental, construindo uma jurisprudência rica em detalhes que a regra geral jamais poderá alcançar. Diferentemente do legislador, que olha somente para o futuro, a corte tem uma abordagem um tanto retrospectiva quanto prospectiva (e modula os efeitos que a decisão presente terá em casos futuros). É uma metodologia que opera de baixo para cima (bottom up), dos casos concretos para generalizações modestas.*” (Idem. p. 65.) (sem grifo no original).

⁶⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 69.

⁶⁶⁷ O presidente do Congresso Nacional, Senador Renan Calheiros (PMDB-AL), suspendeu a sessão no dia 02 de dezembro de 2014 que iria votar o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias que possibilitaria o descumprimento das metas de superávit primário do Governo, sendo evidente sinal de desequilíbrio das finanças públicas em pleno ano eleitoral, tendo, portanto “gastado mais do que podia”, necessitando, portanto da aprovação desta lei para fugir da punição da Lei de Responsabilidade Fiscal e consequente impeachment. A insatisfação foi generalizada, tanto por deputados que acusaram o governo de compra dos aliados, bem como dos populares presentes. O tumulto aumentou quando o Senador Renan Calheiros determinou à Polícia Legislativa que retirasse todos os populares de dentro do Congresso, sendo que as manifestações continuaram pelos corredores e pelas galerias do Congresso Nacional.

Trata-se de um dever da Corte responder todos os argumentos apresentados pelas partes, mas o que nem sempre é obedecido. Conrado H. Mendes diz que se deve dar todo respeito àqueles juízes que “estão abertos a serem efetivamente influenciados pela diversidade de argumentos”⁶⁶⁸ apresentados nas respectivas ações, bem como, deve-se parabenizar aquele que prefere deixar de agir para evitar danos ainda maiores, pois, “melhor seria se, na dúvida, os juízes simplesmente pudessem se abster de decidir”⁶⁶⁹. De outro lado, deve ser repudiado a atuação daqueles que atuam de maneira despreocupada com a realidade social e, de maneira irresponsável, cause insegurança, inconsistência e fragilização das normas constitucionais.

4. 3. Quem pode decidir? Razões que desfavorecem as decisões do Congresso

Para Genaro R. Carrió, uma das críticas construídas pelos legisladores ao fato de atribuir ao Judiciário a função de controlar a produção legislativa, seria a ausência de caráter democrático para a formação desta instituição, uma vez que, os juízes não são eleitos pelo povo (crítica também apontada por Carlos Santiago Nino⁶⁷⁰). Outra questão verificada por Carrió foi o fato de que os magistrados são isentos de qualquer responsabilidade e suas decisões não são elaboradas conforme opinião pública, pois são produzidas na calma dos gabinetes⁶⁷¹.

Em relação à impossibilidade de realizar eleições diretas para os cargos do Judiciário, Carrió questiona quais seriam os ganhos e quais as perdas da adoção desse sistema. A resposta, inicial, é clara, ganharia em democratização da instituição, mas perderia “*seguramente en materia de seriedad, equilibrio e imparcialidad de las decisiones de aquellos.*”⁶⁷² Na tentativa de democratizar a administração da justiça provocaria, ainda mais o descrédito do Judiciário.

⁶⁶⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 69.

⁶⁶⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 318.

⁶⁷⁰ Segundo Carlos Santiago Nino: “(...) *la justificación del control judicial de constitucionalidad sigue siendo bastante misteriosa. (...) Los jueces, particularmente aquellos de los tribunales de mayor jerarquía, como la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, no gozan generalmente de un origen democrático directo, dado que no son elegidos por el voto popular sino que son designados.*” (NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la ...* Op. Cit. p. 258.)

⁶⁷¹ Genaro R. Carrió esclarece que: “*Esos jueces, subtraídos por los expuestos a las aspiraciones de la opinión pública y no responsables de manera efectiva ante ella, se desempeñan en su mayoría casi como reclusos. Como tales, ejercen sus delicadas funciones en la calma quietude de sus despachos. A estos no llega el clamor del debate público característico de toda democracia sana.*” (CARRIÓ, Genaro R.. Una defensa condicionada de la Judicial Review: sobre el método de control de constitucionalidad en la Argentina. *CUADERNOS Y DEBATES: Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. N. 29. *Investigacion coletiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Centro de Estudios Constitucionales. Madri, 1991. p. 147.)

⁶⁷² Idem. p. 160.

Quando questionado a respeito da necessidade desta representatividade dos juízes e/ou ministros das Cortes, Bruce Ackerman repudia essa teoria alegando que, em sendo aplicada, proporcionará a concretização indevida das estruturas estatais⁶⁷³ e impossibilitará qualquer meio de proteção contra eventuais abusos praticados por estes órgãos⁶⁷⁴.

Genaro Carrió faz observações esclarecedoras a respeito da mudança estrutural do Estado Argentino, pois cabem perfeitamente à realidade brasileira devido ao fato da experiência democrática obrigar o povo a participar das eleições, que segundo Bruce Arckemann, deve ser chamado de *democracia coercitiva*⁶⁷⁵.

Segundo Carrió, tendo em vista a curta história da democracia argentina, o autor passa a imaginar a maneira que os pretensos candidatos à juízes realizariam suas campanhas eleitorais, prometendo, por exemplo, “*que en case de ser electos interpretarán la cláusula constitucional 1 o la disposición legal 2, de la manera A o B, o que regularán honorarios aplicando siempre los topes arancelarios mínimos, o que fallarán siempre a favor o siempre en contra del Estado o de sus dependências en los casos en que uno u otras sean partes, etc.*”⁶⁷⁶

Genaro Carrió rebate a crítica da falta de elegibilidade do Judiciário dizendo que se tratam de meros discursos retóricos. Segundo ele, os críticos afirmam sobre a ausência de debates públicos a respeito da produção das decisões, mas esquecem que tais debates sequer são praticados dentro das respectivas Câmaras Legislativas, nas quais, não raramente, a aprovação de uma Lei se dá não por deliberações sobre o tema, mas sim sobre as trocas de favores, de promessas de cargos e funções, bem como por meio de Decreto do Executivo⁶⁷⁷.

Conrado H. Mendes utiliza dos pensamentos de Jeremy Waldron para demonstrar os motivos pelos quais a revisão judicial seria inadequada. Para isso é necessário analisar quatro fatores: “i) instituições democráticas em bom funcionamento; ii) instituições não

⁶⁷³ Para Bruce Ackerman: “A representação não somente promete uma solução para o velho problema da democracia como também aponta para a origem de um problema inteiramente novo: a concretização indevida ou materialização.” (ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: ...* Op. Cit. p. 253.)

⁶⁷⁴ Bruce Ackerman define que: “O problema com esse argumento é bastante óbvio. O que evitaria que a Corte abusasse do poder de interpretar a Constituição? Em vez de preservar as conquistas da geração Revolucionária, os juízes e ministros não poderiam também utilizar o seu poder para favorecer interesses de determinadas facções?” (Idem. 267.) (sem grifo no original).

⁶⁷⁵ Bruce Ackerman explica que: “(...) se a maioria das pessoas não leva a política nacional a sério, simplesmente devemos força-las a prestar atenção. Todos os dias, cada cidadão comum deveria ser compelido a passar uma ou duas horas discutindo acontecimentos correntes. Com o passar do tempo, isso os encorajaria a realizar julgamentos políticos razoáveis”. (Idem. p. 328.)

⁶⁷⁶ CARRIÓ, Genaro R.. *Una defensa condicionada ...* Op. Cit. p. 160.

⁶⁷⁷ Vide anotações realizadas no rodapé n.º 186 na página 56.

representativas em bom funcionamento; iii) um compromisso genuíno da maioria da sociedade com a ideia de direitos; iv) um persistente desacordo de boa-fé sobre direito.”⁶⁷⁸

Se verificada a ausência ou uma irregularidade em pelo menos um destes fatores, poderia admitir que o Judiciário realize a revisão judicial. No entanto haveria a obrigatoriedade de demonstrar o contexto específico que está inserido o fato discutido, não podendo, simplesmente, assumir uma função soberana, pois, a Suprema Corte somente seria “chamada” a agir em casos atípicos e patológicos.

Quando se fala que as questões democráticas seriam meramente procedimentais e de fácil solução, deve-se relembrar que não existem diferenças entre *hard cases* e *easy cases*⁶⁷⁹, podendo acarretar outros tantos problemas tendo em vista que as cortes não teriam experiências democráticas, pois são totalmente imunes aos conflitos ideológicos; eles estariam apenas apegados à forma e totalmente insensíveis à justiça.

Em relação ao parlamento, as deliberações devem ser respeitadas por dois fatores: primeiro porque os representantes foram eleitos pelo povo, sendo a maior expressão de legitimidade democrática; e segunda, porque a lei necessita da aprovação da maioria e a maioria pode estar certa. Deve ser destacado que “não há nada tirânico no fato de que uma minoria perca no parlamento, mesmo que com frequência.” Somente será legítima a preocupação em face do comportamento do parlamento “*quando as maiorias tópicas se alinham às maiorias decisórias*”, tratando-se de uma verdadeira “situação atípica, especialmente quanto ao seu terceiro elemento (o compromisso de levar direitos a sério)”⁶⁸⁰.

A questão levantada (tirania) não pode ser vista como um procedimento desrespeitado ou violado, mas substantivamente, pois “independe do modo como a decisão é tomada”, mas a maneira que ela trata os direitos em questão. Assim sendo, qualquer uma das instituições do Estado (Executivo, Legislativo ou Judiciário) podem se tornarem ativos e tirânicos, não por causa do procedimento que estão adotando, mas sim por violação à interpretação dada ao Direito.

Segundo Dworkin, quando a anarquia a respeito da aplicação das normas de direito e normas morais passar a marcar presença na legislação, torna-se inevitável que “em determinadas ocasiões, uma outra instância que não o Legislativo terá a última palavra nestas

⁶⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 79.

⁶⁷⁹ Em resumo, o caso seria fácil ou difícil conforme a compreensão e conhecimento de cada operador do Direito, finalizando na seguinte pergunta: o caso é fácil/difícil para quem?. (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica ...* Op. Cit. p. 67/94).

⁶⁸⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 87.

questões, o que dificilmente poderá satisfazer alguém que considere que tal instância esteja profundamente equivocada.”⁶⁸¹

Mesmo sendo difícil um consenso a respeito de determinadas questões, pode-se, ao menos, exigir que o governo profira uma decisão mais coerente e que “aja de maneira consistente com suas próprias convicções.”⁶⁸²

A abertura proporcionada pelas Cortes para que os cidadãos possam deliberar, apontar os fatos e questionar sobre determinado direito, trata-se de uma necessidade porque os “direitos serão melhores respeitados se cada cidadão efetivamente gozar do *status* de agente autônomo, com sua opinião contada igualmente nas decisões coletivas”⁶⁸³, mas isso não significa dizer que deverão permitir que o Direito e a interpretação seja manipulado pela maioria, cabendo à Corte a função de evitar essas atuações contrárias à Constituição Federal.

Para Conrado H. Mendes, algumas críticas em relação ao sistema representativo brasileiro servem para aumentar o anseio popular (e dos operadores do Direito) pela supremacia do poder Judiciário. Mesmo não sendo uma instituição representativa e eleita, ele estaria mais preocupado com a sociedade devido ao fato das suas decisões se voltarem à aplicação direta de princípios e de direitos fundamentais, do que os próprios representantes do povo. Segundo o autor “*a eleição é, por si só, um mecanismo oligárquico e anti-igualitário. Ela exclui e discrimina. Não se permite ao povo governar, ainda que indiretamente, mas apenas selecionar seus governantes e julgar seu desempenho, periodicamente.*”⁶⁸⁴

Ainda como maneira de defesa à atuação do Judiciário, Conrado H. Mendes, citando Jenny Pickerill, relata que é impossível acreditar que o parlamento, de acordo com sua composição e organização, estariam dispostos a levar o Direito a sério. Os legisladores estariam mais preocupados com a conveniência política do que com os direitos fundamentais. Estes, “quando aparecem na balança, são um entre outros componentes, não a preocupação primária”. Na maior parte de tempo estão preocupados “a satisfazer interesses imediatos de seus eleitores”⁶⁸⁵, pois estes podem exigir agressivamente uma determinada conduta dos representantes eleitos, no momento em que realizam suas próprias interpretações constitucionais⁶⁸⁶.

⁶⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos ...* Op. Cit. p. 286.

⁶⁸² Idem. p. 286.

⁶⁸³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 88.

⁶⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 72.

⁶⁸⁵ Idem. p. 72.

⁶⁸⁶ Para Peter Häberle: “*Toda utilização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. (...) Portanto, é impensável uma*

As Cortes atuam de maneira diversa dos legisladores, pois a própria instituição favorece uma maneira pausada e cautelosa com que interpretam as normas. As discussões sobre o alcance das interpretações das normas constitucionais fazem com que as decisões movidas por impulsos sejam praticamente inexistentes. Fato este não verificado nas Casas Legislativas no Brasil. Tais argumentações podem ser muito bem exemplificadas com o recente arquivamento da PEC 37 por evidente pressão popular, a qual objetivava impedir que os membros do Ministério Público realizassem as investigações criminais⁶⁸⁷ deixando claro que “*a vida política moderna é caracterizada por explosões de envolvimento popular*”⁶⁸⁸.

Em outra passagem, Conrado H. Mendes esclarece que os “*juízes não são melhores do que ninguém, nem possuem capacidades argumentativas superiores. Estão apenas num ambiente institucional mais adequado para um determinado tipo de decisão*”⁶⁸⁹, devendo se limitar a “*preservar o sistema político contra aquelas decisões que sejam frutos de uma vontade distorcida.*”⁶⁹⁰

Apesar das inúmeras ponderações, verifica-se que não há unanimidade em relação ao assunto. Não é possível determinar qual instituição estaria legitimada à proferir uma decisão final, pois ambas possuem prós e contras. Talvez nunca exista um consenso entre os operadores do Direito a respeito de qual instituição possui melhores condições para analisar e corrigir eventuais falhas legislativas em face da Constituição Federal e, por essa razão, deve-se compreender as razões pelas quais a binariedade do controle de normas foi construída no Estado brasileiro.

4. 4. Controle Judicial e Controle Legislativo

Gabriel Bouzat realiza um estudo comparativo entre o modelo Norte Americano e o modelo francês de controle de constitucionalidade. Apesar de ambos possuírem uma Constituição como base do ordenamento jurídico, percebe-se que tomaram rumos distintos em

interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: ... Op. Cit. p. 13/14.) (sem grifo no original).

⁶⁸⁷ Basta verificar a deliberação realizada sobre o Projeto de Emenda Constitucional n.º 37/2011 em que, inicialmente, na primeira votação havia sido aprovada pela Câmara dos Deputados, mas que na segunda votação, em face das manifestações populares e os protestos dentro da Casa Legislativa, ocorreu a modificação maciça dos representantes do povo, pois apenas 9 mantiveram o posicionamento inicial; 430 alteraram e dois não votaram. Assim a PEC 37/2011 foi arquivada por evidente pressão popular. (Informações disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>. Acessado em: 30/06/2014).

⁶⁸⁸ ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano*: ... Op. Cit. p. 272.

⁶⁸⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais*... Op. Cit. p. 74.

⁶⁹⁰ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 134.

relação aos legitimados à realizar o efetivo controle de normas. No primeiro utiliza-se o controle pelo qual qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei (também chamado de sistema descentralizado), enquanto que no segundo, há um controle legislativo das normas, pelo qual poucas autoridades podem requerer a revisão legal (também chamado de sistema centralizado)⁶⁹¹.

Sobre o Controle Legislativo de Constitucionalidade na França, Cappelletti destaca que ela somente é realizada preventivamente pelo Conselho Constitucional, mas nunca por um controle *judicial* de constitucionalidade⁶⁹² tendo em vista às razões práticas verificadas ao longo dos séculos. Nunca, na França, a função de interpretar e definir o alcance da lei foi atribuída aos magistrados, cabendo à eles apenas aplicá-la, justificando o brocardo de que o juiz é a *bouche de la loi*⁶⁹³.

Para reforçar o posicionamento francês quanto à não aceitação de um controle jurisdicional basta lembrar que o modelo de separação de poderes adotados por eles é a doutrina mais rígida existente na atualidade⁶⁹⁴ (questão já apresentada anteriormente), por essa razão é evidente e coerente a incompatibilidade de qualquer interferência judicial na esfera do legislativo.

O controle legislativo é realizado pelo Conselho Constitucional que é composto por ex-presidentes da República Francesa e por mais nove membros para mandato de nove anos. Estes membros são escolhidos da seguinte maneira: 03 pelo atual Presidente, 03 pelo Presidente da Assembleia Nacional e 03 pelo Presidente do Senado. Essa estrutura busca a “perfeição” da democracia e da representatividade, pois alcança a representação de todos os grupos políticos contemporâneos.

Existem três momentos distintos que o controle legislativo de constitucionalidade pode ser realizado⁶⁹⁵, mas somente o Presidente da República, o Primeiro Ministro e o Presidente de uma das Câmaras do Poder Legislativo é que podem arguir sobre a

⁶⁹¹ Gabriel Bouzat diz que: “*La función del Consejo es política y no judicial porque no persigue la resolución de controversias de derechos o intereses entre personas, ni la protección de los derechos individuales de alguien en particular.*” (BOUZAT, Gabriel. El control constitucional un estudio comparativo. *CUADERNOS Y DEBATES: Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. N. 29. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Centro de Estudios Constitucionales. Madri, 1991. p. 70)

⁶⁹² Para Mauro Cappelletti: “*Todas as vezes em que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle de conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária.*” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade ...* Op. Cit. p. 94/95)

⁶⁹³ AZAMBUJA, Carmen Luiza de. *Controle judicial e difuso...* Op. Cit. p. 113.

⁶⁹⁴ Idem. p. 115.

⁶⁹⁵ Carmen Luiza de Azambuja salienta que são: “*três momentos de controle pelo Conselho Constitucional: a) quando há discussão no parlamento; b) após votada a lei, mas antes de sua promulgação; e após a promulgação da lei.*” (Idem)

inconstitucionalidade de uma lei e requerer sua revisão⁶⁹⁶. Destaca-se que, em qualquer situação que seja levantada a discussão quanto à constitucionalidade da lei, caberá apenas ao Conselho Constitucional apreciá-la e decidir seu mérito, mas nunca o Judiciário.

Pelo sistema francês, toda lei que não seja revisada pelo Conselho e que não tenha sido impugnada pelas autoridades supracitada é considerada constitucional. Por essa razão, não há a faculdade (discrecionabilidade) dos magistrados em não aplicá-la⁶⁹⁷, mesmo que entendam ser inconstitucional.

Para Gabriel Bouzat não é possível analisar os modelos de controle de constitucionalidade sem estudar a evolução histórica do Estado em questão. Em seu trabalho, Bouzat demonstra claramente que a maneira que o Estado enfrentou o dilema da separação dos poderes é fundamental para justificar o sistema adotado por cada um deles⁶⁹⁸.

Analisando a evolução histórica da França, e seus ensinamentos sobre a separação rígida dos poderes, Bouzat afirma que neste país o Estado aparece como uma entidade impessoal, distinta do governo e dos povos, tendo a autoridade fundada na crença à racionalidade da lei e o Direito convertido em um instrumento de governo. Segundo o autor, o Direito neste país adquire “*un carácter racional y sistemático que se manifiesta a través de la codificación*”⁶⁹⁹. Assim, na França legitimaram os Legisladores à realizar o controle de normas, pois, sendo legicentrista, cabe apenas aos representantes do povo a possibilidade de declarar uma lei inconstitucional.

A tradição rígida verificada na França está relacionada com a crença das pessoas de que a autoridade e o poder são oriundos de uma única autoridade pública, neste caso, a Assembleia Nacional, uma vez que o absolutismo provindo da monarquia culminou na Revolução de 1789, a qual atribuiu ao povo a soberania e o poder supremo perante Estado. A desconfiança popular em razão da dependência do Judiciário em relação ao Poder Executivo, fez com que o Legislativo (Assembleia) proporcionasse o fim dos abusos e garantisse a proteção da população, permanecendo assim até os dias atuais.

Quando se analisa a evolução histórica do Brasil percebe-se que a centralização do poder existiu durante a colonização até o fim da monarquia. Após a implantação da República, devido à proximidade com os Estados Unidos, muitos dos ideais lá implantados,

⁶⁹⁶ BOUZAT, Gabriel. *El control constitucional um ...* Op. Cit. p. 70.

⁶⁹⁷ Para Carmen Luiza Dias de Azambuja: “*Sua competência ficou reservada à solução somente de questões privadas, de ordem disponível, cujo interesse e dedução restam exclusivamente e mãos de seus titulares;*” (AZAMBUJA, Carmen Luiza de. *Controle judicial e difuso ...* Op. Cit. p. 69.)

⁶⁹⁸ BOUZAT, Gabriel. *El control constitucional ...* Op. Cit. p. 73.

⁶⁹⁹ Idem. p. 75.

foram simplesmente plagiados pelos brasileiros em uma época que predominava a ideologia europeia. Logicamente que os pensadores da época buscavam e copiavam as melhores construções estrangeiras e tentavam adaptá-las aqui no Brasil. As posturas despreocupadas em relação ao sistema a ser aplicado, acarretou na dúvida dos ministros do STF em relação à teoria do controle de constitucionalidade em função da maneira que compreendiam a aplicação da Teoria da Separação dos Poderes.

Apesar da Suprema Corte já expressar a necessidade de cautela quanto à importação de doutrina, institutos jurídicos e leis de países estrangeiros⁷⁰⁰, vê-se que, pensadores, doutrinadores e legisladores, que auxiliaram na “construção” do Brasil, utilizaram desta postura simplista de importar sistemas e institutos estatais/jurídicos de outros países e introduziram-nas em *terrae brasilis*, acarretando, conflitos ideológicos impossíveis de serem corrigidos devido à incompatibilidade entre os sistemas. Essas importações ideológicas exigiram a “criação” de novos institutos para justificar a “aplicabilidade” e operabilidade do que fora copiado de outro país. Assim sendo, não há razões para se referir, e muito menos confundir Congresso Nacional com o *povo* e, assim, proporcionar-lhes o poder supremo no Estado brasileiro. A consequência de tal postura, garantirá uma atuação “conforme sua retórica populista”⁷⁰¹.

Voltando ao raciocínio a respeito da centralização do poder na Assembleia Nacional, a autoridade constitucional jamais será atribuída ao Judiciário por simples estrutura estatal. A França, por sua vez, elaborou sua Constituição observando os acertos e os erros da sua evolução histórica, sendo ela de cumprimento obrigatório⁷⁰². Apesar de próximo de inúmeras potências mundiais, permanece íntegro com sua ideologia e suas estruturas.

Os Estados Unidos, apesar de haver sido colônia da Inglaterra, possui desenvolvimento histórico desligado dos ideais da sua metrópole⁷⁰³ e com brio próprio⁷⁰⁴,

⁷⁰⁰ Gilmar F. Mendes destaca que: “Sei bem do perigo da importação de doutrinas jurídicas e exemplos estrangeiros para o e no debate sobre o direito brasileiro. Tenho insistido em que não existe o direito, existem apenas os direitos. E o nosso direito é muito nosso, próprio a nossa cultura.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013. p. 303.) (sem grifo no original).

⁷⁰¹ ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: ...* Op. Cit.. p. 253.

⁷⁰² Gabriel Bouzat afirma que: “En Francia la Constitución es tambien la ley suprema y los jueces deben tomarla como la base para fundar sus decisiones. Pero en el ejercicio de la función judicial los jueces no pueden prevalecer sobre la Asamblea Nacional porque ello implicaria, por las razones mencionadas en la sección anterior, una limitación de la soberanía popular.” (BOUZAT, Gabriel. *El control constitucional ...* Op. Cit. p. 91.) (sem grifo no original).

⁷⁰³ Segundo Sérgio Pompeu de Freitas Campos: “*Efetivamente, o processo de independência das treze colônias da América do Norte e, posteriormente, o processo constituinte dos Estados Unidos da América resultaram em uma notável forma de conciliação do constitucionalismo com a democracia. Afirmava-se, por um lado, a*

optando pela descentralização dos poderes do Estado e garantindo ao Judiciário mais liberdade de ação. Essa descentralização “*permitió la existencia de múltiples autoridades porque ningún órgano podía considerarse la única fuente de autoridad*”⁷⁰⁵ e garante que o Estado se desenvolva por atuação conjunta das autoridades do executivo, legislativo e judiciário, cabendo à este último a interpretação e ampliação do alcance das leis.

A aplicação da centralização ou da descentralização do poder, dentro de um Estado, possibilita entender a existência dos diversos modelos de controle de constitucionalidade. Sendo o Estado centralizado, como a França, torna-se claro o motivo pela qual que eles retiram dos juízes a possibilidade de revisar as normas, pois, além de atentar contra a centralização do poder da Assembleia Nacional, contrariaria toda evolução jurídica da nação, que creem que a Lei é a principal fonte do Direito. Em contrapartida, se o Estado é descentralizado, os juízes passam a ter um papel fundamental na construção do Direito por meio das suas decisões, uma vez que, não é a Lei a principal fonte, mas a Constituição, cabendo aos magistrados a análise da constitucionalidade das leis produzidas pelos outros poderes, sendo esta apenas uma das suas responsabilidades⁷⁰⁶ dentro de um Estado Democrático de Direito preocupado e atento à necessidade de criação de uma identidade constitucional própria.

Gabriel Bouzat ainda diferencia o sistema Francês do Americano a respeito da estrutura do Judiciário, alegando que no primeiro, e em boa parte dos países da Europa

declaração da independência como ato do povo soberano, realizado no exercício do legítimo direito natural de resistência contra o poder injusto, contra a tirania do Parlamento inglês; e estabelecia-se, por outro lado, uma Constituição de origem (pretensamente) democrática, que organizava e limitava os poderes do Estado através da separação dos poderes e de mecanismos de freios e contrapesos.” (CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *A separação dos poderes ... Op. Cit. p. 22.*)

⁷⁰⁴ Para Gabriel Bouzat: “*Al contrario de los jueces franceses, los jueces ingleses adquirieron un estilo individualista, subjetivo y discursivo que se relacionaba con la solución de casos concretos y no con la interpretación de textos legales. Por eso el problema del método jurídico está centrado en los países anglosajones en la figura del juez, mientras en Europa continental se funda en la labor del teórico y del legislador. Estas características de la judicatura inglesa fueron exportadas a América con la colonización, donde adquirieron nuevos bríos. Los Estados Unidos adhirieron a la idea del derecho como fuente de autoridad y materializaron este ideal en una constitución escrita.*” (BOUZAT, Gabriel. *El control constitucional ... Op. Cit. p. 80*)

⁷⁰⁵ *Idem. p. 80.*

⁷⁰⁶ Gustavo Zagrebelsky afirma que: “*Hoy, certamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exatadamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ... Op. Cit. p. 152*) (sem grifo no original).

continental, possuem o modelo hierárquico, enquanto que nos Estado Unidos aplica-se o modelo de distribuição horizontal do poder entre os membros do Judiciário⁷⁰⁷.

Assim sendo, fica evidente a razão pela qual surgiram as Cortes Constitucionais na Europa, pois as questões constitucionais de maiores relevâncias somente poderiam ser decididas, e respeitadas, se fossem proferidas por uma instituição hierarquicamente superior. Com exceção da França, na qual a constitucionalidade é analisada por um órgão político de maneira preventiva. Os demais países da Europa continental possuem as cortes “*en el vértice del poder judicial y que cumple la única y especial función de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes.*”⁷⁰⁸

Na França a expressão da soberania popular é representada pelo Poder Legislativo e, conseqüentemente, a lei torna-se a única fonte do Direito. A partir desta centralização, verifica-se que a Lei expressa a vontade geral, e por essa razão, se presume justa, impedindo qualquer questionamento das outras instituições e, principalmente, por juízes, que devem apenas aplicá-las e não julgá-las. Fica claro que o formato institucional francês decorre diretamente da maneira pela qual foi compreendida a questão da separação dos poderes⁷⁰⁹.

Por mais que tal formato permita, pelo menos hipoteticamente, a ocorrência de abusos do Poder Legislativo, deve-se reconhecer que a evolução histórica francesa e o *conhecimento aprofundado do seu próprio sistema* está fortemente fixada em suas ideologias, não podendo os brasileiros (e qualquer outra nação) criticar este formato, posto que a cultura e a evolução política brasileira não permite a compreensão adequada e, muito menos, o conhecimento prático de tais premissas.

Percebe-se então que a união de todas as características apontadas (centralização do poder; divisão rígida das funções do Estado; a ideia de que o Direito surge da Lei e que esta é produto de uma única fonte de soberania popular representada pelo Poder Legislativo; bem, como pelo fato da atuação dos juízes serem apenas dedutiva), independentemente de qualquer julgamento quanto à este formato, a lógica leva a compreender que um controle judicial de constitucionalidade acarretaria “*una injustificada limitación de la soberanía popular.*”⁷¹⁰ Por essa razão, torna-se impossível criticar tal modelo. Inexiste contradição e conflitos estruturais, pois os mesmos foram criados e transformados de acordo com a necessidade interna e não

⁷⁰⁷ BOUZAT, Gabriel. *El control constitucional ...* Op. Cit. p. 81.

⁷⁰⁸ Idem. p. 82.

⁷⁰⁹ Gabriel Bouzat diz que: “*La combinación de las ideas de que el poder Legislativo encarna la soberanía nacional y de que los jueces deben razonar de una manera aséptica y deductiva están estrechamente vinculadas al sistema de separación de poderes adoptado por Francia.*” (Idem, p. 85.)

⁷¹⁰ Idem. p. 87.

com buscas de institutos jurídicos estrangeiros para solucionar algum desleixo interno, fato este que ocorre constantemente no Brasil.

Já no modelo federalista apresentado por Madison nos Estados Unidos percebe-se o temor pela tirania decorrente da acumulação de todos os poderes nas mãos de apenas uma instituição. Com a separação dos poderes em diversas camadas (federal, estadual e municipal) e de maneira escalonada, buscava-se controlar as funções para prevenir e impedir uma atuação que seja contrária aos interesses da população⁷¹¹.

Daí a razão pela qual a diferença em relação à estrutura interna do Estado faz surgir as expressões *Poder* e *Monopólio da última palavra*. Enquanto na França a utilização da expressão Poder Legislativo significa exatamente a existência de um *Poder Superior*, criador do Direito e detentor do monopólio da última palavra; nos Estados Unidos há uma *Função Legislativa*, uma *Função Executiva* e uma *Função Judiciária* que são *partes* criadoras do Direito, não existindo monopólio, mas equilíbrio e consenso.

Tanto Estados Unidos, quanto a França (bem como Alemanha, Inglaterra, Itália...) possuem, de maneira estruturada e coerente, *suas próprias ideologias*, ao passo que, no Brasil, por inexistir uma identidade constitucional e uma preocupação com o seu próprio desenvolvimento constitucional e democrático, percebe-se uma miscelânea de institutos incompatíveis e inapropriados com a realidade social vivida. Tais irregularidades e despreparos causam toda instabilidade interna, pois as instituições não se entendem, além de provocar constantes violações de direitos fundamentais à população brasileira. Tudo isso culmina em novas/velhas discussões, tais como: a prevalência de um Poder sobre o outro; disputa pelo monopólio da última palavra; ativismo judicial; dentre outros.

O Estado não deve ser visto como produto final da atuação exclusiva de uma entidade ou de um poder. Deve sempre ser compreendido como reflexo da estabilidade das instituições públicas e da união de todos os órgãos internos, que atuam observando os anseios da sociedade, buscando sempre a manutenção da ordem e a concretização do progresso social⁷¹².

Carrió compreende que a existência de um poder centralizado e superior para tomar as decisões a respeito da constitucionalidade de uma lei, possa ser feito por um órgão *ad*

⁷¹¹ Segundo Gabriel Bouzat: “*La estructura del sistema de separación de poderes americano determina que ningún funcionario u órgano pueda hablar en representación de todo el pueblo puesto que la expresión de la soberanía popular se halla dividida entre distintos órganos.*” (Idem. p. 89.)

⁷¹² Gabriel Bouzat afirma que: “*Lo cierto es que el estado no debe ser considerado únicamente como una organización sino también como una tradición, como un fenómeno sócio-cultural que trasciende las visiones meramente organizativas. Esto determina que la unidad estatal no puede ser entendida sin tener cuenta el punto de vista interno de los que con su acción contribuyen a su formación.*” (Idem. p. 75)

*hoc*⁷¹³ como ocorre na maioria dos países da Europa continental, mas não entende necessária a inclusão desta instituição na Argentina. Para ele, apesar das inúmeras críticas à Suprema Corte da Argentina, a respeito da ser uma instituição antidemocrática e antimajoritária, não há fundamentos lógicos para exigir a criação de uma Corte Constitucional para a realização do controle de normas, pois, não há a possibilidade de saber se tais cortes dariam certo dentro do território argentino⁷¹⁴, o mesmo deveria ser pensando pelos operadores do Direito do Brasil.

O método alternativo de controle de constitucionalidade (por Cortes Constitucionais) pode, de maneira abstrata, levar à ideia de que evitar-se-ia a criação de uma elite judicial (aristocracia) e proporcionaria uma democratização das decisões constitucionais. No entanto, na Argentina, (e por que não no Brasil?), seria difícil construir os mesmos resultados verificados na Europa, pois “*para hacer una evolución adecuada de él (controle de normas), habría que poseer elementos de juicio – que no poseemos – que permitieran anticipar con suficiente certeza cómo funcionaría en nuestro medio*”⁷¹⁵.

Percebe-se o receio de Genaro Carrió pela busca de outros institutos jurídicos, oriundos de países com estrutura, economia e evolução cultural tão distinta da realidade argentina, por essa razão ele afirma que a utilização, ou não, de uma ideologia estrangeira deve ser vista, antes de tudo, com *cautela institucional*⁷¹⁶.

A cautela defendida é reconhecer que “*lo malo que tenemos no há demostrado ser en verdad tan malo, y en el temor de que lo bueno para oitras comunidades no resulte tan bueno para la nuestra*”⁷¹⁷. Neste ponto de discussão torna-se apropriado relatar que Genaro Carrió não crê na possibilidade dos juízes analisarem a constitucionalidade de uma lei em abstrato, pois à eles cabem apenas as discussões da aplicabilidade das leis no cotidiano, situação que não ocorre nas Cortes Constitucionais, pois discutem a produção dos efeitos da lei em teoria, função esta que, segundo ele, deveria ser atribuída apenas aos legisladores.

A falta de experiência democrática de cada país, segundo Carrió, é a responsável pela incoerência institucional-jurídica, propulsora de inúmeras perguntas que não podem ser

⁷¹³ CARRIÓ, Genaro R.. *Una defensa condicionada ...* Op. Cit. p. 148/150.

⁷¹⁴ Genaro R. Carrió argumenta que: “*No sería prudente adoptarlos a ciegas, solo porque se nos diga que dan buenos resultados en otras comunidades jurídicas cuyas tradiciones en materia de derecho público difieren considerablemente de las nuestras y cuya experiencia en lo concerniente al control de constitucionalidad es mucho más breve que la nuestra.*” (Idem. p. 147.) (sem grifo no original).

⁷¹⁵ Idem. p. 155.

⁷¹⁶ Idem. p. 157.

⁷¹⁷ Idem. p. 155/156.

respondidas na atualidade⁷¹⁸, surgindo assim teorias de aprimoramento e métodos alternativos de controle de constitucionalidade.

Tendo em vista que o foco principal deste trabalho não é abordar a fundo os dois modelos de controle de constitucionalidade, ater-me-ei apenas a apresentar as críticas realizadas à estes sistemas.

A principal crítica de Mauro Cappelletti a respeito do controle difuso de constitucionalidade está fixado na incerteza do Direito⁷¹⁹ em relação ao elemento básico de uma decisão judicial proferida por magistrados de instâncias inferiores em sede de controle de normas, ou seja, na ausência do *stare decisis destas sentenças*⁷²⁰. Isso porque: uma mesma lei poderia não estar sendo aplicada por alguns juízes por entenderem inconstitucional, enquanto que outros poderiam manter sua constitucionalidade, e conseqüentemente, produzindo seus efeitos; também pode ocorrer a mudança de posicionamento doutrinário em questões de minutos, ou seja, “o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional”⁷²¹.

Outra crítica a respeito do controle difuso de constitucionalidade está no fato de que a decisão em um caso concreto não produzirá efeitos para as outras pessoas da sociedade, a não ser que elas também ingressem em juízo demonstrando que se encontra na mesma situação que o caso já analisado, proporcionando, desta maneira, uma avalanche de ações judiciais pleiteando os mesmos “direitos”. Neste ponto surgem então as decisões judiciais com efeitos *erga omnes*, o que para Cappelletti, “está no meio caminho entre o o ‘difuso’ e o concentrado”⁷²².

No Direito Norte-Americano percebe-se o bom funcionamento do *judicial review* tendo em vista a cultura jurídica de obediência ao *stare decisis*, pois, uma vez tomada uma decisão pela Suprema Corte, os operadores do Direito passaram a respeitá-la, sendo tais

⁷¹⁸ Idem. p. 158.

⁷¹⁹ Para Mauro Cappelletti: “A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado.” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade ... Op. Cit.* p. 78.)

⁷²⁰ Segundo Mauro Cappelletti: “(...) o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade de lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada.” (Idem. p. 81.)

⁷²¹ Idem. p. 77.

⁷²² Idem. p. 79.

premissas ampliadas, também, para os casos de controle de normas, o que se deu após a *lógica*⁷²³ de John Marshall no caso *Marbury versus Madison* em 1803.

Nos países da *civil law*, por inexistir o *stare decisi*, necessitaram “operar com instrumentos jurídicos bem diversos daqueles adotados no sistema estadunidense e em outros sistemas de *common law*” que substituíram a figura da Suprema Corte Norte-Americana, mas que, da mesma maneira, legitimou um órgão do Judiciário para “confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis com eficácia *erga omnes*”, criando-se o sistema de controle concentrado de constitucionalidade representado pelas Cortes Constitucionais⁷²⁴.

O controle concentrado é “radicalmente” oposto ao controle difuso e a simples argumentação de que o problema da inconstitucionalidade da lei e seu controle judicial está apenas no plano da aplicação ou não de uma lei passa a ser rebatida. No controle concentrado a inconstitucionalidade da lei não pode ser declarada por qualquer juiz “como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito válido nos casos concretos submetidos à sua competência jurisdicional”⁷²⁵, pelo contrário, os juízes comuns “são incompetentes para conhecer” a matéria⁷²⁶.

Cappelletti afirma ainda que a tarefa de interpretar uma norma constitucional não pode ser feita por juízes de carreiras desligados da realidade social, sendo importante a formação qualitativa da Corte Constitucional, por membros escolhidos pela mais alta autoridade do Executivo e do Legislativo, bem como por magistrados “de carreira”, que tomarão uma decisão *ad hoc*, pois esta corte foi criada para analisar o caso específico de inconstitucionalidade de uma lei, circunstância esta diversa das inúmeras ações que os tribunais comuns tendem a receber e decidir de maneira equitativa⁷²⁷.

⁷²³ Carlos Santiago Nino afirma que: “*Los argumentos de Marshall a favor del control judicial de constitucionalidad exhiben una claridad tan prístima y una consistência tan inceíble que uno se encuentra tetando a hablar de la lógica de Marshall.*” (NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la ...* Op. Cit. p. 261.)

⁷²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade ...* Op. Cit.p. 82/83.

⁷²⁵ Idem. p. 108.

⁷²⁶ Para Mauro Cappelletti: “*Como é sabido, tanto na Itália como na Alemanha, vale, tal qual na Áustria, a proibição de juízes comuns (civis, penais, administrativos) de efetuar um controle de constitucionalidade das leis. Em suma, os juízes comuns são, na Itália e na Alemanha, assim como na Áustria, incompetentes para efetuar tal controle de constitucionalidade, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais dos Países. Contudo, na Itália como na Alemanha, diferentemente da Áustria, todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória.*”(Idem. p. 109.) (sem grifo no original).

⁷²⁷ Segundo Mauro Cappelletti: “*Disto decorre que a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional não é, absolutamente, uma atividade a que possa, sempre, julgar-se preparado sobretudo o juiz ‘de carreira’, amadurecido nas salas fechadas dos tribunais onde, dos tumultuosos acontecimentos e das*

O fato de o Judiciário atuar em algumas situações de maneira contrária ao Congresso demonstra realmente uma atividade garantista de direitos conquistados anteriormente, o que não pode ser caracterizada como antidemocrática pela simples contraposição de ideais dos atuais representantes do povo.

Quando a Corte profere uma decisão limitando a atuação do Congresso, está protegendo o povo de posturas individualistas e tendenciosamente contrária à democracia, assim sendo, passa a ser legítima⁷²⁸ e até mesmo contra-majoritária⁷²⁹⁻⁷³⁰⁻⁷³¹, quando esta maioria demonstra-se temerária⁷³².

Assim sendo, a atuação do Judiciário no combate aos abusos dos demais poderes passa a ser o fiel cumprimento do Princípio da Separação dos Poderes. Em contrapartida, pergunta-se: e quando o Judiciário verifica um projeto de lei ordinária, em trâmite no Congresso Nacional, estará legitimado à declarar sua inconstitucionalidade? Pode o STF realizar o controle preventivo de constitucionalidade se for visível no projeto de Lei uma inconstitucionalidade material por violação às normas de direitos fundamentais?

exigências que prorrompem da sociedade, não entram, com frequência, senão os ecos atenuados.” (Idem. p. 89.)

⁷²⁸ Bruce Ackerman diz que: “*Essa conclusão não implica, de forma alguma, na superioridade do poder judiciário com relação ao Poder Legislativo. Simplesmente sugere que o poder popular é superior a ambos e que quando houver conflito entre a vontade do Legislativo, declarada nos seus estatutos, e a vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer ao segundo dispositivo e não ao primeiro.*” (ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: ...* Op. Cit. p. 266/267.) (sem grifo no original).

⁷²⁹ Sepúlveda Pertence: “*A jurisdição constitucional na democracia – e a afirmação tem hoje a força do óbvio – é um poder contra-majoritário...*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013. p. 286.)

⁷³⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit. p. 206.

⁷³¹ STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a país aísesmodernidade tarida). LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J.Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.

⁷³² Edinilson Donisete Machado: “*Os tribunais deverão verificar o processo democrático, e, se ele estiver promovendo alguma discriminação quanto às minorias, os tribunais estariam autorizados a intervir.*” (MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial: ...* Op. Cit. p. 135.) (sem grifo no original).

5. CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

5. 1. Noções preliminares

A expansão da jurisdição constitucional exige reflexão crítica sobre o protagonismo assumido pelo Judiciário no cenário político nacional. Se a atuação do STF no controle de normas já é passível de inúmeras críticas, tendo em vista que no Brasil utilizam-se dois modelos de controle de constitucionalidade (abstrato e concreto), a situação torna-se mais temerária quando os legisladores pleiteiam e exigem a realização de um Controle Preventivo Judicial de Constitucionalidade em face de projetos de Leis, em tese, inconstitucionais.

A complexidade das matérias apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, no exercício das suas funções, coloca-o em uma posição extremamente delicada, pois poderá: i) exercer sua função direcionada à proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e ser chamado de Corte Substancialista; ii) atuar de maneira despreocupada com a realidade social e aplicar os procedimentos constitucionais para solucionar a demanda; iii) ou ainda, decidir *não decidir a matéria*, pois uma ou outra decisão acarretaria danos ainda maiores ao Estado e à coletividade.

Na medida em que a sociedade evolui, multiplicam-se e diversificam-se as pretensões judiciais. As ideologias e as concepções, quanto aos princípios e regras constitucionais, são dinâmicas e se transformam historicamente, dificultando cada vez mais a atuação do Supremo Tribunal Federal. Quando a discussão é travada a respeito de uma Lei, há previsões constitucionais que legitimam o STF relizar o referido controle de constitucionalidade, no entanto, para a realização do controle preventivo, os constituintes originários foram silentes e omissos.

Nesse contexto, é necessário buscar elementos para tentar compreender as razões que legitimariam a Suprema Corte a realizar o controle preventivo de constitucionalidade.

A hermenêutica constitucional e o neoconstitucionalismo foram responsáveis para fixar e concretizar a força normativa da Constituição. Por meio destas duas mudanças doutrinárias, bem como demais fatores já analisados, iniciou-se a construção da legitimidade do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, mas não o único.

Como já relatado ao longo deste trabalho, o Judiciário, por inúmeros outros fatores, verificou que suas decisões poderiam alcançar outros níveis, deixando de ser mera decisão jurídica e passando a ser uma decisão jurídica-política, interferindo, não apenas no Executivo

e Legislativo, mas também na vida das pessoas da sociedade brasileira, tornando-se verdadeiro protetor estatal e, por vezes, uma instituição ativista.

Ocorre que cada vez mais se vê a utilização de princípios em projetos de leis, nas defesas das partes e nas decisões judiciais. Princípios, antes com delimitação clara, passaram a possuir diversas definições e inúmeras ramificações, se transformando em verdadeiras Hidras (basta verificar a forma como são subdivididos os princípios da liberdade e da igualdade). Esta irregularidade é uma consequência da má aplicação da doutrina neoconstitucionalista por parte dos operadores do Direito despreocupados com a consistência constitucional.

Os princípios da liberdade e da igualdade são indispensáveis para o Estado Democrático de Direito, para impedir que algumas posturas dos representantes do povo durante o exercício do mandato acabem violando direitos da população. Tais princípios passam a ser fundamentais para a sobrevivência dos partidos políticos que representam a minoria no Parlamento, pois além deles realizarem a verdadeira oposição à maioria, são eles que buscam aproximar as pessoas vulneráveis ao Estado, podendo elas apresentarem suas necessidades⁷³³. Com isso, liberdade e igualdade, são temas corriqueiros em Mandados de Segurança em face de projetos de leis infraconstitucionais em tese inconstitucionais.

Essas constantes alterações doutrinárias, somadas às pretensões sociais e às inúmeras interpretações quanto à Dignidade da Pessoa Humana, fazem com que, diversos *Projetos de Lei* passem a ser considerados inconstitucionais (por alguns representantes do povo), pois estaria, em tese, ofendendo disposição constitucional expressa que protege os direitos e garantias individuais (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Em face da suposta ofensa sofrida na sua individualidade, o legislador (Deputado ou Senador) apresenta ao Supremo Tribunal Federal um Mandado de Segurança (MS) para impedir que o referido projeto de lei seja deliberado pelas casas parlamentares, pois estaria ferindo o direito do parlamentar de não ser obrigado a deliberar em projetos tendentes à abolir um direito fundamental, com analogia ao artigo acima citado.

⁷³³ Gilmar Mendes escreve que: “*Os partidos políticos são, assim, importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e o Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral. Mas não somente durante essa fase ou período. O processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta além desse período.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 364.)

Em sendo apresentado o Mandado de Segurança ao Supremo Tribunal Federal, cabe a ele tomar um posicionamento dentre os seguintes: i) pode ele conhecer o MS e negar provimento no mérito, declarando não existir, inicialmente, inconstitucionalidade; ii) ou pode conhecer o MS e dar provimento no mérito, sendo então declarado a inconstitucionalidade do projeto via controle preventivo.

Para complicar a situação do STF em relação ao controle preventivo, os representantes do povo *passaram a impetrar MS com pedidos liminares* para suspensão das deliberações, o que, em sendo deferido, interfere diretamente nas atividades do Legislativo.

Por ser muito tênue a linha divisória entre Ativismo e Expansão Judicial, torna-se indispensável verificar as principais decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à temática antes de poder afirmar a ocorrência de um ou outro comportamento.

5. 2. Decisões relevantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle preventivo de constitucionalidade

A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal que abordou a possibilidade de realização do controle preventivo de constitucionalidade foi proferida, no Mandado de Segurança n.º 20.257-2/DF⁷³⁴, em 08 de outubro de 1980, em que os impetrantes, Itamar Franco e Antonio Mendes Canale pleitearam, liminarmente, a suspensão da deliberação do projeto das emendas constitucionais n.º 3, 51 e 52, todos de 1980, por serem, em tese, tendentes à abolição da República. A liminar não foi concedida e a Emenda Constitucional n.º 3/93, para indignação de alguns foi aprovada⁷³⁵⁻⁷³⁶, sendo analisada, posteriormente, no mérito pela ADIN 939-7/DF.

⁷³⁴EMENTA – Mandado de Segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a interpretação alega ser tendente a abolição da República. Cabimento de mandado de segurança em hipótese em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou emenda, vedando sua apresentação ou a sua deliberação. – Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandado de dois para quatro anos não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. – Mandado de Segurança Indeferido. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão integral do Mandado de Segurança n.º 20.257-2/DF. DJ 27.02.1981. Ementário n.º 1201-2. Ministro Relator do Acórdão: Moreira Alves. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acessado em: 04/11/2013.)

⁷³⁵ Aditamento ao Relatório elaborado pelo Ministro Décio Miranda: “*Ocorre que, nas primeiras horas desse dia, foi em segundo turno de discussão e votação aprovada a Emenda Constitucional que neste mandado de segurança é objeto de impugnação dos nobres impetrantes. (...) Acentuam a oportunidade com que pediram-lhes fosse deferida a medida liminar, quando advertiram que o simples defluxe dos prazos processuais esgotaria qualquer possibilidade de vir a segurança a ser julgada antes que o Poder Legislativo deliberasse sobre a Proposta de Emenda. (...) Certo falhou minha previsão, exposta no voto proferido no agravo regimental, quanto à possibilidade de submeter-se este mandado de segurança a julgamento antes do último turno de discussão e votação da Emenda no Congresso Nacional*”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 20.927-5/DF. Ministro Relator: Moreira Alves. DJ. 15.04.1994. Ementário n.º 1740-

O Mandado de Segurança foi vencido no mérito, pois os projetos de emendas, ao pretenderem modificar o lapso temporal dos mandatos de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores municipais, de 02 anos para 04 anos, não estariam colocando em risco a República brasileira, conseqüentemente, não seriam consideradas inconstitucionais.

No entanto, por mais que a ordem tenha sido denegada, o STF analisou a questão da possibilidade, ou não, da Corte realizar o controle preventivo da constitucionalidade.

Para o ex-Ministro Moreira Alves⁷³⁷, a atuação do STF para impedir a deliberação de projetos de emendas constitucionais ou de leis que violem direitos constitucionais expressos, específicos e taxativos é legítima, porque a inconstitucionalidade estaria evidenciada com o próprio processamento do *projeto de emenda*.

Porém, ressaltou que o mandado de segurança, para impedir a deliberação de projeto de emenda, não pode ser ajuizado sob a argumentação de que estariam desrespeitando algum princípio constitucional sem comprovar a real violação. Para o Ministro Moreira Alves, a possibilidade do controle preventivo, ou *controle restaurador da legalidade*, somente deve ser admitida se a violação pretendida for realmente prejudicial para o Estado Brasileiro e para a população em geral, ou seja, o projeto deverá ferir claramente um direito e/ou uma garantia fundamental prevista pela CF.

01. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673293/mandado-de-seguranca-ms-20927-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 324/325.)

⁷³⁶ Nas palavras do Ministro Moreira Alves: “*Hoje encontramos-nos todos, - Supremo Tribunal Federal e Impetrantes – diante de um fato consumado. Diante da violência perpetrada. Frente a um abuso de poder incontido e impune. Frente a uma ilegalidade com foro de definitiva e com timbre da irreversibilidade, porque ainda que venha o Poder Judiciário, no futuro e por ação própria, - o que se requererá oportunamente – declarar a inconstitucionalidade de medida prorrogacionista, não haverá reparo possível para o constrangido à prática de ato ilegal de que foram vítimas os impetrantes, como atingidas foram a República e a Federação*”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 20.927-5/DF. Ministro Relator: Moreira Alves. DJ. 15.04.1994. Ementário n.º 1740-01. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673293/mandado-de-seguranca-ms-20927-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 334.)

⁷³⁷ Nas palavras do Ministro Moreira Alves: “*Cabível, portanto, no momento em que o presente mandado de segurança foi impetrado, sua impetração preventiva, um vez que visava ele a impedir que a Presidência do Congresso colocasse em votação a proposta de emenda. Aprovada esta, o mandado de segurança – como tem entendido esta Corte – se transforma de preventivo em restaurador da legalidade. (...) Aqui a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo- taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição*”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 20.927-5/DF. Ministro Relator: Moreira Alves. DJ. 15.04.1994. Ementário n.º 1740-01. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673293/mandado-de-seguranca-ms-20927-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 338.) (sem grifo no original).

O Mandado de Segurança (MS) 20.257-2/DF é considerado um *leading case*⁷³⁸ sobre a admissão do controle preventivo judicial de constitucionalidade de *projetos de emendas* que tendencie à abolir direitos fundamentais expressos pela Constituição Federal, sendo por ela, inclusive, proibida a deliberação do projeto, isso porque, para o ministro Moreira Alvez, o STF na realização do controle de constitucionalidade está acima dos demais poderes⁷³⁹.

Já, no MS 20.927-5/DF⁷⁴⁰, sob relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 11 de outubro de 1989, o impetrante, Luiz Fabrício Alves de Oliveira, alegou que sofreu violação de um direito fundamental por ato praticado pelo Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados, tendo em vista que aquele, supostamente, teria direito de ocupar o cargo de Deputado Federal em função de uma troca de partido realizada pelo suplente que estava à sua frente na ordem das eleições. Sustentou, para tanto, que a troca de partido político caracterizava a *infidelidade partidária* e exigia, como consequência, a perda do cargo eletivo, devendo assim o impetrante assumir o cargo de Deputado Federal.

Ficou esclarecido, na decisão deste mandado de segurança, que as normas que tratavam da infidelidade partidária já haviam sido revogadas, desde a Emenda Constitucional n.º 25/85. Após a promulgação da Constituição Federal nenhum outro diploma tratou sobre a perda ou não da condição de suplente por troca de partido em não existindo as causas de

⁷³⁸ Nas palavras do Ministro Carlos Velloso: “No julgamento do MS 24.356/DF, de que fui relator, trouxe ao debate, no meu voto, a questão do controle judicial do ato legislativo. Esclareci que o Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar para impetrar mandado de segurança com finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. O leadin case é o acórdão do NS 20.257/DF, Relator o Ministro Moreira Alves.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.642-1/DF. Ministro Relator: Carlos Velloso. DJ. 18.06.2004. Ementário 2156-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86168>. Acessado em: 04/11/2013. p. 216.) (sem grifo no original).

⁷³⁹ Nas palavras do Ministro Moreira Alves: “E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais poderes, não havendo, pois que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria constituição, para a preservação dela, lhe outorga. Considero, portanto, cabível, em tese, o presente mandado de segurança. Indefiro-o, porém, por ser manifesta a improcedência de sua fundamentação”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 20.927-5/DF. Ministro Relator: Moreira Alves. DJ. 15.04.1994. Ementário n.º 1740-01. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673293/mandado-de-seguranca-ms-20927-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 338/339.) (sem grifo no original).

⁷⁴⁰ EMENTA: Mandado de Segurança. Fidelidade Partidária. Suplente de Deputado Federal. – Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. – A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes. Mandado de Segurança Indeferido. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 20.927-5/DF. Ministro Relator: Moreira Alves. DJ. 15.04.1994. Ementário n.º 1740-01. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673293/mandado-de-seguranca-ms-20927-df>. Acessado em: 04/11/2013.)

infidelidade, não haveria qualquer prejuízo ou punição para aquele que optasse por se filiar à outra agremiação. O MS 20.927-5/DF foi aceito, mas denegado.

No dia 15 de dezembro de 1993, foi julgada a ADIN n.º 939-7/DF⁷⁴¹, sob relatoria do ex-Ministro Sydney Sanches, tendo sido impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, embora formalizada sem demonstração de boa técnica jurídico-processual e passível de ser declarada a inépcia da inicial, optou o STF por realizar a análise do mérito da ação. Para o relator, por mais irregular que a ação estivesse, ainda assim, haviam indicações de que a Emenda Constitucional 3/93 havia violado direitos fundamentais que são assegurados pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF.

Nesse julgamento, o primeiro da espécie⁷⁴², ocorreu o debate quanto à *inconstitucionalidade material* da Emenda Constitucional nº 3/93 que instituiu uma nova espécie tributária (Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF) que colocaria em desarmonia os Membros da Federação, bem como, causaria diversos prejuízos à população brasileira por evidente ofensa aos princípios constitucionais tributários.

Essa matéria também foi questionada no MS 20.257-2/DF ainda enquanto projeto de emenda, pois a E.C. 3/93 foi aprovada antes do julgamento do MS – (destaca-se que o pedido liminar de suspensão da deliberação do projeto de emenda foi negado pelo ministro relator). O mérito foi decidido na ADIN 939-7/DF, enquanto que no MS discutia-se sobre a possibilidade, ou não, de controlar preventivamente a constitucionalidade de um projeto de emenda.

⁷⁴¹ EMENTA: Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira. Artigos 5º, parágrafo 2º; 60 parágrafo 4º, incisos I e IV; 150, incisos III, ‘b’, e VI, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, da Constituição Federal. 1 – Um Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, ‘a’, da CF). 2 – A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de constitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, ‘b’ e ‘VI’, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios: 1º - o princípio da anterioridade (...) 2º - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros)... (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da ADIN 939-7/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 18.03.1994. Ementário n.º 1737-02. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>. Acessado em: 04/11/2013.)

⁷⁴² Nas palavras do ex-ministro Paulo Brossard: “*Pela primeira vez, a constitucionalidade de uma emenda constitucional ou de aspectos de uma emenda constitucional chega até ao Supremo Tribunal e é por ele enfrentada, discutida e decidida. Bastaria isto para salientar a importância do caso em exame*”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da ADIN 939-7/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 18.03.1994. Ementário n.º 1737-02. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 299.)

Ficou realçada a problemática do balanceamento das funções estatais e o agir constitucionalmente, sem ferir os direitos e as garantias fundamentais, consideradas cláusulas pétreas do sistema jurídico brasileiro. A dificuldade fica evidenciada quando não é possível encontrar o equilíbrio da interpretação da norma, deixando a Constituição petrificada em um posicionamento, ao ponto de servir de argumento para rupturas radicais, bem como para não deixa-la à mercê das maiorias ocasionais, que estimulam e provocam nas pessoas os desejos por mudanças injustificáveis, degradando e desestabilizando todo o Estado.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, deixou clara a necessidade de todas as instituições do Estado respeitar os princípios constitucionais, caso contrário provocaria *desequilíbrio estrutural* e violaria inúmeros direitos das pessoas⁷⁴³. Em outro momento (no julgamento do MS 24.831-9 - analisado mais a frente), Celso de Mello também deixou claro que, quando existir excesso de uma das funções, de um grupo majoritário ou de uma pessoa, cabe ao Judiciário interferir⁷⁴⁴ e restaurar a legalidade do ato e/ou a constitucionalidade da lei⁷⁴⁵.

Sepulveda Pertence na ADIN 939-7/DF⁷⁴⁶, utilizando das palavras do Ministro Francisco Rezek⁷⁴⁷, demonstra a preocupação existente na Corte ao realizar o controle

⁷⁴³ Nas palavras do Ministro Celso de Mello: “*O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores – que desempenhem, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos, introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre estruturalmente desiguais, entre as pessoas e o Poder*”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da ADIN 939-7/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 18.03.1994. Ementário n.º 1737-02. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 283.) (sem grifo no original).

⁷⁴⁴ Nas palavras do Ministro Celso de Mello: “*Como sabemos, o regime democrático, analisado na perspectiva das delicadas relações entre o Poder e o Direito, não tem condições de subsistir, quando as instituições políticas do Estado falharem em seu dever de respeitar a Constituição e as leis, pois, sob esse sistema de governo, não poderá jamais prevalecer a vontade de uma só pessoa, de um só estamento, de um só grupo ou ainda, de uma só instituição*.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.831-9/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ. 04.08.2006. Ementário 2240-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acessado em: 04/11/2013. p. 248/249.)

⁷⁴⁵ Nas palavras do Ministro Celso de Mello: “*Uma decisão judicial – que restaure a integridade da ordem jurídica e que torne efetivos os direitos assegurados pelas leis e pela própria Constituição da República – não pode ser considerada um ato de interferência na esfera do poder Legislativo consoante já proclamou, em unânime decisão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (RTJ 175/253, Rel. Min. Octavio Gallotti – RTJ 176/718, Rel. Min. Néri da Silveira, v.g.)*.” (Idem. p. 250.)

⁷⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da ADIN 939-7/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 18.03.1994. Ementário n.º 1737-02. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>. (Acessado em: 04/11/2013).

⁷⁴⁷ Francisco Rezek, apud Sepulveda Pertence: “*(...) a estabilidade da Constituição Federal, onde reside a finalidade inequívoca das limitações postas a poder constituinte derivado, poderá, a meu ver, ficar comprometida, a invés de reforçada, com rigor de uma interpretação que, exacerbando essas restrições, viesse a*

preventivo de constitucionalidade de uma lei. Para ele, o referido controle, é temerário para a estabilidade constitucional do país, pois se existir uma interferência do Judiciário no Legislativo, acarretará o desrespeito às normas constitucionais que tanto buscam proteger; de outro lado, se o Judiciário permitir que o Legislativo atue sem observar a Lei Fundamental, de duas uma: i) ou a Suprema Corte será conivente com os abusos e violações às normas de direitos fundamentais; ii) ou são realmente incompetentes e desnecessários na tarefa de produção do Direito e de protetor da Constituição.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto na ADIN 939-7/DF, esclarece que o objetivo da Constituição “*é justamente proporcionar uma certa igualação das forças envolvidas – as do Estado e as de cada cidadão considerado de per se*”⁷⁴⁸, enquanto que “*ao Judiciário cabe, acima de tudo, sem recear críticas, até mesmo exacerbadas, a preservação da ordem jurídica*”⁷⁴⁹.

Neste ponto é importante salientar as palavras do ex-Ministro Carlos Velloso a respeito da acusação “*de um eminente colega*” de que o Supremo Tribunal Federal “*ficaria mal*” se não julgasse o mérito da ADIN 939-7/DF e optasse por decidir apenas por sua preliminar. Para ele “*o Supremo Tribunal Federal ficaria muito mal se qualquer de seus Juízes não pudesse ou não tivesse a coragem, numa questão de interesse da mídia, de expor o que pensa, de julgar de acordo com a ciência e a sua consciência.*”⁷⁵⁰

Nesse julgado, restou afirmado que o constituinte originário não atribuiu aos legisladores ordinários a legitimidade de editarem leis que se sobreponham às normas constitucionais, até mesmo porque não faz sentido admitir que um princípio constitucional, o qual foi considerado de extrema importância pelo poder constituinte originário, possa ser mutilado pelo constituinte derivado. Esta argumentação também foi utilizada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na construção do seu voto no Mandado de Segurança 32.033/DF, julgado em 2013⁷⁵¹ (analisado mais à frente).

conduzir justamente aquilo que a Constituição quis evitar, ou seja, estimular a tendência de ruptura com um todo do texto constitucional”. (Idem. p. 254/255.)

⁷⁴⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da ADIN 939-7/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 18.03.1994. Ementário n.º 1737-02. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 259.

⁷⁴⁹ Idem. p. 268.

⁷⁵⁰ Idem. p. 272.

⁷⁵¹ Gilmar Mendes: “*Basta que imaginemos, à guisa de exemplo, que uma maioria parlamentar, por meio de projeto de lei, decida aprovar a pena de morte ou, por abuso, a descriminalização da pedofilia ou, ainda, estabelecer a censura prévia a jornais, livros e periódicos. Essas hipóteses extremadas revelam não fazer sentido admitir-se o mandado de segurança preventivo em face de proposta de emenda e não o admitir em face de projetos de lei violadores de cláusulas pétreas. Dessa forma, se a jurisprudência admite o mandato de segurança em face da tramitação da PEC, também o deve fazer, e o faz, ante o processamento de projeto de lei.*”

Na ADIN 1.354-8/DF⁷⁵², cujo relator foi o Min. Maurício Corrêa, o Partido Social Cristão (PSC) pleiteava a declaração da inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei 9.096/95, pois ele buscava limitar o sentido da expressão “*caráter nacional*” dos partidos políticos. Alegou-se que o referido artigo ofendia o princípio da igualdade entre os partidos políticos, pois as legendas de pouca representatividade estariam sempre em desvantagem de condições eleitorais em comparação com as grandes legendas. No dia 07 de fevereiro de 1996, o STF considerou constitucional a regra legal, afirmando que eventual diferenciação entre os partidos não proporcionava a violação do princípio da igualdade⁷⁵³, mas sim que garantia e limitava a proliferação de partidos.

Nessa decisão, o voto vencedor demonstrou que era necessário impedir um surto de criação de novas agremiações que supostamente estavam interessadas apenas a receber verbas do fundo partidário. Por essa razão, a definição de partido nacional, expressa no artigo 13 da Lei das Eleições (Lei 9.096/95), foi considerada legítima e constitucional.

O voto vencedor ressaltou que a multiplicação de partidos políticos minúsculos, sem representatividade nacional, em momento algum poderia fortalecer a democracia, pois descaracteriza as boas bases políticas e a “cultura do autêntico pluralismo”⁷⁵⁴. A pluralidade

Isso porque os limites materiais ao Poder Constituinte Derivado são logicamente aplicáveis ao Poder Legislativo, sob pena de se autorizar o legislador ordinário a alterar a Constituição naquilo que ela mesma vedou.” (D.J. de 02.8.91, R.T.J. 139/783).” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 32.033/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ 079 – Divulgado em 26/04/2013; Publicado em 29/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23353055/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>. Acessado em: 04/11/2013. p. 45.).

⁷⁵² EMENTA: Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Suspeição de Ministro da Corte: Descabimento. Partidos Políticos. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Arguição de Inconstitucionalidade do art. 13 e das expressões a ele referidas n inciso II do Art. 41, no caput dos arts. 48 e 49 e ainda no inciso II do art. 57, todos da Lei 0.096/95. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da ADIN 1.354-8/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 30.03.2007. Ementário 2270-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416152>. Acessado em: 04/11/2013.)

⁷⁵³ Nas palavras do ministro Maurício Correa: “*Não se trata de discriminar os pequenos partidos, a ponto de restringir a sua participação no processo eleitoral e sim de regulamentar o direito fundamental parlamentar, o que, ao meu ver, foi feito dentro dos limites da razoabilidade, ao estabelecer o critério do caráter nacional da organização dos partidos políticos tendo por base o desempenho no prélio eleitoral. (...) A norma legal contida no art. 13 não é atentatória ao princípio da igualdade; qualquer partido, grande ou pequeno, desde que habilitado perante a Justiça Eleitoral, pode participar da disputa eleitoral, em igualdade de condições, ressalvados o rateio dos recursos do fundo partidário e a utilização do horário gratuito de rádio e televisão ...*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da ADIN 1.354-8/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 30.03.2007. Ementário 2270-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416152>. Acessado em: 04/11/2013. p. 211/212.)

⁷⁵⁴ Nas palavras do ministro Maurício Correa: “*(...) parece-me não ter sido feliz o Constituinte, ao realizar com excessivo liberalismo o assentamento do multipartidarismo, exatamente no perfil que a norma constitucional o consagrou. Daí a degenerescência da democratização desenfreada, praticamente sem fronteiras, para a formação de partidos políticos, descaracterizando teleologicamente as verdadeiras bases para a prática e a cultura do autêntico pluralismo.*” (Idem. p. 213.)

política era defendida no Brasil, mas uma pluralidade que compreendia alguns poucos partidos, sendo estes com ideologia certa e programas nítidos e definidos.

Para o relator Ministro Maurício Correa, a liberalidade da criação de novas agremiações apenas serviria para *ajustamentos de candidaturas*, pois estes novos partidos apenas repetiriam programas políticos já existentes, tendo em vista que eram criados por parlamentares eleitos que transmigraram para essa nova legenda⁷⁵⁵. Segundo ele, é por essa razão que no Brasil não existe uma tradição partidária. As agremiações partidárias são meras consequências das inúmeras mutações da ideologia política dos membros de outros partidos políticos, sendo que, em inexistindo uma limitação para a expressão “caráter nacional” desenfreada um caos político interno no Brasil⁷⁵⁶.

No dia 18 de fevereiro de 2004, foi julgado o Mandado de Segurança 24.642-1/DF⁷⁵⁷, sob relatoria do Ministro Carlos Velloso. Nesta ocasião, mais uma vez, foi confirmada a possibilidade e legitimidade ativa dos parlamentares para impetrar mandado de segurança para impedir a deliberação de projetos de leis e emendas incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse caso, o mandado de segurança foi denegado, pois a alegação do impetrante de que a alteração de palavras de um determinado artigo deveria acarretar a reanálise de todo o projeto não foi confirmado pelos ministros do STF. Para eles, a simples correção, harmoniosa, do texto não era suficiente para violar um direito subjetivo do impetrante, sendo que, *meras*

⁷⁵⁵ Nas palavras do ministro Maurício Correa: “(...) o certo é que a multifacetada composição dos partidos políticos no Brasil, segundo o sistema presente, não está ensejando a revitalização da presença de segmentos representativos das diversas tendências do espírito ideológico. De fato, esses partidos repetem os programas dos já existentes, e através desse simulacro se valem como veículos para a projeção pessoal de seus idealizadores, ou acabam prestando a manobras e transações escusas” (Idem. p. 214.)

⁷⁵⁶ Nas palavras do ministro Maurício Correa: “No plano utópico, um cenário de plena abstração, poder-se-ia pensar na igualdade dos direitos de todos os partidos, sem distinção entre os grandes e os pequenos. No quadro atual de nossa realidade partidária seria o caos.” (Idem. p. 215.)

⁷⁵⁷ EMENTA: Constitucional. Processo Legislativo: Controle Judicial. Mandado de Segurança. I – O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. II – Precedentes do STF MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (*leading case*), RTJ 99/1031; MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.202 –AgR/DF, Ministro Octavio Gllotti, RTJ 139/783; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, DJ de 12.09.2003. III - Inocorrência, no caso, de ofensa ao processo legislativo, CF, art. 60, parágrafo 2º, por isso que, no texto aprovado em 1º turno, houve, simplesmente, pela Comissão Especial, correção da redação aprovada, com a supressão da expressão “se inferior”, expressão dispensável, dada a impossibilidade a remuneração dos Prefeitos ser superior à dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. IV – Mandado de Segurança Indeferido. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.642-1/DF. Ministro Relator: Carlos Velloso. DJ. 18.06.2004. Ementário 2156-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86168>. Acessado em: 04/11/2013.) (sem grifo no original)

*correções de textos faz parte das atividades internas das casas legislativas*⁷⁵⁸, enquanto mera correção de texto, sem alteração do sentido, não caberia ao Supremo se manifestar sobre tal atividade.

A Suprema Corte destacou a necessidade de manter a boa relação entre as demais funções estatais e o devido cuidado de não interferir nas funções do Legislativo, preservando assim o equilíbrio e a harmonia entre os poderes do Estado. Como o MS 24.642-1/DF tratava meramente de questões *interna corporis*⁷⁵⁹, foi denegada a ordem do mandando de segurança, pois não haviam violações à direitos subjetivos das pessoas, sendo assim, o projeto era imune ao controle do Judiciário.

O que ficou evidente, assim como no MS 20.257-2/DF (*leading case*), foi a confirmação pelo STF sobre a *possibilidade* da realização do controle preventivo judicial de constitucionalidade, mediante mandado de segurança.

Neste mandado de segurança, o Ministro Nelson Jobim demonstrou-se temerário na aceitação deste instrumento para a realização de um controle de constitucionalidade⁷⁶⁰, pois estariam correndo risco de permitir “*que o Supremo se torne um espaço do prosseguimento do debate parlamentar e dos derrotados*”. Essa colocação foi respondida pelo Ministro Marco Aurélio da seguinte maneira: “*Confiemos, Presidente, nos parlamentares, que eles não claudiquem tanto.*”⁷⁶¹

Para finalizar o respectivo debate, o ministro Carlos Velloso foi pontual ao afirmar que a jurisprudência do Supremo foi construída da seguinte maneira: “se se tem, simplesmente, discussão em torno de matéria regimental, inexistente alegação de lesão a direito individual, o ato é *interna corporis* não sujeito ao controle judicial.”⁷⁶²

⁷⁵⁸ Nas palavras do Ministro Carlos Velloso: “*Em suma: não há que falar, no caso, em ofensa ao processo legislativo – CF., art. 60, parágrafo 2º - capaz de anular a votação em segundo turno, assim como a consequente remessa do projeto de emenda ao Senado Federal, bem registra o Ministério Público Federal. É que, no texto aprovado em 1º turno, não houve alteração substancial, que exigiria nova votação, mas, sim, devida adequação redacional do texto, conforme explicado linhas atrás.*” (Idem. p. 225.)

⁷⁵⁹ Nas palavras do Ministro Carlos Velloso: “*Esclareça-se, entretanto, que a interpretação de normas regimentais do Congresso tem natureza interna corporis, o que desautoriza o controle judicial, já que cuida-se de tema imune à análise judiciária. (...) Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato interna corporis, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.642-1/DF. Ministro Relator: Carlos Velloso. DJ. 18.06.2004. Ementário 2156-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86168>. Acessado em: 04/11/2013. p.217/218.) (sem grifo no original).

⁷⁶⁰ Nas palavras do Ministro Nelson Jobim: “*Esta técnica poderá levar, seguramente, a um grande exercício dos mandados de segurança, no setor parlamentar, inclusive em matéria que não é da competência do Supremo Tribunal, que seriam as questões estritamente regimentais internas, e que poderia levar a uma enorme insegurança jurídica em relação a isso.*” (Idem. p. 237.)

⁷⁶¹ Idem. p. 238.

⁷⁶² Idem. p. 237.

Diante de tais decisões, tem-se percebido que os parlamentares estão legitimados à impetrar Mandado de Segurança quando deparados com um projeto temerário ao Estado brasileiro ou violador de direitos fundamentais. A Suprema Corte reconhece a necessidade de impedir que projetos temerários à ordem constitucional sejam aprovados, no entanto, possui a lucidez para não aceitar toda e qualquer impugnação.

Os Mandados de Seguranças tendentes à impedir a votação dos projetos apresentados nas casas legislativas passaram a demonstrar, por diversas vezes, apenas interesses em suspender a deliberação por simples oposição política, inexistindo justificativa plausível para a Suprema Corte impedir que os parlamentares cumpram com sua principal função, qual seja, *deliberar*.

Além disso, o Ministro Celso de Mello, relator nos mandados de seguranças n.º 24.831-9/DF⁷⁶³ e n.º 24.849-1/DF⁷⁶⁴ (que discutiam sobre a obrigatoriedade dos Presidentes das casas legislativas indicarem os responsáveis pelas CPI's requeridas pela bancada minoritária do parlamento) também argumentou neste sentido. Ambos foram julgados no dia 22 de junho de 2005 com a mesma fundamentação, nas quais reconheceram a legitimidade dos parlamentares em impetrarem mandado de segurança para exigir uma interferência Judicial em face das atuações de membros do Legislativo, destacando que eram vastos os precedentes sobre o controle preventivo judicial de constitucionalidade, mas desde que a atuação legislativa não tratasse exclusivamente de atos *interna corporis*.

Para justificar a possibilidade do controle preventivo judicial, o Ministro Celso de Mello utilizou os mesmos argumentos acostados em seu voto na ADIN 939-7/DF afirmando que *nenhum dos poderes do Estado está acima da Constituição Federal ou imune à ela*.

⁷⁶³ EMENTA: Comissão Parlamentar de Inquérito – Direito de Oposição – Prerrogativa das Minorias Parlamentares – Expressão do Postulado Democrático – Direito Impregnado de Estatura Constitucional – Instauração de Inquérito Parlamentar e Composição da Respectiva CPI – Tema que extravasa os limites “*Interna Corporis*” das Casas Legislativas – visibilidade do Controle Jurisdicional – Impossibilidade de a maioria Parlamentar frustrar, no âmbito do Congresso Nacional, o exercício, pelas minorias legislativas, do Direito Constitucional à investigação parlamentar (CF, Art. 58, parágrafo 3º) – Mandado de Segurança Concedido. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.831-9/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ. 04.08.2006. Ementário 2240-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acessado em: 04/11/2013.)

⁷⁶⁴ EMENTA: Comissão Parlamentar de Inquérito – Direito de Oposição – Prerrogativa das Minorias Parlamentares – Expressão do Postulado Democrático – Direito Impregnado de Estatura Constitucional – Instauração de Inquérito Parlamentar e Composição da Respectiva CPI – Tema que extravasa os limites “*Interna Corporis*” das Casas Legislativas – visibilidade do Controle Jurisdicional – Impossibilidade de a maioria Parlamentar frustrar, no âmbito do Congresso Nacional, o exercício, pelas minorias legislativas, do Direito Constitucional à investigação parlamentar (CF, Art. 58, parágrafo 3º) – Mandado de Segurança Concedido. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 24.849/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ. 29.09.2006. Ementário 2249-8. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2956890/mandado-de-seguranca-ms-24849-df>. Acessado em: 04/11/2013.)

Aliás, Rui Barbosa já defendia que “*as bases da Constituição republicana consistem na supremacia da lei fundamental sobre as leis e sobre todos os poderes*”⁷⁶⁵.

Portanto, uma decisão judicial que busque restaurar a integridade disciplinada pela própria Lei Fundamental não poderá ser considerada como um ato de interferência do Judiciário⁷⁶⁶, pois *o juiz deve descumprir a lei para cumprir a Constituição*⁷⁶⁷.

Ora, ou admite-se que a Constituição anula qualquer atuação legislativa que seja contrária à Lei Fundamental, ou deve-se anuir a ideia de que a legislatura possa modificar, por medidas ordinárias, a Constituição. Portanto, ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns, ou se nivela com os atos de legislação usual⁷⁶⁸.

Segundo este entendimento, independentemente da matéria abordada no projeto de emenda ou de lei, seja ela de caráter político ou não, mas que possa lesionar diretamente um direito individual, protegido constitucionalmente e considerado uma cláusula pétrea, surgirá então a possibilidade e a legitimidade constitucional da atuação do Poder Judiciário em relação ao respectivo projeto, podendo então declarar sua inconstitucionalidade.

No Mandado de Segurança n.º 24.831-9/DF, foi decidido pela inconstitucionalidade da pretensão parlamentar de impedir que as minorias pudessem intervir nas Comissões Parlamentares de Inquéritos e realizassem seu papel de oposição.

Além disso, no dia 15 de setembro de 2005, foi julgada a ADIN n.º 2.797-2/DF⁷⁶⁹, impetrada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, que decidiu pela

⁷⁶⁵ BARBOSA, Rui. *A constituição e os actos inconstitucionais: ante a Justiça Federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlanta Editora. 1893. p. 14.

⁷⁶⁶ Nas palavras do Ministro Celso de Mello: “*Na realidade, impõe-se, a todos os poderes da República (e aos membros que os integram), o respeito incondicional aos valores que informam a declaração de direitos e aos princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a própria organização do Estado. (...) Isso significa, portanto – considerada a fórmula política do regime democrático – que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado – situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo – é imune à força da Constituição e a império das leis.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.831-9/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ. 04.08.2006. Ementário 2240-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acessado em: 04/11/2013. p. 249.) (sem grifo no original).

⁷⁶⁷ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva, vol. I. 1932. p. 19/21.

⁷⁶⁸ Idem. p. 46.

⁷⁶⁹ EMENTA: I – ADIn: legitimidade ativa: entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. II – Pertinência Temática; III – Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal) Lei 10.628/2002, que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por Lei Ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. (...) (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013.)

impossibilidade de o legislador, mediante lei ordinária, realizar uma modificação na interpretação de norma constitucional conferida pelo STF. Foi considerado como questão de *política institucional* impedir que o legislador exercesse o papel de intérprete solitário da Lei Fundamental, ainda mais quando a interpretação fosse realizada por meio de lei infraconstitucional.

Na decisão, ficou esclarecido que em relação às *normas constitucionais o legislador não está numa situação privilegiada*, uma vez que é um dos destinatários destas normas. Logo, os legisladores não são os únicos que podem interpretar a Constituição. Tal exercício cabe também ao STF que, além de interpretar, deverá concretizar as normas constitucionais, na medida em que a “*concretização não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica.*”⁷⁷⁰

Como a Constituição Federal é a criadora das demais instituições políticas, caberá à elas a adequação de uma identidade constitucional; isto é, todos os seus atos, inclusive o de legislar, devem ser praticados conforme as normas constitucionais, sendo estas construídas num *consenso hermenêutico*. A possibilidade de se interpretar uma lei envolve, necessariamente, a função de verificar se elas foram produzidas conforme a Constituição⁷⁷¹ e se estão de acordo com a realidade social. Caso contrário, tais interpretações devem ser declaradas inconstitucionais pelo STF.

Destaca-se também que o ex-ministro Sepúlveda Pertence questionou se a lei ordinária seria um instrumento normativo “apto a alterar a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal”, mesmo sendo ela fundamentada exclusivamente na utilização e interpretação direta da Constituição Federal. Sua resposta foi pela impossibilidade, uma vez que, não seria admissível que uma lei ordinária impusesse, *categoricamente*, uma nova interpretação das disposições constitucionais⁷⁷². No entanto, se vier a existir *uma lei contrária à jurisprudência não significa dizer, de imediato, que ela seja inconstitucional*, “*embora*

⁷⁷⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941. *Direito constitucional e teoria da ...* Op. Cit. p. 1.201.

⁷⁷¹ BARBOSA, Rui. *A constituição e os actos ...* Op. Cit. p. 63.

⁷⁷² Nas palavras do ex- ministro Sepúlveda Pertence: “*Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, a contrário, submetido aos seus ditames.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013. p. 286.)

*evidencie o desconcerto institucional*⁷⁷³, em outras palavras, não estaria existindo um diálogo constitucional entre as duas contingências.

A questão foi rebatida pelo Ministro Gilmar F. Mendes, por dois motivos: i) porque o legislador também deve ser considerado um intérprete autônomo da Constituição⁷⁷⁴; ii) e que esse pensamento levaria a supor que a Suprema Corte não teria um limite em sua atuação, o que não é verdade, pois “foram tomadas providências para que também as árvores judiciais não alcancem o céu.”⁷⁷⁵

Para finalizar o debate, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que as casas legislativas podem elaborar projetos de leis contrárias às decisões do STF quando entenderem *necessárias para evolução e concretização da identidade constitucional brasileira*, proporcionando, novamente, um debate a respeito dos direitos a serem protegidos ou atingidos⁷⁷⁶. Com essa nova discussão, seria possível solidificar o entendimento sobre uma interpretação normativa, auxiliando na construção da tão esperada identidade constitucional brasileira.

Essa atuação, supostamente “temerária”, que de primeiro plano pode demonstrar despreparo jurídico e desconhecimento das normas constitucionais, possui característica positiva, pois instiga e fomenta o diálogo entre as duas contingências⁷⁷⁷ e, por meio desta postura, ou a Suprema Corte reforma seu entendimento, ou a solidifica. No entanto, para ter um ou outro posicionamento, deverá enfrentar a questão⁷⁷⁸.

⁷⁷³ Nas palavras do ex-ministro Sepúlveda Pertence: “Por um lado, o legislador não pode pretender fixar o sentido de uma norma constitucional tal como o faz em relação às leis editadas. Neste último caso, ele é o seu criador, admitindo-se que, se ele pode criar e revogar uma lei, por maioria de razão a poderá interpretar. Todavia, em relação às normas constitucionais o legislador não está nesta situação privilegiada. Ele é um dos destinatários das normas constitucionais (e em relação a algumas normas o destinatário por excelência), cumprindo-lhe concretizar a constituição, mas não é dono das normas constitucionais para poder, *ex voluntate*, fixar o sentido dessas normas.” (Idem. p. 282/283.)

⁷⁷⁴ Nas palavras do Ministro Gilmar F. Mendes: “O legislador ordinário, na hipótese, apenas deu nova interpretação à Constituição. (...) Ora, sendo o legislador também intérprete autêntico da Constituição, não há, no caso inconstitucionalidade formal. Pois é certo que o Poder Legislativo não fica vinculado por um dever de não legislar em razão desta Corte ter conferido esta ou aquela interpretação à Constituição.” (Idem. p. 301.)

⁷⁷⁵ Idem. p. 299.

⁷⁷⁶ Nas palavras do ex-ministro Sepúlveda Pertence: “Por isso, é do jogo, por exemplo, que possa o legislativo reeditar lei de conteúdo similar à de outra, declarada inconstitucional e, assim provocar a rediscussão do tema pela jurisdição constitucional...” (Idem. p. 286.)

⁷⁷⁷ Nas palavras do Ministro Gilmar F. Mendes: “Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o ‘diálogo’, o debate institucional deve continuar.” (Idem. p. 370.)

⁷⁷⁸ Nas palavras do Ministro Gilmar F. Mendes: “Colocado o problema nesses termos, penso que não é possível admitir que o legislador ordinário tenha sua liberdade totalmente tolhida pelas declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Tribunal. É adequado e prudente, inclusive, que tais atos legislativos sejam novamente apreciados a partir de um dado contexto institucional”. (Idem. p. 365.)

Apesar da maioria dos mandados de seguranças apresentados ao Supremo terem sido, até então, denegados, deve-se reconhecer que todos eles são úteis para a concretização de direitos fundamentais, mas principalmente, para a solidificação de uma identidade brasileira em relação ao controle de constitucionalidade.

São por meio dos debates realizados na Suprema Corte que o Poder Legislativo passa a guiar-se tanto na produção legislativa quanto no aperfeiçoamento das fundamentações dos mandados de segurança. Em relação à esta última, tem-se que destacar que inúmeros Mandados de Seguranças são impetrados em função da diversidade de entendimento principiológico apresentado pelos próprios ministros do STF em seus votos. Ou seja, cada qual utiliza uma interpretação específica à determinados princípios, principalmente os vinculados à democracia (liberdade e igualdade) e aos direitos fundamentais (dignidade da pessoa humana).

Para o STF decidir a ADIN n.º 2.797-2/DF, necessitou realizar a diferenciação doutrinária das inconstitucionalidades formais (procedimento) e materiais (substância) apontadas na petição inicial. A primeira ficou evidenciada pela maneira pretendida pela lei ordinária de *impor* uma interpretação constitucional. Como não é admitido que o legislador ordinário realize uma função que não lhe compete, concluiu-se pela inconstitucionalidade formal da lei. Já no que tange à inconstitucionalidade material foi feita a ressalva que ela estaria presente quando, ultrapassadas as questões das competências e do procedimento adotado, ainda assim existe uma irregularidade quanto à matéria abordada; em outras palavras, se o projeto de lei estiver violando uma norma constitucional garantidora de direitos fundamentais, também deverá vir a ser declarado inconstitucional.

No dia 07 de dezembro de 2006, foi julgada a ADIN 1.351-3/DF⁷⁷⁹ (Ministro Relator Marco Aurélio), impetrado pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), em face da divisão de tempo de programa eleitoral entre os partidos políticos com representatividade nacional e aqueles sem essa representatividade. Também foi discutido sobre a maneira de divisão dos valores provenientes do Fundo Partidário, seguindo os critérios estabelecidos pelo artigo 13

⁷⁷⁹ EMENTA: Partido Político – Funcionamento Parlamentar – Propaganda Partidária Gratuita – Fundo Partidário. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. – Normatização – Inconstitucionalidade – Vácuo. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das casas do Congresso Nacional. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN 1.351-3/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio. DJ. 30.03.2007. Ementário 2270-1. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/legjurisp/outros/adi_1351.pdf. Acessado em: 04/11/2013.)

da Lei 9.096/1995. Destaca-se que a matéria debatida nesta ocasião também foi arguida na ADIN 1.354-8/⁷⁸⁰DF e, por essa razão, ambas ações foram julgadas no mesmo ato.

Argumentou-se quanto a desigualdade de concorrência nas campanhas políticas entre as agremiações, uma vez que, conforme a Lei 9.096/95, os partidos políticos que cumprissem as exigências do artigo 13 teriam direito à aproximadamente 40 (quarenta) minutos de propaganda política gratuita por semestre. Por outro lado, os partidos políticos com estatuto registrado, mas sem a representatividade nacional teriam direito à apenas 2 (dois) minutos por semestre.

Em relação à divisão dos valores do Fundo Partidário também ficou evidenciada a desigualdade e a discriminação em relação às minorias, porque os partidos com representatividade iriam dividir, igualmente, 99% dos valores do fundo, enquanto o restante (1%) seria dividido entre os partidos sem representatividade nacional. Assim, a regra impugnada determinaria a abundância e regalias de alguns partidos políticos e a morte humilhante de outros.

O Ministro relator Marco Aurélio destacou que dos 29 (vinte e nove) partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), apenas 7 (sete) cumpriram as exigências do artigo 13 nas eleições de 2006 (ano do julgamento da ADIN). Sendo assim, 22 (vinte e dois) partidos políticos iriam dividir o 1% do Fundo Partidário, enquanto 7 (sete) agremiações dividiriam 99% dos valores.

Na decisão da ADIN 1.351-3/DF, ficou demonstrada a impossibilidade de aceitar esse tratamento desigual entre os “partidos de primeira” e “de segunda” classe. Afinal, a Constituição Federal prevê como direito fundamental, e como base democrática, o princípio da igualdade. Além disso, protege o pluralismo político e a livre criação de novas agremiações. Também impede qualquer ato que se assemelhe às antigas *cláusulas de barreiras*, encerrando-se, assim, a neutralização da ditadura da maioria.

O Ministro Marco Aurélio ainda fez a ressalva de que não seria necessário haver preocupação com uma suposta, e improvável⁷⁸¹, proliferação de novas agremiações, pois o enxugamento do rol dos partidos políticos é automático. Esclareceu que se o partido não é capaz de eleger sequer um representante, obviamente que não se poderá cogitar de funcionamento parlamentar, pois esta representatividade será verificada com o êxito ou não nas urnas.

⁷⁸⁰ Idem.

⁷⁸¹ Idem.

Quando verificada a tentativa de modificar a cota de representatividade concedida aos partidos considerados pequenos, o Ministro Gilmar Mendes, acompanhado do Ministro Eros Grau⁷⁸², apresentou pela primeira vez a aplicação do princípio alemão da igualdade de chances⁷⁸³, princípio também utilizado em seu voto no mandado de segurança 32.033/DF. Destaca-se que tal “princípio” se trata de uma derivação do princípio da igualdade, existindo apenas no direito Alemão e importado para o Brasil pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

As limitações impostas aos partidos pequenos além de terem sido considerados como cláusulas de barreiras, foi chamado pelo Ministro Eros Grau de um verdadeiro “corredor da morte das minorias políticas”⁷⁸⁴; já o ministro Sepúlveda Pertence afirmou que a cláusula de barreira “não mata: deixa morrer”⁷⁸⁵; enquanto o Ministro Gilmar Mendes a considerou como “um sacrifício radical das minorias”⁷⁸⁶.

A postura dos partidos políticos com maior representatividade no Congresso Nacional, ao impedir ou bloquear a criação de novas legendas para a próxima eleição ou restringir as verbas, viola o direito das minorias. Afinal, se tal iniciativa legislativa não impede a criação de um novo partido, os seus efeitos realmente proporcionam uma concorrência desleal entre as agremiações políticas, criando, na prática, partidos políticos de primeira e de segunda classe.

Quando se apoia a existência de diferenças e discriminações, privando a minoria dos meios de comunicações de maneira equivalente aos da maioria, gera-se exclusão e estimula-se os sistemas antidemocráticos⁷⁸⁷.

⁷⁸² Nas palavras do Ministro Eros Grau: “Múltipla e desabridamente inconstitucional, essa lei afronta o princípio da igualdade de chances ou oportunidades, corolário do princípio da igualdade. Pois é evidente que seria inútil assegurar-se a igualdade de condições na disputa eleitoral se não se assegurasse a igualdade de condições no exercício de seus mandatos pelos eleitos. (...) Sem esse princípio, a matemática das majorias seria um jogo grotesco, um insolente escárnio. Quem obtivesse a primeira maioria a deteria para sempre - - - seu poder seria permanente.” (Idem. p. 94/95.)

⁷⁸³ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: “O princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por isso, uma neutralidade do Estado em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada. A importância do princípio da igualdade está em que sem a sua observância não haverá possibilidade de estabelecer uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático. A dificuldade está nos aspectos jurídicos e fáticos. Quanto aos jurídicos, ela reside na diferenciação acentuada do objeto envolvido como consequência das próprias diferenças de uma sociedade livre e aberta. Daí afirmar Dieter Grimm que a neutralidade estatal deve ser entendida como não-influência da desigualdade, o que lhe confere caráter de igualdade formal. Quanto aos aspectos fáticos, afigura-se inegável que o Estado, que há de conduzir-se com neutralidade em relação aos partidos, é também um Estado particularmente ocupado.” (Idem. p. 122.)

⁷⁸⁴ Idem. p. 93.

⁷⁸⁵ Idem. p. 75.

⁷⁸⁶ Idem. p. 120.

⁷⁸⁷ GOYARD –FABRE, Simone. *O que é democracia? a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 309.

A luta democrática é marcada por contradições sociais e históricas. Entretanto, uma grave contradição de um regime supostamente democrático é limitar o exercício da liberdade das minorias.

Assim, projetos de leis voltados a privilegiar algumas legendas, em detrimento de outras, devem ser submetidos ao controle judicial – inclusive preventivo - de constitucionalidade. A jurisdição constitucional deve ser exercida para impedir que os direitos fundamentais sejam violados e para que os princípios constitucionais sejam preservados, respeitando-se o Estado Democrático de Direito.

Em outro momento, o Ministro Ricardo Lewandowski, deixa claro que se as referidas cláusulas não forem tratadas com atenção e cautela sempre irão acarretar em prejuízos e ofensas às agremiações minoritárias⁷⁸⁸. Ficando em evidência que a Corte, em breve, iria analisar uma questão de extrema importância para a evolução da democracia brasileira e que já estaria causando preocupações e fragilização do processo democrático aplicado em *terrae brasilis*, que são as “trocas de partidos”⁷⁸⁹ realizadas pelos deputados e seus suplentes, eleitos por meio das legendas, no sistema de contagem proporcional de votos.

A discussão desta matéria ocorreu nas ADIN's 4.430 e 4.795 e no MS 32.033, no entanto, os Ministros Gilmar F. Mendes, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, demonstraram a necessidade de rever a decisão do STF proferida no Mandado de Segurança 20.297 de 1991 (Ministro Relator Paulo Brossard) que segundo Sepúlveda Pertence, “com a elegância que o caracteriza, defendeu com imensa bravura e eloquência a perda do mandato do parlamentar que abandonasse o partido”, porém ressaltou que “isso é difícil de conciliar com uma legislação como a nossa, que admite, por outro lado, a coligação nas eleições proporcionais”⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski: “*Em meu voto, teço algumas considerações de natureza político-institucional. Digo que a criação pura e simples de uma cláusula de barreira sem que se desenvolva reflexões dentro de um quadro mais amplo, ou seja, sem que se tenha como pano de fundo a chamada reforma política, notadamente no que diz respeito à fidelidade partidária, à votação em listas, ao voto distrital puro ou misto, à questão da verticalização, à quebra da simultaneidade das eleições para os parlamentos estadual e federal, e ao fim da representação desproporcional dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados, não haverá resultados desejados. Se não se discutir essa questão dentro de um contexto mais amplo, insisto, acabaremos sempre privilegiando os partidos maiores, melhor estruturados materialmente, em detrimento dos partidos menores e ideológicos.*” (Idem. p. 87.)

⁷⁸⁹ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: “*(...) talvez estejamos desafiados a pensar inclusive sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional. É um segredo de carochinha que todos dependem da legenda para obter o mandato. E depois começa esse festival de trocas já anunciadas. Uma clara violação à vontade do eleitor.*” (Idem. p. 79).

⁷⁹⁰ Idem. p. 81.

Seguindo o lapso temporal das decisões, tem-se o MS 26.602-3/DF⁷⁹¹, julgado em 04 de outubro de 2007, cujo relator foi o Ministro Eros Grau. Nesta oportunidade o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência em relação à fidelidade partidária.

Antes da CF/88 a perda do mandato do candidato eleito que deixasse sua agremiação era entendimento pacífico. Com a nova Constituição e a defesa do pluripartidarismo, da liberdade de criação de novas legendas e a liberdade pessoal, acarretou a liberação das trocas partidárias. Ressaltou-se, em várias discussões, a inexistência de preceito constitucional que impedisse essas transferências de legendas, até mesmo porque, segundo entendimento da época, qualquer decisão divergente seria considerado contrário aos princípios democráticos à Lei Fundamental, permanecendo assim por quase 20 anos⁷⁹².

No MS 26.602-3/DF ficou claro o entendimento que os partidos e/ou coligações possuem o direito de preservar a vaga conquistada pelo sistema eleitoral proporcional, quando, sem justificativa, o candidato eleito simplesmente cancela sua filiação ou realiza sua transferência para outro partido político.

Para ampliar o debate sobre a matéria, e, tentar pacificar o entendimento quanto à troca de partidos (infidelidade), o STF levou em consideração a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n.º 1.398⁷⁹³, o qual proferiu a Resolução n.º 22.526 ocorrida no dia 27 de março de 2007, a qual defendeu que a cadeira legislativa deveria pertencer ao partido político de origem, *“pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito”*. Destacou-se também que *“toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político”*⁷⁹⁴.

Diante da resposta do TSE, o STF (mesmo sabendo que tratava-se de um tema extremamente delicado e que poderia culminar na caracterização de inúmeras irregularidades

⁷⁹¹ EMENTA: Constitucional. Eleitoral. Mandado de Segurança. Fidelidade Partidária. Desfiliação. Perda de Mandato. Art. 14, parágrafo 3º, V e 55, I a VI da Constituição. Conhecimento do mandado de segurança, ressalvado entendimento do relator. Substituição do Deputado Federal que muda de partido pelo suplente da legenda anterior. Ato do Presidente da Câmara que negou posse aos suplentes. Consulta, ao Tribunal Superior Eleitoral, que decidiu pela manutenção das vagas obtidas pelo sistema proporcional em favor dos partidos políticos e coligações. Alteração da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve ser observada (27.3.07). Exceções definidas e examinadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Desfiliação ocorrida antes da resposta à consulta ao TSE. Ordem Denegada. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acessado em: 04/11/2013.)

⁷⁹² Idem. p. 269.

⁷⁹³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Consulta n.º 1.398 junto ao Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602RL.pdf>. Acessado em: 04/11/2013.

⁷⁹⁴ Idem.

na ocupação de cargos eletivos pelo sistema proporcional⁷⁹⁵ - Deputados Federais e Estaduais, bem como dos cargos de Vereadores Municipais - e pior, poderia provocar diversas ilegalidades nas aprovações de leis em que o representante não poderia sequer ter deliberado em face da ausência de legitimidade⁷⁹⁶) alterou seu posicionamento quanto à consequência da troca de partido político realizada por parlamentar eleito.

Anteriormente à esta modificação, qualquer troca de partido não era considerada caso de infidelidade partidária e não acarretava a perda da vaga parlamentar, pois a Constituição de 1988 buscava preservar o princípio da liberdade (sendo este "*o primeiro princípio da democracia*"⁷⁹⁷), do pluralismo político, da representatividade..., assim os casos de trocas de partidos, que não se enquadrassem às exceções, deveriam ser considerados infiéis. Essa decisão demonstra claramente que os princípios constitucionais passam a ser interpretados de maneiras diferentes ao longo dos anos, sendo indispensáveis os debates e as discussões entre as contingências para proporcionar maior segurança entre os operadores do Direito e para a população.

Quando o STF afirma que revisou sua jurisprudência, significa dizer que está interpretando a Constituição Federal conforme a realidade social-política brasileira⁷⁹⁸, unindo a norma procedimental com a substância social.

⁷⁹⁵ Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski: "*Se levarmos às últimas consequências, repito, o entendimento consubstanciado na Resolução 22.526/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, segundo a qual a perda de mandato por infidelidade partidária decorreria implicitamente do texto constitucional, vigente desde 5 de outubro de 1988, certamente nos defrontaremos com um problema, para dizer o mínimo, de difícil, senão impossível, solução, representado pelo exercício ilegítimo do mandato por parte de todos os parlamentares que trocaram de partido desde então.*" (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 272)

⁷⁹⁶ Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski: "*Com efeito, não haveria como fugir da conclusão, imposta por via de consequência lógica, de que seriam nulos todos os atos por eles praticados durante o período em que exerceram o mandato de forma ilegítima, o que inclui, além das mudanças constitucionais e legislativas das quais foram protagonistas, aqueles que praticaram no desempenho de funções de natureza administrativa em ambas as Casas do Congresso Nacional.*" (Idem. p. 273)

⁷⁹⁷ ARISTÓTELES. Op. Cit. p. 45.

⁷⁹⁸ Nas palavras do ex-ministro Menezes Direito: "*(...) sempre se tornou necessário considerar que não pode o intérprete distanciar-se da realidade humana em que a interpretação se dá, o que é suficiente para retirá-la do domínio exclusivo da ciência ou da técnica, estando a decisão judicial subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do Juiz está, exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social. É claro que isso nada tem a ver com uma interpretação que avance contra o texto da lei, mas, sim, tem a ver com uma interpretação capaz de enlaçar a lei com a realidade, dando-lhe contorno que enseje sua força normativa.*" (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 239.)

Somente em alguns casos (perseguições políticas ou mudança da ideologia do partido político) justificariam as transferências de um representante para outra agremiação, evitando a violação as normas constitucionais que disciplinam sobre a representatividade partidária⁷⁹⁹. Com efeito, os partidos políticos poderiam pleitear a vaga do parlamentar eleito que migrou para outra legenda, caso não existissem justificativas.

Neste julgamento, destacou-se que, no Brasil, a Constituição Federal protege a pluralidade política e o pluripartidarismo, tratando-se de uma *democracia partidária*, nos moldes de Portugal e da Espanha, nos quais, a realização das eleições para Deputados Federais *pelo sistema proporcional* e os votos dos eleitores não sendo contabilizados única e exclusivamente para seu representante, mas para o partido político ou à coligação. Dessa maneira, quando o partido político/coligação atingisse a quantidade de votos necessários para eleger um de seus candidatos, tem-se que é o *partido* o merecedor daquela vaga e não o candidato mais bem votado⁸⁰⁰.

O Ministro Cezar Peluso tornou clara a impossibilidade da existência de candidaturas avulsas no Brasil. Ressaltou, também, da dependência da Democracia brasileira aos partidos políticos para um bom funcionamento, estruturação e organização interna⁸⁰¹. Dessa maneira, somente poderá ser candidato/eleito se estiver filiado à algum partido político, por essa razão que, quando se fala em saída voluntária de uma agremiação, a pessoa simplesmente perde os direitos e as regalias obtidas em função dos votos recebidos pelo partido/coligação.

Salientou-se, também, que raramente os candidatos conseguem atingir, de forma isolada, o coeficiente eleitoral necessário para se eleger, dependendo diretamente dos votos recebidos pelos demais candidatos da agremiação, ignorando qualquer argumentação sofista a respeito daqueles que conseguem, por si só, atingir a quantidade mínima de votos para se eleger⁸⁰².

⁷⁹⁹ Nas palavras do ex-ministro Cezar Peluso: “E, porque é o partido que, em tais hipóteses, terá dado causa ao rompimento daquela relação complexa, por alteração superveniente de sua linha político-ideológica ou pela prática odiosa de perseguição, será ele, não o candidato eleito, que deverá suportar o juízo de inexistência de direito subjetivo à conservação do mandato em sua esfera jurídica.” (Idem. p. 341.)

⁸⁰⁰ Nas palavras do ex-ministro Cezar Peluso: “Não há como admitir-se, perante tal ordem, que representante eleito sob suas condições possa mudar de partido levando consigo o cargo, até porque, se tivesse concorrido por outro partido, poderia nem sequer ter sido eleito, o que mostra desde logo que o patrimônio dos votos deve entender-se, na lógica do método proporcional, como atributo do partido, e não, de cada candidato.” (Idem. p. 318.)

⁸⁰¹ Nas palavras do ex-ministro Cezar Peluso: “Dentre outras, em sua dinâmica, os partidos desempenham duas funções primordiais como instrumento de formação da vontade política do povo, quais sejam, estabelecer um programa de governo que espelhe seus postulados ideológicos e escolher pessoas que se obriguem a executá-lo ou defende-lhe a adoção, uma vez eleitas. Não se concretiza, na democracia, a representação do povo pelo chamado representante senão por intermédio de um partido político (...).” (Idem. p. 315.)

⁸⁰² Nas palavras do ex-ministro Cezar Peluso: “E, aqui, não custa advertir, entre parênteses, contra o sofisma de objeção fundada nas votações extraordinárias de certos personagens, cuja notoriedade advém de múltiplos

Haveria assim pelo menos duas razões para justificar a perda do mandato do representante do povo que, por iniciativa própria, resolvesse trocar de partido político: i) dependência do representante à uma filiação partidária e obrigatoriedade de seguir as ideologias do referido partido; ii) sujeição às agremiações para atingir o coeficiente eleitoral nas disputas pelo sistema proporcional.

Deve ser destacado também a decisão proferida no MS 26.604-0/DF⁸⁰³, no dia 04 de outubro de 2007, na qual consolidou que o destinatário do voto é o partido político, uma vez que é a agremiação quem viabiliza a candidatura dos filiados.

Apesar da prática constante das trocas partidárias, tal comportamento não poderá ser convalidado nem legitimado, pois: i) estaria ferindo os direitos dos eleitores, pois confirmaram que seu representante estaria cumprindo com as ideologias da agremiação a qual se vinculou quando da campanha eleitoral; ii) contrariaria os princípios democráticos constitucionais (soberania do voto popular, impossibilidade de candidatura avulsa...); iii) desrespeitaria o direito do Partido Político em manter o número de cadeiras obtidas pelo sistema proporcional de votos⁸⁰⁴.

Torna-se importante esclarecer que *o voto do eleitor não deve ser considerado como a linha de chegada no Estado Democrático de Direito, mas o ponto de partida*, pois é por meio das escolhas nas eleições que se busca a concretização dos direitos fundamentais previsto no ordenamento pátrio. Sendo o voto a expressão de confiança do eleitor ao

fatores, alguns dos quais, às vezes, pouco edificantes, que logo evocam a ideia dos chamados votos de protesto, assim porque se cuida de eventos singulares, como, e sobretudo, porque a questão não está em argumentar com a realidade de uma prática política deformada e consentida, mas em redescobrir, interpretar e tutelar os valores constitutivos d sistema de representação democrática.” (Idem. p. 318.)

⁸⁰³ EMENTA: Direito Constitucional e Eleitoral. Mandado de Segurança impetrado pelo Partido dos Democratas – DEM contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Natureza jurídica e efeitos da decisão do Tribunal Superior Eleitoral – T.S.E. na Consulta n.º 1.398/2007. Natureza e titularidade do mandato legislativo. Os Partidos Políticos e os efeitos no sistema representativo proporcional. Fidelidade partidária. Efeitos da desfiliação partidária pelo eleito: perda do Direito de continuar a exercer o mandato eletivo. Distinção entre sanção por ilícito e sacrifício do direito por prática lícita e juridicamente consequente. Impertinência da invocação do art. 55 da CF. Direito do impetrante de manter o número de cadeiras obtidas na Câmara de Deputados nas eleições. Direito a ampla defesa do Parlamentar que se desfilie do partido. Princípio da segurança jurídica e modulação dos efeitos da mudança de orientação jurisprudencial: marco temporal fixado em 27.3.2007. Mandado de Segurança conhecido e parcialmente concedido. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.604-0/DF. Ministro Relator: Carmen Lúcia. DJ. 02.10.2008. Ementário 2335-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726999/mandado-de-seguranca-ms-26604-df> . Acessado em: 04/11/2013.)

⁸⁰⁴ Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia: *“Todos os fundamentos que se foram firmando na doutrina constitucional brasileira e nas teorias democráticas que se guiaram as criações constitucionais contemporâneas foram aproveitadas na conclusão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta n.º 1.398, na qual se contém que, no sistema vigente no Brasil, o mandato eletivo pertence ao partido político, ‘pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político, sob a vigência da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas.”* (Idem. p. 186.)

representante, qualquer mudança por este realizada de maneira voluntária e pessoal, faz com que a confiança e a representatividade seja fragilizada, a qual acarretará uma consequência, a crise da representatividade.

O desligamento do candidato eleito do partido que proporcionou sua conquista deve, portanto, acarretar o imediato desligamento do cargo que ocupa, não como forma de punição ou sanção pela troca partidária, mas como consequência lógica de um comportamento livre, pois é lícito e de iniciativa do eleito, e, conforme um ordenamento jurídico que busca conciliar os princípios democráticos de representatividade popular e a realidade/experiência democrática brasileira⁸⁰⁵.

Diversamente dos casos previstos para a cassação do mandato do parlamentar, que é uma forma de punição em decorrência de alguma irregularidade no exercício do cargo (e por essa razão exige previsão expressa das suas hipóteses), a perda da cadeira legislativa pela troca partidária deve ser tratada como forma de desligamento partidário, pois não caracteriza um ilícito, mas o reconhecimento de que comportamentos lícitos também provocam consequências (lícitas) e que no presente caso é a perda do cargo eletivo⁸⁰⁶.

No dia 29 de junho de 2012, foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.430/DF⁸⁰⁷, em conjunto com a ADIN n.º 4.795/DF, as quais buscavam a declaração da inconstitucionalidade do artigo 45, parágrafo 6º, e artigo 47, incisos I e II, da Lei n.º 9.504/97,

⁸⁰⁵ Idem. p. 202.

⁸⁰⁶ Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia: “A situação de desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, como algumas das outras tratadas, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. Cuida-se de desligamento do parlamentar do cargo que vinha ocupando, por força de sua ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, mediante filiação a determinada organização. Sem essa vinculação não há como ele desempenhar o mandato que é inerente ao cargo, donde o desprovento automático do cargo.” (Idem. p. 186.)

⁸⁰⁷ EMENTA: Ações diretas de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto da ADI n.º 4.430 e da ADI n.º 4.795. Artigo 45, parágrafo 6º, e art. 47, incisos I e II, da Lei n.º 9.504/97 (Lei das Eleições). Conhecimento. Possibilidade jurídica do pedido. Propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Inconstitucionalidade da exclusão dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados. Violação do art. 17, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Critérios de repartição do tempo de rádio e TV. Divisão igualitária entre todos os partidos que lançam candidatos ou diviso proporcional ao número de parlamentares eleitos para a Câmara dos Deputados. Possibilidade constitucional de discriminação entre partidos com e sem representação na Câmara dos Deputados. Constitucionalidade da divisão do tempo de rádio e de televisão proporcionalmente à representatividade dos partidos na Câmara Federal. Participação de candidatos ou militantes de partidos integrantes de coligação nacional nas campanhas regionais. Constitucionalidade. Criação de novos partidos políticos e as alterações de representatividade na Câmara dos Deputados (inciso II do parágrafo 2º do art. 47 da Lei n.º 9.504/97), considerada a representação dos deputados federais que tenham migrado diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação. Momento de aferição do número de representantes na Câmara Federal. Não aplicação do parágrafo 3º do art. 47 da Lei 9.504/97, segundo o qual, a representação de cada partido na Câmara Federal é a resultante da última eleição para deputados federais. Critério inaplicável aos novos partidos. Liberdade de criação, fusão e incorporação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88). Equiparação constitucional. Interpretação conforme. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADI 4.430/DF. Ministro Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766>. Acessado em: 04/11/2013.)

também denominada de Lei das Eleições, que realizava a exclusão dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados das respectivas cotas de propaganda eleitoral gratuita (rádio e televisão).

Os artigos em questão foram considerados inconstitucionais por violação direta do artigo 17 da Constituição Federal que determina a liberdade de criação de novas legendas políticas. Sendo os partidos políticos considerados indispensáveis para a realização da democracia no Brasil. Argumentou-se ainda que “na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, (...), leva consigo a representatividade dos deputados federais que para ela migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos.”⁸⁰⁸

Dessa maneira, passou-se a garantir o direito formal da *liberdade de criação* de novas legendas e, também, o direito material de existência e continuidade dos partidos recém criados, pois, com a representatividade garantida ao candidato eleito, o novo partido poderá concorrer, nas próximas eleições, em posição de igualdade com os demais⁸⁰⁹.

Destacou-se, também, que devido ao fato de no Brasil não existir uma tradição partidária (seguindo o mesmo pensamento proferido na ADIN 1.354-8/DF em 1996), bem como ainda prevalecer as bases eleitorais regionais (na pessoa do representante do povo), a sua transferência para outra agremiação (ainda que sem representatividade) não poderá ser considerada, previamente, como infidelidade partidária, pois para tanto, deverá aguardar a apresentação da justificativa pelo parlamentar.

Apesar dos Ministros da Suprema Corte concordarem em relação à permanência da vaga do parlamentar aos Partidos Políticos e não aos eleitos, quando estes simplesmente trocam de partidos sem uma justificativa, foi apresentado, nas razões do Ministro Dias Tóffoli, que a população brasileira raramente vota na legenda, escolhendo e votando, na maioria das vezes, em um candidato específico. Por essa razão, deve-se, sempre, verificar o motivo pelo qual ocorreu a troca ou o desligamento do partido, para somente então poder considerar, ou não, como caso de infidelidade partidária⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Idem. p. 177.

⁸⁰⁹ Nas palavras do Ministro Dias Toffoli: “*Como já ressaltado à exaustão na primeira parte desse voto, o direito constitucional das agremiações ao ‘acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei’, consagrado no art. 17, parágrafo 3º, da Constituição, é de inegável relevância para a existência e o desenvolvimento dos partidos políticos. Mais ainda o é para partidos recém-criados, consistindo a propaganda eleitoral gratuita em momento oportuno para a nova legenda se fazer conhecida, expondo ao público em geral as propostas políticas de seus candidatos.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADI 4.430/DF. Ministro Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766>. Acessado em: 04/11/2013. p.177/178)

⁸¹⁰ Nas palavras do Ministro Dias Toffoli: “*Desse modo, embora a filiação partidária seja condição de elegibilidade (art. 14, parágrafo 3º, V, CF/88), não se admitindo candidatura avulsas, o voto só na legenda*

Uma vez demonstrada a importância do candidato para a corrida eleitoral, ficou em evidência que analisar apenas a legislação quanto ao procedimento eleitoral contrariaria a realidade democrática brasileira; em outras palavras, desconsiderar a importância substancial do candidato na corrida eleitoral para a Democracia, decretando a perda da vaga da cadeira pelo simples fato do seu desligamento do partido pelo qual se elegeu, estaria, da mesma forma, ferindo direitos constitucionais, dentre eles: cerceamento de defesa e representatividade democrática.

Como se não bastasse os apontamentos já realizados, o Ministro Dias Tóffoli apontou que a questão fática era outra, pois se discutia sobre a possibilidade do candidato se desligar do Partido que o “elegeu” e levar consigo suas cotas de representatividade para o novo Partido Político, criado com ou sem sua liderança, sem que fosse considerado um ato de infidelidade.

A questão discutida nestes autos apresentava uma nova exceção aos casos de infidelidade partidária e por essa razão necessitaria da atuação do Supremo Tribunal Federal para delimitar a interpretação dada aos princípios constitucionais que estavam em pauta e analisa-los conforme a nova realidade eleitoral brasileira. Destaca-se, ainda, que essa nova discussão constitucional teve como início a insatisfação e provocação realizada por um parlamentar.

A interpretação e a argumentação apresentada foi que, além de prestigiar a possibilidade de serem criados novos partidos políticos, tal ocorrência faria com que o novo partido político já nascesse com representatividade política, tendo em vista que passaria a contar, como membros, pessoas já eleitas pelo povo, sendo superada qualquer alegação de irregularidade ou de infidelidade partidária⁸¹¹.

Por essa razão, no presente caso, a questão apontada como *infidelidade partidária por troca de agremiação* não se encaixaria na discussão, tendo em vista que, na visão do STF, quando a Constituição Federal protege a livre criação de partidos políticos (incluindo ainda a fusão e incorporação de partidos políticos)⁸¹², não podendo implicar em perda de mandato,

partidária é apenas uma faculdade do eleitor (art. 176 do Código Eleitoral), opção exercida por uma pequena minoria de eleitores. Conquanto se faculte a possibilidade do voto de legenda, a verdade é que o voto do eleitor brasileiro, mesmo nas eleições proporcionais, em geral, se deu em favor de determinado candidato. Basta ver os números das últimas eleições para deputado federal (2010): segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, do total de votos válidos, 9,19% foram de legenda e 90,81%, votos nominais.” (Idem. p. 174.)

⁸¹¹ Nas palavras do Ministro Dias Toffoli: “Com efeito, se o parlamentar resolve participar da criação de nova legenda ou migrar para novo partido, tudo com a chancela deste Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, e em consonância com o pluralismo político e a liberdade de criação de partidos, não há que se falar em infidelidade.” (Idem. p. 182.)

⁸¹² Idem. p. 174.

caso contrário, estar-se-ia impedindo o avanço democrático⁸¹³, limitaria a pluralidade política brasileira⁸¹⁴ e, por fim, suprimiria a participação política das minorias.

No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4.430/DF e n.º 4.795/DF, foram diferenciadas duas situações: i) aquela em que o parlamentar transmuda para uma agremiação já existente no momento das eleições, ou para aqueles partidos políticos que se fundiram ou incorporaram outra agremiação; ii) e o caso em que o parlamentar se filia à um partido novo e que não tenha concorrido na última eleição.

O julgamento se deu, mediante a interpretação do inciso II do artigo 47 da Lei 9.096/95 conforme a Constituição Federal, para assegurar às agremiações criadas após a realização das eleições para a Câmara dos Deputados, o direito ao tempo de propaganda eleitoral gratuita da mesma maneira que os demais partidos políticos com parlamentares na Casa Legislativa, bem como assegurar o direito à quota parte do Fundo Partidário.

Deve-se levar em consideração que a evolução da democracia representativa, ainda é um sistema que dá esperança às pessoas, pois deixa a soberania popular exercer o seu direito⁸¹⁵, bem como, permitem às pessoas o gerenciamento do Estado⁸¹⁶, que, sem dúvida, necessita da atuação das minorias para seu desenvolvimento.

Como no Brasil se adota a democracia representativa para assunção dos cargos políticos, o STF buscou, historicamente, resguardar os direitos dos partidos políticos dentro do cenário nacional. São eles que viabilizam a realização de eleições com pluralidades ideológicas. Por essa razão, é que a Suprema Corte reconhece como um direito fundamental a possibilidade de serem criadas novas legendas, proporcionando e protegendo a pluralidade partidária.

Entretanto, o que há na realidade brasileira é uma crise de representatividade, pois os eleitores não se sentem mais representados pelos parlamentares eleitos, pois a infidelidade às

⁸¹³ Nas palavras do Ministro Dias Toffoli: “*Esclareço, por fim, que o entendimento aqui defendido se restringe aos casos de deputados federais que migram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda, criada após as últimas eleições para a Câmara Federal. Nesses casos, embora o partido recém-criado não tenha sido submetido às eleições, conta com representantes eleitos. Desse modo, ocorrida a migração legítima de parlamentares para o novel partido, devem eles levar consigo parte da outorga democrática expressa pelo eleitorado: a representatividade dos seus membros, circunstância essa que impõe novo fator de divisão do tempo de rádio e TV.*” (Idem. p. 186.)

⁸¹⁴ Neste ponto torna-se importante destacar a passagem de Giovanni Sartori a respeito de “pluralismo político”, sendo este a circunstância política que “*indica uma diversidade do poder e, mais precisamente, a existência de uma pluralidade de grupos que são ao mesmo tempo independentes e não-inclusivos*”. (SARTORI, Giovanni. Partidos e sistemas partidários. Ed. Brasileira. Rio de Janeiro: Zahar. Brasília: Universidade de Brasília. 1982. P. 32)

⁸¹⁵ ARCESILAO. *O livro do Democrata*. São Paulo: Typographia Americana. 1866. p. 45.

⁸¹⁶ ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. *O sentido simbólico dos protestos ...* Op. Cit. p. 121 – 143.

ideologias dos seus partidos, e, as rotineiras fugas e transferências para outras agremiações, provocam assim uma *crise de fidelidade*⁸¹⁷.

Essa crise de representatividade pode ser alterada com a proteção dos direitos das minorias, cuja atitude pode provocar mudanças sociais e influenciar em modos diversos de se fazer política. Porém, já dizia Arcesilao, em 1866, que “*não há governo no mundo civilizado que represente a vontade popular*”⁸¹⁸. Porém, algumas posturas parlamentares tencionam à diminuição da própria representatividade.

No dia 24 de abril de 2013, no mandado de segurança n.º 32.033/DF, o Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes deferiu a liminar para suspender a deliberação do Projeto de Lei Complementar 14/2013 até que fosse analisado o mérito da lide. Não se discutia apenas se as cotas de representatividade (divisão dos valores do Fundo Partidário e o tempo de propaganda política) poderiam ou não acompanhar o eleito se este realizasse a troca de partido, considerando a hipótese de essa troca ter ocorrido no caso específico de representantes eleitos que migraram para partidos políticos criados após a disputa eleitoral, mas principalmente sobre o valor que seria disponibilizado à essas novas agremiações.

Tal discussão teve início devido ao fato de o Senado Federal estar prestes à realizar a deliberação do Projeto de Lei Complementar n.º 14/2013 que, dentre outras questões, tratava da forma pela qual seriam divididos os valores do Fundo Partidário e o tempo de propaganda eleitoral, assunto já analisando pela Corte na ADIN 1.351-3/DF em 2006.

O Mandado de Segurança n.º 32.033/DF⁸¹⁹ foi impetrado pelo Senador Rodrigo Sobral Rollemberg, argumentando que o Projeto de Lei 4.470/2012⁸²⁰ havia sido aprovado na

⁸¹⁷ Nas palavras do ex-ministro Cezar Peluso: “*A crise da representatividade pode, segundo o uso de licença retórica a que ocorreu uma primorosa sustentação oral na data de ontem, ser comparada à uma febre, como um dos sintomas, talvez o mais eloquente, da crise de identidade e de credibilidade ideológica e funcional dos partidos políticos e da própria cultura sobre a seriedade da vida parlamentar. Mas essa comparação está até aquém do seu propósito semântico. A crise de fidelidade não é um sintoma; é, antes, uma das graves doenças do quadro mórbido da crise partidária; é um ingrediente importante da patologia política.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acessado em: 04/11/2013. p. 324.)

⁸¹⁸ ARCESILAO. *O livro do Democrata...* Op. Cit. p. 38.

⁸¹⁹ EMENTA: Constitucional. Mandado de Segurança. Controle Preventivo de Constitucionalidade Material de Projeto de Lei. Inviabilidade. 1) Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é ‘a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo’ (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2) Sendo inadmissível o controle preventivo da

Câmara dos Deputados e se encontrava para deliberação, agora chamado Projeto de Lei Complementar n.º 14/2013, no Plenário do Senado Federal. Destaca-se que o projeto estava sem movimentação até a decisão proferida nas ADIs 4.430 e 4.795⁸²¹, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ocorrida em junho de 2012.

O PL 4.470/2012 foi proposto na Câmara dos Deputados, no dia 19 de setembro de 2012. Em 16 de abril de 2013, foi aprovado o requerimento de urgência, com objetivo de realizar a aprovação e, conseqüentemente, aplica-la já na próxima eleição (de 2014).

No dia 23 de abril de 2013, o projeto foi aprovado em Sessão Deliberativa Extraordinária da Câmara dos Deputados e, no mesmo dia enviado, para o Senado Federal.

Um dia depois, no dia 24 de abril de 2013, o plenário do Senado Federal já estava pronto para a deliberação do - agora renomeado - Projeto de Lei Complementar n.º 14/2013.

Antes da realização das deliberações, o Supremo Tribunal Federal concedeu a liminar, no MS 32.033/DF, para suspender a votação até que fosse julgado o mérito do mandando de segurança. Tal decisão interlocutória considerou, em sede liminar, pela inconstitucionalidade da deliberação do Projeto de Lei Complementar n.º 14/2013.

O Impetrante do MS, Senador Rodrigo Sobral Rollemberg, sustentou que a proposição era diametralmente oposta às diretrizes definidas na decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento proferido na ADIN n.º 4.430/DF, em que se decidiu pela possibilidade da realização da troca partidária pelo parlamentar e pela manutenção do

constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3) A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4) Mandado de segurança indeferido. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 32.033/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ 079 – Divulgado em 26/04/2013; Publicado em 29/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23353055/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>. Acessado em: 04/11/2013. p.1).

⁸²⁰ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 4.470/12. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556261>. (Acessado em: 04/11/2013).

⁸²¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADI 4.430/DF. Ministro Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766>. (Acessado em: 04/11/2013).

mandato, desde que ele tenha se transferido para uma legenda que não tenha disputado a última eleição e que levaria consigo toda a cota de representatividade.

Ocorre que o PLC 14/2013 pretendia impedir que os parlamentares eleitos, enquanto filiados à uma agremiação, levassem consigo, quando da troca de partidos, as respectivas cotas de representatividade existentes para os partidos políticos que atingissem o mínimo de votos para eleger um de seus candidatos.

Ao impedir que os parlamentares levem consigo os direitos das cotas de representatividade para as legendas por eles criadas, o PLC 14/2013 impede que sejam criados novos partidos, criando verdadeiras “cláusulas de barreiras”, pois, esses novos partidos não teriam verba nem tempo no horário político gratuito suficiente para poder competir com as demais legendas.

O impetrante argumentou que estaria ocorrendo um abuso de poder dos membros dos Partidos Políticos mais fortes no Congresso Nacional, tendo em vista que, para impedir o acesso e a igualdade de chances na próxima eleição, as maiorias políticas realizaram um requerimento de urgência para acelerar a votação do PLC 14/2013 para que o mesmo fosse aprovado antes de outubro de 2013 e, conseqüentemente, aplicado já nas eleições de 2014.

O impetrante consignou as seguintes questões para fundamentar sua pretensão: a) a tramitação de projeto de lei casuisticamente forjado para prejudicar destinatários certos e definidos na presente legislatura; b) o esvaziamento do direito fundamental à livre criação de novos partidos e do pluralismo político, nos termos em que foi definido pelo STF na decisão proferida na ADIN 4.430; c) o esmagamento e o sufocamento de novos movimentos políticos; d) a quebra do princípio da igualdade entre partidos, ainda que permitida certa gradação de tratamento diferenciado; e) a discriminação indevida pela criação de parlamentares de primeira e de segunda categorias; f) a excepcionalidade do caso.

Antes de realizar o voto quanto ao mérito do mandado de segurança, o Ministro Relator, Gilmar Ferreira Mendes, abordou a alegação de ilegitimidade ativa do impetrante para propor a respectiva ação com intuito de requerer, conjuntamente, a suspensão da deliberação e a declaração de inconstitucionalidade da deliberação legislativa do PLC 14/2013 conforme apresentado para a votação.

Quanto à legitimidade para impetrar mandado de segurança como instrumento de controle prévio de constitucionalidade de proposições legislativas tendentes a abolir cláusulas pétreas, foi utilizado o pronunciamento realizado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento

do MS 21.642/DF, em 1991, que asseverou ser dos parlamentares, e exclusivamente deles, a legitimidade para propor a referida ação⁸²².

O fato de eles serem obrigados a deliberar as propostas de emendas constitucionais e de leis, caso uma delas fossem tendentes a abolir direitos consagrados, somente tais representantes estariam sofrendo violações em seus direitos individuais, o que não ocorre com os cidadãos, pois estes somente teriam seus direitos subjetivos afetados após a positivação da lei⁸²³.

Quando é apresentado ao Supremo Tribunal Federal questões de relevância constitucional, mais precisamente, quando é alegada a prática de uma possível violação das normas constitucionais, incube à ele proferir uma decisão, e isso não o torna mais ou menos ativo, pois se trata de sua *competência constitucional*.

Assim, não estaria o STF extrapolando suas funções previstas na Constituição, quando exerce o controle preventivo de constitucionalidade, já que, para tanto, é exigida a demonstração efetiva de violação de cláusulas pétreas e, por conseguinte, o desrespeito do direito subjetivo do parlamentar de não deliberar sobre os projetos de emendas ou de leis tendentes a aboli-las.

No entanto o controle preventivo de constitucionalidade poderá ser aceito pelo STF se ficar evidente a *lesão formal* que a proposta de lei está causando no procedimento legislativo⁸²⁴. Ressalta-se que as lesões às cláusulas pétreas não são realizadas única e

⁸²² Nas palavras do Ministro Celso de Mello: “*Titulares do poder de agir, em sede jurisdicional, contudo, não são os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece, como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina jurídico-constitucional regeadora da formação das espécies normativas. O parlamentar, fundado na sua condição de co-partícipe no procedimento de elaboração das normas estatais, dispõe da prerrogativa de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam a atividade jurídica. É por essa razão que não pode, o cidadão, investir-se na posição de parte interessada no controle jurisdicional do processo de criação do direito positivo.*” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.642-1/DF. Ministro Relator: Carlos Velloso. DJ. 18.06.2004. Ementário 2156-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86168>. Acessado em: 04/11/2013. p. 231.)

⁸²³ Nas palavras do Ministro Celso de Mello: “*O particular não dispõe, assim, do direito subjetivo de supervisionar o processo de formação dos atos legislativos ou constitucionais. A ausência dessa prerrogativa desqualifica-o, enquanto pessoa estranha aos corpos legislativos (RTJ 139/783), para a postulação de tutela jurisdicional que objetive resguardar, no procedimento de elaboração das normas, a observância estrita dos princípios constitucionais. Desse modo, é ao congressista e não ao cidadão comum – que pertence o direito subjetivo de não ver submetida à apreciação parlamentar proposta de emenda supostamente vulneradora do núcleo irreformável de nosso ordenamento constitucional.*” (Idem. p. 231.)

⁸²⁴ Segundo Luis Roberto Barroso: “*Existe, ainda, uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, em sede judicial, que tem sido admitida no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, parágrafo 4º. Em mais de um precedente, a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional.* (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no ... Op. Cit. p. 45/46.)

exclusivamente por propostas de emendas constitucionais, mas também por projetos de leis de caráter eminentemente casuísticos, ou seja, por projetos de leis criados exclusivamente para violar direitos de pessoas ou de grupos, determinados ou determináveis.

Com efeito, não se trata de uma questão eminentemente política, já que os princípios fundamentais, relativos ao sistema eleitoral, não foram deixados à liberdade de conformação do legislador, constituindo direito constitucional formal⁸²⁵.

Logo, tais matérias não podem ser apreciadas tão somente pelo Poder Legislativo. Segundo o Ministro Gilmar Mendes “o controle preventivo justifica-se em razão da gravidade da lesão que se pode perpetrar na ordem jurídica”⁸²⁶.

Por se tratar de temas previstos no texto constitucional, o STF deve verificar a existência de (possíveis) violações às cláusulas pétreas, admitindo mandado de segurança, impetrado por parlamentar, como meio de obstar o andamento do projeto legislativo.

Diversamente do que foi até aqui exposto, o Ministro Teori Zavaski considera a alegação apresentada no Mandado de Segurança uma *fórmula engenhosa* para a realização de um controle preventivo de constitucionalidade⁸²⁷.

Para o Ministro Teori Zavascki a atuação prévia do Judiciário no controle de constitucionalidade “*significa menosprezar por inteiro a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado.*”⁸²⁸. Também argumentou que a postura do STF, em sede de controle preventivo de projeto de lei, não estava prevista pela Constituição Federal, pois nela, há apenas a previsão quanto à projetos de Emendas Constitucionais (o que foi veemente criticado pelo Ministro Gilmar Mendes⁸²⁹).

⁸²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941. *Direito constitucional e teoria da ...* Op. Cit. p. 309.

⁸²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 32.033/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ 079 – Divulgado em 26/04/2013; Publicado em 29/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23353055/medida-cautelara-no-mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>. Acessado em: 04/11/2013. p. 37.

⁸²⁷ Nas palavras do Teori Zavascki: “*É evidente, registre-se desde logo, que o direito líquido e certo afirmado na impetração – de não ser obrigado, o parlamentar impetrante, a participar do processo legislativo –, não traduz a verdadeira e delicada questão constitucional que decorre do pedido formulado na demanda. Esse alegado direito representa, na verdade, uma engenhosa criação mental para justificar a utilização de mandado de segurança, cujo objetivo real, todavia, é outro.*” (Idem. p. 137.).

⁸²⁸ Idem. p. 148.

⁸²⁹ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: “*É só lembrar um exemplo histórico: Hitler só não modificou a Constituição de Weimar, fez por lei. A rigor, é disto que se cuida: é mais fácil fazer uma aberração por lei do que por emenda constitucional. Agora, se esse projeto de lei contraria chapadamente – é isso que tem que ser examinado, senão nós saímos para os aspectos formais –, se de fato se dá a contrariedade ao texto constitucional, a esse chamado núcleo pétreo ou às cláusulas estruturantes, por projeto de lei, nós já temos exatamente o caso de inconstitucionalidade material vedado hoje no artigo 60, parágrafo 4º. Logo, a cláusula tendente a abolir aqui a proibição se aplica a projeto de lei, inevitavelmente: é disso que se cuida.*” (Idem. p. 161).

Afirmou ainda que a responsabilidade dos três Poderes em manter o Estado Constitucional de Direito, não justificaria uma instituição, como o Judiciário, se sobrepor às atividades funcionais de outra, como o Legislativo. O princípio da separação dos poderes, a busca pela equilíbrio entre as instituições, a pretensão da realização do diálogo institucional e a concretização de uma identidade constitucional proíbe que o Judiciário retire do Legislativo “a prerrogativa constitucional de ele próprio através do debate parlamentar aperfeiçoar o projeto e, quem sabe, sanar os seus eventuais defeitos”⁸³⁰, e impede que aos Ministros do STF exerçam e intervenham, ativamente, a possibilidade de veto do Executivo. Portanto, impedir a discussão/deliberação de um projeto de lei e a possibilidade do Executivo vetá-lo tratar-se-ia: i) de evidente abuso de poder; ii) de inconstitucionalidade expressa; iii) de um verdadeiro ativismo do Judiciário.

O Ministro Teori Zavascki, fundamenta que “é justamente no plano do controle de constitucionalidade das normas que as relações de poder se mostram sensíveis”⁸³¹ e temendo uma instabilidade institucional, posicionou-se contrário à pretensão do impetrante, pois, para ele, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, em momento oportuno, seria mais fácil de realizar do que reequilibrar e harmonizar uma crise institucional.

O Ministro Joaquim Barbosa também mostrou-se contrário ao interesse do impetrante afirmando ser “*bizarra a intervenção de uma Corte Judiciária no sentido de proibir o Legislativo de deliberar*”, justificando que o STF nunca havia, em mais de 100 anos, proferido uma decisão de mérito suspendendo a deliberação de um projeto de Lei em trâmite no Legislativo, havendo apenas “escaramuças” e não a suspensão das atividades do Congresso resultante de uma decisão da Suprema Corte⁸³².

A Ministra Rosa Weber⁸³³, de maneira transparente, demonstra que a questão abordada no mandado de segurança é, exclusivamente, na admissibilidade do MS para a realização do controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade, não cabendo ser discutido o mérito da inicial, pois se tratava de *inconstitucionalidade material*, o que exige outra forma de controle de constitucionalidade.

⁸³⁰ Idem. p. 147.

⁸³¹ Idem. p. 139.

⁸³² Nas palavras do ex-ministro Joaquim Barbosa: “*Vendo essa discussão aqui travada por nós, eu diria o seguinte: James Madison deve estar se contorcendo no túmulo, porque é simplesmente bizantina essa discussão. Ele, que foi um dos grandes formuladores da teoria da separação dos Poderes, disse com clareza absoluta: separação dos Poderes não cuida apenas de separação entre órgãos, mas também de separação intraórgãos, ou seja, cuida da existência de controles externos e internos, endógenos e exógenos. Ora, dentro do Poder Legislativo, existem esses controles. Para quê existe a Câmara alta do Congresso Nacional? Para controlar os excessos e abusos eventualmente cometidos pela Câmara baixa. Ora, não cabe ao Poder Judiciário avançar, antecipar-se e exercer esse controle.*” (Idem. p. 168/169.)

⁸³³ Idem. p. 170/173.

Segundo ela, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a realização do referido controle prévio, salvo *excepcionalíssimas situações*, que não tratam “propriamente de defesa de direito líquido e certo, e sim, de solução engendrada para resolver um conflito de atribuições, naquelas situações absolutamente excepcionais.”⁸³⁴ Durante seu voto, levantou o seguinte questionamento: “*Como mandar que se cale Legislativo no exercício da sua função precípua e que pressupõe o debate?*”⁸³⁵

Para a ministra Rosa Weber, trata-se de respeito ao princípio da separação dos poderes não interferir nos debates e nas deliberações no Legislativo, e por essa razão, *ter-se-ia que “dar chance e permitir que o próprio Legislativo e o Executivo exerçam o controle prévio de constitucionalidade que lhes cabe.”*⁸³⁶ E somente se tal projeto transformar-se em lei, é que passará ao Judiciário a função de corrigir e declarar inconstitucionalidade das referidas disposições legais⁸³⁷, portanto, o mérito da questão nem deveria ser discutido naquele momento.

No entanto, o Ministro Gilmar Mendes apresenta argumentos contundentes para a admissibilidade deste caminho percorrido pelo impetrante, desde que esteja presente a proteção do direito subjetivo do parlamentar “de não se submeter a processo legislativo veiculador de proposição tendente a abolir cláusulas pétreas”⁸³⁸, pois trata-se de doutrina e jurisprudência consolidada no STF a mais de 30 anos⁸³⁹. Ressaltou ainda que para saber se há violação às cláusulas pétreas, se fazia necessária a análise do conteúdo da proposta da maneira que ela foi apresentada. Apenas com um estudo detalhado e cuidadoso, é que seria possível a constatação da violação constitucional provocada pelo Projeto de Lei Complementar (PLC) 14/2013. Quanto ao PLC 14/2013, o Ministro havia verificado uma violação ao princípio da igualdade eleitoral, que seria um direito fundamental inerente ao sistema eleitoral, e que, por essa razão, tal projeto deveria ser declarado inconstitucional.

A aceitação da via escolhida pelo Impetrante também foi reconhecida pelo Ministro Luiz Fux⁸⁴⁰, no entanto, quando definiu seu voto a respeito da lide, ponderou não ser praxi do

⁸³⁴ Idem. p. 170.

⁸³⁵ Idem. p. 170.

⁸³⁶ Idem. p. 172.

⁸³⁷ Idem. p. 170.

⁸³⁸ Idem.

⁸³⁹ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: “*A jurisprudência clara, uníssona e antiga da Corte, somada ao comprovado conhecimento que dela possuem os atores centrais da vida política brasileira, tem condão de demonstrar que a impetração de mandado de segurança com vistas ao trancamento do trâmite de proposta legislativa ofensiva à cláusula pétrea da Constituição é algo que está inserido na tradição constitucional brasileira, por fazer parte da rotina do nosso sistema político-constitucional há mais de 30 anos.*” (D.J. de 02.8.91, R.T.J. 139/783).” (Idem. p. 41.).

⁸⁴⁰ Idem. p. 176/199.

STF conhecer o mandado de segurança para impedir a deliberação de projeto de lei ou de emenda quando verificada a *inconstitucionalidade material*, pois para ela ser declarada como tal exigir-se-ia outro instrumento jurídico (ADIN ou análise via controle difuso), mas nunca por mandado de segurança. Segundo ele, o mandado de segurança somente poderia ser apto para impedir a deliberação do projeto de lei se estivesse evidenciada *sua inconstitucionalidade formal*, ou seja, se existisse alguma irregularidade quanto a procedimento utilizado, devendo a substância ser analisada por outra via de controle de normas.

No caso em tela, o Ministro Dias Toffoli arguntou que o projeto de Lei 4.470/2012, além de invadir e contrariar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal manifestado na ADIN 4.430, tornaria o Legislativo o principal violador ao princípio da separação dos poderes, pois referido projeto mostrou-se manifestamente contrário à recente decisão do STF⁸⁴¹ e não apresentava nenhuma novidade que justificasse a nova propositura deste projeto.

Segundo o ministro a interpretação conforme a Constituição já havia sido proferida pelo STF. Tal postura deixou o Ministro Dias Toffoli descontente chegando a afirmar que a interpretação proferida pelo Supremo não teria valor, pois o projeto de lei foi apresentado nos mesmos termos de uma lei que havia sido à pouco tempo julgada inconstitucional⁸⁴².

A insatisfação do ministro em face da postura do Legislativo é facilmente compreendida. Primeiro porque o STF no exercício de uma de suas funções já havia proferido uma decisão, analisando os princípios constitucionais democráticos e a realidade social para determinar a aplicação normativa no caso concreto. Segundo, porque, mesmo com a orientação judicial, o Legislativo apresentou um projeto de Lei que contrariava recente decisão, como se ela não existisse, ou que não possuísse qualquer valor/sentido. Terceiro, porque o projeto de lei passou a ser analisado com caráter de urgência, tendo seus trâmites acelerados, somente para garantir a aplicação nas eleições de 2014.

Apesar de todos estes pontos serem questionáveis, apenas o são em relação à moralidade interna do espectador, enquanto realiza o juízo de valor sobre a matéria. Demonstrar-se indignado com tais posturas, que claramente tendem ao desrespeito à outra

⁸⁴¹ Nas palavras do Ministro Dias Toffoli: “No caso, não há que se falar de interdição do debate parlamentar, porque, na verdade, aquelas críticas que foram feitas à decisão liminar, de que era uma intervenção em outro Poder etc., só podem ter sido feitas por aqueles que não leram o texto do projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados. Ou seja, esse projeto de lei já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e é, na prática, uma rescisória da Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada por essa Suprema Corte, de n.º 4.430. É disso que se trata aqui. Mesmo que o Senado aprove outro texto, esse texto volta à Câmara, e a Câmara já aprovou um texto de chapada inconstitucional. (...) Ou seja, quem está invadindo a competência de outro Poder, na verdade, é o Legislativo, e não esta Corte.” (Idem. p. 161/162).

⁸⁴² Idem. p. 167.

contingência, é aceitável. No entanto, não é possível atribuir à elas qualquer violação de normas constitucionais.

Vale salientar o posicionamento do Ministro Marco Aurélio que não aceita a possibilidade de atribuir ao STF o monopólio da última palavra sobre interpretação constitucional. Para ele o diálogo deve ser aberto até mesmo quando o Supremo já tenha se pronunciado sobre a matéria, caso contrário não haveria evolução do Estado Democrático de Direito⁸⁴³.

Neste mandado de segurança foi, mais uma vez, argumentado quanto à legitimidade ativa conferida somente aos parlamentares. Quando a deliberação de um projeto de lei ocasionar ofensa ao direito subjetivo do representante do povo garante à eles este mecanismo de “defesa” e exclui a possibilidade de qualquer cidadão brasileiro buscar a mesma pretensão. Quanto ao cidadão, falta-lhe interesse processual em face da inexistência de ofensa à um direito subjetivo⁸⁴⁴, existindo somente, um temor, um receio, que não é protegido pelo Mandado de Segurança, tendo em vista a ausência da certeza e a liquidez de violação à um direito próprio.

Esse projeto revelou ter caráter casuístico, por ter sido criado somente para prejudicar parlamentares específicos e prováveis concorrentes das eleições de 2014, retirando das agremiações criadas, posteriormente à última eleição para Deputados e Senadores, suas cotas de representatividade. A referida lei, todavia, não seria casuística se atentasse para a generalidade e abstração. O PLC 14/2013 demonstrou também ser ofensivo aos direitos fundamentais, atentando contra os princípios da isonomia, da igualdade de chances, da proporcionalidade, da segurança jurídica e do pluripartidarismo, o que acaba por violar os pilares do Estado Democrático de Direito. Destaca-se que o Judiciário tem sido procurado constantemente para dirimir discussões e analisar supostas inconstitucionalidades de projetos de emendas constitucionais e projetos de leis, que possam ensejar violações a direitos fundamentais, mas que nem sempre merecem deferimento.

Atente-se que o pluralismo é importante em sociedades complexas para fazer com que o sistema político possibilite que vários grupos ou segmentos sociais possam participar na formação da vontade coletiva. A democracia participativa está fundada na *institucionalização*

⁸⁴³ Idem. p. 220-250.

⁸⁴⁴ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: “(...) conforme o Tribunal teve oportunidade de frisar ainda em 1991: ‘Mandado de segurança requerido pelo Impetrante na qualidade de cidadão brasileiro, contra ato de Comissão da Câmara dos Deputados, tendente a possibilitar a adoção da pena de morte, mediante consulta plebiscitária. Falta de legitimidade ativa do Requerente, por falta de ameaça concreta a direito individual, particularizado em sua pessoa.’” (D.J. de 02.8.91, R.T.J. 139/783).” (Idem. p. 37.).

da divergência, justamente para que representantes de diferentes interesses tenham liberdade para sustentarem suas posições. Tal fórum permanente de debates exige respeito mútuo, tolerância e emprego de argumentos racionais, com o escopo de se buscarem consensos. É pela competição entre interesses e a oposição de visões diferentes que se possibilita que o pluralismo político contribua com a democracia participativa⁸⁴⁵.

O respeito ao direito das minorias e do direito à oposição são inerentes ao princípio do pluralismo político e indispensáveis para a manutenção da Democracia. Não fosse assim a Constituição Federal de 1988 não teria consagrado, no artigo 1º, os princípios democrático, da cidadania e do pluralismo político, como pilares do Estado brasileira.

Sem conflito de ideias, não há democracia.

Afinal, enquanto cabe à maioria, vencedora dos pleitos eleitorais, governar, compete à minoria exercer o papel crítico, procurando explorar o conflito e buscar o consenso, dentro das regras do regime político, bem como explorar as divergências para a construção de uma alternativa política para as próximas eleições, com o que pode tornar-se maioria⁸⁴⁶.

Com efeito, em um regime democrático, tanto a maioria que governa quanto a minoria que se opõe compartilham da mesma fonte de legitimidade do poder, que é a vontade soberana dos cidadãos. Logo, não há democracia sem oposição, pois nela deve haver confrontação de interesses para se buscar a melhor forma de governar o interesse geral.

Aliás, o direito de oposição é um direito fundamental, pois, embora não esteja expresso no rol do artigo 5º da Constituição Federal, decorre do regime e dos princípios constitucionais (art. 5º, par. 2º, CF), uma vez que está diretamente relacionado com os princípios fundamentais do Estado brasileiro, especialmente o democrático (art. 1º), o da

⁸⁴⁵ Lilian Márcia Balmant Emerique destaca vários pontos de conexão entre a democracia e o pluralismo como: “a) a contribuição para a correção da tendência de centralização e de fortalecimento do Estado, junto à privatização do indivíduo; b) a permissão para o florescimento de sentimentos forçados para o bem coletivo, em oposição aos interesses privados consubstanciados em privilégios; c) a incorporação de grupos dominados que possuem um direito a serem incluídos para somar esforços visando à utilidade pública; d) a diversificação da representação que foi reduzida à abstração do cidadão e para limitar a soberania do Estado; e) a descrição e defesa de um sistema oposto à oligarquia ou a uma elite no poder; f) a constatação de que nenhum valor socialmente instituído é puro, absoluto e unívoco, face à diversidade de cosmovisões presentes no tecido social; g) a relação de cooperação social amistosa entre indivíduos desiguais nas suas oportunidades de vida, entretanto iguais no fundamento que lhes dá permissão de exigir alguma coisa do seu governo, o que supõe o pluralismo, posto que não haveria laço durável entre indivíduos que não fossem livres para escolher e que se sentissem reprimidos na sua identidade e frustrados nos seus interesses; h) a necessidade de o pluralismo não ficar reduzido apenas ao pluralismo de direito, mas caminhar em direção a um pluralismo de fato, a fim de que o consenso seja um dado fundamental da democracia” (Democracia e o direito de oposição política. *Revista de direito constitucional e internacional*, vol. 57, out. 2006. <http://rt-online.mp.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001426b4befb54a9d37cb&docguid=I7ef00230f25311dfab6f010000000000&hitguid=I7ef00230f25311dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=657&context=10&startChunk=1&endChunk=1>. Acessado em: 18/11/2013).

⁸⁴⁶ Idem.

cidadania (art. 1º, inc. II) e o do pluralismo político (art. 1º, inc. V) ⁸⁴⁷. No direito de oposição, estão asseguradas liberdades imprescindíveis ao exercício da democracia – como a de expressão, de reunião, de associação e de independência dos meios de comunicação – mas também o pluralismo social, que permite o exercício legítimo do poder, além da possibilidade da alternância de poder.

No exercício do controle preventivo de constitucionalidade, compete ao STF impedir a aprovação de leis casuísticas que desrespeitam o procedimento legislativo, para proteger o direito fundamental à oposição política, evitando a sua restrição indevida, ainda mais quando se busca a aprovação às vésperas de uma nova corrida eleitoral. Isso porque *a democracia ficaria comprometida se, antes das eleições, já existissem alguns partidos políticos privilegiados*. A redução indevida ou a supressão do direito fundamental de oposição política, por exercer critério legitimador, representaria a desconfiguração da ordem democrática.

A efetivação da democracia exige não apenas das virtudes do governo ou da sua capacidade de dialogar com a oposição, mas também da própria qualidade da oposição. Somente uma oposição qualificada – na qual se incluem instrumentos como a participação no fundo partidário e tempo em rádios e televisões – é possível controlar as ações dos governantes e persistir na atividade política para pleitear um lugar no governo ⁸⁴⁸.

Portanto, deve o Poder Judiciário aplicar as regras constitucionais, ainda que tenha que intervir na *política*, quando isto é necessário para realizar a proteção e a concretização de um regime democrático justo. Deve, destarte, zelar pela igualdade na disputa eleitoral entre os partidos políticos, inclusive para a proteção das minorias.

Quando verificada a ofensa ao procedimento, o Supremo Tribunal Federal não usurpa poderes do Congresso Nacional, mas, tão somente, realiza a interpretação das regras, inerentes ao processo legislativo, conforme disposições constitucionais (art. 60 à 69 da CF), podendo atuar para proteger o tratamento isonômico entre os concorrentes políticos, evitando assim a violação aos princípios democrático, do pluripartidarismo e da liberdade de criação de novas legendas.

Por essas razões, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, tais violações constitucionais já eram passíveis de serem constatadas antes mesmo da deliberação do projeto lei. Para o ministro não seria necessário aguardar a votação e a produção de seus efeitos para apontar suas inconstitucionalidades. Assim, o controle preventivo de constitucionalidade, pelo STF, do PLC 14/2013 é condizente com o a exegese analógica ao artigo 60, parágrafo 4º, da

⁸⁴⁷ Idem.

⁸⁴⁸ EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Democracia e o direito ... Op. Cit.*

CF, o qual proíbe a deliberação de projetos de emendas que tendem abolir direitos considerados cláusulas pétreas.

Por outro lado, deve-se questionar por quê o artigo 60, parágrafo 4º, da CF afirma que não poderão ser deliberados apenas os “projetos de emendas” tendentes a abolir algumas das cláusulas pétreas, não fazendo menção a projetos de leis. Segundo o ministro Marco Aurélio, não seria admitido Mandado de Segurança, pois revelaria “inequívoca pretensão do impetrante de obter o controle de constitucionalidade material prévio da lei a ser aprovada”⁸⁴⁹.

Destaca-se ainda que, segundo o Ministro Marco Aurélio, o MS 32.033/DF não atacou o ponto principal para justificar a impetração do mandado (*irregularidade do processo legislativo* – art.60 à 69 da CF), demonstrando apenas *a possível inconstitucionalidade material* do projeto de Lei, a qual somente poderá ser declarada via controle de constitucionalidade repressivo. Em sendo assim, da mesma maneira que o STF já havia decidido no MS 20.257/DF – Ministro Relator Moreira Alves (*leading case*)⁸⁵⁰ – a ordem deveria ser denegada por ser evidente a irregularidade na via eleita.

Analisando os Mandados de Segurança citado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Marco Aurélio relatou que, todos aqueles que concederam a ordem, abordavam a irregularidade do procedimento adotado pelo Legislativo ou comprovavam evidente ofensa às cláusulas pétreas, requisitos estes inexistentes no MS 32.033/DF. Consequentemente, *não serviriam de precedentes* para a realização de *controle prévio do conteúdo de um projeto de lei*⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Ministro Marco Aurélio. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 32.033/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ 079 – Divulgado em 26/04/2013; Publicado em 29/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23353055/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>. Acessado em: 04/11/2013. p. 233.

⁸⁵⁰ Marco Aurélio cita trecho do voto do ex Ministro Moreira Alves no Mandado de Segurança 20.257/DF: “*Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra. Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer cheque à deliberação, proibindo-a, taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.*” (Idem. p. 234.) (sem grifos no original).

⁸⁵¹ Segundo Eduardo Cambi: “Respeitar o precedente significa verificar se os mesmos fatos que deram suporte para as decisões pretéritas estão presentes no caso a ser julgado.” (p. 149.); “(...) não basta identificar a semelhança das questões jurídicas decididas, não podendo o precedente ser universalizado (...)” (p. 152.); “A

Apesar do brilhante voto apresentado pelo Ministro Relator, ficou constatado que o projeto de lei ofenderia, em tese, apenas os princípios constitucionais implícitos, e não cláusulas pétreas, bem como não estaria ofendendo o procedimento legislativo, o que impediria a intervenção do Judiciário por meio do Mandado de Segurança.

Assim, a decisão tomada liminarmente, além de ser *perigosamente inovadora*⁸⁵², demonstra ser uma forma ilegítima de interpretação dos precedentes analisados ou como preferirem, um “*ativismo judicial distorcido*”⁸⁵³, que para preservar a independência e harmonia entre os Poderes, o *checks and counterchecks*⁸⁵⁴ e também da Democracia⁸⁵⁵, deve ser repudiado, por evidente questão de honra constitucional⁸⁵⁶.

Porém, não admitir mandando de segurança, com amparo inclusive nos precedentes do STF, nos casos em que os projetos de leis violem cláusulas pétreas causaria uma inversão de valores e desrespeito à hierarquia das normas. Isso porque, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, estar-se-ia concedendo ao legislador ordinário prerrogativa que a Constituição vedou ao seu próprio poder de reforma.

Para o Ministro Relator a suspensão da deliberação de projetos de lei com tais propósitos, evita-se casuísmos, permite-se a igualdade entre os partidos e garante-se às minorias a possibilidade de acesso ao poder. Impedir a igualdade de chances entre os partidos políticos, principalmente quando se fala em tempo disponível para realizar a propaganda eleitoral gratuita, faz com que as minorias não possam expor de maneira eficaz sua ideologia e seus interesses. Ademais, quando ocorre a violação da igualdade de chances dos partidos políticos, há ofensa ao princípio democrático, pois não estarão colocando as agremiações nas

falta de análise exaustiva dos fatos que ensejam as soluções jurídicas anteriores compromete a segurança jurídica, porque cada caso tem sua singularidade.” (p. 153.); “*A mera repetição do precedente, sem profunda análise do julgamento anterior, reproduz o método dedutivo, inerente ao formalismo processual e ao modelo silogístico, subtraindo do operador jurídico a capacidade de pensar criticamente o direito.*” (p. 157.) (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e...* Op. Cit.)

⁸⁵² Ministro Joaquim Barbosa. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 32.033/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ 079 – Divulgado em 26/04/2013; Publicado em 29/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23353055/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>. Acessado em: 04/11/2013. p. 248.

⁸⁵³ Idem.

⁸⁵⁴ Nas palavras do ex-ministro Joaquim Barbosa: “*Admitir o controle de conteúdo de proposta ainda em debate no foro legislativo adequado, sem qualquer densidade normativa, causa desnecessária fragilização dos mecanismos de checks and counterchecks e de separação dos Poderes de nosso sistema.*” (Idem. p. 300.).

⁸⁵⁵ Nas palavras do Minsitro Marco Aurélio: “*Então, por tudo e para prevalência da independência e harmonia entre os poderes, para o favorecimento da Democracia com o ‘d’ maiúsculo, que o Supremo, na postura de Supremo, de guarda maior da amada Constituição Federal, reserve-se para atuar, se for o caso, no controle repressivo de constitucionalidade, encerrado o devido processo legislativo, que tem como atores não juízes, mas os representantes do povo brasileiro – os Deputados Federais – e os dos Estados – os Senadores da República – e a Chefe do Executivo Nacional – a Presidenta Dilma Rousseff.*” (Idem. p. 249).

⁸⁵⁶ Nas palavras do ex-ministro Joaquim Barbosa: “*Deve-se supor, portanto, que assegurar a deliberação parlamentar é ponto de honra do direito constitucional democrático, até porque é na oportunidade da deliberação que se pode realizar diálogo mínimo a respeito dos fins buscados pela norma.*” (Idem. p. 301).

mesmas condições de concorrência, mas, ao contrário, privilegiando algumas, em detrimento de outras. Destaca-se que na ADIN 1.351-3/DF foi decidido que tais condutas deveriam ser consideradas como cláusulas de barreira que causariam a morte das agremiações minoritárias

Com efeito, *democracia não se faz apenas com a liberalidade de criação de legendas, mas sim com a concessão de possibilidades de acesso aos cargos pretendidos*. Assim sendo, a igualdade de chances, principalmente em relação às cotas de representatividade, são inerentes à neutralidade do Estado de Direito.

Contudo, quando da análise da ADIN tem-se que não existia um mero projeto de lei, uma vez que este havia sido aprovado e convertido em Lei, podendo-se, então, discutir o mérito e as possíveis inconstitucionalidades materiais. No presente caso a questão era outra, pois se trata de *projeto de lei* que ainda necessita ser aprovado, após as discussões e deliberações, das duas Casas Legislativas e ainda ser sancionado pelo Poder Executivo.

O Ministro Luiz Fux possui entendimento contrário ao do Gilmar Ferreira Mendes, pois acredita que a limitação constitucional deve existir apenas em relação à modificação do ordenamento constitucional, criado pelo Poder Constituinte Originário, não havendo a mesma limitação ao poder constituinte derivado, evitando, assim, a petrificação do ordenamento jurídico brasileiro em face das declarações de inconstitucionalidade pelo STF⁸⁵⁷.

No mesmo sentido o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que “*um simples projeto de lei, ainda que aprovado, sancionado e publicado, não ameaça, em absolutamente nada, a higidez da Carta Maior*”, rechaçando a interpretação, simplista, de “*in eo quod plus est semper inest et minus*”⁸⁵⁸. Ou seja, aceitar que o Judiciário interfira no trâmite de projeto de lei infraconstitucional para analisar e deliberar preventivamente a matéria que seria abordada pelos legisladores, “*trata-se de absoluta inversão do sistema de controles recíprocos estruturado pelo constituinte originário*”⁸⁵⁹.

⁸⁵⁷ Nas palavras do Ministro Luiz Fux: “*Em termos mais claros: as cláusulas pétreas vinculam o poder constituinte derivado reformador apenas e tão somente para salvaguardar a identidade do pacto originário, i.e., dos parâmetros constitucionais, considerados relevantes em um momento constitucional. Isso não ocorre quando da atuação do legislador ordinário, cuja função precípua é concretizar diuturnamente os comandos constitucionais. Ao realiza-la, os agentes políticos não podem sofrer limitações prévias de cunho material, ao risco de se comprometer a própria atividade do legislativo.*” (Idem. p. 191) (sem grifo no original).

⁸⁵⁸ Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski: “*Com efeito, uma interpretação desse dispositivo constitucional menos harmônica com a independência e os limites dos poderes da República poderia levar ao entendimento – francamente errôneo a meu sentir – de que o Judiciário estaria autorizado a barrar a tramitação, no Legislativo, de todo e qualquer projeto de lei que discuta temas supostamente ameaçadores às cláusulas pétreas, com base no velho brocardo latino ‘in eo quod plus est semper inest et minus’, traduzido por Carlos Maximiliano, como ‘quem pode o mais, pode o menos’ (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 343)*”. (Idem. p. 212.)

⁸⁵⁹ Idem. p. 234.

O Ministro Marco Aurélio salienta que, se permitir ao Judiciário a função de controlar preventivamente qualquer projeto de lei sob a fundamentação de que estaria prestes a ocorrer uma violação às normas constitucionais, garantiria à qualquer Ministro da Suprema Corte, na sua individualidade, exercer o poder de veto sobre todo o Congresso Nacional em relação ao que pode, ou não, ser deliberado⁸⁶⁰, ou seja, o Ministro, ao analisar um mandado de segurança com pedido liminar para suspensão das deliberações, passa a ter maiores poderes que o Chefe do Executivo, pois este deve esperar as deliberações para vetar, enquanto aquele, pode impedir que o projeto, como um todo, seja votado. Por essa razão o Ministro aponta seu voto para a extinção do processo sem resolução do mérito.

Para o ministro Luiz Fux, se fosse concedido o Mandado de Segurança conforme a inicial, seria muito provável a possibilidade do STF sofrer com uma quantidade expressiva de mandados de segurança “postulando a suspensão da tramitação de projetos de lei que supostamente teriam violado o direito líquido e certo dos parlamentares a um hígido devido processo legislativo constitucional”⁸⁶¹.

Afirmar que o STF deveria atuar neste caso, para preservar a Democracia, seria um equívoco interpretativo segundo o Ministro Marco Aurélio⁸⁶², bem como para o Ministro Luiz Fux que afirma que o *Poder Judiciário não estaria legitimado pela Constituição para antecipar os resultados das deliberações parlamentares* e muito menos possui poderes visionários para saber qual a postura que seria tomada pelo Senado Federal em relação ao referido projeto de lei.

Ao aceitar essa postura do Poder Judiciário, de suspender os debates e deliberações parlamentares e impedir o Chefe do Executivo de analisar o projeto e vetá-lo caso entendesse inconstitucional, ter-se-ia que reconhecer a posição *paternalista* do Judiciário ou, como já relatado anteriormente, a ocorrência de uma *supremocracia*⁸⁶³.

⁸⁶⁰ Idem. p. 241.

⁸⁶¹ Idem.. p. 192.

⁸⁶² Nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “*Os parâmetros objetivos do caso concreto não revelam a busca de proteção do devido processo legislativo, mas a pretensão de impedir o debate parlamentar legítimo, no Senado, sobre regras partidárias que, se aprovadas, aí sim, poderão ser questionadas no Supremo, sob a alegação de afronta a princípios constitucionais, por meio da via judicial repressiva adequada, como revê o texto da Carta. Ao Supremo descabe obstaculizar a deliberação parlamentar – a mais democrática das práticas institucionais – relativamente a um tema porque discorda do conteúdo de eventual lei aprovada. Nesse estágio do processo legislativo, o Supremo não está autorizado, mediante mandado de segurança ou qualquer outra medida, julgar questão de fundo de projeto em tramitação.*” (Idem.. p. 241) (sem grifo no original).

⁸⁶³ Nas palavras do Ministro Luiz Fux: “*É no Parlamento, e não no Poder Judiciário, que as discussões públicas devem ocorrer por excelência. (...) No caso vertente, não se sabe se o projeto de lei será arquivado, alterado ou aprovado. A questão deve permanecer em discussão, sob pena de um paternalismo judicial ou, para utilizar uma expressão bastante em voga, uma supremocracia.*” (Idem. p. 197/198).

Por fim, destaca-se que, apesar dos brilhantes apontamentos realizados pelos votos dos ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli pela concessão da segurança para reconhecer a necessidade de um controle preventivo judicial de constitucionalidade quanto à matéria dos projetos de Leis, eles foram vencidos pelos demais votos, os quais demonstraram que, para preservar a Democracia; o Princípio da Separação dos Poderes e a Lei Suprema, deveria o Supremo Tribunal Federal denegar a ordem do MS 32.033/DF.

Diante aos inúmeros debates ocorridos durante o julgamento do MS 32.033/DF e pelo descontentamento do Ministro Gilmar Mendes em ter visto seu voto vencido, o Ministro Marco Aurélio destacou que: “*A beleza do Colegiado, Presidente, está justamente na divergência.*”⁸⁶⁴

O Ministro Marco Aurélio foi muito feliz na frase acima, pois, somente com o diálogo entre as pessoas da mesma instituição é que ela poderá proferir uma decisão consistente e coerente. Tendo nesta instituição o Judiciário, as discussões referentes à utilização/aplicação da Constituição em face das demais instituições, devem ser realizadas com parcimônia, para impedir que suas decisões sejam manchadas pelo que se tem chamado de Ativismo Judicial.

No dia 10 de dezembro de 2014, o Ministro Relator Celso de Mello, julgou o Mandado de Segurança 33.356/DF, impetrado pelo Deputado Federal Antônio José Imbassahy da Silva, em face do Presidente do Congresso Nacional questionando a validade das deliberações proferidas na 28ª Sessão Conjunta do Congresso Nacional, realizada em 25/11/2014. O impetrante alegou vício no procedimento legislativo, uma vez que, durante a coleta de votos, alguns parlamentares teriam delegado a função de votar à seus assessores⁸⁶⁵.

O Ministro Relator, Celso de Mello, sequer reconheceu a ação, pois o pedido carecia de liquidez, ou seja, a ocorrência da fraude nos votos deverá ser provada mediante perícia, circunstância esta que não pode ser admitida em um procedimento cautelar. Segundo ele “o mandado de segurança não se qualifica como meio processual destinado a provar fatos (...) mas, ao contrário, o “writ” mandamental exige prova pré-constituída como requisito imprescindível à constatação”⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ Idem. p. 253.

⁸⁶⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 33.356/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/noticiario/anexo/ms_33_356mcd.pdf. Acessado em: 15/04/2015.

⁸⁶⁶ Idem. p. 4.

Recentemente, no dia 09 de abril de 2015, o STF julgou o pedido liminar do MS 33.556/DF⁸⁶⁷ que pretendia impedir a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional 171/1993 (PEC da Maioridade Penal) impetrado pelo Deputado Federal Luiz Gionilson Pinheiro Borges em face da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, alegando estar legitimado pelo direito líquido e certo de não necessitar deliberar sobre uma proposta tendente à abolir da Constituição um direito fundamental (art. 60, parágrafo 4, inciso IV da CF/88).

O Deputado Federal salienta que no dia 31 de março de 2015 foi aprovada (com 42 votos a favor e 17 contra) pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados o seguimento da PEC 171/1993, a qual pretende reduzir a maioria penal de 18 anos para 16 anos de idade, fato este que ofenderia diretamente uma garantia fundamental/individual, a qual deve ser considerada cláusula pétrea. Por essa razão, pleiteou a suspensão da tramitação do respectivo projeto.

A decisão proferida pelo Ministro Relator Dias Toffoli, no dia 09 de abril de 2015, no pedido liminar foi contrário à pretensão do impetrante, pois não estavam presentes os requisitos necessários do Mandado de Segurança (*fumus boni iuris e periculum in mora*), pois sequer foi criada a Comissão Especial para analisar o mérito do projeto de emenda constitucional, ou seja, apenas foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania a possibilidade de dar seguimento ao projeto, o qual terá o prazo de 40 sessões do Plenário para dar seu parecer. Portanto, o projeto de emenda constitucional estava seguindo corretamente o procedimento do Legislativo. Somente após este trâmite é que o projeto poderá ser deliberado pela Câmara dos Deputados.

Segundo o Ministro Dias Tóffoli “*O impetrante não logrou demonstrar a existência de risco iminente de dano irreparável ao direito vindicado nos presentes autos*”⁸⁶⁸ (deliberação de uma proposta tendente a abolir cláusula pétrea). Não existe, portanto, suspeita ou indícios de que o Deputado Federal esteja sofrendo uma violação constitucional, pois a PEC 171/1993 não está em fase de deliberação.

Este mandando de segurança foi facilmente decidido pelo Ministro Dias Toffoli (4 páginas), tendo em vista que foi impetrado antes de existir a possibilidade do Deputado participar das deliberações. No entanto, quando o respectivo projeto passar a integrar as pautas deliberativas, certamente será alvo de novo Mandado de Segurança, o qual exigirá, novamente, extrema cautela do Ministro Relator quando for julgar o pedido liminar.

⁸⁶⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 33.556/DF. Ministro Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/180813007/andamento-do-processo-n-33556-do-dia-14-04-2015-do-stf>. Acessado em: 15/04/2015.

⁸⁶⁸ Idem. p. 3.

5. 3. Controle Preventivo Judicial de Constitucionalidade: a linha tênue entre a Judicialização da Política e o Ativismo do Judiciário

À guiza da conclusão, o que se pode depreender das decisões selecionadas do Supremo Tribunal Federal é que a linha divisória entre o exercício da função jurisdicional e o ativismo do judiciário é tênue. Logo, ao invocar a força normativa da Constituição Federal para justificar o controle preventivo judicial de constitucionalidade deverá, primeiramente, analisar se a matéria em discussão está resguardada pelo artigo 60 parágrafo 4º da CF.

O STF deve agir com cautela ao analisar os trabalhos realizados no Congresso Nacional, pois, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, trata-se de uma “espécie de *competência reserva*, a ser utilizada apenas quando a proposição for realmente ofensiva às cláusulas pétreas”⁸⁶⁹, evitando-se, assim, a caracterização da violação do princípio da separação dos poderes por parte do STF⁸⁷⁰.

No entanto, o nobre Ministro utiliza dos princípios para ampliar possibilidade de atuação do Judiciário, causando toda discussão em relação ao controle preventivo realizado pelo Judiciário ao afirmar que “quem pode o mais, pode também o menos”, bem como, em face de uma suposta “mutação constitucional” em relação aos efeitos da decisão em controle abstrato de constitucionalidade.

Apesar de seus votos serem construídos de maneira brilhante, tem-se que considerá-los, momentaneamente, contrários à Constituição Federal e até mesmo ativista.

O Supremo Tribunal Federal demonstrou-se temerário em acompanhar os votos do ministro Gilmar Mendes, pois segundo a maioria dos ministros, tais votos poderiam causar problemas ainda maiores do que a aprovação de uma lei infraconstitucional, pois ocasionaria um atrito entre o Judiciário e o Legislativo em face de uma interferência injustificada nos trâmites do processo legislativo.

Segundo Francisco Carnelutti “existem juízes a quem o destino encarrega de castigar a todo um povo”, os quais, por meios de decisões pautadas em fatos históricos desconexos com a realidade atual, passa a “induzir o futuro, partindo do passado.”⁸⁷¹

⁸⁶⁹ Idem. p. 37.

⁸⁷⁰ Nas palavras do Ministro Celso de Mello: “*Cumprir ter presente, na espécie, o magistério jurisprudencial, que, firmado por esta Suprema Corte desde a primeira década de nossa experiência republicana, consagra a possibilidade jurídico-constitucional de fiscalização de determinados atos emanados do Poder Legislativo, quando alegadamente eivados do vício da inconstitucionalidade, sem que, ao assim proceder, o Tribunal vulnere o postulado fundamental da separação de poderes.*” (Idem. p. 237.)

⁸⁷¹ CARNELUTTI, Francisco. *A arte do Direito...* Op. Cit. p. 80/81.

Destaca-se que Gilmar Ferreira Mendes utiliza das discussões e fundamentações apresentadas na ADIN 4.430 para demonstrar a irregularidade do Projeto de Lei Complementar n.º 14/2013. No entanto na ADIN tratava-se de uma lei aprovada e sancionada, e, neste caso existia apenas um projeto de lei, que poderia ser modificado e até mesmo arquivado pelos parlamentares.

Se os deputados e senadores não possuem o elixir do conhecimento e não são o oráculo da verdade, o mesmo não ocorre com o STF e seus membros. Os ministros não podem se auto proclamarem os salvadores da população e das minorias, impedindo debates e deliberações de projetos de leis que estejam de acordo com o estabelecido por lei.

O projeto de Lei em discussão no Mandado de Segurança 32.033 pode até demonstrar sinais de inconstitucionalidade material, no momento em que se percebe a ofensa à Constituição em relação ao princípio da igualdade. No entanto, apesar de existir essa anomalia legislativa, não poderia, segundo a maioria dos ministros, ser admitido que Supremo agisse ativamente para impedir que o Legislativo exercesse sua principal função, que é deliberar sobre um projeto de Lei.

Destaca-se que, se o Supremo mantivesse a suspensão da deliberação do projeto de Lei estaria impedindo, de maneira ativa, que o próprio Executivo vetasse a lei, no todo ou em parte. Sendo assim, tanto o Executivo e Legislativo estariam sendo limitados e impedidos de atuarem em face de uma decisão judicial manifestamente ativista.

Apesar de reconhecer que os parlamentares podem e devem editar leis para aprimorar e proporcionar a evolução da Democracia sabe-se que muitas delas são tendenciosas e materialmente inconstitucionais, como é caso do Projeto de Lei 14/2013. Sabe-se também que não é razoável realizar mudanças drásticas em vésperas das eleições, com o intuito de atingir partidos que estão em fases avançadas de criação, para que concorressem sem direitos à propaganda gratuita e sem verba partidária. Além de fomentar casuísmos e oportunismos, tais regras acarretariam uma concorrência desleal e impediriam a efetiva criação de novas agremiações, contrariando os fins do Estado Democrático de Direito.

No entanto, uma decisão do STF, impedindo que as demais instituições possam deliberar sobre tais projetos de leis, que não são de emendas à Constituição, demonstra-se mais agressiva e violenta em relação à própria Lei Fundamental.

A distinção entre as funções estatais, de legislar e de julgar, não se fundam apenas por preocupações jurídico-dogmáticas, mas principalmente por razões garantísticas. O princípio da separação dos poderes evita que quaisquer um deles realize o controle total do

Estado, sendo que cada um funciona como um freio e simultaneamente como um contrapeso, justamente para prevenir a concentração e o abuso do poder. Permitir que o Supremo impessa as deliberações nas casas legislativas é atribuir o controle total das funções do Estado. É tornar o Supremo em Soberano.

Ressalte-se que um modelo de separação orgânica-funcional rígida não é viável na prática, pois a independência entre vários órgãos não pode ser absoluta⁸⁷². Por essa razão, torna-se indispensável a implementação de mecanismos dinâmicos de controle e interdependência, para que todas as instituições (públicas ou privadas) possam impedir abusos e desrespeitos aos direitos previstos na Lei Fundamental.

A aplicação do Princípio da Separação dos Poderes deve ser analisada com cautela, tendo em vista que todas as instituições concorrem diretamente para a formação do Estado Democrático e Social de Direito.

Diante disso, este princípio deverá apresentar uma correlação ou proximidade muito maior que qualquer outro princípio constitucional, devendo, portanto, ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estatal.

Da mesma maneira, se respeitado os limites funcionais, a construção de uma identidade constitucional brasileira poderá, um dia, ser concretizada. Contudo, sabe-se que essa concretização somente será possível por meio de um diálogo equilibrado entre as instituições políticas.

Por fim, para que este diálogo ocorra, é indispensável que todas estejam preocupadas em aplicar a Constituição Federal conforme a necessidade/realidade social e não com base nos interesses próprios ou segundo seus próprios valores morais.

⁸⁷² PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como ...* Op. Cit. p. 13.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade é um mecanismo previsto pela maioria dos Estados Constitucionais. A necessidade de um procedimento que permita a fiscalização da produção normativa passou a ser, em face da história mundial da luta pelo poder, indispensável para evitar abusos e violações de direitos fundamentais.

Ocorre que cada Estado se organizou conforme seu próprio entendimento a respeito da teoria da separação dos poderes e, a partir da sua própria concepção, passou a disciplinar a maneira que seria realizado o controle de normas.

Surgiu então o controle abstrato norte-americano, o controle concreto europeu e o controle preventivo francês.

O Brasil, por sua vez, importou as ideologias aplicadas nos três modelos de maneira equivocada.

Destaca-se que cada modelo de controle de normas foi construído de acordo com a realidade de cada Estado de origem, ao passo que, em *terrae brasilis*, ocorreu somente sua imposição.

As críticas quanto ao controle concreto, controle abstrato e controle preventivo está marcada pela instabilidade existente entre as instituições políticas brasileiras e como elas analisam e utilizam a Constituição Federal nas soluções dos processos. Inúmeras são as situações de desrespeito, que podem ser caracterizadas como condutas inconstitucionais.

Ao longo deste trabalho foram apresentadas diversas situações que demonstram violação/abuso e descaso à inúmeros princípios constitucionais (Separação dos Poderes; Liberdade; Igualdade; Dignidade da Pessoa Humana), pois verificou-se que o Legislativo interfere nas decisões do Judiciário, e este, quando não está legislando, tenciona a impedir que o Legislativo delibere sobre alguns projetos de lei.

A luta pelo monopólio da última palavra em relação à proteção das normas constitucionais vem suscitando inúmeras discussões, tanto na ordem jurídica quanto na política, dificultando, assim, a assimilação do melhor caminho a ser seguido.

Analisar a aplicação e o desenvolvimento da teoria da Separação dos Poderes deve ter como mote a necessidade de ultrapassar o ímpeto institucional de assumir o poder geral, seja ele pelo Judiciário, pelo Executivo ou pelo Legislativo.

A rápida modificação da sociedade brasileira e a necessidade de adequar o ordenamento jurídico brasileiro à realidade social passaram a acirrar ainda mais as divergências (procedimentais e substanciais) quanto à aplicação da Constituição.

No entanto ambas as contingências (Legislativo e Judiciário) ainda não conseguiram encontrar um caminho seguro para concretizar os direitos já reconhecidos.

Discutir os fatores que proporcionaram a expansão do Supremo Tribunal Federal na função de controlador da produção normativa, bem como para a efetivação dos Direitos Fundamentais é importante para justificar a Judicialização da Política.

A análise quantitativa de ações apreciadas pelo STF não são suficientes para determinar a ocorrência de um *Ativismo do Judiciário*, sendo, portanto, indispensável observar a maneira que cada decisão é construída.

Após uma análise, quantitativa e qualitativa, constatou-se que, no que tange às decisões de controle de constitucionalidade das normas produzidas pelo Legislativo, não há que se falar em *Ativismo do Judiciário*, o mesmo não ocorre em relação à diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pois a interferência seria notória e inaceitável.

Portanto, é necessário compreender a forma que o discurso jurídico é aplicado no Brasil. As recentes mudanças do ordenamento jurídico brasileiro, bem como da expansão da jurisdição constitucional, fez com que ressurgisse a discussão sobre a maneira que se deve aplicar a Constituição Federal e, principalmente, a quem caberia a interpretação das normas constitucionais.

A legitimidade constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal em relação à proteção das normas constitucionais vem suscitando inúmeras discussões, tanto na ordem jurídica quanto na ordem política, uma vez que passou a utilizar como fundamentação de suas decisões a necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

Diante de tais mudanças iniciou-se, novamente, uma disputa entre as principais funções do Estado, para saber quem detêm o poder de decisão, sendo evidente que, não interessa quem está no poder, mas a forma de controlá-lo.

Demonstrar a necessidade da adequação da teoria da separação dos poderes e do discurso jurídico aplicado com a realidade social contemporânea passou a ser fundamental para a compreensão do tema e, principalmente, para viabilizar a construção de uma identidade constitucional brasileira.

Saber utilizar a Constituição Federal e dar às decisões judiciais uma consistência, não deve ser visto como uma atividade utópica e inalcançável, pois, com uma aproximação entre as três contingências e, conseqüente, realização do diálogo entre elas, tornar-se-á possível a efetivação e concretização das normas constitucionais.

No entanto, em face da incoerência desta aproximação, tem-se observado inúmeros magistrados interpretando as normas (princípios) constitucionais de maneira equivocada, ou seja, estão utilizando-os como normas e decisão, manipulando e desvirtuando seus conceitos e aplicações, transformando-os em verdadeiras Hidras.

Percebe-se também o surgimento dos juízes heroicos, que buscam preservar um determinado direito somente porque, na sua consciência, se trata de respeito à um direito fundamental ou um princípio da dignidade da pessoa humana, ferindo, por diversas vezes, a Constituição Federal.

Esses juízes heroicos têm-se demonstrados insatisfeitos com as atuações do Executivo e do Legislativo, um porque deixa de legislar para a população, outro porque administra, em tese, de maneira equivocada. A partir daí tais magistrados não medem esforços para proferir suas decisões no sentido de intervir nas atuações das demais instituições. O que, de uma posição de legítima expansão do Judiciário passa para uma atuação inconstitucional de evidente ativismo.

Utilizando da análise de casos discutidos nos últimos 30 anos pelo STF, buscou-se demonstrar que não há razão para afirmar que, pelo menos em sede de controle preventivo de constitucionalidade, o Judiciário esteja violando a Constituição Federal, conclui-se, que nesta função, não está sendo ativista, pelo contrário, está sempre preocupado em respeitar as demais instituições estatais nos exercícios de suas funções.

De outro lado, tem-se que reconhecer que o Legislativo, por diversas vezes, elaborou/elabora projetos de Lei materialmente inconstitucional, merecedores de serem declarados como tais e, conseqüentemente, serem arquivados, mas que, em face da construção das decisões do Supremo Tribunal e sua consistência nos últimos 30 anos, veem-se as aprovações dos projetos em Lei pelas respectivas casas, para somente então serem discutidas em sede de Controle Difuso ou Controle Concentrado de Constitucionalidade pelo Judiciário.

Tanto um (expansão), quanto outro (ativismo) passa a serem constantemente analisados em sede de controle de constitucionalidade. O Brasil adota dois modelos de controles de constitucionalidade (abstrato e concreto), no entanto, vem-se criando uma nova forma de realizar a fiscalização da produção normativa por parte do Judiciário, que é o Controle Preventivo *Judicial* de Constitucionalidade.

Segundo os parlamentares, bem como alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, a realização do Controle Preventivo Judicial de Constitucionalidade está legitimada em face da instabilidade institucional presenciada no Brasil. A credibilidade em baixa do

Legislativo e a confiabilidade da população ao Judiciário fez com que muitos acreditassem que essa fiscalização decorre da Expansão do Judiciário. Enquanto que outros defendem que esta atuação preventiva é um ativismo, pois viola o princípio constitucional da Separação dos Poderes.

A atuação da Suprema Corte em sede de controle de normas é temerária, pois caminha sob a linha que divide um agir constitucional chamado de Expansão Judicial e um agir inconstitucional chamado de Ativismo do Judiciário.

Diante disso, verifica-se que os caminhos para evitar disputas desnecessárias e a evolução do Estado Democrático e Social de Direito são: i) adequar a teoria da separação dos poderes com a realidade brasileira, sem buscar em outros países, com economia, cultura e política diferente da verificada no Brasil; ii) providenciar o consenso em relação à aplicação das regras ou dos princípios; iii) evitar decisões judiciais *ad hoc*, para que sejam observadas e respeitadas nos anos vindouros em todos os casos semelhantes, não pela sua imperatividade, mas pela sua construção consistente e coerente; iv) proporcionar a aproximação de todas as contingências para realizarem um diálogo sobre os projetos eivados de inconstitucionalidade material.

Somente com tais preocupações é que os operadores do Direito poderão concretizar os direitos fundamentais, bem como, construir uma identidade constitucional genuinamente brasileira.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra Editores. 2007.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais: teoria e direito público*. Tradução Virgilio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª ed. Malheiros. 2011.
- ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2000.
- ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, L. F. 2011. Sobre o déficit de fundamentalidade dos direitos fundamentais. Luiz Otavio Vincenzi Agostinho; et al. (Org.). *Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito*. 1ª ed. Birigui - SP: Boreal, p. 145-156.
- _____; MARGRAF, Alencar Frederico. O sentido simbólico dos protestos das ruas no Brasil. Renê Francisco Hellman; Alencar Frederico Margraf (org). *Os efeitos do constitucionalismo contemporâneo no Direito: uma visão interdisciplinar*. Telêmaco Borba: Editora FATEB. 2014. p. 121 – 143 .
- _____; ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. Anotações sobre transição democrática e crise no Brasil contemporâneo. In: *Crise Constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação*. Rafael de Lazari; Renato Bernardi (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 57/81.
- ANDRADE PINTO, João José de. *A constituição da república do Brazil: Idéas Geraes*. 2ª ed. corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Imprensa a vapor H. LOMBAERTS & C., Editores. 1890.
- ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Rapposo de Mello. Coordenador e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.
- ARISTÓTELES. *Política*. 5ª edição. Tradução: Pedro Constantin Tolens. Vol. 61. São Paulo: Martin Claret. 2010.
- ARCESILAO. *O livro do Democrata*. São Paulo: Typographia Americana. 1866.
- AVELLAR, José Maria de. *A filosofia do Direito Constitucional: por um ex-magistrado*. São Paulo: Typographia do Governo arrendada por Silva Sobral. 1842.

- AZAMBUJA, Carmen Luiza de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade : o guardião da constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. de 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/1009>. Acessado em: 14/05/2014.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte. Vol. 2. n.º 3/4. p. 89 – 154. 1999.
- BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: questão militar, abolicionismo, trabalhos jurídicos, swift*. Tomo I. vol. XIV. 1887. Rio de Janeiro: Ministério da educação e cultura. 1955.
- BARREDA, Mikel. La calidad de la democracia: um análisis comparado de América Latina. *Política y Gobierno*. Vol. XVIII. n.º 2. II Semestre de 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de direito administrativo*, vol. 225. Rio de Janeiro: Renovar, jul. – set. 2001.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Publicado em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. 2005. Acessado em: 13/02/2013.
- _____. *O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002.
- BILLIER, Jean-Cassien. *Historia da filosofia do direito*./Jean-Cassien, Aglaé Maryioli; tradução de Maurício Andrade. Baruerí, SP: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2ª ed. tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim. 2000.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*/ José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.
- BOUZAT, Gabriel. El control constitucional um estudio comparativo. *CUADERNOS Y DEBATES: Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. N. 29. *Investigacion colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Centro de Estudios Constitucionales. Madri. 1991. p. 69- 95.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. rev. e atual. 9ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 4.470/12. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556261>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei Complementar n.º 14/2013. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112412. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Consulta n.º 1.398 junto ao Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602RL.pdf>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da ADIN 939-7/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 18.03.1994. Ementário n.º 1737-02. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN 1.351-3/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio. DJ. 30.03.2007. Ementário 2270-1. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/legjurisp/outros/adi_1351.pdf. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da ADIN 1.354-8/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches. DJ. 30.03.2007. Ementário 2270-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416152>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADIN n.º 2.797-2/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ. 19.12.2006. Ementário 2261-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 20.927-5/DF. Ministro Relator: Moreira Alves. DJ. 15.04.1994. Ementário n.º 1740-01. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673293/mandado-de-seguranca-ms-20927-df>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.642-1/DF. Ministro Relator: Carlos Velloso. DJ. 18.06.2004. Ementário 2156-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86168>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 24.831-9/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ. 04.08.2006. Ementário 2240-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 24.849/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ. 29.09.2006. Ementário 2249-8. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2956890/mandado-de-seguranca-ms-24849-df>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.602-3/DF. Ministro Relator: Eros Grau. DJ. 16.10.2008. Ementário 2337-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança 26.604-0/DF. Ministro Relator: Carmen Lúcia. DJ. 02.10.2008. Ementário 2335-2. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726999/mandado-de-seguranca-ms-26604-df>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão no Mandado de Segurança n.º 32.033/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ 079 – Divulgado em 26/04/2013; Publicado em 29/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23353055/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 33.356/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ms_33_356mcd.pdf. Acessado em: 15/04/2015.

_____. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão do Mandado de Segurança n.º 33.556/DF. Ministro Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/180813007/andamento-do-processo-n-33556-do-dia-14-04-2015-do-stf>. Acessado em: 15/04/2015.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão integral do Mandando de Segurança n.º 20.257-2/DF. DJ 27.02.1981. Ementário n.º 1201-2. Ministro Relator do Acórdão: Moreira Alves. Publicado em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão na ADI 4.430/DF. Ministro Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766>. Acessado em: 04/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4335-5 Acre. Disponível em:

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acessado em: 18/02/2013.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010. 5ª. ed. rev. e atual.-São Paulo: Saraiva, 2010.

CALMON, Pedro. *Curso de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*/ Eduardo Cambi. – 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?*. Rio de Janeiro: *Revista de Administração Pública*. Vol. 24. n° 2. p. 30 – 50. 1990. Disponível em: http://ebape.fgv.br/sites/ebape.fgv.br/files/rap8_0.pdf. Acessado em: 24/01/2015.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *A separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941- *Direito constitucional e teoria da constituição*. – 7ª ed., 9ª reimp. (Manuais universitários). Coimbra. Portugal: Almedina. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1999.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre. Fabris. 1984.

_____. *A arte do Direito: seis meditações sobre o Direito*. Bahia: Livraria Progresso editora. 1957.

CARRIÓ, Genaro R.. Una defensa condicionada de la Judicial Review: sobre el método de control de constitucionalidad en la Argentina. *CUADERNOS Y DEBATES: Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. N. 29. *Investigacion colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Centro de Estudios Constitucionales. Madri. 1991. p. 141-172.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política [online]*. 2004, n°. 23, p. 127-139. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

_____. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social [online]*. 2009, n°. 191. p. 315-335. Disponível em: http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000325732009000200004&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

- CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica tributária. In: *Ciência Jurídica*. Ano VIII, Vol. 58. Jul./Ago. de 1994.
- CASSAB, Henrique Morgado; AUGUSTO, Ilnah Toledo. O papel do supremo tribunal federal na reforma política sob o ponto de vista dos institutos da verticalização e da cláusula de barreira partidária. *Revista Argumenta – UENP*. nº. 17 (julho/dezembro). p. 283-302. 2012.
- CASTRO, Marcos Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Trabalho apresentado no XX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu-MG, 1996. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5342&Itemid=361. Acessado em: 01/07/2014.
- COSTA, Emilia Viotti da. *STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Editora UNESP. 2006.
- COSTA, Lucia Cortes da. Classe média e as desigualdades sociais no Brasil. Dawid Danilo Bartelt (org.); *A “nova classe média” no Brasil como Conceito e Projeto Político*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll. 2013. p. 43-55. Disponível em: <http://br.boell.org/sites/default/files/ncmlivrohbs.pdf>. Acessado em: 01/07/2014.
- DAHL, Robert. *La poliarquia: participación y oposición*. Madrid: Tecnos. 2002.
- DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralgalidade constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.
- DUGUIT, Léon, 1859-1928. *Fundamentos do direito / Léon Duguit*; tradução Marcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret. 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito/ Ronald Dworkin*; tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. (coleção justiça e direito). 2003.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. Democracia e o direito de oposição política. *Revista de direito constitucional e internacional*, vol. 57, out. 2006. <http://rt-online.mp.pr.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001426b4befb54a9d37cb&docguid=I7ef00230f25311dfab6f010000000000&hitguid=I7ef00230f25311dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=657&context=10&startChunk=1&endChunk=1>. Acessado em: 18/11/2013.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- FIGUEIREDO, Fran. *Metodologia constitucional*. Brasília: Itamarati. 1987.

- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Colección Estructuras y Procesos. Madrid: Editorial Trotta.
- FLEURY, Sonia. A fabricação da classe média: projeto político para nova sociabilidade. Dawid Danilo Bartelt (org.); *A “nova classe média” no Brasil como Conceito e Projeto Político*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll. 2013.
- GARCÉ, Adolfo; ARMELLINI, Mauricio. Democracia y desarrollo: un enfoque “partidista”. In: *Revista Uruguaya de Ciencia Política [online]*. vol. 17. n.º 1. 2008. p. 71-86. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0797-97892008000100003&lng=es&nrm=iso. Acessado em: 24/04/2014.
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? : a genealogia filosófica de uma grande aventura humana* / Simone Goyard-Fabre; tradução Claudia Berliner.- São Paulo: Martins Fontes. (Justiça e direito). 2003.
- GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia e Política [online]*. 2001, n.º 17. p. 75-106. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200008&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 10/06/2014.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002.
- HAGOPIAN, Frances. Derechos, representación y la creciente calidad de la democracia em Brasil y Chile, *Política y Gobierno*, Vol. XII, I semestre 2005.
- HAMILTON, Alexander. *O Federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1984.
- HART, Herbert Lionel Adolphus – 1907-1992. *O conceito de direito* / H.L.A. Hart; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1991.
- _____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1998.
- HOBBS, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*/ Thomas Hobbes; tradução Rosina D’Angina; Consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2ª ed. – São Paulo: Martin Claret. 2012.

- HOMEM DE MELLO, Francisco Ignácio Marcondes. *A constituinte perante a história*. Rio de Janeiro: Typographia da Actualidade. 1863.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Estado e Constituição: Constitucionalismo em tempos de globalização*/ Alfonso de Julios-Campuzano. Trad. José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Vol. 9 – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.
- KELSEN, Hans - 1881-1973. *La teoria pura del derecho. Introduccion a la problemática científica del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1941.
- _____. *Teoria pura do direito*/ Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.
- _____. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores. 1938.
- LACAMBRA, Luis Legaz y. *Horizontes del pensamiento Juridico: estudios de filosofia del derecho*. Barcelona: Casa Editorial Bosch. 1947.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. Tradução: Manoel Soares. Global Editora: São Paulo, 1987.
- LEAL, Aurélio. *Technica constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C. 1914.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Ministério da Justiça. v. 2. 1997.
- LEITÃO, Rômulo Guilherme. *Judicialização da política e governabilidade democrática no âmbito do poder local*. Dissertação de Mestrado apresentada à Fundação Edson Queiroz – Universidade de Fortaleza – Centro de Ciências Jurídicas – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. 2008. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077097.pdf>. Acessado em: 01/07/2014.
- LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição constitucional e controle do poder: é efetiva a constituição brasileira?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira: estudos de casos, abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2009.
- LOCKE, John. 1632 – 1704. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiro do governo civil*. Introdução de J.W. Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes. 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas* / Niklas Luhmann; tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2010.
- MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas. 2011.
- MAGALHÃES CASTRO, José Antônio de. *Decadência da Magistratura brasileira: suas causas, e meios de restabelece-la*. Rio de Janeiro: Typographia de N.L.Vianna de filhos. 1862.
- MAINWARING, Scott; SCULLY, Timothy R. Party systems in Latin America. In: Scott Mainwaring y Timothy R. Scully (eds.). *Muilding Democratic Institutions: party systems in Latin America*. Stanford: Stanford University Press. (s.d). p. 1-34.
- MARGRAF, Alencar Frederico; ALVES, Fernando de Brito. COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DA FIFA E SEUS REFLEXOS ECONÔMICOS: O princípio da vedação do retrocesso como protetor dos direitos sociais brasileiros. Alencar Frederico Margraf; et al; (org). *Os megaeventos nacionais e seus reflexos jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2014. p. 3 – 27.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Separação de Poderes no Brasil*. Curso Modelo Político Brasileiro. Vol. IV. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização-PrND. 1985.
- MAZZUCA. Sebastián L. Reconceptualizing Democratization: acess to power versus exercise of power. In Geraldo Munck (ed.) *Regimes and Democracy in Latin America: theories and methods*. Nueva York. Oxford University Press. 2003. p. 39-49.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Wambier, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante. *REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004/* coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier... (et al) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional/* Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.- 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.
- METTENHEIM, Kurt Von. A presidência e a separação dos poderes no Brasil (1999-2002). *Tempo social [online]*. 2003, vol. 15, nº. 2, p. 237-268. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702003000200010&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 10/06/2014.

- MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Estrutura Constitucional do Estado*. Tomo III. 5ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol I. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni. 1947.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente* / Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MOLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do espírito das leis*. Montesquieu; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010.
- MORAIS, Fausto Santos de. Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí. Vol. 9. Nº 2. 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acessado em 28/01/2015.
- MORAES, Filomeno. Executivo e Legislativo no Brasil pós-Constituinte. *São Paulo em Perspectiva [online]*. 2001, vol. 15, nº. 4, p. 45-52 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400006&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 10/06/2014.
- MUNCK, Geraldo. La política democrática en América Latina: contribuciones de una perspectiva institucional, *Política y Gobierno [online]*, vol. 11, n.º 2. 2004. p. 315-346. Disponível em: http://www.politicaygobierno.cide.edu/num_anteriores/Vol_XI_N2_2004/Munck.pdf. Acessado em: 24/04/2014.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- _____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico* / Marcelo Neves. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa S.A. 1997.
- _____. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. *CUADERNOS Y DEBATES: Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. N. 29. *Investigacion coletiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Centro de Estudos Constitucionales. Madri. 1991. p. 97-140.

- NOGUEIRA, Rubem. Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de informação legislativa*, v.17, n° 67, p. 135-146, jul./set. de 1980. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181229/000390169.pdf?sequence=3>. Acessado em: 20 de maio de 2013.
- O'DONNELL, Guilherme. La irrenunciabilidad del estado de derecho. *Instituciones y Desarrollo*. Vol. 8. n.º 9. Año 2002.
- PENIDO, Máximo Nogueira. *O elemento servil: folheto abolicionista*. Rio de Janeiro: Typ. Camoes. 1882.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra Editora Limitada, 1989.
- PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Revista de Administração Pública [online]*. 2011, vol. 45, n.º 6, p. 1733-1759. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600006&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 10/06/2014.
- PRADO, Rodrigo Mudad do. *A participação popular no controle abstrato de constitucionalidade: amigo da corte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2010.
- QUEIROZ, Cristina. *O Parlamento como factor de decisão política*. Coimbra: Coimbra editora. 2009.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Traducción de Luis Recasens Siches. Madrid: 1930.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*/ John Rawls: tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REALE, Miguel, 1910-. *Lições preliminares de direito*/ Miguel Reale. – 27ª. ed. ajustada ao novo código civil.-São Paulo: Saraiva, 2002.
- REBELO, Aldo. A corrosão da democracia representativa. *Estudos Avançados [online]*. 2009, vol. 23, n.º 67, p. 113-118. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300014&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Vol. 1. Tom. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002.
- SALLUM JUNIOR, Brasílio; KUGELMAS, Eduardo. O Leviathan declinante: a crise brasileira dos anos 80. *Estudos Avançados [online]*. 1991, vol. 5, n.º 13, p. 145-159. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141991000300009&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 10/06/2014.

- SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/140970>. Acessado em: 14/05/2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*/ Ingo Wolfgang Sarlet. 11ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Ed. Brasileira. Rio de Janeiro: Zahar. Brasília: Universidade de Brasília. 1982.
- SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante do controle de constitucionalidade. *REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004*/ coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier...(et al) São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*. Organização e introdução: Aurélio Wander Bastos. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.
- SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.
- SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acessado em: 29 de abril de 2013.
- _____. A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf. Acessado em: 23/02/2014.
- _____. *Compreender Direito I: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.
- _____. *Compreender Direito II: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.
- _____. *Crise de paradigma: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>. Acessado em: 24 de abril de 2013.

- _____. *Lições de crítica hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.
- _____. *O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf>. Acessado em 23/05/2013.
- _____. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 177-195.
- _____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- _____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a país aísesmodernidade tarida). LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J.Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- TRAVERSA, Federico. Nuevo análisis de las precondiciones económicas de la democracia. *Revista Uruguaya de Ciencia Política [online]*. vol. 16. n.º 1. 2007. p. 103-129. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0797-97892007000100007&lng=es&nrm=iso. Acessado em: 24/04/2014.
- TOMAZETTE, Marlon. A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18. N.º 70. Jan-mar/2010.
- USERA, Raúl Canosa. *Interpretacion constitucional y formula politica*. Centro de estudios Constitucionales. Madrid. 1988.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. *A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória*. Coimbra Editora. 1994.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2.ed.6ª.reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.
- VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. *Revista de direito GV [online]*. 2008, vol. 4, n.º. 2. p. 389-406. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo social [online]*. 2007, vol. 19, n.º. 2. p. 39-85. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*. Vol. 4. São Paulo jul/dec. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext. Acessado em: 03/12/2014. p. 441-463.

_____. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Antônio Cabral de Moncada. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1971.

WIGHT, Martin. *A política do poder*. Tradução de Carlos Sérgio Duarte. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1985