

ROBERTO CARLOS MARTINS PONTES

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS:

**uma avaliação do equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário e da
viabilidade político-jurídica de sua aplicação no Brasil.**

**Brasília
2014**

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS:

uma avaliação do equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário e da viabilidade político-jurídica de sua aplicação no Brasil.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, no Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Orientador: Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago

Brasília
2014

Agradecimentos

Aos meus Pais, Manuel Pontes Farias e Maria Lúcia Martins Oliveira Pontes, pelo apoio e incentivo constantes.

Ao Professor Marcus F. Santiago, não apenas pelas valiosas lições, mas pela confiança em mim depositada, e também pela paciência e generosidade.

Acima de tudo, agradeço à minha esposa, Roberta, e aos meus filhos, Larissa e Pedro, por me fazerem ter coragem de seguir em frente.

There is always a loss to democracy when a view about the conditions of democracy is imposed by a non-democratic institution, even when the view is correct and its imposition improves the democracy.

(Jeremy Waldron)

“It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”. That is, it did not say “it is the job of courts, alone, to say what the Constitution means”. Nor did it say “it is the job of courts ‘more so than others, to say what the Constitution means”. What it said was “courts, too, can say what the Constitution means.

(Larry Kramer, em uma releitura moderna dos dizeres de Marshall em Marbury v. Madison)

“For every complex problem there is an answer that is clear, simple, and wrong”

(H. L. Mencken)

RESUMO

Os debates sobre a tensão entre a jurisdição constitucional e as instâncias democráticas representativas têm se concentrado, primordialmente, no questionamento da legitimidade de juízes, não sujeitos ao crivo popular, proferirem a palavra final sobre questões de natureza política. Para além da questão da legitimidade, apontamos outras perspectivas de análise dessa relação: o modelo de separação de poderes desenhado pela Constituição de 1988 assegura o equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário, ou existem assimetrias que comprometem esse equilíbrio, indicando que experimentamos uma supremacia judicial no Brasil? Quais as possibilidades de correção de eventuais excessos judiciais? Seriam as teorias de diálogos institucionais uma alternativa à autocontenção judicial? Seriam essas teorias aplicáveis no Brasil, considerado o contexto político-jurídico pátrio? Para oferecer respostas às indagações, o trabalho promove uma análise conceitual das teorias dialógicas, acompanhado de avaliação das experiências práticas internacionais; e examina a realidade brasileira, no tocante ao histórico da relação Legislativo-Judiciário, com foco em estudo de casos na seara político-partidário-eleitoral. Entre os objetivos do presente trabalho, além de oferecer respostas às indagações postas, está a avaliação da qualidade e da efetividade das intervenções judiciais e a proposição de medidas concretas para a prevenção e correção de desequilíbrios entre esses dois Poderes.

Palavras-chave: jurisdição constitucional, democracia, separação de poderes, ativismo judicial, judicialização da política, diálogos institucionais, controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

The debates about the tension between the constitutional adjudication and representative democratic bodies have focused primarily on questioning the legitimacy of judges, not subject to popular scrutiny, uttering the final word on political issues. Beyond the question of legitimacy, other perspectives need to be analyzed: the model of separation of powers designed by the 1988 Constitution ensures the balance between the legislative and judicial branches; or are there asymmetries that affect this balance, indicating that we are experiencing judicial supremacy in Brazil? What are the possibilities for correction of any judicial excesses? Are the theories of institutional dialogues an alternative to judicial self-restraint? Are these theories applicable in Brazil, considered our political-legal context? To provide answers to questions, this work promotes a conceptual analysis of the dialogical theories, along with evaluation of international practice experiences, and examines the Brazilian reality, regarding the history of legislative-judicial relationship, focusing on case studies in political-electoral sector. Among the objectives of this work, besides offering answers to the questions put, is to review the quality and effectiveness of judicial interventions and propose concrete measures for the prevention and correction of imbalances between these two Powers.

Palavras-chave: constitutional adjudication, democracy, separation of powers, judicial activism, judicialization of politics, institutional dialogues, judicial review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
-----------------	----

CAPÍTULO 1 – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

1.1 Separação de Poderes	14
1.1.1 A Superação do modelo clássico de separação dos Poderes	17
1.1.2 Uma nova separação de Poderes.....	18
1.2 Fatores históricos e contemporâneos de expansão do poder judicial	20
1.3 Supremacia judicial – uma visão histórica e contemporânea do contexto norte-americano.....	22
1.3.1 Supremacia Constitucional – “judicial review” sem supremacia judicial.....	26
1.4 O contexto europeu	29
1.5 Uma palavra final	31

CAPÍTULO 2 – ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1 Introdução ao Capítulo	33
2.2 Conceitos	33
2.3 Maximalismo e Minimalismo	43
2.4 Formas alternativas de controle de constitucionalidade	45
2.4.1 O critério Thayeriano e o comportamento deferente da Corte Constitucional	48
2.5 Uma palavra final	49

CAPÍTULO 3 – DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS ENTRE PODERES

3.1 Introdução ao Capítulo	51
3.2 Conceitos	51

3.3 A “última palavra” – existe e é relevante?.....	55
3.4 A experiência canadense de diálogos institucionais.....	57
3.5 Conflitos institucionais entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal	61
3.5.1 Uma palavra sobre a PEC 33/2011	63
3.5.2 Uma palavra sobre a PEC 3/2011	65
3.6 Há diálogo “de fato” entre o STF e o Congresso Nacional?	68
3.6.1 Superação de decisões do STF pela via legislativa.....	69
3.6.1.1 Via Emenda à Constituição.....	69
3.6.1.2 Via legislação ordinária (maiorias simples).....	71

CAPÍTULO 4 – A REALIDADE BRASILEIRA

4.1 Juristocracia ou Falácia?.....	73
4.2 Assimetrias entre os Poderes Legislativo e Judiciário.....	85

CAPÍTULO 5 – ESTUDO DE CASOS

5.1 Introdução ao Capítulo	88
5.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre matéria político eleitoral e seus efeitos colaterais	89
5.2.1 Verticalização de coligações	89
5.2.1.1 Efeitos colaterais da decisão judicial de verticalização de coligações.....	91
5.2.2 Fidelidade partidária	93
5.2.2.1 Efeitos colaterais da decisão judicial sobre fidelidade partidária	95
5.2.3 Definição das bancadas na Câmara dos Deputados	99

5.2.3.1 Efeitos colaterais da decisão judicial que altera o número de Deputados Federais por estado – Efeitos do Decreto Legislativo que sustou a decisão do Tribunal Superior Eleitoral	101
5.2.4 Modelo de financiamento de campanhas eleitorais	101
5.2.4.1 Possíveis efeitos colaterais da decisão judicial sobre o modelo de financiamento de campanhas eleitorais	102
5.3 Uma palavra final	104

CAPÍTULO 6 – EXAME DA VIABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA DA PRÁTICA DIALÓGICA NO BRASIL

6.1 A inviabilidade no plano jurídico-normativo e político-institucional	107
6.2 As Propostas viáveis	108

CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
----------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	118
-------------------	-----

INTRODUÇÃO

A tensão existente entre a jurisdição constitucional e a democracia não constitui tema novo no estudo do constitucionalismo moderno, ainda que haja enfoques recentes associados à aplicação do princípio da separação de poderes.

Historicamente, o foco dos debates tem sido a questão da legitimidade das Cortes constitucionais – cujos juízes não estão submetidos ao controle popular – para cassar leis aprovadas por representantes eleitos pelo povo.

Os argumentos de que somente agem mediante provocação (realizada muitas vezes pelas próprias instâncias de representação popular), e de que não podem se furtar à tomada de decisões, também têm servido aos esforços de reconhecer as Cortes Constitucionais como reais atores políticos.

A intervenção de instâncias judiciárias no desenho político-institucional, fazendo escolhas políticas, ainda que essas escolhas não estejam ligadas ao estrito exame da compatibilidade das matérias com a Constituição Federal, tendem a ser vistas com naturalidade, e até como necessárias, tanto pelo caráter moralizador das medidas, quanto pela imposição de limites à ampla liberdade (às vezes, demasiada) de conformação das forças políticas (como ocorreu no caso da fidelidade partidária).

As implicações desse ambiente para a democracia são imediatas, e demandam reflexão. A rigor, esse tema é objeto de intenso debate até mesmo em democracias consolidadas.

A experiência histórica de muitas nações revela ser procedente a preocupação com a limitação de poderes com o objetivo de frear a tendência natural ao abuso de poder. A revisão judicial evoluiu justamente sob o argumento de combater, pela presunção de imparcialidade e independência dos juízes, o viés tirânico da maioria, atuando quando necessário, de modo contramajoritário.

Contudo, não é difícil apontar, ao longo da história das Supremas Cortes, decisões judiciais controversas no exercício dessa função. Às vezes, são decisões dignas de reverência e admiração, outras vezes, nem tanto. Tomando como mero exemplo a (muito

estudada) Suprema Corte dos Estados Unidos, há tantos equívocos históricos como grandes contribuições aos padrões civilizatórios¹.

Além do aspecto da legitimidade da intervenção das Cortes, impõe-se a necessidade de avaliação da qualidade de tais intervenções.

O debate é deveras complexo. Referindo-se ao contexto norte-americano, sob a ótica da legitimidade, Kramer² chega a descrever o monopólio judicial da última palavra como algo inexorável, inevitável e destinado a salvar o povo do próprio povo.

Atendendo à preocupação maior da teoria clássica da separação dos poderes - a limitação mútua - é necessário prosseguir investigando modelos alternativos ao sistema de supremacia judicial e ao monopólio da última palavra.

Nesse sentido, voltando-se ao peculiar contexto da jovem democracia brasileira, terreno fértil para a atuação do Supremo Tribunal Federal em matérias relacionadas à política “pura”, exsurge uma relevante questão: seria viável a aplicação de teorias dialógicas ao ordenamento jurídico-constitucional de 1988, como forma de corrigir eventuais excessos judiciais, ou a única alternativa à correção de tais excessos seria a autocontenção judicial?

Dessa questão maior derivam outras indagações subsidiárias: o modelo de separação de poderes desenhado pela Constituição de 1988 assegura o equilíbrio entre os Poderes ou existem evidências de assimetrias?

Para respondê-las, examinaremos a realidade brasileira, à luz de teorias de diálogos institucionais entre Poderes, realizando estudos de casos específicos que versem sobre a matéria político-partidária e eleitoral.

Objetiva-se, com o presente trabalho, examinar a relação institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, identificando possíveis assimetrias e desequilíbrios; avaliar sob os aspectos jurídicos e políticos a aplicabilidade das teorias dialógicas no contexto normativo brasileiro; avaliar a qualidade e a efetividade das

¹ Figuram no rol de decisões equivocadas da Suprema Corte dos Estados Unidos: *Dred Scott*, *Plessy v. Ferguson*, *Korematsu v. United States*, e nas grandes contribuições, *Brown v. Board of Education*. (A referência a *Brown v. Board of Education* como exemplo para demonstrar a capacidade da Suprema Corte de proteger direitos fundamentais. Essa decisão, contudo, deve ser melhor compreendida quanto ao seu impacto, no contexto estadunidense de federalismo, da imposição a governos e elites locais (juizes e legisladores) recalcitrantes no cumprimento da nova jurisprudência).

² KRAMER, Larry. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford Press, 2004. p. 229

intervenções do Supremo Tribunal Federal na área da política “pura” (restrita, neste trabalho, às matérias político-partidário-eleitorais); e propor medidas concretas para a prevenção e correção de assimetrias e influências políticas na atuação do Supremo Tribunal Federal.

No capítulo 1, examinamos a relação entre a jurisdição constitucional e a democracia, iniciando pela teoria clássica da separação de poderes (de Locke e Montesquieu), e sua releitura nos Estados contemporâneos. Valemo-nos do pensamento de Bruce Ackerman e Tércio Sampaio Ferraz Jr. Estudamos também os fatores históricos que levaram à expansão do Poder Judicial com base na seminal obra de Tate e Vallinder. Além disso, examinamos a evolução da supremacia judicial no contexto dos Estados Unidos e na Europa.

No capítulo 2, estudamos os fundamentos do ativismo judicial e da judicialização da política tendo como base o pensamento de Ran Hirschl, Luis Roberto Barroso, Elival da Silva Ramos e Bradley C. Cannon. Além disso, estudamos os postulados do minimalismo judicial de Cass Sunstein e as formas alternativas de controle de constitucionalidade propostas por Mark Tushnet e Jeremy Waldron, que consistem no principal referencial teórico do presente trabalho.

Após o embasamento teórico obtido nos capítulos 1 e 2, adentramos, no Capítulo 3, às teorias dos diálogos institucionais entre Cortes Constitucionais e Parlamentos. Examinamos as bases conceituais dos diálogos institucionais com fundamento no pensamento de Kent Roach, Luc Tremblay, Christine Bateup e Vanice Regina L. do Valle. Além disso, investigamos a experiência canadense quanto ao emprego concreto dos mecanismos dialógicos – como a cláusula não-obstante – e as lições obtidas, valendo-nos das avaliações de Rosalind Dixon e Peter Russell.

O capítulo 4 é dedicado à avaliação da realidade brasileira, no que diz respeito ao possível comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal. Valemo-nos, para tanto, da pesquisa quantitativa, realizada pela cientista política Thamy Pogrebinski, que dá tratamento estatístico a todas as ações de inconstitucionalidade julgadas (procedentes e improcedentes) pelo Supremo Tribunal Federal sobre leis aprovadas no Congresso Nacional que tiveram sua constitucionalidade desafiada na Corte. A pesquisa é rica e relevante para o debate sobre esse tema. Em que pese se tratar de uma pesquisa

apenas quantitativa (sem tratar da qualidade dos casos), produz uma boa fotografia do cenário brasileiro nessa seara, constituindo um ponto de partida para conclusões de cunho qualitativo.

Ainda nesse capítulo, analisamos propostas do Congresso Nacional que trazem elementos dialógicos para o sistema brasileiro, e os casos concretos de superação, pela via legislativa, de decisões judiciais, com o fim de verificar a existência de um “diálogo de fato” entre o Legislativo e o Judiciário brasileiros.

O cenário de supremacia judicial vigente no Brasil é fortalecido por assimetrias entre o Judiciário e o Legislativo. Essas assimetrias também são estudadas nesse Capítulo.

No capítulo 5, realizamos os estudos de casos de decisões do Supremo Tribunal Federal, limitados ao contexto político-eleitoral, seguindo a categorização proposta por Ran Hirschl quando fala da “política pura”. Aprofundamos, nesse capítulo, os quatro casos mais relevantes dos últimos doze anos em matéria partidário-eleitoral, e que tiveram uma atuação proativa do Supremo Tribunal Federal.

Os casos estudados são: Verticalização das Coligações Partidárias, a Fidelidade Partidária, o Dimensionamento das Bancadas Estaduais de Deputados Federais na Câmara dos Deputados e o Modelo de Financiamento das Campanhas Eleitorais.

Durante o exame de cada caso, são analisados os efeitos colaterais das intervenções judiciais, desenvolvidas sem emprego de mecanismos de diálogo institucional.

O capítulo 6 é dedicado ao exame da viabilidade política e jurídica do modelo dialógico inspirado no arranjo canadense. A viabilidade é examinada tanto no plano normativo, quanto no plano institucional.

Apresentamos seis propostas, todas de cunho normativo, delineadas com base no arcabouço teórico constante dos capítulos iniciais e nas conclusões extraídas do estudo de casos. As propostas levam em conta as limitações impostas pelo ordenamento jurídico-constitucional ao poder constituinte derivado, e dessa forma, não contemplam sistemas de controle brandos (*weak form*) de constitucionalidade. São medidas pontuais que se propõem, sobretudo, a reduzir a assimetria entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

1. Jurisdição Constitucional e Democracia

1.1 Separação de Poderes

As constituições servem, em boa medida, para catalogar direitos fundamentais e estabelecer regras de limitação de poderes. O princípio da separação de poderes tem essencialmente a finalidade de limitação mútua. Nesse contexto, é fundamental, para o presente trabalho, o estudo das teorias de separação em sua conformação moderna.

No século XVII, o pensamento de John Locke (1632-1704) modelou a base moderna do princípio da separação de poderes. Contratualista, liberal e de forte convicção parlamentarista, Locke, em sua obra “Dois Tratados sobre o Governo” concebia o arranjo da supremacia parlamentar³, considerando este poder como superior aos demais, incumbindo ao Executivo a aplicação das leis e ao Federativo a administração das relações internacionais com outros Estados.

Apesar de sustentar a supremacia da função legislativa – “não há poder mais alto do que o poder de ditar leis” -, Locke já indicava a existência de limites no exercício desse poder supremo, entre eles a vedação à edição de leis voltadas para o benefício próprio de seus membros e a observância da finalidade do bem comum.

Importa ressaltar que Locke, em seu modelo, não discorreu expressamente sobre o Judiciário como uma função à parte, tendo-a apenas como uma atividade meio do Legislativo.

Montesquieu, no século XVIII, com evidente influência e inspiração em Locke, ressaltou a importância da divisão de poderes como uma garantia da liberdade do cidadão. Tinha em conta mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico⁴. Prevalcia, à época, mais o intuito de inibir um poder pela atuação de outro, do que um sistema estatal de distribuição de competências.

³ LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 514-517.

⁴ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”. Revista USP, nº 21. p. 14

Em poucos parágrafos⁵ de seu *Espírito das Leis*, Montesquieu descreve a teoria da separação dos Poderes, para logo em seguida, de forma mais extensa, dedicar-se à coordenação dos Poderes, voltada a criar o sistema de freios e contrapesos.

A tripartição funcional de Poderes do Estado, defendida pelo autor, previa três classes de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo relativo aos assuntos de relações exteriores e da segurança nacional, e o Poder Executivo que cuidava de punir os delitos e de julgar as diferenças entre particulares.

A rigor, Montesquieu via a separação orgânico-funcional como uma condição prévia para o equilíbrio entre os Poderes, alcançado mediante o uso de mecanismos de freios e contrapesos.

Valdés⁶ entende o princípio da separação de Poderes como um princípio da proibição da união orgânica que atenta contra a liberdade. E, citando Nuno Piçarra, afirma que “a separação orgânico-funcional é simplesmente um pressuposto da balança de Poderes”.

Montesquieu alerta que, se o Poder Executivo não tiver o direito de frear o Legislativo, este será despótico e poderá aniquilar os demais Poderes. Para cuidar da relação entre esses dois segmentos estatais, Montesquieu desenvolveu a distinção entre a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) e faculdade de impedir (*faculté d’empêcher*). A faculdade de estatuir diz respeito ao direito de ordenar por si mesmo, e a faculdade de impedir, ao direito de anular uma resolução tomada por outro Poder.

Registre-se que Montesquieu não conferiu o caráter autêntico de um poder político ao Judiciário, e enxergava os juízes como um instrumento que pronunciava as palavras da lei.

Para Ferraz Jr⁷, em avaliação da teoria de Montesquieu, o Judiciário seria o ramo que menos tinha a ver com força política, haja vista que “dos três poderes mencionados, o de julgar é, em certo modo, nulo. Não restam senão dois”.

⁵VALDÉS, Roberto Luís Blanco. *O Valor da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 48. Segundo o autor, Montesquieu usa, de forma concisa, apenas seis parágrafos dos setenta e um dos que integram o capítulo VI do *Espírito das Leis* para descrever a teoria da separação dos Poderes, e dedica os restantes à coordenação dos Poderes, sob a qual desenvolve o sistema de freios e contrapesos.

⁶ VALDÉS, Roberto Luis Blanco. *O Valor da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 44-50.

⁷ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”. *Revista USP*. Revista USP nº 21. p. 15

Essa visão era compatível com a ideia de neutralidade política do Judiciário (uma das importantes peças na engrenagem do Estado burguês), tendo se tornado, ao longo do século XIX, na pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos. A ideia central era que o juiz deveria ter um papel meramente “instrumental”, visando, sobretudo, a um ambiente social pacificado e seguro.

Numa perspectiva histórica, esse contexto se modificou sobremaneira. Tomando a conjuntura norte-americana como exemplo⁸, pode-se constatar que a neutralidade judicial jamais foi acompanhada de real alheamento político-ideológico.

Alguns episódios ilustram bem essa constatação. Um dos mais notórios ocorreu no início do século XX⁹. Sob o signo da doutrina liberal do laissez-faire, Charles Hughes, Presidente da Suprema Corte, afirmou: “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution”.

A prevalência da convicção dos Tribunais sobre as opções dos legisladores fez surgir entre o final do século XIX e início do século XX a célebre expressão “governo dos juízes”, do qual o caso *Lochner*¹⁰ é o clássico exemplo.

Ainda nos Estados Unidos do século XX, após breve período de perfil autocontido¹¹ (pois havia mudado a feição do Estado, e dessa forma, também se alterou a

⁸ A referência meramente exemplificativa da conjuntura norte-americana não implica reconhecer a predominância desse modelo no resto do mundo, haja vista a existência de outros modelos, tais como os europeus, cujas trajetórias de afirmação do poder judicial partiram de contextos políticos, históricos e culturais distintos, em que pese receberem influências do sistema norte-americano, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

⁹ Em 1907, durante seu discurso na Câmara de Comércio de Nova York, Charles Hughes afirmou: “Estamos submetidos a uma Constituição, mas esta Constituição é o que os juízes dizem que é, e o Judiciário é o guardião de nossa liberdade e de nossa propriedade, sob a Constituição”.

¹⁰ Caso *Lochner v. New York* – 198 US 45 (1905) –. Refere-se, também, à Era *Lochner* (1905-1937) como um período “ativista negativo” ou “passivismo”, de cunho conservador, no qual a Suprema Corte invalidou várias leis estaduais que se propunham a regular relações empregador-empregado.

¹¹ Período em que houve um embate entre o Poder Executivo (Governo Roosevelt) e a Suprema Corte. O Presidente Roosevelt, valendo-se de sua popularidade, ameaçou alterar o perfil da Suprema Corte (*Court Packing Plan*), aumentando, inclusive, em quatro o número de juízes, como uma reação às reiteradas decisões pela inconstitucionalidade da legislação de teor intervencionista estatal que buscava a recuperação econômica após a crise de 1929. A mudança não foi concretizada em face de mudança de entendimento no episódio que ficou conhecido como “The switch in time that saved nine” (“mudança em tempo de salvar os nove”). De qualquer modo, as nomeações de juízes alinhados com os fundamentos do *New Deal* (conhecidos como *justices new dealers*) realizadas por Roosevelt mudaram o perfil conservador da Corte do qual o caso *Lochner* tornou-se símbolo.

feição do direito)¹² - a atuação da Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) mostrou-se progressista, proferindo decisões que modificaram significativamente padrões da sociedade americana, da qual o caso *Brown vs. Board of Education* é a referência mais notória¹³.

1.1.1 A superação do modelo clássico de separação de Poderes

As modificações trazidas pelo avanço do Estado Social afetaram, sobremaneira, a função do Judiciário, sobretudo no que se relaciona à responsabilidade na concretização das promessas estatais. Segundo Ferraz Jr¹⁴, o juiz passou a exercer uma função “socioterapêutica”, tendo também a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social.

Essa leitura coincide com a superação de uma visão de poderes separados hermeticamente, na qual os juízes eram vistos como “bocas da lei” – uma visão típica da escola da exegese.

Ferraz Jr. cita a publicação de Hans Girard¹⁵, cujo sugestivo título – Despedindo-se de Montesquieu - sintetiza seu conteúdo, ao afirmar que o princípio da separação de poderes não tem hoje a mesma relevância de outras épocas.

Vale registrar, em contraponto à visão de Girard, a posição de Jorge Miranda sobre a atualidade da teoria:¹⁶ “Montesquieu continua actual; só existe liberdade onde o poder aparece distribuído por vários centros ou sujeitos. E, sobretudo, Montesquieu é actual

¹² STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 124.

¹³ Para Tushnet, a história constitucional norte-americana sugere que os juízes raramente aproveitaram as oportunidades que o “judicial review” lhes confere para proteger direitos fundamentais. Os casos usualmente utilizados para demonstrar que a Suprema Corte pode proteger direitos quando as leis não o fazem são *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*. Ainda segundo Tushnet, Brown deve ser mais bem compreendido como um caso de imposição a governos locais recalcitrantes de normas oriundas de elites nacionais não sulistas, e deve ser visto no contexto do federalismo norte-americano. TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o Judicial Review: Uma Perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 227.

¹⁴ FERRAZ Jr. Op. Cit. p. 19.

¹⁵ GIRARD, Hans. *Apud* FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”. *Revista USP* n. 21. p. 21.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Divisão do Poder e Partidos Políticos*. In: *Estado Constitucional e Organização do Poder*. Org: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 27.

pela sua análise de um *pouvoir d'empêcher* (poder de impedir) a par de um *pouvoir de statuer* (poder de decidir)”.

Certo é que não mais se justifica a defesa de um modelo estático e hermético que impede o juiz, sob o argumento de atentar contra a soberania popular, de concretizar direitos fundamentais de cidadãos que recorrem ao Judiciário.

Vive-se, pois, em um contexto novo, de co-responsabilidade entre os componentes do Estado, que deixa o caráter apenas negativo dos direitos (abstenção do Estado em limitar as liberdades fundamentais e a propriedade, típico do Estado Liberal) para também atender ao caráter positivo dos direitos (direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem uma ação estatal, típica do Estado Social).

Esse novo contexto afetou o papel do Poder Judiciário, na medida em que a sociedade em geral passou a recorrer a este Poder como a última trincheira para ver concretizadas as promessas dos legisladores constituintes e, eventualmente, não realizadas em face da inação dos demais poderes.

Assim, foram postas à disposição da Jurisdição Constitucional um arsenal de técnicas de decisão que constituem poderosos instrumentos para concretização de direitos, mas que, colateralmente, também podem veicular excessos.

Examinando o contexto brasileiro, Tavares¹⁷ alerta para o anacronismo de uma separação hermética de Poderes, e aponta a necessidade de superação do paradigma do “legislador negativo” por pura incompatibilidade com a realidade de uma jurisdição constitucional forte e atuante. Para Tavares, a superação desse paradigma não é um “capricho acadêmico”, mas uma imposição da própria realidade, haja vista o risco de a doutrina tornar-se desajustada e incompleta em sua função de oferecer respostas adequadas às dificuldades emergentes do modelo clássico.

1.1.2 Uma nova Separação de Poderes?

Digno de nota é o ensaio de Bruce Ackerman no qual realiza um diagnóstico sobre o postulado da separação de poderes, e procura propor um novo modelo.

¹⁷TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: Superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. In: Direitos Fundamentais e Justiça. v. 3, n. 7. Porto Alegre: HS Editora. 2009. p. 167–181.

Didaticamente, indaga Ackerman¹⁸: “separação de poder em nome de quê?” O próprio autor responde: em nome da democracia – para servir ou impedir um projeto populista de autogoverno.

Ackerman rejeita tanto o modelo norte-americano de separação de poderes – criticando, inclusive, sua “exportação” para outros países -, quanto o modelo de inspiração britânica (modelo de Westminster), como estruturas promissoras para o futuro. Embora reconheça o sucesso, no que se refere a evitar o autoritarismo, Ackerman entende ser possível ir além do modelo clássico de separação.

Para tanto, defende, como limitação aos poderes legiferantes do Parlamento, a execução de referendos populares em nível nacional¹⁹.

No campo da proteção de direitos fundamentais, reconhece a essencialidade de uma Corte forte e atuante, mas vê necessária a adoção de medidas suplementares em relação às Cortes. Entre essas medidas, Ackerman destaca o processo de engenharia constitucional concernente à nomeação de juízes para a Suprema Corte. Demonstra simpatia pelo modelo alemão que confere um quase poder de veto à minoria (ao exigir a aprovação de dois terços dos membros do Parlamento), no sentido de evitar a nomeação de “correligionários” do Chanceler²⁰. Acredita, também, que a limitação de mandato (doze anos, sem recondução) contribua para uma atuação voltada à imparcialidade e à moderação.

Tais medidas seriam também saudáveis ao contexto brasileiro, mesmo que não se constate uma atuação de viés político-partidário por parte dos ministros. Em vez de um remédio contra males já ocorridos, serviriam mais como uma “vacina” contra possíveis desequilíbrios, sobretudo quando da tomada de decisões na área político-eleitoral.

Por fim, Ackerman exorta a academia a buscar modelos audaciosos que transcendam às formulações triádicas familiares. É de fato um real desafio.

Essa dissertação, no entanto, não se propõe a apresentar parâmetros voltados a uma nova separação de Poderes, tampouco se entende que os modelos de diálogos

¹⁸ ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

¹⁹ ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 8. O autor critica, no entanto, o uso excessivo e a banalização do instituto da consulta popular, tal como feito na Califórnia, onde “os eleitores são dominados por uma série de complexas iniciativas eleitorais a cada dia de eleição”, tornando os resultados muitas vezes contaminados por campanhas publicitárias enganosas, não tendo os cidadãos tempo ou energia para estudar as implicações das propostas a eles submetidas. ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

²⁰ ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 42.

institucionais se prestem a tanto, pois, em essência, não passam de mecanismos de valorização do equilíbrio e limitação mútua entre as Cortes e o Legislativo (pressupostos da teoria clássica).

No entanto, mesmo inseridos no contexto da teoria clássica de separação dos Poderes, é viável se propor mecanismos de prevenção e correção de assimetrias.

1.2 Fatores Históricos e Contemporâneos de Expansão do Poder Judicial

São muitos os fatores que influenciaram e continuam a influenciar a expansão do poder judicial em todo o mundo. Vários deles têm viés geopolítico e até cultural, o que pode explicar a abrangência do fenômeno para além das fronteiras dos Estados Unidos, considerado, por Tate e Vallinder²¹, o berço da judicialização.

Para Vallinder, o mais impressionante desses fatores foi a derrocada do totalitarismo comunista na Europa oriental e o desaparecimento da União Soviética, deixando os Estados Unidos como a única superpotência²². Esse fato fez com que as práticas e os costumes estadunidenses tivessem maior penetração no resto do mundo. A judicialização é um exemplo da notória influência cultural que exercem a jurisprudência e a ciência política norte-americanas.

Discorrendo sobre o grande poder conferido ao judiciário norte-americano, Vallinder destaca o entusiástico endosso de Hamilton (The Federalist Papers, nº 78, de 1787) ao “judicial review”, como contraponto aos riscos embutidos no uso estrito da regra da maioria. Pouco tempo depois, em 1803, tinha lugar o célebre caso Marbury vs. Madison.

Outros pensadores liberais europeus do fim do século XVIII e século XIX, sob a influência dos acontecimentos da revolução francesa, também se manifestaram favoráveis a sistemas constitucionais que trouxessem mecanismos que tratassem dos riscos do despotismo com apoio popular. Entre esses pensadores, Vallinder destaca Benjamin Constant, Aléxis de Tocqueville e John Stuart Mill.

²¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press. 1995. p.2.

²² TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. p.2: “Several of these factors are international in their scope. Perhaps the most stunning of these has been the breakdown of totalitarian communism in Eastern Europe and the disappearance of the Soviet Union, leaving the United States, the home of the judicialization of politics, as the one and only superpower.”

Constant ressaltou a importância da independência dos juízes; Tocqueville, em seu clássico *Democracia na América* (de 1840), discutiu longamente o papel do judiciário norte-americano, demonstrando grande simpatia com o controle difuso de constitucionalidade. Vallinder enaltece algumas passagens:

Os americanos confiaram, pois, a seus tribunais um imenso poder político, mas, obrigando-os a criticar as leis por meios judiciários, diminuiram muito os perigos desse poder.

Encerrado em seus limites, o poder concedido aos tribunais americanos de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade das leis representa também uma das mais poderosas barreiras contra a tirania das assembleias políticas²³.

Já em contexto contemporâneo, Vallinder²⁴ defende a tese de que está em andamento um processo de expansão do poder judicial em todo o mundo, e enumera condições que favorecem esse processo:

a) a democracia – embora as questões relativas à judicialização da política sejam por muitos vistas como ameaça à democracia, não se encontram debates acerca da judicialização fora de regimes democráticos;

b) a separação de poderes – também pode parecer paradoxal, mas, de certo modo, a tomada de decisões por poderes independentes leva a uma posição favorável de afirmação do judiciário em relação ao legislativo e ao executivo. A separação formal de poderes pode, pois, favorecer a judicialização;

c) política de direitos – a existência de um catálogo formal de direitos ou a aceitação de princípios de proteção individual e de minorias também é apontado como fator de favorecimento à judicialização. Quando há aceitação da legitimidade de uma política de direitos, é natural que também ocorra em relação ao trabalho dos tribunais;

d) atuação de grupos de interesse junto às Cortes – normalmente, grupos de interesse que possuem desvantagens no processo de decisão majoritário passam a atuar nas cortes de modo a também serem contemplados em uma política compreensiva de direitos. Em vez de um afastamento, observa-se uma aproximação de grupos sociais das Cortes;

²³ Trecho constante da obra de Tocqueville – *A Democracia na América*. Livro 1 – *Leis e Costumes* – Tradução de Eduardo Brandão. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 2005. p. 115-117

²⁴ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press. 1995. p. 27.

e) uso das Cortes pela oposição política – independentemente da receptividade de suas demandas, grupos opositoristas costumam levar ao Judiciário questões nas quais tenham sido derrotados no processo majoritário ordinário, obstruindo iniciativas governamentais.

f) ineficiência e imobilismo das instituições majoritárias e a fragilidade de organizações políticas tradicionais (partidos políticos, por exemplo) levam ao deslocamento do fórum de debates para instituições de cunho não majoritário (por exemplo, os tribunais).

g) delegação de instituições majoritárias – há determinadas matérias que as instituições majoritárias preferem não enfrentar, em face de seu elevado custo político, optando por deixá-las nas mãos dos tribunais.

1.3 Supremacia Judicial – uma visão histórica e contemporânea do contexto norte-americano

Um argumento frequentemente empregado para justificar a supremacia judicial é sua decorrência natural do Estado constitucional. Seria da essência desse Estado a existência de um último intérprete autorizado, não sujeito a pressões populares ou a contingências eleitorais. Esse intérprete seria naturalmente o Judiciário.

Os fundamentos da supremacia judicial nos Estados Unidos remontam ao célebre caso *Marbury vs. Madison*, no qual o presidente da Suprema Corte, John Marshall, declarou “it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”.²⁵

Antes mesmo da auto-afirmação da Suprema Corte como último intérprete constitucional, Madison, no *Federalista* nº 78²⁶, já havia feito essa construção de natureza política:

Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciais entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. (...) Mas não se segue daqui que o Poder

²⁵ *Marbury vs. Madison*, 5 US 137, 177 (1803)

²⁶ HAMILTON, MADISON e JAY. O FEDERALISTA. Belo Horizonte: Ed. Líder. 2003. p. 460.

Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer.

Segundo Keith Whittington²⁷, a competência de emitir a última palavra sobre o sentido da constituição não decorreria do direito objetivo ou da infalibilidade da Corte, mas da falta de outra instância interpretativa além da própria Corte.

Ainda que não haja uma palavra sequer na Constituição dos Estados Unidos sobre o “judicial review”, não constitui tarefa simples contestar tal sistema, seja por sua longa tradição, seja pela aceitação tácita dos atores políticos e da sociedade americana. Em última análise, a supremacia judicial ocorre por meio de um “convite político” e não por um “golpe judicial”.²⁸

Além disso, segundo Whittington²⁹, a supremacia judicial repousa em fundamentos políticos. Embora o Judiciário possa tratar de sua supremacia como resultante da interpretação constitucional, é essencial que os demais atores políticos aquiesçam com esse entendimento.

De qualquer modo, Whittington³⁰ reconhece que a supremacia judicial cresceu ao longo do tempo e tornou-se um instituto mais seguro, em que pese sempre ter havido discordâncias. Nesse contexto, conclui o autor que a interpretação pela autoridade judicial não deve ser absoluta e estável, e que a Corte deve competir com os demais atores políticos pela autoridade de definir os termos da Constituição. Não seria, pois, algo que se presume, mas que continuamente se alimenta dentro da arena política.

Ressalte-se que a dinâmica da supremacia judicial no contexto estadunidense pode ser entendida como já prevista, em teoria, no Federalista nº 78, concretizada com a decisão do célebre caso *Marbury vs. Madison*³¹, e reforçada por *Cooper v. Aaron*³². Mas,

²⁷ WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, The Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007. p. 7

²⁸ WHITTINGTON, Keith E. Op. Cit. p. 294. Em inglês: “Judicial supremacy is established by political invitation, not by judicial putsch”.

²⁹ WHITTINGTON, Keith E. Op. Cit. p. 9

³⁰ WHITTINGTON, Keith E. Op. Cit. p. 27

³¹ O impacto dessa decisão não foi largamente percebido à época (1803), como se pode constatar pelo lapso decorrido entre essa decisão e a imediatamente seguinte (mais de meio século) que também anulou uma lei federal – a odiosa decisão *Dred Scott* -, em 1857. Não obstante, as decisões *United States v. Peters*, de 1809 e *Fletcher v. Peck*, em 1810, embora não tivessem anulado atos legislativos ou executivos, reafirmaram o princípio da supremacia da Constituição em caso de colisões com demais disposições.

ao longo da história, essa dinâmica sofreu variações. Em certos momentos foi desafiada e tornou-se vulnerável, principalmente em situações em que o líder político tinha um viés reformador (como confirma o “Court Packing Plan” de Roosevelt, durante o “New Deal”³³).

A trajetória da supremacia judicial nos Estados Unidos encontrou outro ponto de inflexão no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*³⁴, que superou a doutrina Separados mas Iguais, adotada com o julgamento de *Plessy vs. Ferguson*³⁵. A Corte Warren superou a atuação política da Era Lochner e encontrou um novo nicho de atuação, no sentido da proteção de direitos civis e garantias fundamentais, adotando um perfil contido e deferente ao Poder Executivo.

Passando ao momento contemporâneo, entendemos relevante avaliar o modelo de supremacia judicial norte-americano tanto pela ótica da legitimidade, quanto pela qualidade das intervenções judiciais. Valemo-nos, para tanto, do debate acadêmico entre Dworkin e Waldron sobre a supremacia judicial e o “judicial review”.

Nesse debate, Waldron afirma³⁶ que as imposições sobre as condições de exercício da democracia, ainda que voltadas ao seu aperfeiçoamento, se realizadas por instituições não democráticas, resultarão em prejuízo para a própria democracia.

Já Dworkin, um dos históricos defensores do “judicial review”³⁷, já não mostrava, em sua última obra (*Justice for Hedgehogs*), tanta disposição a receber críticas por essa defesa. Dworkin fez considerações sobre o “judicial review” tendo em conta duas

³² Cooper v. Aaron – (1958) - um dos mais sérios desafios à legitimidade da Suprema Corte, que por unanimidade, reafirmou a supremacia judicial, com o fim de combater a tentativa de alguns estados de não cumprirem a decisão de promover a integração racial nas escolas, proferida em *Brown v. Board of Education*. Afirmou a Suprema Corte serem suas decisões “the supreme law of land”.

³³ Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana acabou recuando no momento em que as circunstâncias políticas eram excepcionais. Os líderes de então foram suficientemente hábeis para alcançar seus objetivos sem instaurar um clima de grave disputa institucional.

³⁴ 347 US 483 (1954)

³⁵ 163 US 537 (1896)

³⁶ WALDRON, Jeremy. O Judicial Review e as Condições da Democracia In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 269

³⁷ Dworkin sempre defendeu ser o Judiciário o poder mais apropriado para a defesa de direitos fundamentais, não importando se sua formação era ou não fruto direto do exercício de procedimentos democráticos, tendo como primordial o resultado das decisões tomadas por Cortes confiáveis. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: The moral reading of the american Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

decisões importantes da Suprema Corte, ambas de natureza política: *Bush v. Gore*³⁸ e *Citizens United*^{39 40}:

Uma falange de juízes com as mesmas ideias pode, de facto, anular leis que são populares, comprometer políticas populares e alterar de forma crítica as instituições e os processos eleitorais. No exercício desse poder, podem cometer erros graves. Nos anos 30 do século passado, o Supremo Tribunal provocou muitos danos, ao considerar inconstitucionais grandes partes da legislação do *New Deal* do presidente Franklin Roosevelt, bem como nos primeiros anos do mandato do presidente John Roberts, ao atacar programas de alívio da tensão racial e da discriminação. O Supremo Tribunal prejudicou a democracia pela maneira como resolveu as eleições presidenciais de 2000 e na sua recente decisão, de 5 contra 4, de que as empresas não podem ser impedidas de gastar o que quiserem em publicidade televisiva negativa para derrotarem os legisladores que se opõem aos seus interesses.

Por outro lado, Dworkin reconhece que a Suprema Corte não deve, isoladamente, absorver todas as críticas por produzir decisões que tragam prejuízo à democracia, mas deve-se analisar como um todo o sistema de governo representativo.

Afirma Dworkin:

Um índice independente que registrasse que os juízes constitucionais não são eleitos, mas que também levasse em conta todos os outros fatores e dimensões relevantes de poder e responsabilização, não classificaria o escrutínio judicial como mais danoso, de uma forma geral, para a igualdade política, em nenhuma medida, do que várias outras características do complexo governo representativo.

Além de defender⁴¹ a instituição de mandatos para membros da Suprema Corte dos EUA⁴², Dworkin também rejeita a inevitabilidade do escrutínio judicial e não o

³⁸ *Bush v. Gore*, 531 US 98 (2000). Por 5 votos a 4, a Suprema Corte decidiu o resultado final da eleição presidencial dos EUA em 2000, em decorrência de um impasse na contagem dos votos no Estado da Florida, que numa primeira contagem indicava vitória do candidato republicano George Bush, por estreita margem, que ensejou o pedido de recontagem manual dos votos. À medida que avançava a recontagem, reduzia a margem, indicando uma possível reversão. A SC decidiu por interromper a contagem, dando a vitória ao candidato republicano, reformando a decisão da Corte estadual que estendera o prazo de anúncio do resultado.

³⁹ Decisão tomada com base no direito de ampla participação das corporações econômicas no financiamento das eleições, com fundamento na liberdade de expressão.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Justiça Para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 405.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Justiça Para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 406.

⁴² Como também o faz Bruce Ackerman, em “ACKERMAN, BRUCE. Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional. Trad. De Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 366”: “Se a Corte estiver certa em achar que esses políticos estadistas (Presidente e Congresso) foram além do seu mandato, estará ampliando a democracia, 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 em si mesmo. Ao rejeitar a dificuldade contramajoritária, não pretendo de forma alguma dar à Suprema Corte um cheque em branco. Não nego que é antidemocrático que nove juristas de meia idade forcem o país a abraçar

reconhece como um defeito na democracia. Ao julgar a atuação da Suprema Corte no tocante ao aperfeiçoamento democrático norte-americano, Dworkin detecta um saldo positivo, numa perspectiva histórica, mas faz ácidas críticas à atuação recente, e aponta a dependência de uma atuação positiva ao sucesso das nomeações:

Durante anos, fui acusado de defender o escrutínio judicial porque aprovava as decisões que o Supremo Tribunal tomava. Mas já não estou aberto a essa acusação. Se tivesse que julgar o Supremo Tribunal dos Estados Unidos pelo seu registro ao longo dos últimos anos, considerá-lo-ia um falhanço. No entanto, penso que o saldo geral de seu impacto histórico é positivo. Tudo depende, agora, do caráter das futuras nomeações do Supremo Tribunal. Temos de fazer figas.

1.3.1 Supremacia Constitucional: “judicial review” sem supremacia judicial.

Entendemos possível ir além das alternativas da supremacia judicial ou da supremacia legislativa. A supremacia não deve caber a quaisquer dos Poderes, mas à Constituição. É justamente esse o sentido da expressão que dá título ao presente tópico.

Deve caber ao povo o papel de intérprete final da Constituição, e não à Suprema Corte ou ao Congresso Nacional. É essa, em linhas gerais, a ideia central do que se denomina constitucionalismo popular.

Para escapar de um discurso essencialmente retórico, é necessário, qualquer que seja o modelo institucional considerado, haver uma definição da instituição que põe termo aos conflitos (regra de ouro), ainda que por um curto lapso temporal.

Nesse sentido, para auxiliar a avaliação dessa possibilidade, Fleming⁴³ propõe os seguintes modelos:

- a) Constitucionalismo popular sem “judicial review”⁴⁴ – aceita os limites principiológicos impostos pela Constituição, mas rejeita o “judicial review” como forma de assegurar a obediência a esses limites.

os ideais morais que ganham a aprovação por meio do voto de 5 a 4. Pretendo, em vez disso, sugerir uma terceira possibilidade: a de que a Corte moderna tem realizado um trabalho de credibilidade (embora não perfeito) ao interpretar os princípios constitucionais estabelecidos pelo povo (...) O meu objetivo tem sido o de sugerir o quanto podemos aprender com o passado, uma vez que distanciamos a teoria constitucional da dificuldade contramajoritária na direção da possibilidade de interpretação. O desafio é nos aprofundarmos nas nossas reflexões quanto à possibilidade da prática interpretativa da Corte, desde Marbury até Brown, desde Lochner até Griswold, de modo a auxiliar os tribunais a desempenharem, no futuro, o melhor possível do nosso legado constitucional”.

⁴³ FLEMING, James E. Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts. In: Fordham Law Review. v. 73, 2005. p. 1379.

- b) Constitucionalismo popular com “judicial review”⁴⁵ – aceita tanto os limites principiológicos impostos pela Constituição, como o “judicial review”, mas rejeita a supremacia judicial, em favor do departamentalismo⁴⁶ e do populismo⁴⁷.
- c) Departamentalismo (não populista) – Interpretação constitucional construída em conjunto pelo Legislativo e Corte Suprema.

Entendemos que a alternativa ‘c’ é a que melhor se enquadra nos modelos de diálogos institucionais, haja vista a possibilidade da construção conjunta de soluções entre os dois Poderes.

Também no sentido do questionamento da supremacia judicial, Larry Kramer, um teórico adepto do modelo do “judicial review” sem supremacia judicial, vê uma excessiva celebração do caso Marbury, e propõe uma releitura⁴⁸ moderna do que foi proposto por Marshall, em Marbury, em que dizia: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”. A releitura propõe que em vez de “it is the job of courts, alone, to say what the Constitution means”, ou ainda, “courts, more than others, to say what the Constitution means”, passaria a ser: “Courts, too, can say what the Constitution means”.

Se, por um lado, não há fortes razões para acreditar que as Cortes constitucionais prejudicam, sistematicamente, a democracia, por outro, não há razões filosóficas irrefutáveis para se transferir e delegar significativas parcelas do poder político aos juízes.

⁴⁴ Mark Tushnet em “Taking the Constitution away from the Courts” e Jeremy Waldron em “Law and Disagreement” compartilham essa visão.

⁴⁵ Larry Kramer, em “The people Themselves” é a principal referência dessa visão. Cass Sunstein também se aproxima dessa categoria.

⁴⁶ Para Fleming, a ideia presente no departamentalismo é a de que os Parlamentos compartilhem com as Cortes a autoridade de interpretação última da Constituição.

⁴⁷ Para Fleming, ocorre o populismo constitucional quando é o próprio povo o último intérprete da Constituição, inclusive quando contrária à visão do Legislativo e da Corte Suprema.

⁴⁸ KRAMER, Larry. The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review. Oxford: Oxford Press. p. 125

É nesse contexto que Jeremy Waldron reage com vigor sobre a preferência pela visão oriunda do Judiciário. Embora tivesse em mente o ambiente do Reino Unido, seu texto expõe um sentimento aplicável a outras realidades.⁴⁹

As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os Tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, seja um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.

Se por um lado, não merecem crédito argumentações simplistas contrárias ao *judicial review* – haja vista se tratar de um tema complexo por natureza, de alcance global, com múltiplas variáveis, incluindo o padrão de solidez institucional local -, por outro lado, são dignas de crédito as iniciativas de viés possibilista no sentido de viabilizar construções coletivas de decisões genuinamente voltadas para o bem comum, não importando de qual autoridade emanem tais decisões.

O objetivo maior deve, portanto, ser a construção coletiva de decisões, produzidas a partir de uma relação equilibrada, sem assimetrias, entre os Poderes. Tal contexto não eliminará equívocos, mas poderá reduzi-los.

Equívocos já acontecem sob o modelo da supremacia judicial e poderão ocorrer sob quaisquer outros modelos, sendo o mais importante perseguir a simetria e o equilíbrio entre os Poderes. Vale ressaltar que, hoje, no Brasil, como demonstraremos ao longo da dissertação, há evidentes assimetrias entre os Poderes.

A atuação colaborativa deve, tanto quanto possível, ser institucionalizada, fugindo ao discurso de platitudes que simulam um diálogo inexistente, com o suposto objetivo de romper a inércia de outro Poder.

Soa-nos inaceitável, hodiernamente, ainda que sejam sedutores os pragmáticos argumentos do realismo jurídico, que se busque entender o direito como sendo apenas o que o Judiciário o define como tal. Em um ambiente de monólogo, reina o experimentalismo, sobretudo na seara político-eleitoral.

⁴⁹ WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2003. p. 5.

1.4. O contexto europeu

É fato que a jurisdição constitucional é mais antiga e tem raízes mais profundas nos Estados Unidos do que na Europa.

Mesmo antes da Segunda Guerra Mundial, a partir da segunda década do século XX, com a adoção do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, é possível identificar certa inspiração no modelo norte-americano, no sentido de que uma Corte pudesse rever deliberações legislativas⁵⁰. Essa aproximação europeia com o arranjo norte-americano pode também figurar entre os fatores impulsionadores do ativismo judicial.

Desconsiderando aspectos técnicos, ínsitos ao exercício do controle – abstrato ou concreto, de cada modelo – importa assinalar alguns contrastes que envolvem os dois arranjos, com o fim principal de avaliar o impacto da anulação de decisões legislativas pelo Judiciário, sob a ótica da legitimidade.

Nos Estados Unidos, o exercício do controle de constitucionalidade sofre maiores questionamentos do que na Europa. É o que aponta Rosenfeld⁵¹, indicando como um dos fatores aptos a justificar tal situação, a amplitude interpretativa dos juízes no sistema *common-law*, enquanto a tradição europeia, filiada à tradição *civil law*, tende a estreitar o campo interpretativo.

Ainda no plano dos contrastes, Rosenfeld destaca o menor impacto da dificuldade contramajoritária⁵² e o papel ínfimo do originalismo na Europa, além da maior politização da jurisdição constitucional nos Estados Unidos.

Observa-se que conforme os imperativos constitucionais avançam, encolhe-se a margem de manobra da política comum. Esse foi o contexto experimentado pelos europeus, especificamente na Alemanha, no Pós-Segunda Guerra. Nesse país, havia uma profunda desconfiança em relação à representação política – sobretudo em consequência da

⁵⁰ Essa aproximação europeia com o arranjo norte-americano figura entre os fatores impulsionadores do ativismo judicial no continente europeu.

⁵¹ ROSENFELD, Michel. Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e Contrastes. In: Limites do Controle de Constitucionalidade. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009: p. 178-219.

⁵² É notória a maior dificuldade de superação (por meio de alteração do texto constitucional) de uma decisão da Corte constitucional que resulte na anulação de uma lei ordinária nos Estados Unidos do que nos países europeus.

desastrosa experiência do Estado nazista do terceiro Reich. Esse fato fertilizou o solo para decisões “expansivas” por parte dos confiáveis e prestigiados juízes constitucionais.

Esse natural desencanto com a política pavimentou o caminho para a expansão da jurisdição constitucional. Tornou-se cada vez mais legítimo e socialmente aceito o papel da jurisdição constitucional de organizar a política e de avaliar a aplicação da Constituição.

Segundo Rosenfeld, na Europa continental não há nada comparável à contestação americana em relação ao controle judicial de constitucionalidade, e afirma ser o Tribunal Constitucional alemão mais ativista do que a própria Suprema Corte dos Estados Unidos. E, para tanto, cita Dieter Grimm⁵³, ex-juiz do Tribunal alemão:

[...] a dificuldade contramajoritária, eterno problema do direito constitucional americano, inexistente na Alemanha. As críticas normalmente concernem a opiniões individuais e não à legitimidade do Tribunal, nem mesmo ao controle em geral. [...] Se a crise de legitimidade fosse primariamente uma função do poder exercido pelo órgão de julgamento constitucional, os problemas de legitimidade irromperiam muito mais na Alemanha do que nos Estados, haja vista que o Tribunal Constitucional alemão sobrepuja claramente a Suprema Corte dos Estados Unidos em seu poder e alcance.

Com base no nível de contestação e nas opiniões colacionadas, Rosenfeld⁵⁴ chega a afirmar que a jurisdição constitucional nos Estados Unidos gozaria de menor legitimidade do que na Europa, e que eventuais resistências às decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão – ocorrida, por exemplo, no caso dos crucifixos das salas de aula de escolas públicas⁵⁵ – são normalmente vistas como isoladas.

Há diversos fatores que poderiam explicar essa diferença de postura entre alemães e americanos⁵⁶, além do elevado prestígio dos juízes constitucionais em proporção inversa do desencanto com a atividade política. Entre eles, a menor dificuldade em se

⁵³ GRIMM, Dieter. German and American Constitutionalism. Discurso proferido perante a American Academy in Berlin (4 de Maio de 2003) Apud ROSENFELD, Michel. Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e Contrastes. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009: p. 178-219.

⁵⁴ ROSENFELD, Michel. Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e Contrastes. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009: p. 178-219.

⁵⁵ 93 BverFGE 1 (1995)

⁵⁶ Apesar de a intervenção judicial nos mais variados e controversos assuntos estar enraizada na sociedade norte-americana, sob o aspecto estritamente técnico, tendo em vista ser o *judicial review* fruto de construção pretoriana, sem previsão expressa na Constituição, sua legitimidade enfrenta muitos questionamentos acadêmicos.

aprovar emendas ao Texto constitucional, e as restrições nas nomeações de juízes (com a exigência de aprovação mínima de dois terços do Parlamento, que tem o condão de evitar nomeações com nítido caráter partidário).

No entanto, as mudanças ocorridas recentemente na heterogênea sociedade europeia têm promovido maiores questionamentos acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, mormente em relação a atuação da Corte Europeia de Justiça e da Corte Europeia de Direitos Humanos, em relação aos respectivos países membros.

Ilustra bem esse contexto a declaração de Thijmen Koopmans - ex juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos – quando afirma ter sido a “expressão ‘ativismo judicial’ cunhada nos Estados Unidos, mas que cruzou o Atlântico e se tornou parte do dia a dia europeu, como o jeans e os automóveis Ford”.⁵⁷

Por outro lado, encontram-se contestações de peso. Nesse sentido, vale registrar o discurso da jurista alemã Ingeborg Maus:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.⁵⁸

1.5 Uma palavra final

Se por um lado, é natural que se faça uma releitura da teoria clássica da separação de Poderes, rejeitando a compartimentação hermética de funções e adaptando-a à conjuntura atual, não se pode perder de vista a preocupação maior de Montesquieu quanto à limitação mútua dos Poderes.

É nesse contexto, de promoção do equilíbrio, que as teorias dialógicas encontram terreno fértil.

⁵⁷ “The expression judicial activism was coined in the United States, but it crossed the Atlantic and became as much part of our Day-to-day experience as blue jeans or Ford motor cars”. Koopmans Thijmen. In: POPOVIC, Dragoljub: Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

⁵⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: Novos Estudos CEBRAP, nº 58, p. 183-202.

O contexto brasileiro guarda semelhanças com o desencanto alemão com a política, e também no reconhecimento da legitimidade judicial para solução de questões da sociedade, inclusive no campo eleitoral.

Esse ambiente complexo recomenda ainda maior cautela na busca pela limitação e equilíbrio entre os Poderes, o que, a nosso ver, aponta para um modelo de supremacia constitucional, sem supremacia judicial. É nesse contexto que as propostas (item 6.2) foram elaboradas.

2. Ativismo Judicial e Judicialização da Política

2.1 Introdução ao capítulo

A imprecisão semântica das expressões “ativismo judicial” e “judicialização da política” representam um desafio importante para a teoria do Direito e para a Ciência Política.

Não raro essa imprecisão, associada a rótulos pejorativos, servem a propósitos de justificar críticas a decisões judiciais consideradas materialmente incorretas.

Apenas com o intuito de ilustrar o sentido não-técnico da expressão, cabe recorrer à sua própria origem. Em 1947, numa revista (*Fortune Magazine*) que não tratava de temas jurídicos, mas de atualidades em diversos aspectos da vida social, um historiador chamado Arthur Schlesinger Jr. escreveu um artigo⁵⁹ em que analisava, sem quaisquer pretensões teóricas, a divisão ideológica dos membros que compunham a Suprema Corte dos Estados Unidos.

Nesse artigo, Schelesinger Jr. acabou por popularizar as expressões “judicial activism” – que julgava ser uma forma de a Corte usar seu poder político para fins sociais – e “self restraint” – que considerava, na melhor das hipóteses, uma miragem.

Para Branco⁶⁰, “nascido, assim, com essas marcas de superficialidade, a expressão ‘ativismo judicial’ estava mesmo vocacionada à equivocidade e à trivialidade de método no seu emprego”.

Por caminhar nesse terreno de fragilidade teórica, entendemos essencial perseguir balizas conceituais para o “ativismo judicial” e para a “judicialização da política”, estabelecendo as devidas distinções. É esse o objetivo do presente capítulo.

2.2 Conceitos

São múltiplos os fatores que têm conduzido a um redimensionamento do papel do Poder Judiciário, na medida em que, progressivamente, tem sido chamado a se manifestar sobre os mais variados assuntos da vida cotidiana da sociedade.

⁵⁹ SCHELESINGER JR. Arthur. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune Magazine*. V. 35, n. 73. 1947

⁶⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – O ativismo judicial. In: *As novas faces do ativismo judicial*. p. 389.

É necessário se estabelecer marcos conceituais a fim de que a reflexão sobre o tema seja efetuada sobre sólidos fundamentos teóricos. A discussão fomentada pelo senso comum e tomada pelo que se expõe nas “embalagens” tem contribuído sobremaneira para certa confusão teórica sobre a matéria. É nosso objetivo clarificar os conceitos.

A judicialização da política é produto de transformações históricas e sociais e constitui fenômeno alheio à jurisdição e se apresenta como uma questão social⁶¹, que independe do desejo ou da vontade dos órgãos judiciais. A consagração e o reconhecimento de direitos individuais e coletivos pós-Segunda Guerra associada à produção de textos constitucionais analíticos conduziram, naturalmente, a um maior envolvimento do Judiciário na solução das questões, sem que esse fato possa autorizar comportamentos excessivamente discricionários por parte dos juízes.

Hirschl⁶² afirma ser a Judicialização da Política uma expressão “guarda-chuva” que abriga três processos inter-relacionados:

- a) No nível mais abstrato, o termo se refere à propagação do discurso jurídico e de procedimentos legais para esfera política. Observa-se, por esse aspecto, uma evidente popularização do discurso jurídico, jargões e procedimentos judiciais em praticamente todos os aspectos da vida moderna.
- b) Em um nível mais concreto, refere-se à expansão das competências das Cortes em determinar os resultados das políticas públicas. Seria essa a face mais visível da judicialização.
- c) Uma terceira classe da judicialização diz respeito ao que Hirschl define como Mega-Política (ou Política “Pura”), consistente na transferência decisória de assuntos cuja natureza é claramente política. Essa classe se subdivide em outras subcategorias: a judicialização do processo eleitoral (financiamento de partidos políticos, de campanhas eleitorais, propaganda eleitoral de partidos e candidatos); o exame das decisões do

⁶¹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial. Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

⁶² HIRSCHL, Ran. What is the Judicialization of Politics? In: *The Oxford Handbook of Law and Politics*. p. 121.

Poder Executivo no campo macroeconômico; segurança nacional; e demais questões ligadas à formação da identidade nacional.

Hirschl aponta a transformação da atuação das Cortes supremas, em todo o mundo, como resultado de um processo de transição que denomina Juristocracia. Para Hirschl, a face mais questionável da judicialização, em questões políticas, é a revisão judicial desacompanhada de um forte suporte constitucional.

Esse destaque conferido por Hirschl à terceira categoria – a judicialização da Política “Pura” ou Mega-Política – particularmente no que se refere à intervenção judicial no processo político-eleitoral, sem a presença de parâmetros constitucionais claros - tem importância capital para o presente trabalho. Mais adiante voltaremos a esse ponto.

Hirschl qualifica de falácia a crítica ordinária ao ativismo judicial, que costuma atribuir aos juízes com “fome de poder” ou aos tribunais “imperialistas” (demasiado assertivos e excessivamente envolvidos em decisões políticas e morais), que desobedeceriam aos princípios fundamentais de separação de poderes. Para Hirschl, a existência de uma Corte constitucional não deferente aos poderes eleitos não é suficiente para a determinação de um ativismo sistemático. Há diversas outras razões, muitas delas patrocinadas pelas próprias legislaturas, entre elas a “transferência” de decisões difíceis (ou “redirecionamento de culpa”) e a priorização de interesses eleitorais de curto prazo. Em suma, na visão do autor, a supremacia judicial não existiria sem o suporte tácito de atores políticos influentes.

Analisando o papel da Constituição “invasora”, caracterizada pelo condicionamento da legislação, da jurisprudência e das relações sociais, Riccardo Guastini⁶³ propõe as seguintes condições para ocorrência desse fenômeno:

- a) uma Constituição rígida;
- b) a garantia de uma jurisdição constitucional;
- c) a força vinculante da Constituição;
- d) a aplicação direta das normas constitucionais;
- e) a interpretação das leis conforme a Constituição;
- f) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

⁶³ GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: Neoconstitucionalismo(s) Org: Miguel Carbonell. p. 49-73.

Todas as condicionantes expostas por Guastini guardam pertinência teórica com o contexto brasileiro, mas é especialmente relevante para a presente dissertação, tendo em vista a limitação de seu alcance às questões políticas, a sexta condicionante - influência da Constituição sobre as relações políticas. Analisando-a, Guastini enxerga duas opções disponíveis para o Judiciário frente às “political questions”: adotar a autocontenção, respeitando a discricionariedade do legislador ou, do contrário, tomar parte na discussão, ainda quando não sejam claras as inconstitucionalidades⁶⁴.

Esse aspecto último, relatado por Guastini, é observado na prática decisória do Supremo Tribunal Federal quando justamente trata de “political questions”. É o caso, por exemplo, da ADI 4650, ora em julgamento na Corte, que trata da proibição do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. (No capítulo 5, esse caso será analisado em detalhes).

Luiz Werneck Vianna⁶⁵, também tratando desse movimento de invasão do Direito na organização da vida social, a ele atribui o fenômeno da judicialização das relações sociais.

Enxergamos, em grande medida, uma convergência da observação de Vianna com a segunda categoria proposta por Hirschl. Vemos, pois, como natural, e inevitável, essa face da judicialização, tendo em vista a busca, pela via judicial, de direitos sociais previstos na Constituição.

Neal Tate⁶⁶ aponta como uma face da judicialização a utilização do Judiciário por minorias parlamentares contra as maiorias, como arma da oposição no jogo político. Além disso, afirma que a judicialização (em quaisquer de seus objetos) é um fato, não se confundindo com o ativismo judicial, que constitui um modo de atuação.

Essa também é a posição de Barroso⁶⁷, que considera a judicialização decorrente do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de

⁶⁴ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalizacion Del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Neoconstitucionalismo(s) Org: Miguel Carbonell. p. 49-73.

⁶⁵ VIANNA, Luiz Werneck. Et. al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. p. 149.

⁶⁶ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press. 1995. p. 30

⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda, FRAGALE Fº, Roberto, LOBÃO, Ronaldo (Orgs). Constituição e& Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 278.

constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, o que resulta nas discussões de largo alcance político e moral serem deduzidas em ações judiciais.

Por outro lado, o ativismo constitui um modo de exercício da competência judicial, uma postura comportamental que decorre de uma opção política. É o ativismo, para Barroso, um mecanismo para contornar, “bypassar” o processo político majoritário quando este tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Barroso descreve três “condutas” que caracterizariam o fenômeno:

- a) Aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- b) A declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos do que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- c) A imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Barroso, no mesmo trabalho⁶⁸, examina a relação entre Direito e Política, e vislumbra uma dualidade nessa relação. Sustenta que o Direito seria Política, e ao mesmo tempo, não seria Política. Seria Política no sentido de que sua criação é produto da vontade da maioria, manifestada na Constituição e nas leis, e sua aplicação está relacionada à realidade política, na qual se inserem os sentimentos e as expectativas dos cidadãos, e ao fato de os juízes não serem imunes às influências do meio em que vivem nos julgamentos de valores que promovem. Juízes não são seres desprovidos de ideologia.

Por outro lado, o Direito não seria Política na medida em que não pode se submeter à vontade de quem detém o poder para determinar o sentido do que é correto e justo.⁶⁹

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda, FRAGALE F^o, Roberto, LOBÃO, Ronaldo (Orgs). Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 285

⁶⁹ Em sua sabatina na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal, Barroso também tratou dessa relação: “*Portanto, num mundo ideal, Política é Política, Direito é Direito. São domínios diferentes – no mundo ideal. No mundo real, sabem bem os senhores, existem áreas de fronteira e existem momentos de tensão entre a política e o Direito. Assim é em todas as democracias do mundo, e, portanto, esta não é uma circunstância brasileira. Nessa linha, pois, de fronteira entre a política e o Direito, existe um critério que a teoria constitucional fornece, que é um bom critério para pautar a atuação do Poder Judiciário. Existem duas situações diferentes. Existe a situação em que o Legislativo tenha atuado, tenha*

Em síntese, a análise de Barroso aponta para a distinção entre a judicialização da política e o ativismo a partir das origens dos dois fenômenos - a judicialização decorreria do modelo analítico da Constituição e o do controle de constitucionalidade abrangente, enquanto o ativismo seria oriundo de modo de agir particular dos juízes, expresso nas três modalidades de condutas descritas.

Os critérios formulados por Barroso nos leva a concluir que a judicialização não deve atrair críticas concernentes à legitimidade das decisões (pois seria um fenômeno inevitável originado no constitucionalismo abrangente), enquanto o ativismo, caracterizado pelas condutas arroladas (por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade sem parâmetros rígidos para aferir a violação da Constituição), traz consigo questionamentos acerca da legitimidade de tais decisões.

Antoine Garapon⁷⁰, um crítico do perfil pervasivo do Judiciário, quando este atua como um “guardador de promessas”, qualifica de ativista a decisão judicial que, entre as várias opções possíveis, escolhe o juiz aquela que traduz o seu desejo de acelerar a mudança social, ou até mesmo o desejo de travá-la.

Essa caracterização crítica proposta por Garapon encontra grande ressonância no contexto brasileiro, quando o Judiciário afirma ser sua função “empurrar a história”.

Mark Tushnet⁷¹ reconhece a expressão “ativismo judicial” como ambígua, mas reporta como tal as situações em que a legislação é invalidada sem uma forte justificação, ou as situações em que se impõem obrigações ou se criam imunidades de

tomado uma decisão política, por exemplo, editando uma lei, e existem situações em que o Legislativo não pôde, não quis ou não conseguiu formar a maioria para deliberar acerca de determinada matéria. [...] A segunda situação envolve uma posição de mais flexibilidade. [...] Quando há uma decisão política, quando haja uma lei, o Judiciário deve ser deferente. Quando haja uma não lei, uma eventual omissão, às vezes deliberada, mas surgem os problemas na vida real, o Judiciário não pode deixar de resolver problemas da vida, porque as pessoas dependem disso, os direitos fundamentais dependem disso, e, nessas situações, o Judiciário se expande. Portanto, a questão de maior ou menor judicialização, no fundo, no fundo, está nas mãos do Congresso. Quando o Congresso atua, o Judiciário deve recuar, a menos que haja uma afronta evidente à Constituição, que é a exceção, e nunca é a regra. Quando o Legislativo não atua, mas existem direitos em jogo, aí sim, inevitavelmente o Judiciário precisa atuar”. Notas Taquigráficas da sabatina de Luis Roberto Barroso, realizada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal, em 5 de junho de 2013.

⁷⁰ GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

⁷¹ TUSHNET, Mark. The United States of America. In: DICKSON, Brice. Judicial Activism in Common Law Supreme Courts. 2007. p. 415

modo inesperado. Também vê o ativismo como um abandono de princípios que regem expectativas e responsabilidades, transferidas dos legisladores para os julgadores.

Dworkin é outro crítico das posturas ativistas:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.⁷²

Acerca dessa manifestação de Dworkin, consignamos posicionamento pessoal de que poucos juízes se reconhecem ativistas. Em alguns casos, toma-se como um insulto a qualificação de uma Corte como “ativista”, justamente pela visão difundida de indevida interferência nas competências legislativas e de uma democracia majoritária enferma.

Há, no entanto, posições favoráveis a tais condutas. Peter Häberle⁷³, por exemplo, acolhe positivamente o fenômeno, ao declarar-se “contente que os tribunais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais poderes a atuar (...). O sistema republicano não se vê debilitado por um ativismo jurídico, mas fortalecido”.

Membros do Supremo Tribunal Federal também já se manifestaram favoravelmente. O ministro Celso de Mello, por ocasião dos discursos de saudação ao ministro Gilmar Mendes e Ayres Britto quando de suas respectivas posses na Presidência do STF, não deixou espaço para ambiguidades ao defender o ativismo judicial exercido pelo STF, qualificando-o de uma “necessidade institucional”:

Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos.

Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos

⁷² DWORKIN, Ronald. O império do Direito. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 451.

⁷³ HÄBERLE, Peter. *Apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, p. 393.

excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.⁷⁴ [...] O chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo. Nesses casos, não há interferência indevida do Supremo: o Tribunal está apenas cumprindo sua função.⁷⁵

Elival da Silva Ramos, em sua obra “Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos” considera o ativismo uma “disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”⁷⁶ e vislumbra maior dificuldade na caracterização de atuações ativistas judiciais nos ordenamentos filiados aos *Common Law* do que nos sistemas da família romano-germânica.

Ainda assim, Ramos busca identificar os fatores que caracterizam o ativismo, e entre eles menciona: i) o controle de constitucionalidade – em seus diversos graus: mínimo, fraco e forte -; ii) as omissões legislativas – quando necessária a intervenção dos legisladores para o desdobramento de princípios constitucionais; iii) o caráter vago de muitos dos princípios constitucionais.

Ramos também atribui ao modelo de Estado intervencionista um dos fatores de impulsão do ativismo no Brasil:

[...] o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.⁷⁷

Outro fator impulsionador do ativismo específico da realidade brasileira, segundo Ramos,⁷⁸ é a atividade normativa atípica por parte do Supremo Tribunal Federal, veiculada por meio de súmulas vinculantes e mandados de injunção, embora, na prática,

⁷⁴ Discurso de saudação ao ministro Ayres Britto, por ocasião de sua posse como ministro Presidente do STF. <http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/votos-ayres-britto-sao-marcos-jurisprudencia-celso-mello> e http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf

⁷⁵ Anuário da Justiça de 2010, p. 77

⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107

⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Op. Cit.* p.271.

⁷⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Op. Cit.* p. 293.

estendamos essa constatação a outros órgãos do Poder Judiciário, tais como o Tribunal Superior Eleitoral e o Conselho Nacional de Justiça, que produzem, via Resoluções, normas de caráter geral e abstrato.

Ramos chega a questionar o próprio modelo de Estado Constitucional escolhido pelo constituinte de 1988, apontando para a necessária fixação de limites no exercício de controle de atos do Poder Executivo e Legislativo. Afirma o autor:

[...]A questão da legitimidade (axiológica) do controle jurisdicional de constitucionalidade, que é externa à argumentação estritamente dogmática (juízo de validade formal e de eficácia jurídica), passa a ter foco não a jurisdição constitucional em si e sim a própria Constituição que a consagra: em suma, o que caberia discutir é se o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo Constituinte seria o mais adequado para implantar uma democracia. Sucede, porém, que controlar a constitucionalidade dos atos emanados do Poder Legislativo ou do Poder Executivo não é atividade que se possa exercer com total liberdade, pois a própria missão que lhe é assinalada (a preservação da Constituição) já aponta para a existência de limites⁷⁹.

Em relação ao modelo adotado pelo constituinte de 1988, cabe um adendo ao questionamento proposto por Ramos. Referimo-nos ao fato de que no modelo proposto no Texto original de 1988, as competências do STF eram mais reduzidas, sendo de responsabilidade do legislador constituinte derivado e ordinário sua ampliação, em nome da racionalidade e funcionalidade do sistema jurídico⁸⁰.

É possível, e até esperado, que o legislador constituinte derivado passe a avaliar com mais detença outras iniciativas de ampliação de competências do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o histórico de decisões controversas na área político-eleitoral, nos últimos anos.

Para Lênio Streck⁸¹, a prática do ativismo judicial ocorre quando o Judiciário decide a partir de fundamentos políticos ou morais, que acabam por substituir o direito pelas convicções pessoais dos magistrados. A judicialização, por sua vez, seria um fenômeno decorrente da relação natural entre os Poderes. E afirma: “[...]Mas insisto: se a

⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit. p. 25.

⁸⁰ O quadro de competências do Supremo Tribunal Federal atual é assaz distinto daquele desenhado pelo constituinte originário. No Texto de 1988, havia apenas a previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com algumas limitações. Hoje, sobretudo com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (Reforma do Judiciário) e de leis ordinárias (Lei nº 9.868/99 e nº 9882/99) várias competências foram acrescentadas, tais como a Súmula Vinculante, Audiências Públicas, etc.

⁸¹ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. p. 589.

judicialização é inevitável – e a história recente do Brasil aponta para essa realidade -, foi pela falta de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais que esta, a judicialização, foi transformada na vulgata do ativismo”⁸².

Cecília de Almeida Silva⁸³ associa o ativismo judicial a estratégias de alargamento das próprias competências relacionadas à jurisdição constitucional, com forte apelo de supremacia.

Tassinari⁸⁴ concebe o ativismo inserido em um ambiente político-institucional em que o Poder Judiciário reveste-se de supremacia, a partir de competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente, e faz asserções, a nosso ver, corretas, sobre o tema: a) reconhece a existência do elo entre Direito e Política; b) a relação Direito-Política não autoriza decisões judiciais de cunho ativista; c) judicialização da política e ativismo não são fenômenos idênticos e d) a judicialização da política é um fenômeno contingencial, que aflora da ineficiência dos demais Poderes, e que independe da postura do Judiciário, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura deste Poder, quando age além dos limites impostos pela Constituição.

Na busca por fornecer parâmetros objetivos para a caracterização de decisões ativistas e minimizar os componentes ideológicos, Bradley C. Cannon⁸⁵, em seminal artigo, oferece critérios (dimensões) para essa tarefa. Embora desenhados para um contexto do *Common Law* norte-americano, suas definições são úteis nessa tarefa:

- a) Majoritarismo – avalia o grau em que políticas adotadas pelas instâncias representativas, em um processo legislativo democrático, são rejeitadas pelo Judiciário;
- b) Estabilidade interpretativa – avalia o grau em que decisões judiciais precedentes são modificadas;
- c) Fidelidade interpretativa – avalia o grau de fidelidade da interpretação judicial (de dispositivos constitucionais) de forma contrária às intenções e projeções de seus formuladores;

⁸² STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 121.

⁸³ SILVA, Cecília de Almeida. Et Al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Ed. Juruá. p.13.

⁸⁴ TASSINARI, Clarissa. *Op. Cit.* p. 36.

⁸⁵ CANNON. Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism*. In: *Judicature*. Vol. 66, nº 6. 1983.

- d) Distinção Procedimento/Substância – avalia o grau em que as decisões judiciais afetam a essência das políticas estabelecidas, em vez de preservar a regularidade do processo político democrático sob o qual foram elaboradas;
- e) Especificidade da Política – avalia o grau em que a decisão judicial estabelece a própria política, afetando a discricionariedade de outras instâncias;
- f) Disponibilidade de Políticas Alternativas – avalia o grau em que uma decisão judicial dá novo tratamento (substitui) um entendimento de outras instâncias governamentais, em relação a um caso idêntico.

Cannon não trata o ativismo como uma patologia, tampouco o defende ou o condena. Considera-o como um fato da vida judicial. A rigor, seus critérios servem para aferir se uma decisão judicial pode ser, com razoável objetividade, qualificada de ativista. Quanto mais identificada com as dimensões propostas, mais seguro será denominá-la de ativista.

Observamos, em síntese, certa convergência da doutrina nacional sobre a caracterização da Judicialização como um fenômeno natural, decorrente de uma Constituição analítica; enquanto o ativismo está associado a padrões do comportamento judicial. Discorreremos com mais detalhes sobre o conceito de ativismo acolhido por este trabalho ao final do capítulo.

2.3 Maximalismo e Minimalismo

No sentido da limitação da atuação jurisdicional das Cortes Constitucionais, Cass Sunstein⁸⁶ desenvolveu a tese do minimalismo judicial, que, em síntese, constitui uma abstenção da Corte em decidir questões prescindíveis à resolução do caso concreto.

A ideia central da perspectiva minimalista é decidir um caso por vez, pois, seguindo essa diretriz, a Corte evitará estender argumentos para casos futuros, e não criará embaraços ao regular funcionamento político-deliberativo dos Parlamentos. Diz respeito,

⁸⁶ SUNSTEIN. Cass. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Oxford University Press, 1999.

portanto, ao espaço aberto pela Corte para que os atores democraticamente responsáveis possam deliberar sobre as questões postas.

Para Bunchaft⁸⁷, refletindo a posição de Sunstein, a ampliação da atuação judicial em questões técnicas complexas e moralmente controvertidas suscitaria efeitos colaterais negativos, em relação ao aspecto democrático. Em vez de largas, as decisões devem ser estreitas; em vez de profundas, devem ser rasas.

Quando os fundamentos de uma decisão judicial vão além das particularidades do caso concreto sob julgamento e se espalham por razões políticas, morais, biológicas, antropológicas e econômicas, e além do caráter prescritivo visando à solução de casos futuros, está-se diante de uma vertente maximalista da jurisdição constitucional.

Na vertente maximalista, as decisões costumam valer-se de razões extrajurídicas, algumas delas examinadas com profundidade, sem abrir espaço para o que decidido pelo legislador.

A corrente maximalista, portanto, não cogita a deferência às instâncias majoritárias, especialmente o legislador, e, mesmo sem identificar inconstitucionalidades flagrantes, costuma substituir a ponderação do legislador pela da Corte.

Importa ressaltar que Sunstein não defende a prescindibilidade do controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Constitucionais, mas procura harmonizá-lo com o debate democrático. O Judiciário tem relevante papel na manutenção do regime democrático, sobretudo de garantir as condições necessárias à deliberação pública, sem a ela substituir-se.

Vê-se que o cerne teórico do modelo minimalista – a supressão do desacordo pela abstenção judicial – não é isento de críticas. Posições substancialistas, que apostam no manejo de princípios constitucionais em um processo de abertura argumentativa na interpretação constitucional, contestam o minimalismo, sobretudo quando em questão a proteção de grupos minoritários contra investidas de maiorias parlamentares.

Tendo em mente o contexto brasileiro, entendemos que a adoção de uma postura minimalista pelo STF, especificamente na seara político-eleitoral, seria vantajosa

⁸⁷ BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. In: Direito e Estado e Sociedade, n. 38, p 163. 2011.

no sentido de evitar efeitos colaterais negativos não antecipados. Essa função (de antecipação de efeitos) ficaria a cargo do Parlamento.

Nessa área, as decisões versam sobre matérias técnicas, de alguma complexidade, com larga interseção com a ciência política. Assim, mostram-se adequadas ao emprego do minimalismo. No capítulo 5, dedicado ao estudo de casos, trataremos de decisões do STF em que a adoção de uma postura minimalista teria sido mais benéfica do que o caminho escolhido.

2.4 Formas Alternativas de Controle de Constitucionalidade

Já não restam dúvidas da necessidade de imposição de limites às escolhas políticas contida no paradigma do constitucionalismo pós-guerra. Tal controle pode ocorrer pela via da supremacia parlamentar ou da supremacia judicial, embora, nesse início de século XXI, seja nítida a preferência das nações democráticas pelo controle judicial, sobretudo em decorrência da crença da neutralidade política que os juízes devem ostentar.

Para analisar os modelos de controle de constitucionalidade, tomaremos como base a classificação proposta por Tushnet⁸⁸, que os divide em sistemas fortes de controle de constitucionalidade (*strong form*) e sistemas brandos de controle (*weak form*).

Os sistemas de controle de constitucionalidade fortes se caracterizam pela prevalência da interpretação razoável do Judiciário sobre a interpretação razoável do Legislativo. Os julgamentos dos tribunais, nessa modalidade, assumem a decisão final e não admitem reforma.

Em sentido oposto, há a hipótese de um controle brando de constitucionalidade, cuja ideia central é a criação de mecanismos de correção de decisões. Tais mecanismos, postos à disposição do povo, promovem uma reação mais célere do que a superação pelo processo legislativo específico das Emendas Constitucionais ou da espera pela renovação da composição das Cortes.

O pressuposto para a caracterização das formas brandas de controle de constitucionalidade é a discordância em termos razoáveis, sem antagonismos absolutos.

⁸⁸ TUSHNET, Mark. Formas Alternativas de Controle de Constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Constitucional e Organização do Poder. São Paulo: Saraiva, 2010. Estado. p. 37-69.

Nessa modalidade, não prepondera a crença de que apenas as decisões das Cortes Supremas são as únicas razoáveis, o que se explica pela existência de dissensos no próprio Colegiado.

Em síntese, nos sistemas de controle brando (ou fraco), as interpretações judiciais de disposições constitucionais podem ser revistas pelo Legislativo em um espaço de tempo mais curto do que o lapso típico do processo legislativo. A frequência das respostas legislativas deve ser baixa, haja vista que se adotadas rotineiramente poderiam conduzir o sistema à supremacia parlamentar.

Waldron⁸⁹ estabelece como alvo de críticas o “controle de constitucionalidade forte”, considerando-o “inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática”. Sua ilegitimidade política decorreria tanto do critério que privilegia uma maioria de votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, quanto da rejeição dos princípios da representação.

Waldron não questiona o uso do instituto em todas as hipóteses, pois entende haver uma dependência de certos pressupostos institucionais e políticos para que prescindam do controle forte. Admite, dessa forma, o *judicial review* como medida protetora contra o que chama de patologias legislativas em questões morais (corrupção endêmica, racismo, etc.).

São os seguintes seus pressupostos que, uma vez presentes em uma sociedade, dispensariam a revisão judicial, tendo em vista que essa sociedade seria capaz de resolver suas discordâncias por meio das instâncias legislativas, não havendo necessidade de levá-las ao Judiciário para serem reavaliadas:

- a) Instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um Legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal;
- b) Um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito;

⁸⁹ WALDRON, Jeremy. A essência da Oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010. p. 94.

- c) Um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias;
- d) Discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos, entre os membros da sociedade.

Waldron chama a atenção para o fato de que tais condicionantes não são independentes, admitindo a relação entre elas. Consideremos, por exemplo, um Legislativo pouco representativo, oriundo de um sistema eleitoral comprometido, e que não desfrute de legitimidade e credibilidade política. Nesse ambiente, a transferência do poder decisório para os tribunais, partindo do princípio de que lidam melhor com questões complexas, poderá tornar ainda mais difícil a reforma do Parlamento e o desenvolvimento de um *ethos* legislativo. Essa hipótese considera, portanto, uma interação entre os pressupostos ‘a’ e ‘b’.

A nosso ver, os pressupostos de Waldron para tornar prescindível o “judicial review” são próprios de uma sociedade politicamente desenvolvida, que consiga discordar sobre direitos de modo racional, com baixo nível de polarização política.

Não nos parece claro que nossa jovem democracia atenda os pressupostos propostos por Waldron, o que levaria a reconhecer a necessidade da adoção de um sistema de controle judicial. Não que tenhamos um Legislativo claramente patológico ou um Judiciário disfuncional e parcial, mas não estamos num estágio que permita dispensar, nos termos propostos por Waldron, o exame judicial da constitucionalidade das leis.

Analisando especificamente o modelo dialógico de controle de constitucionalidade do Canadá (que será objeto de considerações no capítulo 3), Waldron o considera⁹⁰, na prática, um sistema forte (*strong form*), visto que a cláusula que viabiliza o diálogo Judiciário-Legislativo é raramente invocada, havendo apenas uma disponibilidade formal de superação da decisão judicial.

2.4.1 O critério Thayeriano e o comportamento deferente da Corte Constitucional

⁹⁰WALDRON, Jeremy. A essência da Oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010. p. 102.

Não há dúvidas quanto à modalidade do sistema de controle forte adotado nos Estados Unidos, no Brasil e na Alemanha. Claramente, esses países adotam um sistema de controle forte.

Ainda assim, nos Estados Unidos, Tushnet⁹¹ percebe traços de utilização de critérios de decisão judicial deferentes com a legislação, o que se aproxima de uma forma fraca de controle. Trata-se do critério thayeriano, assim denominado em referência a James Bradley Thayer, professor de Direito no final do século XIX.

Thayer defendia que a Suprema Corte somente deveria rever uma escolha do legislador em casos de manifesta incompatibilidade com a Constituição. Assim, a Corte deveria ser deferente com a lei, ainda que não concordasse com conveniência de tal medida, salvo em caso de evidente vício.

O controle thayeriano é, normalmente, associado a um viés excessivamente deferente, que admitiria a não invalidação de leis inconstitucionais, razão pela qual seus critérios não são modernamente aceitos em larga escala.

O modo de pensamento do juiz thayeriano é: “essa lei é inconstitucional, mas apesar disso, ainda que eu tenha o poder de impedir sua aplicação, admito sua aplicação porque ela não é tão inconstitucional assim”.

Ao contrário, o juiz deve pensar: “sendo um legislador, não votaria nessa proposta porque a considero demeritória, mas, mesmo como legislador, não a entenderia como inconstitucional”.

É de fato um dilema para o juiz admitir a aplicação de uma lei da qual discorda, no mérito. Tushnet⁹² compara esse dilema com a atitude de um pai sensato que aquiesce com a decisão insensata de um filho, mas admite que a experiência possivelmente negativa poderá trazer aprendizado ao filho.

No contexto do controle de constitucionalidade, é possível e desejável a busca por um equilíbrio entre um controle forte, que admite a indesejável declaração de

⁹¹ TUSHNET, Mark. Formas Alternativas de Controle de Constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Constitucional e Organização do Poder. São Paulo: Saraiva, 2010. Estado. p. 63.

⁹² TUSHNET, Mark. Formas Alternativas de Controle de Constitucionalidade. In: In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Constitucional e Organização do Poder. São Paulo: Saraiva, 2010. Estado. p. 67.

inconstitucionalidade fundida com análise de mérito, e o inaceitável controle de critério thayeriano puro, posto que é excessivamente deferente.

A área político-eleitoral é particularmente apropriada para a adoção de mecanismos que contemplem esse equilíbrio.

2.5 Uma palavra final.

Esse trabalho compartilha da tese de Barroso, quando caracteriza a judicialização como uma circunstância fática, decorrente do desenho abrangente da Constituição brasileira. Sob a ótica da origem, parece-nos bem delineada.

Também acolhemos o entendimento de que o ativismo está associado a uma postura do juiz intérprete, quando opta por invalidar uma lei e/ou quando constrói regras de caráter geral e abstrato sem um sólido lastro constitucional, podendo não fazê-lo.

Discordamos, contudo, na parte em que caracteriza o ativismo judicial como um mecanismo de contorno (“bypass”) do processo político majoritário, quando este tenha se tornado incapaz de romper a inércia ou de produzir consenso. Essa caracterização não é ampla o suficiente para alcançar as situações em que o legislador já tenha efetuado sua opção política, e ainda assim, deflagra-se o processo judicial de criação de normas⁹³.

Analisando o contexto brasileiro, Barroso afirma que o ativismo judicial “até aqui, tem sido parte da solução e não do problema, sendo, contudo, um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”⁹⁴.

A ausência de critérios seguros para definir os fenômenos chega a produzir debates até sobre o perfil da decisão judicial, se ativista ou autolimitada. É exemplo desse caso a decisão sobre pesquisas com células-tronco, ocasião em que o Supremo, em atitude deferente, considerou constitucional a lei editada pelo Congresso. Em outro caso emblemático, da demarcação de terras indígenas na Raposa Serra do Sol, o Supremo, em que pese ter estabelecido diversas condicionantes, considerou constitucional (em atitude

⁹³ Julgamos ser esses os casos das decisões relativas à fidelidade partidária, verticalização de coligações e financiamento de campanhas (julgamento em andamento no STF).

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda, FRAGALE Fº, Roberto, LOBÃO, Ronaldo (Orgs). Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 285.

deferente) o decreto do Poder Executivo que, dentro de sua competência constitucional, havia optado por demarcar as terras indígenas de modo contíguo.

Discordamos, novamente, de Barroso quando aponta uma face positiva do ativismo judicial. Não entendemos viável delimitar até quando será positivo, e partir de qual momento terá deixado de ser parte da solução e passado a fazer parte do problema.

Analisando casos concretos, Barroso reconhece duas decisões na área política como ativistas:

- a) caso da fidelidade partidária – Segundo Barroso, “um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. O que fez a Corte foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa”⁹⁵ –;
- b) caso da verticalização das coligações partidárias.

Em síntese, adotamos a proposta de Barroso, quanto à diferenciação dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, quanto à sua origem, e a linha conceitual de ativismo judicial presente nos trabalhos de Hirschl, Tushnet, Guastini, Ramos e Garapon.

Consideramos ativistas, no campo da “política pura”, as decisões judiciais que não se utilizam de critérios rígidos, e expressos na Constituição, para a declaração de inconstitucionalidade de normas, ou que criam normas de caráter geral e abstrato, ainda que passíveis de superação pelo Congresso Nacional. A opção por essa caracterização decorre de sua abrangência e, principalmente, da eliminação da dimensão de observância dos precedentes, própria do *Common-Law*.

Na área da política pura, também não compartilhamos da ideia de um ativismo profícuo, como parte da solução. A rigor, tem ocorrido, nessa área específica, boa parte dos problemas.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda, FRAGALE Fº, Roberto, LOBÃO, Ronaldo (Orgs). Constituição e& Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 287.

3. Diálogos Institucionais entre Cortes e Parlamentos

3.1 Introdução ao capítulo

A supremacia judicial é naturalmente associada ao controle de constitucionalidade realizado pelas Cortes constitucionais. Os questionamentos relativos à legitimidade desse controle levam a que alguns constitucionalistas e jusfilósofos prestigiosos cheguem a advogar a tese de abolição do controle de constitucionalidade. Essa vertente doutrinária é, no entanto, minoritária.

Caminha-se no sentido de formulações que, mantido o controle judicial, tornem o Judiciário mais deferente, deixando espaço para que o Legislativo possa cooperar, complementar e até reverter decisões, de forma célere e ágil.

É nesse contexto que se formulam as teorias dialógicas – que buscam institucionalizar o diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário (*Courts and Legislatures*)⁹⁶ -, mitigando a supremacia judicial, e conferindo maiores possibilidades de atuação das instâncias representativas, a fim de reduzir o “déficit democrático” do controle de constitucionalidade.

Há que se reconhecer, no entanto, que os legisladores guardam uma permanente e inequívoca “conexão eleitoral”, que os orienta a pensar sempre nas próprias reeleições. Para esse perfil de “empreendedor político”, a observância dos parâmetros constitucionais não goza de atenção prioritária.

Por outro lado, o conhecimento e a experiência de legisladores na formulação de políticas públicas, sobretudo de regras eleitorais, são relevantes para a detecção de efeitos indesejados decorrentes de inovações do ordenamento jurídico.

Neste capítulo serão apresentados os conceitos e respostas à indagação sobre a viabilidade de implementação de diálogos institucionais no Brasil.

⁹⁶ As teorias dialógicas restringem-se ao relacionamento entre os Poderes Legislativo e Judiciário, não alcançando o Poder Executivo.

3.2 Conceitos

Em primeiro lugar, convém aclarar a expressão “diálogos constitucionais”, que, segundo Bateup⁹⁷, tem sido usada como uma “metáfora ubíqua” para designar todas as interações entre o Legislativo e o Judiciário.

Para Kent Roach⁹⁸, o significado principal da expressão “diálogo” é de um convite às Cortes, aos Parlamentos e aos grupos sociais para um diálogo sobre direitos nas sociedades democráticas.

Conrado Hübner Mendes⁹⁹ também define diálogo como sendo “signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade, que denota uma relação horizontal, e não hierárquica. Carrega, portanto, um valor sedutor para justificar decisões de autoridade”. E indaga: “Podem instituições dialogar entre si”?

Tão importante quanto definir os pressupostos de um diálogo efetivo entre Poderes é identificar o que não configura um verdadeiro e substantivo diálogo institucional.

A mera possibilidade de superação de decisões judiciais pela via do devido processo legislativo de Emendas à Constituição não constitui, a nosso ver, exemplo de efetivo diálogo institucional. Nesse caso, não se verifica o diálogo, mas mera reação de um Poder à decisão de outro Poder, em um ambiente, às vezes, adversarial.

As teorias dialógicas enfatizam que o Judiciário não possui o monopólio da interpretação constitucional. Em um ambiente favorável ao diálogo, em vez de exercitar seu poder de supremacia, o Judiciário deve interagir cooperativamente em busca do significado da Constituição.

Vanice Regina L. Valle¹⁰⁰, em obra coletiva, aponta os vetores principais das várias concepções dialógicas:

- a) Reestabelecer o reequilíbrio entre Poderes, na busca de uma legitimidade democrática;

⁹⁷ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. Brooklyn Law Review, 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884

⁹⁸ ROACH, Kent. Dialogic judicial review and its critics. Supreme Court Law Review. v. 23. p. 49-104, 2004.

⁹⁹ MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

¹⁰⁰ SILVA, Cecília de Almeida. E outros. Diálogos Institucionais e Ativismo. Curitiba: Ed. Juruá, 2010. p.91.

- b) Articular a defesa de um ‘weak judicial review’, como contraponto aos riscos de um ativismo judicial;
- c) Assegurar a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de segmentos minoritários.

Num esforço de sistematização da miríade teórica, Bateup¹⁰¹ propõe algumas classificações:

- a) Teorias de aconselhamento judicial – Nessa classificação figuram as teorias que consagram as técnicas de decisão em que o Judiciário não pronuncia de imediato a inconstitucionalidade e permite a atuação corretiva do legislador. São exemplos as técnicas de apelo ao legislador.
- b) Teorias orientadas ao processo – O Judiciário limita sua atuação de modo a dar espaço ao legislador para que este lance um segundo olhar sobre a matéria. Aproxima-se do minimalismo de Sunstein, já discutido acima, no item 2.3. A crítica a essa modalidade é manutenção da prevalência da avaliação judicial, que seria levada a efeito em caso de impasse.
- c) Teorias de princípios jurídicos – Também mantém a prevalência da visão judicial, reconhecendo sua posição privilegiada para lidar com princípios. Caberia aos demais Poderes políticos, diante da percepção do cometimento de equívocos na decisão judicial, dar início a uma reação, que poderá ensejar o exercício de um diálogo.
- d) Teorias de equilíbrio – Os juízes atuariam como instância de discussão, permitindo à sociedade a busca pela melhor concepção do direito em questão. Bateup manifesta apreço por essa família, pelo fato de a moderação judicial colaborar na busca de respostas do significado da Constituição aceito pela sociedade.
- e) Teorias de parceria – O Judiciário não se coloca como instância superior às demais, e fomenta o desenvolvimento de um diálogo em toda a

¹⁰¹ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. Brooklyn Law Review, 2006.

sociedade, mas novamente prevalecerá, ao final, em caso de impasse, as opiniões judiciais.

Em termos gerais, os modelos variam de acordo com o grau em que o Judiciário se apresenta sensível ao diálogo, com preferência para atuações deferentes e minimalistas.

A fusão de categorias, como “equilíbrio” e “parceria” (itens ‘d’ e ‘e’), pode favorecer o diálogo e o papel de “facilitador” do Judiciário, além de produzir consensos mais robustos e duradouros. Esse modelo tende a valorizar e conciliar a sensibilidade e a experiência política do legislador com a técnica jurídica do Judiciário.

Para Tremblay¹⁰², as teorias de diálogo institucional entre as Cortes e o Legislativo objetivam desconstituir a visão de ilegitimidade democrática do “judicial review”. Dessa forma, o diálogo institucional se caracteriza por não ter o Judiciário, necessariamente, a última palavra, podendo o Legislativo reverter decisões judiciais, modificá-las e até anulá-las.

Sustenta o autor canadense haver duas concepções de diálogos institucionais: o diálogo como deliberação e o diálogo como conversação.

O diálogo como conversação pressupõe colaboração, e o seu sucesso depende do grau de comprometimento entre os atores e do entendimento mútuo. Dado seu caráter informal, baseado no convencimento, essa modalidade tem pouca aplicabilidade prática na solução de conflitos.

Em contraponto, o diálogo como deliberação é formal e tem o propósito de solucionar um conflito de modo compartilhado, entre participantes equiparados, movidos pela persuasão, e não pela coerção. Essa modalidade, no entanto, não configura um mero debate, haja vista que uma das posições deve prevalecer sobre a outra.

É essa última concepção – diálogo como deliberação -, na visão de Tremblay¹⁰³, que pode legitimar o “judicial review”, haja vista percebê-lo como uma “peça” integrante do processo de diálogo.

Brandão¹⁰⁴ também tem posição semelhante. Identifica duas tendências principais nas teorias sobre os diálogos constitucionais. Uma primeira se fundamenta na

¹⁰² TREMBLAY, Luc B. *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*. Oxford University Press. I-CON, v. 3, n. 4., 2005. p. 617.

¹⁰³ TREMBLAY, Luc B. *Op. Cit.* p. 633.

prática da interação entre os Poderes, e entre os Poderes e a opinião pública. Nessa tendência, de caráter prático, o Judiciário não teria, de fato, a última palavra sobre a interpretação constitucional.

Uma segunda tendência, de caráter normativo, sustenta que o Judiciário não deve ter garantida a última palavra sobre a interpretação constitucional, sob pena de causar grave lesão à democracia e à separação de poderes.

Jean Leclair¹⁰⁵, por sua vez, tem uma visão crítica das teorias dialógicas, defendendo, inclusive, seu abandono. Leclair argumenta que tais teorias possuem natureza meramente retórica, e que são incompatíveis com a separação de poderes, dado que a ênfase desse princípio é o conflito, e não a colaboração. Defende, por outro lado, abordagens distintas, mais consentâneas com a separação de poderes, como a democracia participativa (no que concerne ao Legislativo) e o minimalismo judicial, em relação à atuação das Cortes.

O presente trabalho não reconhece como prática de diálogo institucionalizado o diálogo empírico (como conversação), fundado na dicotomia decisão-reação, ainda que, em muitos destes casos, a posição do Legislativo acabe por prevalecer.

A segunda tendência, de natureza normativa (de deliberação), é inviável no Brasil, haja vista a arquitetura projetada pelo constituinte de 1988. As funções típicas de cada Poder integram o núcleo imodificável da Carta, e não são passíveis de modificação até por Emenda à Constituição. Trata-se, em nosso contexto, de uma matéria cujo debate tem perfil essencialmente acadêmico.

3.3 A “última palavra” – existe? É relevante?

Associada à expressão “diálogo”, figura como ideia fixa a “última palavra”, ou mais precisamente, a quem cabe falar por último, como se toda a teoria constitucional se resumisse ao reconhecimento de quem detém o poder de se manifestar por último e ver prevalecer sua posição.

¹⁰⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 224.

¹⁰⁵ LECLAIR, Jean. *Critical reflections on the metaphor of dialogue in Canadian constitutional law.* *Revue Du Barreau.* 2003, p. 402-412.

É evidente, sob qualquer lógica, que diante de um impasse que trave a solução de determinada matéria, se imponha algum procedimento decisório para seu deslinde. Mas será esse aspecto o mais relevante? Será essa palavra a última? De que modo terá sido construída, e será duradoura? Enfim, são aspectos que sobressaem à mera identificação do detentor da última palavra.

Há que se ter em mente, como uma meta, a melhor construção para a sociedade, havendo de ser superados tanto os dogmas da “tirania da maioria” e da “representação pela agregação” quanto da “lacuna de legitimidade”, e de muitas outras crenças que confundem e prejudicam a formulação de um caminho construtivo.

Não cabem confrontos entre o “juiz heroico” e o “legislador desprestigiado” ou entre o “juiz imperialista” e o “legislador virtuoso”. Há que se desenvolver o debate de forma equilibrada, madura e construtiva.

A rigor, o monopólio da representação popular não está no Parlamento, pelo mero fato de serem seus membros eleitos. Tampouco há de se esperar neutralidade judicial, pois a Corte também não está fora da Política.

Também não mais cabe pugnar pela extinção do “judicial review”, admitido até por severos críticos – por exemplo, Jeremy Waldron – quando não atendidas condições específicas que deveriam estar presentes em sociedades democráticas (sem disfuncionalidades institucionais).

Numa perspectiva construtiva, a questão relativa à detenção da última palavra perde significado. É nesse aspecto que reside a importância da formulação de um modelo que, aos poucos, possa pavimentar o caminho para o fortalecimento e respeitabilidade das instituições políticas.

Conrado Hübner Mendes¹⁰⁶, crítico da supremacia judicial, associa o controle de constitucionalidade à separação de poderes e à questão da última palavra:

Não se nega a importância da separação de poderes. Há inúmeros outros elementos que moderam e contrabalançam a atividade legislativa. No entanto, há necessidade de que, ao final do jogo, alguma instituição tenha a última palavra para a solução de dúvidas sobre a Constituição. A possibilidade de que a Corte revogue uma lei cria, ademais, dois efeitos perversos: distorce a política pública, que será configurada pela

¹⁰⁶ MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 100.

interferência judicial e perderá a racionalidade original intentada pelo legislador; e debilita a democracia.

Mendes adotou como epígrafe de seu livro “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação”, a frase da cientista política Hanna Pitkin: “Ninguém tem a última palavra porque não há última palavra”.

E qual a importância da última palavra? Segundo Mendes¹⁰⁷, para firmar decisões com pretensão de maior durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisão coletiva que valha para todos. E qual seria o critério para atribuir essa prerrogativa a alguma instituição? A resposta, para Mendes, é a confiabilidade de que desfruta tal instituição perante a comunidade.

Por sua vez, Louis Fisher¹⁰⁸, em análise do contexto dos Estados Unidos sobre a questão da última palavra, não reconhece que esta pertença à Suprema Corte ou a qualquer outra instituição. Fischer enxerga uma trajetória complexa e contínua, uma verdadeira sucessão de testes, realizados em um processo circular que somente se encerra com a estabilização de um acordo mínimo, ainda que por certo período de tempo. Não há, em sua ótica, a “última palavra”.

O mais importante, a nosso ver, é fugir do foco do monopólio, da disputa de “torcidas”, da “guerra de gritos” e, em sentido oposto, fomentar o processo de construção de soluções jurídicas estáveis e duradouras. Não há, enfim, no paradigma da separação de poderes, espaço para monopólios isentos de questionamentos.

3.4. A experiência canadense de diálogos institucionais

A experiência canadense é, de fato, muito rica para o estudo dos diálogos institucionais. A promulgação da Carta (Charter) de Direitos e Liberdades, em 1982, é o marco inicial.

Importa lembrar que, ao contrário do que ocorre no Reino Unido, o Canadá apresenta um sistema de controle de constitucionalidade que permite à Corte Suprema a possibilidade de fulminar uma lei aprovada no Parlamento.

¹⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 100. p. 182.

¹⁰⁸ FISCHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press. 1988.

Contudo, o que torna a experiência canadense digna de nota é uma cláusula inserta na Seção 33¹⁰⁹ da Carta, conhecida como “cláusula do não obstante”¹¹⁰, que permite ao Parlamento manter vigente uma lei declarada inconstitucional, superando, assim, a decisão judicial.

A cláusula estabelece um prazo em que a norma objeto de reafirmação pelo Parlamento mantenha-se em vigor – cinco anos -, ao término do qual, o Parlamento poderá confirmar ou não sua vigência.

Segundo Valle¹¹¹, o mecanismo se completa com uma cláusula de limitação temporal: a lei que nasce do *notwithstanding* tem validade de cinco anos, após os quais, caso pretenda o Legislativo que a norma ainda prevaleça, cumpre novamente empreender a sua aprovação, uma vez mais sob a cláusula do *override*.

Em teoria, o modelo canadense reflete um sistema brando (ou fraco) de controle de constitucionalidade, conforme os conceitos expostos no item 2.4, pois possibilita uma resposta do Legislativo em um curto espaço de tempo. Em sentido oposto, Jeremy Waldron¹¹², observando a utilização prática do modelo, considera-o forte (*strong form*), sobretudo pela rara invocação do mecanismo de superação das decisões judiciais.

Gonet Branco¹¹³, citando autores canadenses – Luc Tremblay, Peter Hogg e Allison Bushell – afirma que essa fórmula estabeleceria um diálogo continuado, já que o Judiciário não teria, necessariamente, a última palavra com respeito a matérias

¹⁰⁹ Section 33 :(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

¹¹⁰ *Notwithstanding clause*.

¹¹¹ SILVA, Cecília de Almeida. E outros. Diálogos Institucionais e Ativismo. Curitiba: Ed. Juruá, 2010. p.63.

¹¹² WALDRON, Jeremy. A essência da Oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010. p. 102.

¹¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no Controle de Constitucionalidade. O diálogo institucional canadense e a Constituição brasileira de 1937. http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/386/Direito%20P%C3%BAblico_v7n31janfev2010.pdf?sequence=1

constitucionais, nem em temas de políticas públicas, pois o legislador poderia reverter a decisão judicial que tenha fulminado uma lei.

Rosalind Dixon¹¹⁴ vislumbra o grande efeito do diálogo institucional canadense como sendo o fomento à atitude deferente. A simples possibilidade de o Parlamento superar (*override*) decisões judiciais, já traria o efeito esperado de maior deferência das Cortes – um efeito “dissuasório”.

Não que as Cortes pudessem ser tomadas de constrangimento, mas acabariam por deixar mais espaço em suas decisões de modo a admitir a atuação complementar do Legislativo. A visão de Dixon se aproxima (no que diz respeito ao espaço deixado para o Legislativo), em certa medida, às teses do minimalismo judicial, examinadas no item 2.3.

Discordamos de Dixon no que diz respeito ao efeito dissuasório da cláusula, haja vista que a Corte canadense jamais se furtou a decidir sobre “political questions”, de sorte que esse efeito, aparentemente, não deve ser considerado na prática dialógica.

O estímulo ao debate não vem, no entanto, isento de críticas. A possibilidade da perpetuação de controvérsias não resolvidas e o efeito inibitório sobre o controle exercido pelo Judiciário constituem críticas fundadas ao modelo.

Aponta-se, também, um elevado custo político para a legislatura quando busca sobrepor uma decisão judicial, e que explicam, em parte, a baixa invocação da cláusula *notwithstanding/overriding*.

No contexto canadense, cabe, ainda, ressaltar que apesar de o Legislativo deter, em teoria, a última palavra, não se cogita de rotular o modelo como antidemocrático ou sujeito à tirania da maioria. Certamente, a sólida democracia canadense e o senso de responsabilidade do Parlamento não deixam espaço para excessos.

O professor emérito da Universidade de Toronto, Peter Russell,¹¹⁵ aponta alguns casos em que o Parlamento canadense deveria ter invocado a cláusula, mas optou por não fazê-lo. O primeiro dos casos é relativo à decisão que autorizou o casamento homossexual no Canadá. Russell não se opõe ao mérito da decisão, tão somente defende a legitimidade do Parlamento de debater e decidir sobre o tema. Outro caso refere-se à

¹¹⁴ DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference, University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper n° 24, 2009.

¹¹⁵ RUSSELL, Peter H. The notwithstanding clause: The Charter’s homage to parliamentary democracy.

decisão que invalidou (por maioria – 5 a 4) a legislação federal que proibia anúncios de produtos tabagistas. A Suprema Corte entendeu que a lei limitava excessivamente a liberdade de expressão dos fabricantes de cigarros. Segundo Russell, em vez de corrigir a decisão judicial, o Parlamento optou por atender a “sugestão” da Corte e alterou a legislação para proibir apenas os anúncios que associavam o cigarro ao estilo de vida saudável.

Por essas razões, entre outras, é que os críticos desse modelo qualificam a cláusula não-obstante como um “tigre de papel”, disponível na teoria, mas de inviável aplicabilidade prática.

Esse aspecto é corroborado com a observação de Hirschl¹¹⁶, quando afirma ter a Suprema Corte canadense rejeitado a doutrina da não judicialização das questões essencialmente políticas, logo após a adoção da Carta de Direitos. Esse posicionamento teve como marco o julgamento, em 1985, da “Operation Dismantle”¹¹⁷, que versava sobre testes de mísseis nucleares em território canadense. Nesse julgamento, declarou, unanimemente a Corte: “If a case raises the question of whether executive ou legislative action violated the Constitution, then the question has to be answered by the Court, regardless of the political character of the controversy [...] Disputes of a political or foreign policy nature may be properly cognizable by the Courts”.

Quanto ao aspecto da omissão consciente do Legislativo, que escolhe manter-se inerte, por preferência política, tem-se clara a delegação tácita desse Poder, que ao abdicar de sua prerrogativa de reação (como ocorreu no caso canadense do casamento homoafetivo) não poderá, legitimamente, protestar contra a “invasão de competências” sofrida.

Rodrigo Brandão tem uma posição crítica à *overriding clause*, atribuindo seu desuso – o Parlamento federal jamais a utilizou – à má redação do dispositivo e ao seu elevado custo político. Além disso, critica a própria essência da cláusula – a possibilidade de superação de decisões judiciais por maioria parlamentar ordinária. Para Brandão¹¹⁸:

¹¹⁶ HIRSCHL, Ran. What is the Judicialization of Politics? In: The Oxford Handbook of Law and Politics. p. 125

¹¹⁷ Cruise Missile Case (1985).

¹¹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 242

A circunstância de a cláusula aludir à superação de direitos fundamentais por maiorias legislativas ordinárias, ao invés da superação de decisões judiciais que não tenham protegido adequadamente tais direitos na visão do Parlamento, revela claramente que o seu objetivo não era o de fomentar um diálogo entre o Judiciário e o Legislativo sobre a melhor forma de interpretar direitos, mas preservar a supremacia parlamentar pela garantia da não vinculação dos seus atos aos direitos fundamentais.

Kent Roach, apesar de reconhecer seu pouco uso, reconhece sua importância quando afirma que as cláusulas continuam sendo salvaguardas importantes contra excessos do ativismo judicial.¹¹⁹

Peter Hogg e Alisson Bushell¹²⁰ acreditam não ser o *judicial review* canadense um veto à política, mas sim o início de um diálogo sobre a melhor forma de conciliar os valores da Carta, em benefício da comunidade como um todo. Para tanto, as decisões da Corte quase sempre procuram deixar espaço para uma resposta legislativa.

Uma conclusão importante que se pode extrair da experiência canadense é que, embora se trate de um país de longa tradição de deferência ao Parlamento, observa-se, na prática, uma trajetória de fortalecimento do controle de constitucionalidade judicial.

3.5 Conflitos institucionais entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal.

Normalmente, utiliza-se o clássico exemplo do *Court Packing Plan*, de Franklin Roosevelt, como referência de ataque institucional à Suprema Corte.

No Brasil, há casos antigos e também famosos como o que envolveu o Presidente Floriano Peixoto e sua ameaça de prisão de ministros, caso estes deferissem *habeas corpus* em favor de adversários políticos do Presidente que se opunham à sua posse em consequência da renúncia de Deodoro da Fonseca. Mesmo não sendo de natureza legislativa, o episódio de Floriano Peixoto é deveras ilustrativo acerca do contexto institucional brasileiro no nascedouro da República.

Algumas décadas adiante, outro episódio de enfrentamento institucional entre os Poderes da República merece destaque. Trata-se da Constituição de 1937

¹¹⁹ ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001. p. 292-293

¹²⁰ HOGG, Peter. BUSHELL, Alisson. *The Charter between courts and legislatures (Or perhaps the Charter of Rights isn't a bad thing after all)*. *Osgood Hall Law Journal*. V.35 n.1 1997.

(conhecida como a Polaca, de cariz autoritário), na qual havia a previsão de um dispositivo (art. 96, parágrafo único¹²¹), que permitia a superação de decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Poder Legislativo.

Embora guarde alguma semelhança, sob a ótica formal, com a cláusula do não obstante do modelo canadense, cumpre alertar que qualquer comparação com o modelo canadense é inapropriada. A adoção daquele modelo, e de outros de perfil dialógico, exige um contexto político de absoluta normalidade e solidez institucional – o que não implica ausência de discordâncias. Decerto não havia qualquer intenção na experiência brasileira do Estado Novo em se estabelecer um diálogo institucional democrático¹²².

No contexto brasileiro atual, em que pese experimentarmos um dos maiores lapsos temporais na vigência de uma Constituição democrática no período republicano, é forçoso reconhecer que nossa fragilidade institucional dificilmente suportaria, ainda que possível fosse, sob o ângulo normativo, um arranjo como o canadense.

Merece citação as recentes tentativas da Câmara dos Deputados de emendar a Constituição de 1988, buscando criar mecanismos de superação de decisões judiciais, das quais trataremos nos subitens seguintes.

Dois mecanismos são também sempre lembrados como instrumentos de pressão do Legislativo sobre o Judiciário: o controle sobre o orçamento dos demais Poderes (inclusive da remuneração), e o processo de nomeação de juízes. No Congresso Nacional há diversas proposições que alteram a forma de nomeação de ministros e que estabelecem mandatos fixos¹²³. Nesse ponto, somos favoráveis às considerações de Ackerman (item 1.1.2) sobre o modelo alemão, quando o autor defende a possibilidade de veto da minoria parlamentar às indicações de integrantes da Suprema Corte.

Para Brandão, “não se pode ser ingênuo a ponto de não se reconhecer a possibilidade do uso do poder do Congresso sobre o orçamento dos Tribunais e sobre os

¹²¹ CF 1937 - Art. 96. [...] Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei, que a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção da defesa do interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

¹²² A Carta projetada por Francisco Campos tinha inegável caráter autoritário. O referido dispositivo jamais foi aplicado, principalmente por ter o Congresso Nacional sido fechado, e o Poder Executivo figurava como o único Poder Estatal. O Chefe do Poder Executivo avocou as competências congressuais.

¹²³ PEC 143/2012; 262/2008; 473/2001.

salários dos juízes como instrumentos de retaliação ao Judiciário ou de pressão para a alteração do curso da sua jurisprudência.»¹²⁴

3.5.1. Uma palavra sobre a PEC nº 33/2011

Em 2013, um fato político chamou a atenção do mundo jurídico brasileiro: a aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados da admissibilidade¹²⁵ da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011¹²⁶.

A proposta inovava em três segmentos:

- a) Na hipótese de uma Emenda à Constituição (e não lei ordinária) ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional, por maioria qualificada (três quintos em ambas as Casas), poderia ratificar seu entendimento, abrindo um conflito com a Corte. Nesse caso, a decisão final caberia ao povo, mediante plebiscito.
- b) Aumentava o quórum para aprovação de súmulas vinculantes dos atuais três quintos (oito ministros) para quatro quintos (nove ministros). O efeito vinculante somente seria atribuída à súmula após a manifestação do Congresso Nacional.
- c) Vedação de sustação da eficácia de Emendas à Constituição por decisão cautelar monocrática de juízes do Supremo Tribunal Federal.

De fato, não há como deixar de reconhecer a heterodoxia da proposta, mas o debate em torno da proposição foi deveras prejudicado pela repercussão do julgamento da Ação Penal nº 470 (Caso Mensalão), e rotulada como um retrocesso antidemocrático, com viés de retaliação ao Supremo.

A proposta foi recebida como uma tentativa de empacotamento da Corte, que à época realizava um dos mais importantes julgamentos de sua história, com amplo

¹²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. Op. Cit. p. 263

¹²⁵ A admissibilidade de uma PEC significa, conforme as regras regimentais do processo legislativo especial de Emendas à Constituição da Câmara dos Deputados, uma mera autorização para prosseguir sua tramitação, por não ter sido verificada incompatibilidades com as limitações ao poder de reforma impostas ao legislador constituinte derivado.

¹²⁶ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>

apoio popular, tendo em vista a condenação de políticos importantes por crimes de corrupção.

Essas manifestações, no entanto, não guardavam relação com o conteúdo da proposta, que em nada tratava de decisões em sede de Ação Penal. Referia-se, tão somente, ao controle de constitucionalidade de PEC, súmulas vinculantes e decisões cautelares.

A associação ao mecanismo previsto no art. 96 da Constituição de 1937, foi também imediata, e se perdeu a oportunidade de um debate profícuo, inclusive sobre os riscos de um “constitucionalismo popular” mal refletido.

Cabe também o registro de uma nota em um órgão de imprensa especializado no campo jurídico¹²⁷:

O Poder Legislativo se tornar o guardião da Constituição não seria necessariamente uma novidade — era assim há 200 anos. A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, fixava, em seu artigo 15, que cabia à Assembleia Geral, formada pela Câmara e pelo Senado, interpretar as leis, velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da nação. [...] Mais fácil, neste caso, seria entregar ao Congresso a chave do Supremo Tribunal Federal, como observaram muitos juízes e advogados após as notícias da aprovação da PEC 33 pela CCJ da Câmara. Os mesmos críticos que estranharam o silêncio de entidades da sociedade civil, como a Ordem dos Advogados do Brasil, sobre o assunto.

Desse debate recheado de incompreensões, no entanto, podem ser tiradas algumas conclusões:

- a) O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, instaurado pela Carta de 1988, não admite propostas de controle brando (*weak form*) de constitucionalidade. Não porque sejam antidemocráticas (basta reportar-se ao exemplo do Canadá, Austrália e Nova Zelândia), mas porque as escolhas efetuadas pelo legislador constituinte originário bloquearam iniciativas nesse sentido.
- b) A reação do Supremo Tribunal Federal foi veemente, não apenas no discurso, mas também de cunho prático. O STF sustou (no mesmo dia da aprovação da admissibilidade da PEC 33/2011) a tramitação de um

¹²⁷ <http://www.conjur.com.br/2013-abr-25/tentativa-congresso-enquadrar-supremo-retrocesso-80-anos>

projeto de lei no Senado Federal¹²⁸, em tramitação no Senado Federal, em um inédito¹²⁹ exercício de controle de constitucionalidade prévio de projetos de lei, via Mandado de Segurança.

- c) Não houve manifestações contrárias a proposta de vedação da sustação cautelar monocrática de Emendas à Constituição. Esse é um exemplo claro de grave assimetria entre os Poderes.

3.5.2 Uma palavra sobre a PEC nº 3/2011

Também foi objeto de controvérsia no meio jurídico brasileiro a aprovação da admissibilidade da PEC nº 3, de 2011¹³⁰.

¹²⁸ Projeto de lei nº 4.470, de 2012, da Câmara dos Deputados. O projeto de lei teve sua tramitação suspensa no Senado Federal, por decisão cautelar proferida pelo ministro Gilmar Mendes. O projeto de lei, hoje transformado em norma jurídica, estabelece critérios de divisão de recursos do Fundo Partidário e direito de antena (propaganda eleitoral) com base na votação obtida pelos partidos na última eleição para a Câmara dos Deputados. Essa polêmica proposição – agora, a Lei nº 12.875, de 2013 – foi compreendida, no meio político, como um ato para inviabilizar financeiramente e politicamente os partidos criados a partir da migração de parlamentares eleitos por outros partidos, com fulcro na Resolução TSE nº 22.610/2006.

¹²⁹ Embora haja precedentes no sentido de sustar a tramitação de Propostas de Emenda à Constituição (PEC), pela via do Mandado de Segurança - como nos casos da PEC nº 33/A/1995 (Reforma da Previdência), e da PEC nº 1/1988 (que instituiu a pena de morte no Brasil) - O julgamento do MS 32033/DF não deixou margem a dúvidas de que nos casos em que o objeto do MS for “projetos de lei”, não é viável tal controle prévio. Por maioria de 7 a 3, o Plenário do STF cassou a medida cautelar antes concedida e denegou a segurança. Foram esses os termos do Acórdão: “**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. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da 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.

¹³⁰ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>

O conteúdo da proposta é bastante simples: ampliar o alcance da possibilidade de o Congresso Nacional sustar, via Decreto Legislativo, atos normativos emanados de outros Poderes da República¹³¹.

O texto atual prevê essa possibilidade apenas para os atos oriundos do Poder Executivo. É razoável se supor que o legislador constituinte originário tivesse promovido essa alteração, desde o início, se em 1988 já houvesse órgãos administrativos integrantes do Poder Judiciário, como o Conselho Nacional de Justiça, ou tivesse antecipado o ímpeto normativo da Justiça Eleitoral, quando faz uso de seu poder regulamentar.

Por óbvio, a proposta trata apenas de “atos normativos”, portanto, de uma atividade atípica do Poder Judiciário, de natureza não jurisdicional. Do contrário, seria, de plano, fulminada por manifesta inconstitucionalidade.

Comparem-se os dois textos:

Texto atual da Constituição Federal:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar atos normativos **do Poder Executivo** que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Teor da PEC 3/2011:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V- sustar atos normativos **dos outros Poderes** que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Como dito, a proposta suscitou reações negativas no mundo jurídico. À época, assim se manifestou Lênio Streck, a nosso ver, equivocadamente, em veículo especializado em matérias jurídicas:

[...]em hipótese alguma, a juristocracia pode ser vencida pela instituição de uma espécie tardia de *Polizeistaat*. Nesse caso, o problema apenas mudaria de endereço na praça dos três poderes: do Poder Judiciário em direção ao Congresso Nacional. Ou seja, se o ativismo do Poder Judiciário

¹³¹ Poder-se-ia questionar como um dos efeitos da medida o alcance das Súmulas Vinculantes. O questionamento é plausível, tendo em vista a natureza jurídica normativa de tais enunciados. Segundo Elival da Silva Ramos (em RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 295), “a súmula vinculante é antes um ato de criação do que de aplicação do direito”. Uma análise um pouco mais detida levará à conclusão de que seria viável a sustação de súmulas vinculantes, pois apesar de sua inegável natureza normativa, elas são restritas, exclusivamente, à matéria constitucional (CF/88; art. 103-A), não se confundindo com atos regulamentares, de natureza normativa secundária, típicos de atividade administrativa, dos quais são exemplo as resoluções da Justiça Eleitoral e do Conselho Nacional de Justiça. Assim, o receio de que a sustação de atos normativos infralegais emanados do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo pudesse alcançar as súmulas vinculantes, não procede.

se mostra perigoso ao ponto de o Poder Legislativo pretender limitá-lo via PEC 3, não é a simples transferência do polo de tensão para o Poder Legislativo que resolverá a “questão da democracia”. Ao fim e ao cabo, a PEC 3, aponta de volta para o século XIX. [...] Para resolver os problemas do ativismo judicial, da vontade de poder (*Wille zur Macht*) ou do voluntarismo, não precisamos voltar ao hermetismo do século XIX, como querem os parlamentares que aprova(ra)m a PEC 3 na CCJ.¹³²

Apesar da aprovação na CCJ, etapa apenas inicial do processo legislativo de Emendas à Constituição, a proposição foi virtualmente arquivada, e aguarda (com remotas chances) a criação de uma comissão especial para que seja dado andamento ao processo.

Outro fato, no entanto, trouxe de volta ao cenário a referida proposta. Trata-se da Resolução¹³³ do Tribunal Superior Eleitoral que altera o tamanho das bancadas de Deputados Federais nos estados brasileiros.

Essa Resolução (supostamente um ato normativo de natureza infralegal) atendia o que determina a Lei Complementar nº 78, de 1993, que, atendendo à Constituição (art. 45), busca ajustar o tamanho das bancadas estaduais na Câmara dos Deputados, à população de cada Unidade da Federação, com base nos dados do último censo populacional, de 2010.

Pela Resolução do TSE, treze Estados teriam suas bancadas alteradas. Em cinco, há aumento do número de Deputados. Em oito, a bancada reduziria.

Vale ressaltar que a Constituição estabelece tão somente o mínimo e máximo de cadeiras a que cada estado tem direito – oito e setenta cadeiras, respectivamente.

Atualmente, há Estados com população maior do que outros e com uma representação menor, o que, claramente, contraria o comando constitucional¹³⁴. Por outro lado, a Constituição também é clara ao determinar que esse ajuste seja feito por Lei Complementar¹³⁵.

¹³²<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec?pagina=4>

¹³³TSE – Resolução nº 23.389/2013 - <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Maio/assembleias-legislativas-dos-estados-terao-dez-cadeiras-a-menos-nas-eleicoes-2014>

¹³⁴ De acordo com a Resolução, haveria mudanças em treze Estados. O Pará ganharia quatro cadeiras, o Ceará e Minas Gerais, ganhariam duas vagas, cada um; e os Estados de Santa Catarina e Amazonas ganhariam mais um deputado federal cada. As bancadas de Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Alagoas e Rio Grande do Sul perderiam um representante cada, e Paraíba e Piauí perderiam dois cada.

¹³⁵CF/88 - Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º - O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será **estabelecido por lei complementar**,

O movimento seguinte foi o mesmo que previa a PEC 3/2011, qual seja, o de o Congresso Nacional sustar o ato normativo emanado do Poder Judiciário (em sede de atividade não jurisdicional), ainda que não haja previsão expressa para tanto.

Em que pese estar desafiada no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 424, de 2013¹³⁶, que sustou a Resolução do TSE, sua edição mereceu elogios do ministro Marco Aurélio Mello, do STF, e atual presidente do TSE. Assim se manifestou o ministro: “A decisão do Congresso encontra respaldo na Constituição”.¹³⁷

O fato que merece relevo desse episódio é justamente ilustrar a desconfiança que paira sobre as propostas do Poder Legislativo, a ponto de opiniões de juristas respeitadas as qualificarem como veículos do retrocesso institucional, e pouco tempo depois, uma ação concreta tomada pelo Congresso Nacional – edição do Decreto Legislativo nº 424/2013, que sustou a Resolução nº 23.389/2013, do Tribunal Superior Eleitoral -, merecer elogios do próprio presidente da Corte.

Esse episódio ilustra certa incompreensão do debate sobre diálogos institucionais no Brasil, até em certos segmentos da academia. Também revela um comportamento da imprensa no sentido de estimular uma “competição interinstitucional” entre os Poderes – aspecto ressaltado por Thamy Pogrebinski em sua pesquisa sobre judicialização da política, abordada no capítulo 4.

3.6 Há diálogo “de fato” entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional?

Não obstante ser comum encontrar referências à existência de um diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, a experiência concreta não se enquadra nos conceitos e perfis traçados neste capítulo. Assim, entendemos que não há, sob o aspecto teórico, um diálogo institucionalizado entre esses dois Poderes.

proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

¹³⁶ <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2013/decretolegislativo-424-4-dezembro-2013-777558-norma-pl.html>

¹³⁷ <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/marco-aurelio-revogacao-de-mudancas-na-camara-faz-prevalecer-constituicao,67e4a61206492410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>

O único elemento institucionalizado que se aproxima de um processo dialógico é o que prevê a participação do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade difuso¹³⁸. O que normalmente se toma como um processo dialógico prático (“de fato”) é a superação pela via legislativa ordinária ou especial (de Emendas à Constituição). Esse processo não guarda qualquer relação com o referencial teórico sobre o tema.

Não consideramos, pois, a aprovação de Emendas à Constituição como elemento de diálogo institucional, mas do ponto de vista histórico, é forçoso reconhecer a existência de diversas deliberações legislativas que superaram as decisões judiciais, em uma clara disputa de posições pela prevalência da “última palavra”.

3.6.1 Superação de decisões do STF pelo Congresso Nacional

3.6.1.1 Via Emenda à Constituição

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de taxas de iluminação pública, sob o argumento de que a espécie tributária (taxa) não era adequada para o fim pretendido. O Congresso Nacional reagiu e aprovou a Emenda Constitucional nº 39/2002, estabelecendo a possibilidade de criação de contribuição (e não mais taxa) para o custeio da iluminação pública.

Nesse caso, a solução final atendeu ao que pretendia o Legislativo - viabilizar a cobrança do “tributo” -, mas foi observada e obedecida a posição técnica do Supremo Tribunal Federal, no sentido de preservar a estrutura conceitual do sistema tributário nacional.

A disciplina constitucional e legal relativa à criação de Municípios também foi objeto de decisões judiciais e reações legislativas. A Constituição Federal estabelece rigorosos critérios para a criação de Municípios, além de outras exigências fixadas em lei complementar federal - que jamais foi editada.

¹³⁸O Senado pode conferir eficácia *erga omnes* a uma decisão do Supremo que declare a inconstitucionalidade de lei em um caso concreto. A partir de 1934, todas as Constituições brasileiras (exceto a de 1937) trouxeram essa cláusula. Atualmente, o STF está a analisar se esse dispositivo (CF/88; art. 52, X) teria sofrido um processo de mutação constitucional.

Não obstante esses obstáculos, alguns Municípios foram criados com base em leis estaduais (em um evidente quadro de inconstitucionalidade formal), como o célebre caso do Município baiano de Luis Eduardo Magalhães. Essa situação foi submetida ao STF, por meio da ADI 2240, que acolheu proposta do ministro Gilmar Mendes, no sentido de reconhecer uma situação de fato consolidada, declarando a inconstitucionalidade apenas com efeitos pro futuro, e assinando prazo para o Congresso Nacional aprovar a lei complementar.

O Legislativo reagiu não pela via da aprovação do diploma legal, mas por meio de uma Emenda à Constituição (EC nº 57/2008), convalidando a criação dos Municípios criados em tal situação. Somente em 2013, o Congresso aprovou o projeto de lei complementar nº 416/2008¹³⁹, exigida pela Constituição. Nesse caso, a solução (de convalidação) do Congresso Nacional prevaleceu.

O caso, também célebre, do Município de Mira Estrela, do Estado de São Paulo, também envolveu decisões e reações. A questão surgiu a partir do julgamento do RE 197917 (2004), quando o STF decidiu, interpretando o art. 29, IV da CF/88, ser a quantidade de vereadores das Câmaras Municipais definida proporcionalmente à população, e o fez por meio de uma relação direta número de vereadores-população, que levou a uma significativa redução do número de representantes municipais. O Congresso Nacional reagiu com a aprovação da Emenda Constitucional nº 58, de 2009, substituindo a fórmula pretoriana (da regra de três) pela fixação de limites máximos de vereadores, por faixas populacionais. Tal medida voltou a aumentar o número de vereadores.

Nesse caso, também prevaleceu a solução do Congresso Nacional, salvo por uma equivocada cláusula de retroatividade de seus efeitos ao pleito imediatamente ocorrido.

Como se pode constatar, não houve nesses casos um processo dialógico efetivo. Houve, na verdade, um primeiro monólogo na tomada de decisão judicial, e em seguida, outro monólogo, no âmbito da reação legislativa.

¹³⁹ A Lei Complementar nº 416, de 2013, foi integralmente vetada pela Presidência da República, estando, na presente data, pendente de apreciação pelo Congresso Nacional o veto presidencial.

3.6.1.2 Via legislação ordinária (maiorias simples)

Também há casos de reversão de decisões judiciais pela via legislativa ordinária. Essa hipótese é especialmente relevante pelo fato de decisões do STF que declarem leis inconstitucionais não vincularem o legislador.

Um exemplo de superação de decisão judicial que contribuiu para o desgaste da imagem do Congresso Nacional, é o caso “Humberto Lucena”, ocorrido em 1994. O então Senador da República Humberto Lucena foi condenado pelo Tribunal Superior Eleitoral por abuso de poder¹⁴⁰, tendo o Congresso Nacional editado a Lei nº 8.985, de 1995, para anistiar, em caráter geral, os candidatos às eleições 1994, que tivessem cometido ilícitos eleitorais. O Senador Lucena e outros quinze candidatos foram beneficiados. Em que pese a questionável índole moral da anistia aprovada, sob o aspecto formal, não havia questionamentos a fazer, tanto que o STF não julgou inconstitucional a citada Lei.

Outra ocorrência de superação de decisão judicial por legislação ordinária diz respeito à extensão do foro por prerrogativa de função em processos criminais contra ex-ocupantes de cargos públicos, por atos praticados ainda no exercício da função. O STF entendia possível tal extensão, mas alterou posteriormente esse entendimento, passando a considerá-lo inconstitucional. O Congresso Nacional reagiu ao novo entendimento e aprovou a Lei nº 10.628, para novamente estender o “foro privilegiado” aos ex-ocupantes de funções públicas. Essa Lei teve desafiada sua constitucionalidade no STF por meio da ADI 2797, tendo a Corte declarado, por maioria de votos, sua inconstitucionalidade. Nesse caso, prevaleceu a posição do Supremo Tribunal Federal.

Nas situações em que o legislador reage por meio da aprovação de nova lei ordinária, Ferreira Victor afirma que “diante dessa nova lei, fruto da liberdade de conformação do legislador, a Corte só tem uma alternativa: abrir-se ao diálogo institucional e aferir a compatibilidade material entre a nova lei e o texto constitucional”. E acrescenta:

As formas de diálogo são múltiplas, e em todos os casos de omissão a Corte convida o legislador a dialogar sobre o tema. Mesmo quando adota uma sentença de perfil aditivo, o STF deixa clara a ressalva de que sua

¹⁴⁰ Resumo do caso “Humberto Lucena”: Em 1994, o então Senador Humberto Lucena era candidato à reeleição ao Senado naquele mesmo ano, e utilizou-se da gráfica do Senado Federal para imprimir cerca de 130 mil calendários com sua imagem, além de mensagens de cunho eleitoral. O Ministério Público Eleitoral ajuizou ação por abuso de poder e o Parlamentar foi condenado no TSE, sem que o STF reformasse a decisão. <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos/humberto-lucena>

decisão valerá apenas até o advento da legislação. [...] A ideia é que o diálogo existe e acontece no mundo dos fatos. É preciso que os Poderes Judiciário e Legislativo tomem consciência da existência desse diálogo institucional e de suas potencialidades e, para isso, é preciso que a academia reflita sobre o tema e divulgue aos atores políticos e jurídicos suas conclusões¹⁴¹.

Em síntese, os casos relatados revelam um fenômeno de “ação-reação” entre Poderes, para o qual, essa dissertação não identifica qualquer paralelo com os postulados teóricos dialógicos descritos neste capítulo, apto a denominá-lo de “diálogo”.

¹⁴¹ FERREIRA VICTOR. Sérgio Antônio. Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Tese de Doutorado apresentada em 2013, na Universidade de São Paulo.

4. A realidade brasileira

4.1 Juristocracia ou Falácia?

O contexto da jurisdição constitucional brasileira se distancia sobremaneira do modelo proposto pela vertente procedimentalista (de Habermas e Ely), na qual a função primordial da Corte constitucional seria a de zelar pela observância de procedimentos que, democraticamente, levarão à formação da opinião e da vontade política da comunidade.

O fato de a Constituição de 1988 buscar a implementação de um Estado Social, mediante a superação de um modelo de igualdade formal rumo à igualdade material, tem favorecido a visão substancialista do Poder Judiciário, que tem atuado, na maioria das vezes, no sentido de ver concretizado direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Essa visão não se aplica, no entanto, à seara da política partidário-eleitoral, cujas intervenções, não apenas do Supremo Tribunal Federal, mas também do Tribunal Superior Eleitoral - que dispõe, inclusive, de poder regulamentar -, têm produzido distorções e efeitos colaterais negativos no sistema político brasileiro.

Nessa seara, a atuação da Corte é típica de um ator relevante do cenário político, que age, algumas vezes deferente com a posição do legislador, e em outras como um substituto bem intencionado, mas, em geral, incapaz de antecipar os efeitos das regras que elabora. É possível apontar problemas em diversas decisões proferidas pelo Supremo nessa área – trataremos dessas decisões no capítulo dedicado ao estudo de casos (Capítulo 5).

Há, por óbvio, opiniões respeitáveis em direção oposta. Uma pesquisa quantitativa desenvolvida pela cientista política Thamy Pogrebinski (publicada no final de 2011)¹⁴² chegou a conclusões no sentido de que o STF tem sido bastante deferente e colaborativo com o legislador.

¹⁴² POGREBINSHCI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

A pesquisa reuniu em um banco de dados um número significativo de ações (ADI, ADPF e ADC), ajuizadas no STF entre 1988 e 2009, que tinham como objeto leis e atos normativos emanados do Poder Legislativo federal.

Após promover a análise dos dados, Pogrebinschi concluiu que o exercício do controle de constitucionalidade levado a efeito pelo STF, longe de representar uma reação à crise de representatividade, opera no sentido de fortalecer e aperfeiçoar o trabalho do Poder Legislativo. Pela pesquisa, 86,7%¹⁴³ das ações que desafiavam a constitucionalidade da legislação produzida no Congresso Nacional foram julgadas improcedentes, confirmando, assim, o endosso do STF à representatividade popular. Ou seja, em quase 90% dos casos, a postura do STF é de deferência em relação ao Congresso.

Pogrebinschi rejeita os argumentos de que a judicialização ou o ativismo floresce no Brasil em decorrência da não efetividade das instituições representativas. A *contrario sensu*, o raciocínio seria no sentido de que se efetivas fossem, não haveria ativismo ou judicialização. Diz Pogrebinschi: “Se o Poder Judiciário vem sendo crescentemente procurado pela sociedade, disso não decorre logicamente que o Poder Legislativo, *locus* principal da soberania popular, tenha se tornado menos apto a representá-la”¹⁴⁴.

Ao tempo em que não reconhece a relação de causa e efeito entre crise de funcionalidade ou representatividade e ativismo judicial, Pogrebinschi aponta para um inevitável reconhecimento do Poder Judiciário como instituição política e o papel participativo do STF no processo decisório. Afirma textualmente¹⁴⁵:

Com o escopo de falsificar as premissas sob as quais vem se assentando o silogismo da judicialização, este livro tenta mostrar, por um lado, que, se há expansão da atuação do STF, ela não se dá em razão de um suposto vácuo deixado pelo Congresso, tampouco se exercita em detrimento de sua produção legislativa. Ao contrário, ao decidir as ações impetradas contra normas do Legislativo federal, o Supremo parece agir com bastante parcimônia, chegando mesmo a indicar algum tipo de deferência, quando não uma disposição de preservar e aperfeiçoar o trabalho do Congresso.

¹⁴³ “Tem-se, assim, que o STF confirma a expressiva maioria da produção legal do Congresso Nacional ao indeferir, com ou sem julgamento de mérito, 86, 68% das ações que foram ajuizadas contra suas leis e demais atos normativos durante os últimos vinte e um anos”. POGREBINSHCI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 11.

¹⁴⁴ POGREBINSHCI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 6

¹⁴⁵ POGREBINSHCI, Thamy. *Op. Cit.* p. 9

Pogrebinschi alerta para uma falta de entendimento por parte da mídia, que preferiria noticiar conflitos, e até uma competição interinstitucional, do que reconhecer uma atuação colaborativa. Ao descrever o contexto da aprovação da PEC 495/2006, que convalidou municípios criados sem o respaldo de Lei Complementar federal¹⁴⁶, nos termos previstos na Constituição, ressalta Pogrebinschi:

O diálogo institucional efetivo, entre os discursos representados nas decisões do STF e os discursos representados nos projetos de lei do Congresso, revela não apenas mera afinidade dos dois lados em relação ao objeto da representação; revela também uma cooperação entre as instituições políticas do país (e a narrativa desse caso, acredito, exemplifica por que o STF deve definitivamente ser considerado uma instituição política. [...])¹⁴⁷

Pogrebinschi enxerga um “diálogo silencioso” entre as instituições e atribui as mais recentes interações entre os Poderes a um “experimentalismo democrático”, concluindo que o Congresso, apesar de sua imagem apequenada pela mídia, conhece bem o seu tamanho e reage às investidas do Judiciário, de modo a dar a última palavra e confirmar que a genuína expressão da soberania popular lhe pertence.¹⁴⁸

Discordamos de algumas das conclusões obtidas por Pogrebinschi, que parecem ter sido tomadas a partir de premissas equivocadas. A constatação de uma quase inexistência de posturas ativistas por parte do Supremo Tribunal Federal a partir apenas da análise de dados quantitativos, que contabilizam o sucesso dos questionamentos acerca da constitucionalidade das leis, é inadequada.

A natureza dessa questão é, sobretudo, qualitativa, sendo insuficiente a avaliação quantitativa para se chegar a tal conclusão. A postura ativista não decorre apenas da anulação de diplomas legais aprovados no Parlamento. Por exemplo, a criação de normas de caráter geral e abstrato, como no caso da fidelidade partidária, em sede de Mandado de Segurança, não é captada pela pesquisa, em que pese ter sido uma das decisões mais importantes na área da política partidário-eleitoral, desde o regime constitucional de 1988.

¹⁴⁶ À época, a Lei Complementar exigida pela Constituição ainda não havia sido aprovada pelo Congresso Nacional. Atualmente (em março de 2014), encontra-se pendente de apreciação pelo Congresso Nacional o veto integral apostado pela Presidente da República ao projeto de lei complementar.

¹⁴⁷ POGREBINSCHI, Thamy. Op. Cit. p. 157.

¹⁴⁸ POGREBINSCHI, Thamy. Op. Cit. p. 183.

Parece-nos isento de dúvida que uma Corte deva, de fato, anular leis inconstitucionais, e mesmo que o faça em 100% das vezes, não se pode afirmar, seguramente, tratar-se de uma Corte ativista.

Ao longo do capítulo 2, pudemos constatar ser o ativismo um fenômeno multifacetado, justificado por múltiplas causas, não sendo adequado medi-lo unidimensionalmente.

Nesse mesmo sentido, afirma Comella¹⁴⁹ que “a taxa de inconstitucionalidade – isto é, o percentual de leis anuladas pela Corte (do total de leis que são desafiadas) é apenas uma forma indireta e imperfeita de se medir o nível de ativismo judicial”¹⁵⁰.

O ativismo – é importante ressaltar a imprecisão da expressão – tem como característica uma atitude comportamental da Corte. Não é pelo grau de deferimento ou indeferimento de ações que propõem a inconstitucionalidade de leis que se chegará a um panorama fiel desse comportamento.

O critério da objetividade, sobretudo para uma pesquisa realizada no campo da ciência política, é sedutor, mas insuficiente para determinar o perfil comportamental de uma Corte, pois, como dito, nem sempre a declaração de inconstitucionalidade de uma lei implica comportamento ativista. O ativismo judicial, por certo, não é sinônimo de exercício legítimo da jurisdição constitucional.

Ademais, há muitas modalidades de decisões não contempladas no universo da pesquisa, tomadas, por exemplo, fora do âmbito de ações diretas. Entre elas figuram os mandados de segurança e os recursos extraordinários. Vale dizer que os mandados de segurança representam o meio preferido por parlamentares para questionar, no Supremo, possíveis violações ao devido processo legislativo e ao regimento das Casas do Congresso Nacional, e também são veículos de decisões possivelmente ativistas. Nesse ponto, constatamos, na prática, uma observação feita por Neal Tate – item 2.2 – que identifica ser uma das faces da judicialização a utilização do Judiciário por minorias parlamentares contra as maiorias, como arma da oposição no jogo político.

¹⁴⁹ COMELLA, Victor Ferreres. *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*. Pos 1019 de 3232. Kindle Edition.

¹⁵⁰ Em inglês: “Let me be clear at the outset, however, that the ‘ratio of unconstitutionality’ – that is, the percentage of laws struck down by a court (of the total number of laws that are challenged) – is only a very indirect and imperfect way to measure the level of judicial activism”.

Nesse sentido, podemos citar, como exemplo, os seguintes casos:

- a) Mandado de Segurança – MS 32033 - impetrado pelo Senador da República Rodrigo Rollemberg. O ministro Gilmar Mendes concedeu, de forma inédita, medida cautelar para sustar a tramitação do projeto de lei nº 14/2013 (aprovado na Câmara sob o nº 4.470/2012) – que excluía da divisão dos recursos do Fundo Partidário as legendas criadas no curso da legislatura (e que por isso não tinham participado de nenhuma eleição) -. Apesar de a medida cautelar ter sido cassada em seguida pelo Plenário do STF, a sustação da tramitação causou perplexidade no Congresso Nacional. A proposição foi aprovada e transformada na Lei nº 12.875/2013.
- b) Mandado de Segurança - MS 31816 – ajuizado pelo Deputado Federal Alessandro Molon. O ministro Luiz Fux concedeu medida liminar para impedir a deliberação do Congresso Nacional sobre o veto presidencial à Lei 12.734/2012 – que tratava de novos critérios para distribuição de royalties decorrentes da exploração de petróleo entre as unidades da Federação – por entender que a pauta de deliberações do Congresso estaria sobrestada em face da não apreciação de cerca de três mil vetos. Ao determinar a apreciação sequencial de todos os vetos, restou inviabilizada, naquele momento, a apreciação do citado veto. Em seguida, o Plenário do Supremo cassou a liminar e o Congresso pode, enfim, apreciar o referido veto.

Outra distorção que se pode apontar é, em alguns casos, a má interpretação das técnicas de decisão utilizadas pelo Supremo, por exemplo, a Interpretação conforme à Constituição ou a Declaração de nulidade sem redução de texto. Esse aspecto também não é captado pela pesquisa.

Embora não seja o objetivo do presente trabalho investigar com profundidade o emprego das técnicas de decisão no âmbito do STF, algumas considerações sobre o método de interpretação conforme a Constituição são importantes para a avaliação que se pretende efetuar.

Em primeiro lugar, cabe a remissão a Jorge Miranda¹⁵¹ para situar o conceito de que se trata: a interpretação conforme a Constituição é método de fiscalização da constitucionalidade de leis e não uma regra de interpretação. Para Paulo Bonavides¹⁵²:

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto [a interpretação conforme a Constituição], há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição” será, portanto, considerada constitucional.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a primeira vez que se fez, expressamente, o uso dessa técnica, foi em 1953¹⁵³. No Brasil, o marco inicial de sua utilização se deu em 1987, com o voto do ministro Moreira Alves na Rep. 1417.¹⁵⁴

Há exemplos de utilização em diversos outros países como Portugal, Itália, Colômbia, Chile e Canadá, mas, para Virgílio Afonso da Silva, é um antigo precedente¹⁵⁵ da Suprema Corte do Estado da Florida, nos Estados Unidos, que resume com a melhor clareza o que tem sido escrito no Brasil sobre essa técnica: “Se a lei é razoavelmente suscetível de duas interpretações, sendo que, segundo uma delas, seria a lei considerada inconstitucional e, segundo a outra, válida, é dever da Corte adotar aquela construção que salve a lei da inconstitucionalidade”.

Deixando de lado boa parte das controvérsias acerca de diferenças entre o que prega a doutrina e o uso prático no âmbito do STF, para essa dissertação importa apenas examinar a possibilidade de alteração do sentido da lei, indo além do que o próprio texto dispõe. É nesse sentido que adverte Virgílio Afonso da Silva: “ao contrário do que a

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra. p.295.

¹⁵² BONAVIDES. Paulo. Curso de direito constitucional. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 474

¹⁵³ Segundo Virgílio Afonso da Silva, a utilização se deu nos seguintes termos, em tradução livre de BVerfGE 2, 266 (282): “Uma lei não deve ser declarada nula se for possível interpretá-la de forma compatível com a Constituição, pois deve-se pressupor não somente que uma lei seja compatível com a Constituição mas também que essa presunção expressa o princípio segundo o qual, em caso de dúvida, deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição”. In: Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista DireitoGV. v. 2., 2006. p. 193

¹⁵⁴ RTJ 126, 48. Esse uso inaugural foi anterior à previsão legal expressa no parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/1999 – “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e **efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

¹⁵⁵ Boyton v. State. 1953. Segundo Virgílio Afonso da Silva, há, na Suprema Corte dos Estados Unidos, outros casos, mas nenhum se aproxima tão bem da discussão brasileira como este precedente da Florida.

doutrina e a jurisprudência insistem em negar, a interpretação conforme a Constituição implica, excetuando-se os casos mais banais, uma possibilidade de alteração no sentido da lei, principalmente quando se tenta ir além do que o próprio texto dispõe¹⁵⁶.

É implícita, portanto, a existência de limites para a utilização dessa técnica, dos quais se destacam: a) não contrariar o texto da lei e b) observar, tanto quanto possível, a finalidade pretendida pelo legislador.

É também nesse sentido a lição de Gilmar Mendes: “[...] não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador”¹⁵⁷.

No mesmo sentido, afirma Canotilho: “o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais”¹⁵⁸.

Gilmar Mendes, da mesma forma, alerta para casos de inobservância desses limites, no Tribunal Constitucional alemão: “Fica evidente, pois, que o *Bundesverfassungsgericht*, muitas vezes não confere maior valor ao significado histórico da lei e à sua expressão literal, outorgando à norma sentido contrário àquele pretendido pelo legislador, o que acaba por impor à Administração o dever de aplicar a lei com o sentido diverso do originário. A proteção que se pretende assegurar à vontade do legislador converte-se, assim no seu contrário”¹⁵⁹.

Em que pese não ser a regra no Supremo Tribunal Federal, essa situação se verificou no julgamento da ADI 4430. Nesse caso, o STF, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, deu interpretação conforme ao inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/1997 – que originalmente estabelecia o critério de distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio/TV como sendo proporcional ao tamanho da bancada na Câmara, aferida na data da eleição – para permitir aos partidos criados no curso da legislatura (e que não tinham, evidentemente participado da eleição) pudessem participar do rateio. Essa decisão garantiu recursos (tempo de rádio/TV e Fundo Partidário) ao PSD (Partido Social Democrático –

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. In: *Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial*. Revista DireitoGV, 2006. v. 2. p. 203.

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 290.

¹⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1999. p. 1.151.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 263.

criado no curso da legislatura – sem que tivesse ainda participado de nenhuma eleição), em proporção ao tamanho de sua bancada resultante da migração de parlamentares eleitos por outras legendas, mas “autorizados” a migrar de partido, e preservando o mandato, pela Resolução TSE nº 22.610/2007.

A intenção original do legislador era evitar um nefasto “mercado” de migrações partidárias. Assim, a *ratio* era simples: sendo o critério fixado à data da eleição, as transferências não surtiriam efeito no tempo de propaganda ou nos recursos financeiros oriundos do Fundo Partidário.

Como o PSD já nascera ostentando uma das maiores bancadas da Câmara dos Deputados, valendo-se de regras ratificadas pelo próprio STF, a Corte se viu “moralmente inclinada” a redesenhar a distribuição dos mencionados recursos. (Afinal, como negar ao partido criado sob as regras elaboradas pelo próprio Judiciário?).

Dizia a Lei nº 9.504/1997, antes da modificação trazida pela Lei nº 12.875, de 2103¹⁶⁰:

Art. 47.

.....
§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios :

I - um terço, igualmente;

II - dois terços, **proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados**, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, **a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição.**

Disse o STF, por meio do uso da interpretação conforme:

c) Dar interpretação conforme a Constituição ao inciso II do § 2º do art. 47, com o fim de assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos 2/3 do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos Deputados Federais que

¹⁶⁰ A nova Lei alterou a interpretação conforme à Constituição dada pelo STF, no julgamento da ADI 4430. Ainda que o efeito vinculante previsto nas decisões que utilizam a técnica da interpretação conforme não alcance o legislador, a recente Lei nº 12.875/2013, pode ser encarada no STF como uma lei “*in your face*”, por estabelecer regras diametralmente opostas ao que decidido na referida ADI.

migrarem diretamente dos partidos pelos quais tiverem sido eleitos para a nova legenda na sua criação.

A nosso ver, houve clara violação dos parâmetros doutrinários (de Canotilho, Bonavides, Virgílio Afonso da Silva e Gilmar Mendes) que balizam o uso da técnica de interpretação conforme. Esses casos, apesar de não serem frequentes, não são captados pela pesquisa quantitativa em exame, não obstante a substancial importância da decisão, sob o aspecto qualitativo.

A pesquisa de Pogrebinski também não leva em conta as mudanças de composição da Corte, que interferem sobremaneira no perfil de atuação do Tribunal. O início da atuação do Supremo Tribunal Federal no regime constitucional de 1988 teve evidente perfil autocontido¹⁶¹, em grande medida pela atuação do ministro Moreira Alves. Mais recentemente, esse perfil sofreu alterações.

Em síntese, a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal também não pode ser medida a partir do *quantum* de decisões pela inconstitucionalidade de leis. Vale mais, para esse propósito, a análise dos casos específicos e de seu particular impacto na sociedade.

Observe-se o caso da Lei Complementar nº 135, de 2010, popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, que quebrou o paradigma de exigência do trânsito em julgado de decisão condenatória para a declaração de inelegibilidade de candidatos, bastando, para tanto, o julgamento por órgãos judiciais colegiados.

A Lei da Ficha Limpa, de iniciativa popular, foi aprovada em junho de 2010, a menos de um ano da data das eleições gerais, que ocorre em outubro. Em razão desse fato, sua aplicação às eleições daquele ano foi objeto de muita controvérsia em face do princípio da anualidade eleitoral, insculpido no art. 16 da Constituição Federal.

Por apertada maioria – seis votos a cinco -, o Supremo decidiu, de forma claramente contramajoritária, pela inaplicabilidade da lei àquelas eleições gerais.

A mesma lei teve também sua constitucionalidade material desafiada em vários de seus dispositivos – alguns deles, de constitucionalidade bastante duvidosa. Nesse

¹⁶¹ ALVES, José Carlos Moreira. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. Revista da Procuradoria-Geral da República nº 9, 1996, p. 128-129.

juízo¹⁶², o Supremo, também por maioria de votos, declarou a constitucionalidade integral da lei. Nessa oportunidade, a Corte foi claramente deferente com o que estabeleceu o legislador.¹⁶³

Houve, portanto, para a mesma lei, uma peculiar atuação contramajoritária e deferente. Esse é um exemplo concreto de que a análise qualitativa é mais profícua do que a análise meramente quantitativa para fins de estudo do perfil de Cortes constitucionais.

Outro veículo de ativismo não captado pela pesquisa é a súmula vinculante, considerado por Elival da Silva Ramos¹⁶⁴ mais um ato de criação do que de aplicação do direito.

Sem apego aos pressupostos formais estabelecidos na Constituição – que determina a edição de súmulas vinculantes somente após o julgamento reiterado de casos idênticos –, o Supremo Tribunal Federal editou diversas súmulas vinculantes com a criação de regras de caráter geral e abstrato. Essas situações não foram captadas pela pesquisa, justamente por seu caráter quantitativo e estatístico, mas não podem ser desconsideradas em estudos qualitativos acerca do perfil de atuação da jurisdição constitucional brasileira.

Para ilustrar o desapego ao procedimento na elaboração dessas súmulas, vale revisitar a aprovação da súmula nº 13¹⁶⁵, que trata da vedação do nepotismo nos três poderes.

Em apenas uma breve sentença, o STF rompeu com um padrão histórico da cultura patrimonialista brasileira. Não obstante ser uma medida louvável, ainda cabe

¹⁶² STF – ADI 4578 e ADC's 29 e 30

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>. Ver o esclarecedor voto do ministro Gilmar Mendes.

¹⁶³ Em que pese ter sido aprovada por unanimidade nas duas Casas do Congresso Nacional, haja vista a grande pressão popular, é notório que boa parte dos membros do Parlamento esperavam, informalmente, pela declaração de inconstitucionalidade de pelo menos parte da lei.

¹⁶⁴ Para Elival da Silva Ramos, em seu “Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos” (p. 294-300), considera as súmulas vinculantes como um fatores impulsionadores do ativismo no Brasil. Por sua natureza normativa, é antes um ato de criação do que de aplicação do direito. Criação de normas para casos concretos e até de normas abstratas. Ramos reconhece os ganhos proporcionados pelas súmulas vinculantes, em termos de uniformização jurisprudencial, mas critica o enrijecimento da interpretação constitucional (as súmulas vinculantes somente tratam de matéria constitucional). Ramos destaca também a possibilidade de conflito no caso de o Legislativo, não vinculado por essas súmulas, editar leis a elas contrárias.

¹⁶⁵ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

questionamento: Por que se utilizou o critério de parentesco até o 3º grau? Trata-se de evidente discricionariedade judicial¹⁶⁶.

Importa ainda lembrar que o ministro Cezar Peluso – então Presidente do STF e do CNJ – chegou a propor, provocado pelo Procurador-Geral da República¹⁶⁷, uma revisão da súmula^{168 169}, em face dos riscos que interpretações superficiais poderiam causar. Embora não tenha logrado êxito, esse fato, por si só, ilustra o possível excesso legislativo cometido pelo próprio Supremo.

Também convém rever o diálogo¹⁷⁰ travado entre os ministros na sessão que aprovou a súmula vinculante nº 11, que trata do uso de algemas. Naquela oportunidade, os ministros não se ativeram ao caso paradigma, mesmo alertados pelo Procurador-Geral da República.

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: Senhor Presidente, Senhores Ministros, (...) para manter a coerência da posição que assumi na manifestação oral, na sessão de julgamento do Habeas Corpus nº 91.952, desejo fazer breves observações para reflexão do Tribunal, neste momento em que se delibera a propósito do enunciado de Súmula Vinculante nº 11, que trata do uso das algemas. Algumas dessas observações, evidentemente, já foram até agitadas na discussão porque no texto inicial se referiam a questões previstas, mas no texto que agora se propõe algumas delas ficaram superadas visto que foram atendidas. **Na sessão anterior, a questão foi enfrentada à luz de uma situação de fato que revelava a utilização de algemas durante uma sessão do Tribunal do Júri. Embora tenha sido essa a situação de fato, (...) o pronunciamento da Corte teve caráter abrangente, proclamando-se a excepcionalidade do uso das algemas em todos os casos.**

MINISTRO EROS GRAU – (...) Quero fazer uma observação do ponto de vista da minha posição na Corte. É breve. Hoje fico muito preocupado com o fato de [a partir] da repercussão geral chegarmos diretamente à súmula. **Porque há casos e casos. E hoje julgamos uma porção de recursos extraordinários, entre os quais seguramente há casos inteiramente distintos um do outro.** Só queria anotar essa minha preocupação.

MINISTRO EROS GRAU – Senhor Presidente, não tenho nenhum inconformismo, eu só quis registrar e lembrar: **A Constituição diz ‘... após reiteradas decisões ...’**

¹⁶⁶ Vale lembrar que o art. 14, da Constituição Federal de 1988, estabelece a inelegibilidade por parentesco, tomando como parâmetro o 2º grau.

¹⁶⁷ STF - Reclamação nº 6838

¹⁶⁸ <http://www.conjur.com.br/2010-jun-23/depois-nomear-casal-peluso-pretende-rever-sumula-nepotismo>

¹⁶⁹ <http://www.conjur.com.br/2010-jul-03/culpa-problemas-sumula-nepotismo-proprio-stf>

¹⁷⁰ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf

Em geral, juízes não admitem expressamente adotar posturas ativistas em suas decisões, mas são raras manifestações públicas, inclusive à imprensa, ou mesmo em *obiter dictum*, sobre a competência “legislativa” e até “constituente” da Corte. São exemplos dessas manifestações:

Para o ministro Celso de Mello, citando Francisco Campos, o poder de interpretar significa, em certos casos, o poder de formular, permanentemente, a própria Constituição. Os tribunais constitucionais também teriam o poder constituinte derivado.

Importante lembrar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem **“O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte. [...]**

Cumprir referir que o poder de interpretar o ordenamento normativo do Estado, ainda que disseminado por todo o corpo social, traduz prerrogativa essencial daqueles que o aplicam, incumbindo, ao Judiciário, notadamente ao **Supremo Tribunal Federal – que detém, em matéria constitucional, “o monopólio da última palavra”** -, o exercício dessa relevantíssima atribuição de ordem jurídica.¹⁷¹

Para o ministro Ayres Britto, o Supremo é também “Casa de fazer destinos”.

O Supremo vem ocupando espaços importantes na mídia pela sua capacidade de interferir no curso da vida nacional, produzindo decisões verdadeiramente impactantes que alteram paradigmas culturais e implantam decisões de nova cultura, nova mentalidade no nosso país”. [...] **É por isso que o Supremo termina sendo a mais importante Casa de fazer destino no nosso país.**¹⁷²

Para o ministro Gilmar Mendes, quando de seu voto na ADI nº 3.510, que julgava a constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, secundado na tese da representação argumentativa de Robert Alexy, chegou a afirmar ser o Supremo uma Casa do Povo, tal qual o Parlamento:

Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* – ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de García de Enterría - teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia.

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o Parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso

¹⁷¹ STF – HC 87.585 http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/322_HC%2087585%20-%20Voto%20Celso%20de%20Mello.pdf

¹⁷² <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=180182>

encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.¹⁷³

Voltando à pesquisa que tomamos como ponto de partida para análise da conjuntura atual no Brasil, quanto à existência de uma postura ativista do STF, importa ressaltar o questionamento que faz o trabalho em relação aos discursos triviais - baseados no senso comum - que usualmente cercam o tema do ativismo judicial.

A conjuntura brasileira aqui descrita revela que não configura “falácia” a ocorrência de ativismo no âmbito do STF, reconhecido, e corajosamente defendido por alguns dos integrantes do próprio Tribunal.

Por outro lado, a pesquisa contribui com algumas importantes conclusões, que estimulam a reflexão: não há uma relação direta e necessária entre a falta de efetividade do Legislativo e o ativismo judicial. De fato, o ativismo judicial poderia florescer mesmo com um Parlamento atuante, dotado de eficiência e credibilidade.

A pesquisa também aponta casos de sucesso, sob a ótica do resultado, como produto de um “diálogo silencioso”, mas cooperativo, entre o STF e o Congresso. Trata-se da edição da lei que fixou as regras para o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço¹⁷⁴. Antes da aprovação da lei, o STF, por meio do Mandado de Injunção nº 943 (rel. ministro Gilmar Mendes), reconheceu o direito dos trabalhadores. Após a decisão do Tribunal, o Congresso Nacional apressou-se em aprovar (após vinte e três anos de inércia) a Lei nº 12.506, de 2011, estabelecendo as regras definitivas sobre a matéria.

4.2 Assimetrias entre os Poderes Legislativo e Judiciário

Ao retratar a realidade brasileira, não há como deixar de lado a constatação da existência de assimetrias entre os Poderes, tanto entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, quanto entre o Poder Executivo e Poder Legislativo.

Considerando as assimetrias como desequilíbrios entre as atribuições constitucionais dos Poderes, podemos caracterizar como uma das mais evidentes a

¹⁷³ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>

¹⁷⁴ A Constituição Federal assegura esse direito do trabalhador desde sua promulgação em 1988, e o Congresso Nacional se manteve inerte por vinte e três anos.

possibilidade de suspensão indefinida da eficácia de leis, e até de Emendas à Constituição, por meio de medidas cautelares decididas monocraticamente.

Embora a Lei nº 9.868, de 1999, vede a decisão cautelar monocrática (*ad referendum* do Plenário), e exija a observância de maioria qualificada de oito membros do Tribunal para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, é prática relativamente comum¹⁷⁵ no âmbito do Tribunal a concessão de medidas cautelares sem a imediata deliberação do Plenário, ainda que fora do período de recesso da Corte.

Diz a Lei nº 9.868, de 1999:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

A nosso ver, trata-se de uma assimetria relevante pelo fato de a concessão de tais medidas, que suspendem a eficácia até de Emendas à Constituição, não decorrer do desenho institucional, ou do poder geral de cautela, mas de uma interpretação pouco ortodoxa¹⁷⁶ da lei, em nome da urgência e excepcionalidade de cada situação. Observe-se que no caso da ADI 4917 (distribuição de royalties decorrentes da exploração de petróleo), a medida cautelar vigora há mais de um ano, sem que o Plenário tenha sobre ela deliberado¹⁷⁷.

¹⁷⁵ ADI 4917 (Rel. Min. Carmen Lúcia) – a medida cautelar monocrática suspendeu a eficácia da Lei nº 12.734/2012, em 18/3/2013, e até o presente momento, o Plenário do STF não deliberou sobre a matéria. Outros casos: ADI 4307 (rel. Min. Carmen Lúcia), que suspendeu, *ad referendum* do Plenário a Emenda à Constituição nº 58/2009, em outubro de 2009, também fora do período de recesso. ADI 2849 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence); ADI 4232 (Rel. Min. Menezes Direito); ADI 1899 (Min. Carlos Velloso); ADI 4190 (Min. Celso de Mello), e ADPF 172 (Rel. Marco Aurélio).

¹⁷⁶ STF- ADI 4917 – “[...] Anoto, ainda, que a **pouca ortodoxia** da apreciação monocrática, pelo Relator, da cautelar requerida em ação direta de inconstitucionalidade deve-se, exclusivamente, à excepcionalidade da situação e aos riscos decorrentes do aguardo da providência pela instância natural deste Supremo Tribunal, qual seja, o seu Plenário, até a sessão em que o processo vier a ser apregoadado para apreciação, ainda que em regime de prioridade e urgência, porque os cálculos e pagamentos dos valores segundo as regras legais referentes aos royalties e das participações das entidades federadas nos recursos em questão são feitos mensalmente”.

¹⁷⁷ Nesse caso específico (da ADI 4917), após a aprovação da lei na Câmara e no Senado, de ter sido vetada pela Presidência da República, e de ter sido superado o veto presidencial, a lei continua suspensa, há um ano, pela decisão cautelar monocrática.

Impende insistir que a assimetria apontada não decorre do exercício do poder geral de cautela de que dispõem os juízes, mas do fato de serem tomadas medidas monocráticas, em desacordo com o texto da lei, associado ao lapso temporal decorrido até que matéria seja deliberada pelo Plenário da Corte (ainda que em caráter provisório).

Além da suspensão da eficácia de leis e Emendas à Constituição por decisão cautelar monocrática, outros desequilíbrios podem ser mencionados: o uso de técnicas de decisão (por exemplo, interpretação conforme à Constituição) em desacordo com o que preconizado pela doutrina (e em sentido oposto ao texto da lei); a edição de súmulas vinculantes em desapego ao procedimento estabelecido na Constituição e a edição de atos normativos infralegais – de natureza administrativa – que excedem a competência regulamentar.

Em relação aos desequilíbrios existentes entre os Poderes Legislativo e Executivo (embora não pertença ao escopo do presente trabalho), cumpre deixar consignado que reconhecemos a existência de graves assimetrias entre esses dois Poderes. A título meramente ilustrativo desse desequilíbrio específico, vale citar sua face mais visível: a intervenção do Executivo no poder de agenda do Parlamento, primordialmente por meio da edição sucessivas de Medidas Provisórias¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Por força do art. 62, § 6º, da CF/88¹⁷⁸, as Casas do Congresso Nacional ficam impedidas de efetuar deliberações legislativas, se, em quarenta e cinco dias (admitida uma prorrogação), não for apreciada a Medida Provisória editada pelo Executivo, que, goza de presunção de relevância e urgência. Tal fato tem impactado significativamente o poder de agenda do Congresso Nacional, sobretudo da Câmara dos Deputados, por onde se inicia a tramitação das proposições de iniciativa do Poder Executivo. Diante disso, o ex-Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, em 2009, deu nova interpretação (referendada pelo STF) a esse dispositivo constitucional (art. 62, § 6º) para que o sobrestamento apenas alcançasse deliberações de proposições cujas matérias pudessem também ser veiculadas via Medida Provisória. Dessa forma, a Câmara dos Deputados poderia apreciar, em sessões extraordinárias, mesmo com a pauta sobrestada, Propostas de Emendas à Constituição, projetos de leis complementares e ordinárias cujas matérias fossem vedadas às Medidas Provisórias – por exemplo, direitos fundamentais, nacionalidade e direito penal e processual penal. A decisão que referendou a “interpretação Temer”, da lavra do ministro Celso de Mello, ressaltou a existência de distorções entre os Poderes e a apropriação institucional do poder de legislar por parte de sucessivos Presidentes da República: “A deliberação ora questionada busca **reequilibrar as relações institucionais entre a Presidência da República e o Congresso Nacional**, fazendo-o mediante interpretação que destaca o caráter fundamental que assume, em nossa organização política, o princípio da divisão funcional do poder. [...]”.

O ex-Presidente da Câmara, atual Vice-Presidente da República, Michel Temer, também afirmou, em resposta a questão de ordem feita em Plenário, a preponderância do Poder Executivo em relação ao Legislativo, como consequência do desenho constitucional de 1988: “**A Constituinte, de 1988, produziu um sistema de separação de Poderes, em que o Poder Executivo é mais relevante, é maior politicamente do que o Legislativo**, tanto é maior que basta um gesto excepcional de natureza legislativa para paralisar as atividades do Poder Legislativo”.

5. Estudo de casos.

5.1 Introdução ao capítulo

Examinaremos, a seguir, quatro episódios da maior relevância para o sistema político-partidário-eleitoral brasileiro, que envolvem decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se dos casos da verticalização das coligações partidárias, ocorrido em 2002, e da fidelidade partidária, em 2006; e de dois casos contemporâneos, ainda não decididos definitivamente, mas que certamente trarão importantes consequências para a relação entre os Poderes da República. Referem-se à definição do tamanho das bancadas de Deputados Federais por Estado da Federação e ao modelo de financiamento de campanhas eleitorais, a partir de possível proibição (por inconstitucionalidade material) de doações de pessoas jurídicas para candidatos e partidos políticos.

São temas, portanto, ligados à política pura, conforme denomina Hirschl, em que poderá se constatar a tendência maximalista do Judiciário.

Não está em análise o mérito das decisões, mas o método e a forma impositiva (sem qualquer vestígio de uma postura dialógica), consequência natural do modelo de supremacia judicial, tratada no item 1.3.1.

Independentemente dos indiscutíveis bons propósitos da Corte no sentido da pretensão de fortalecer a jovem e frágil democracia brasileira, as decisões acabaram por causar vários efeitos colaterais negativos, que também serão objeto de análise.

A definição da amostra não segue critérios quantitativos, mas qualitativos. A qualidade da amostra reside no relevo político dos casos, que alteraram (e podem alterar) a correlação das forças políticas no Congresso Nacional.

Assim, em vez de uma amostra obtida por intervalo temporal, optamos por uma amostra *ratione materiae*, ou seja, que trate da “Mega-Política”.

Com exceção do julgamento da Lei da Ficha-Limpa, que apesar de relevante, jamais teve foco na relação inter-Poderes (mas apenas por seu polêmico conteúdo material, que quebrou o paradigma da exigência do trânsito em julgado para dar efetividade às

cláusulas de inelegibilidade), e do caso dos Vereadores (já tratado no item 3.7.1.1), a amostra contém as decisões judiciais sobre “política pura” dos últimos doze anos.

5.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre matéria político-eleitoral e de seus efeitos colaterais

5.2.1 Verticalização de Coligações

Em 2002, a menos de sete meses da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu, por meio de Resolução¹⁷⁹ – que, supostamente, se destinam à tarefa de regulamentar as eleições, em razão do perfil administrativo que desempenha a Justiça Eleitoral no peculiar modelo brasileiro – passou a exigir a observância obrigatória da coligações partidárias, partindo do maior nível de circunscrição para o menor.

Valendo-se, com fins didáticos, de elementos da teoria dos conjuntos, a situação definida pelo TSE obrigava que as coligações partidárias estaduais estivessem contidas nas coligações nacionais.

É fato que o desiderato dessa Resolução era o de forçar maior coerência programática entre as coligações, cujos interesses eleitorais locais acabavam por preponderar sobre o ideário partidário, o que dificultava sobremaneira a compreensão pelo eleitor médio a respeito do panorama eleitoral e como ele deveria decidir seu voto.

Ocorre que essa era uma inovação de peso no ordenamento jurídico eleitoral, ainda que movida pelos melhores propósitos, e o mais grave, introduzida a menos de um ano da eleição. Vale lembrar que a Constituição Federal, em seu art. 16¹⁸⁰, busca proteger exatamente a estabilidade das regras eleitorais, de forma objetiva, independentemente de considerações concernente à moralidade¹⁸¹. É notório que a decisão do TSE não era

¹⁷⁹ Resoluções TSE nº 20.993, de 26/02/2002 e nº 21/03/2002.

¹⁸⁰ CF/88 - Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

¹⁸¹ “A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso. [...] A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação.[...]” ([RE 633.703](#), Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-3-2011, Plenário, *DJE* de 18-11-2011).

casuística, mas introduziu novas variáveis ao processo eleitoral que se encontrava em pleno andamento.

Não obstante tais questões, as regras da verticalização de coligações, como ficou conhecida a decisão, foram aplicadas às eleições de 2002.

O novo contexto ensejou a reação do legislador. Em 2006, o Congresso Nacional promulgou uma Emenda à Constituição – EC nº 52/2006¹⁸², também a menos de um ano das eleições. A emenda alterou o § 1º do art. 17 da Constituição Federal para assegurar a mais ampla liberdade dos partidos políticos estabelecerem o regime de suas coligações. Diz o dispositivo:

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Ocorre que as novas regras de flexibilização das coligações não foram aplicadas às eleições de 2006, pois o STF, nesse caso, valeu-se do princípio da anterioridade eleitoral – art. 16 – e postergou, diferentemente do que fizera em relação à Resolução do TSE, a eficácia da Emenda Constitucional. As novas regras passaram a ter eficácia apenas a partir de 2010.

Entendeu o STF que o princípio da anterioridade eleitoral era um direito fundamental do eleitor à não surpresa – equivalente ao princípio da anterioridade da lei ao exercício financeiro, aplicável ao direito tributário -. Além disso, o STF reconheceu a “constitucionalização” da matéria relativa às coligações, antes tratada apenas por lei ordinária.

Na ADI 3.685¹⁸³, a ministra relatora Ellen Gracie assim se posicionou:

A inovação trazida pela EC 52/06 **conferiu status constitucional à matéria** até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal.

Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou

¹⁸² EC nº 52, de 9/3/2006.

¹⁸³ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-3-2006, Plenário, DJ de 10-8-2006.)

casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral. [...]

Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Como se pode constatar o princípio da anterioridade eleitoral foi oponível ao legislador constituinte derivado, mas não foi à Resolução – supostamente de natureza regulamentar – do TSE. O equívoco que apontamos não reside na inaplicabilidade da EC nº 52/2006, mas na elaboração e aplicação da Resolução do TSE a menos de um ano da eleição de 2002.

O contexto ora exposto, inserto no modelo de “ação-reação”, não se enquadra em nenhum dos perfis dialógicos mencionados no capítulo 3. Tampouco reconhecemos aqui um diálogo “de fato”. O caso em exame é de mera reação legislativa com o objetivo de fazer prevalecer a última palavra.

5.2.1.1 Efeito colateral da decisão judicial de verticalização de coligações

Com o status constitucional conferido pela EC nº 52, de 2006, as coligações partidárias ganharam proteção adicional, exatamente por essa nova condição. Antes reguladas por leis ordinárias, a partir de 2006, as alterações do regime de coligações passaram a demandar Emenda à Constituição, para a qual a obtenção de consenso é tarefa assaz complexa.

A rigor, a forma de reação do legislador foi prejudicial ao sistema constitucional, haja vista ter “constitucionalizado” a matéria. Há que se reconhecer, no entanto, que não havia outra espécie normativa idônea para o caso, senão a Emenda à Constituição.

O efeito colateral daninho diz respeito a esse “engessamento” proporcionado pela “constitucionalização” de matérias que, do ponto de vista material, não teriam envergadura para figurarem no Texto constitucional.

O resultado desse processo é a maior dificuldade de se modificar a situação, por exemplo, de suprimir as coligações em eleições proporcionais. Essa modalidade de coligações – ao contrário das naturais coligações em eleições majoritárias – denota verdadeira anomalia do sistema eleitoral, tendo em vista a aglomeração de partidos sem identidade programática que compartilham os mesmos quocientes partidários. O sistema eleitoral proporcional torna-se ainda mais complexo e de difícil compreensão pelo eleitor médio.

A esse respeito – da inconveniência dessa modalidade de coligações – o ministro Gilmar Mendes considerou essa matéria “ainda constitucional”, quando o STF decidia sobre a ordem de convocação de suplentes para a Câmara dos Deputados¹⁸⁴:

Todas as questões e soluções aventadas, no entanto, estão a depender de uma ampla reforma política, a qual, por sua vez, depende do amadurecimento das opções políticas em torno dos diversos problemas suscitados. E, assim sendo, no estágio atual, não se pode concluir de outra forma que não atestando que o regime legal de coligações no sistema proporcional é **ainda constitucional**.

Além de sinalizar para um processo de “inconstitucionalização”, Mendes, nesse mesmo caso, também atribuiu a intervenção do STF como parte de um processo de diálogo institucional em direção a uma reforma política.

A nosso ver, o processo dialógico não se confunde com um método de tentativa e erro, ao contrário, deveria ter um viés colaborativo – como na proposta de Bateup -, e não interventivo que pode provocar uma sequência de reações legislativas/decisões judiciais.

No caso concreto, parece-nos claro o efeito colateral negativo decorrente da decisão do TSE e STF. O sistema atual de coligações continua sem uma disciplina adequada, como sempre foi, mas agora com o atributo negativo de ter a matéria assento constitucional. Não fosse a decisão do TSE/STF, seria mais simples a proibição dessa modalidade por meio de legislação ordinária (com maioria parlamentar simples).

¹⁸⁴ STF – MS 30.260/DF

5.2.2 Fidelidade Partidária

A análise do presente caso, convém reiterar, não leva em consideração o mérito da decisão, mas a forma e o método de relacionamento entre os Poderes Judiciário e Legislativo.

A decisão da regra da fidelidade partidária é resultante de uma construção jurisprudencial. A Constituição Federal traz a expressão “fidelidade partidária” uma única vez – no § 1º do art. 17 – para determinar que os estatutos partidários devem “estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

O Supremo Tribunal Federal, em 2006, foi instado a decidir sobre uma questão cara à democracia – a existência de uma oposição política -. O risco consistia na migração de membros dos partidos de oposição para agremiações que apoiavam o governo. A forma de “estancar essa hemorragia” era impondo a perda do mandato ao Parlamentar que abandonasse o partido pelo qual se elegeu.

A dificuldade da solução do problema residia na ausência, seja na Constituição ou na legislação ordinária, de qualquer dispositivo que regulasse a matéria. Ao contrário, a Constituição de 1988 deixou de reproduzir entre as hipóteses de perda de mandato – como no regime constitucional anterior – as hipóteses de infidelidade partidária.

O Supremo concluiu que “a fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional”¹⁸⁵. Estava dada a solução: embora não houvesse qualquer dispositivo expresso, a fidelidade decorreria do sistema proporcional de listas abertas em vigor.

O STF determinou ao TSE que elaborasse um ato normativo para estabelecer as regras e as exceções às mudanças de partido. Afora as hipóteses de justas causas – discriminação, perseguição e, estranhamente, filiação a um novo partido – o parlamentar perderia o mandato e o partido pelo qual tivera sido eleito poderia manter a vaga.

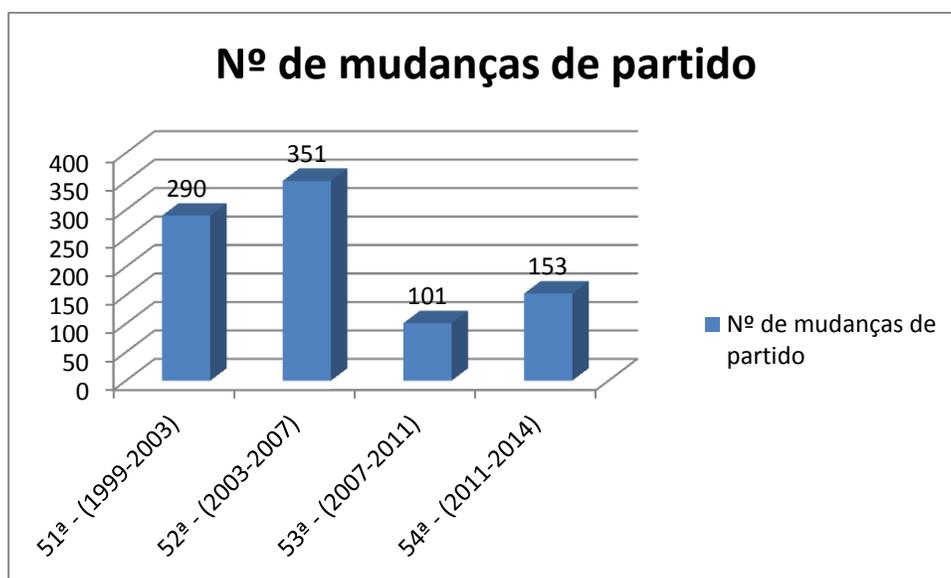
O TSE elaborou a Resolução nº 22.610/2007, julgada constitucional pelo STF, que asseverou seu caráter “excepcional e transitório, [...] para salvaguardar a

¹⁸⁵ MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-10-2007, Plenário, *DJE* de 3-10-2008.

observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar”¹⁸⁶.

Em que pese haver diversas proposições tramitando no Congresso Nacional sobre fidelidade partidária, até o momento nenhum projeto foi aprovado. Ao que parece, diante da pouca efetividade da norma, os partidos políticos a ela se adaptaram e escolheram não editar novas regras.

O gráfico abaixo revela uma queda importante no número de mudanças de filiação partidária em legislaturas posteriores à decisão judicial sobre fidelidade, mas não a ponto de evitar o transfugismo – um dos objetivos da norma pretoriana.



Fonte: Secretaria Geral da Mesa da Câmara dos Deputados. Dados de 20.12.2013

A redução pode aparentar acentuada, mas o resultado final parece-nos insatisfatório, haja vista que nas duas legislaturas (53ª e 54ª, esta ainda em curso) imediatamente posteriores à edição da Resolução, o número de mudanças de filiação é ainda significativo (101 e 153 mudanças partidárias, respectivamente). Essa conclusão leva em conta que a norma tinha também o objetivo de fortalecer os laços de fidelidade do eleito com o eleitor, e em um quadro em que 30% dos representantes – numa legislatura ainda

¹⁸⁶ ADI 3.999 e ADI 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-11-2008, Plenário, *DJE* de 17-4-2009.

não finda – já não mais pertencem ao partido pelo qual foram eleitos, não se pode reconhecer como eficaz a referida norma pretoriana¹⁸⁷.

5.2.2.1 Efeitos colaterais da decisão judicial sobre fidelidade partidária -

Essa decisão, que tinha um nobre propósito de proteção ao princípio democrático, trouxe diversos e graves efeitos colaterais, típicos da não antecipação de situações concretas do mundo político. Os principais efeitos são:

- a) Inaplicabilidade da regra de fidelidade partidária aos cargos eletivos do Poder Executivo.

Embora o STF tenha decidido que as regras de fidelidade alcançavam os cargos do Poder Executivo, a decisão traz incoerências internas, pois o regramento relativo à vacância desses cargos tem estatura constitucional: se o titular perde o mandato, deve, em regra, assumir o vice. Diante desse quadro, o partido do titular (que sofreu a deserção) pode não tirar proveito de uma eventual decisão judicial que decrete a perda do mandato de seu ex-filiado, caso o vice seja filiado a outro partido. Seria razoável até mesmo o reconhecimento da falta de interesse de agir, pois não haveria utilidade ou serventia prática na tutela judicial. Vale mencionar casos em que a Justiça Eleitoral tem reconhecido esse entendimento.¹⁸⁸

¹⁸⁷Mesmo com o elevado número de mudanças partidárias, apenas um parlamentar teve declarada a perda de seu mandato, o que sinaliza certa flexibilidade na aplicação das normas.

¹⁸⁸TSE - Ação Cautelar nº 90312 - Cosmópolis/SP - Decisão Monocrática de 11/09/2012. Relator Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. Sustenta a inaplicabilidade da Res.-TSE nº 22.610 aos casos de infidelidade partidária que envolvam cargos majoritários, tese que teria sido afastada pelo TRE/SP. Trecho relevante da Ementa: “(...) É bem verdade que, em consulta, este Tribunal já julgou afirmativamente pela aplicabilidade da referida resolução aos cargos majoritários, na Consulta nº 1.407, rel. Min. Ayres Brito, de 16.10.2007. Tenho, contudo, como relevante, nesse exame preliminar, a questão apresentada pelo autor de que, **com a perda do mandato, o Partido dos Trabalhadores (PT) - agremiação a quem pertence o mandato - não terá nenhum benefício, pois assumirá a administração do município o vice-prefeito, que não pertence ao PT, mas ao Partido Democrático Trabalhista (PDT)**. Assim, entendendo evidenciada a plausibilidade das alegações expostas no recurso especial, aptas a justificar a suspensão dos efeitos do acórdão regional, sem prejuízo de exame mais aprofundado no julgamento do recurso. Pelo exposto, defiro o pedido cautelar, a fim de suspender os efeitos do acórdão regional, até a apreciação do recurso por este Tribunal.”

b) Salvo conduto para mudanças sucessivas de partidos.

As regras de fidelidade elaboradas pelo TSE protegem apenas o partido pelo qual foi eleito o mandatário. Se, por justa causa, esse mandatário se filiar a outro partido, é certo que manterá o mandato. Mas, a “autorização” nas mudanças futuras, com a preservação do mandato, parecem ter sido uma situação não antecipada pela norma.

c) Indefinição da ordem de suplência – se dos partidos ou das coligações.

Com a tese de que “os mandatos pertencem ao partido”, o STF foi questionado acerca da ordem de suplência de Deputados Federais. Se o titular deixasse o cargo, quem deveria assumi-lo: o próximo suplente filiado ao mesmo partido do titular licenciado, ou o próximo suplente da lista da coligação, mesmo sendo de outro partido? O STF foi “forçado”, pelos fatos¹⁸⁹, a mitigar a tese do “mandato partidário”, haja vista que, em diversos casos, não existiam candidatos suplentes filiados ao mesmo partido do licenciado.

Até mesmo na hipótese de perda de mandato por mudança injustificada de filiação partidária, poderá incidir, novamente, a tese da falta de interesse jurídico, caso seja obedecida a ordem dos eleitos pela coligação, pois o primeiro suplente pode não ser filiado à mesma legenda do mandatário trânsfuga.

O uso retórico de expressões como “o mandato pertence ao partido” não tem sido, na prática, confirmado.

d) Proliferação de partidos como consequência da justa causa de “filiação a partido novo.

¹⁸⁹ A expressão “o STF foi forçado, pelos fatos” refere-se à situação apontada por levantamento realizado pela Câmara dos Deputados o qual informava haver vinte e nove Deputados eleitos (representando quatorze estados) que não possuíam suplentes dentro de seus respectivos partidos. Assim, fosse aplicada, em sua plenitude, a regra de que o mandato pertence ao partido, a decisão poderia suscitar situações inusitadas, tais como uma eleição suplementar na qual somente poderiam participar filiados ao partido detentor da vaga. Evidentemente, esse caminho foi rejeitado pela maioria dos ministros (10 a 1), prevalecendo o entendimento de que a suplência é da coligação, e não do partido, nos casos de afastamento, morte ou renúncia. Vale lembrar que o então Presidente da Câmara dos Deputados chegou a descumprir a ordem judicial (em caráter liminar) que determinava a posse de suplente filiado ao mesmo partido do mandatário titular, ainda que houvesse suplente na coligação.

Esse é um dos efeitos colaterais mais graves. Aparentemente, a Resolução nº 22.610/2007 não esperava a grande incidência da justa causa de migração para novos partidos. Foi justamente esse dispositivo que fundamentou o elevado número de migrações, na presente legislatura, por implicar a manutenção dos mandatos dos Parlamentares trânsfugas. O efeito mediato dessa regra foi um estímulo à criação de novos partidos, que atraíam os parlamentares sem qualquer risco de perda do mandato. O PSD (Partido Social Democrático) surgiu, sem nunca ter participado de uma eleição, como a terceira maior bancada da Câmara dos Deputados, em 2011. Tal fato gerou outras perplexidades: como um partido que ostenta a terceira maior bancada da Câmara poderia não receber recursos do Fundo Partidário e tempo de rádio/TV para a propaganda eleitoral? O STF acabou reinterpretando a legislação eleitoral (interpretação conforme) e inseriu o PSD no rateio em condições de igualdade com demais partidos que haviam disputado as eleições. O STF e o TSE, movidos por bons propósitos, mas, inadvertidamente, acabaram restaurando o “mercado” de filiações partidárias com fins de obtenção de fatias de tempo no horário eleitoral.

O reflexo da decisão foi o imediato crescimento do número de legendas. Desde a edição da Lei dos Partidos Políticos, em 1995, até 2006, foram criados doze partidos políticos. Apenas no período de dois anos, entre 2011 e 2013, sobretudo após a decisão da “portabilidade dos votos” dos parlamentares trânsfugas para as novas legendas, foram criados cinco partidos, afora os que estão prestes a serem criados.

Sigla	Partido	Data de Deferimento	Quantidade de Deputados
PSD	Partido Social Democrático	27.9.2011	42
PPL	Partido Pátria Livre	4.10.2011	-
PEN	Partido Ecológico Nacional	19.6.2012	-
PROS	Partido Republicano da Ordem Social	24.9.2013	20
SDD	Solidariedade	24.9.2013	22

e) Alteração de regras de divisão de recursos do Fundo Partidário e de tempo de propaganda eleitoral no rádio/TV.

Com o sucesso do PSD, no que diz respeito à sua inserção no rateio de recursos financeiros e direito de antena, não demorou o surgimento de outras legendas. Entre 1996 e 2007 – período de onze anos, entre a Lei dos Partidos (Lei nº 9.096/1995) e a Resolução TSE nº 22.610/2007 -, foram registrados apenas dois partidos novos. Após a Resolução, em seis anos, foram criados seis novos partidos, e devem surgir outros.

Convém registrar que a criação de partidos não é um problema em si - até porque amparados pela Constituição Federal, em nome do pluralismo político -, o efeito colateral negativo do inusitado modelo criado pelo TSE e STF é a possibilidade de os partidos políticos já nascerem grandes, antes de disputarem qualquer eleição. Além disso, essas legendas devem passar a receber recursos públicos do Fundo Partidário, devido às regras criadas pelo Poder Judiciário, por meio da resolução TSE nº 22.610/2007 e do acórdão da ADI 4430.

Reagindo à situação, o Congresso Nacional restaurou¹⁹⁰, em 2013, por meio da Lei nº 12.875/2013, o *status quo ante*, vedando aos partidos políticos criados no curso da legislatura (viabilizados pela justa causa da infidelidade partidária) o direito ao rateio de recursos do Fundo Partidário e ao direito de antena de modo proporcional às respectivas bancadas formadas pela migração de eleitos por outras legendas.

Vale ressaltar que a controvérsia relativa a essa lei ainda poderá prosseguir, haja vista ser a norma frontalmente contrária ao que decidido na ADI 4430 (exatamente por retornar ao regramento anterior). Há, inclusive, real possibilidade de a lei ser vista como um “confronto” com o Supremo – uma lei *in your face*.

Nesse caso, também não foi realizado qualquer tipo de diálogo institucional. Não houve, sequer, a reação legislativa, provavelmente por desinteresse político.

¹⁹⁰ Havia, à época, fundadas suspeitas de que aprovação da proposição tinha efeito inibidor na criação de partidos que fariam oposição ao Governo nas eleições de 2014. Apesar do caráter moralizador da proposição, no que diz respeito a esvaziar (futuramente) o nefasto “mercado” de transferências partidárias, não se pode, em qualquer análise, esquecer esse fato político. Tal “manobra” não se concretizou tendo em vista a aprovação do projeto de lei ter-se dado a menos de um ano da eleição, tendo vedada sua aplicação por força do princípio da anualidade eleitoral, expresso no art. 16, da Constituição de 1988.

Nesse caso concreto, foram diversos os efeitos colaterais, e cada um deles acabou por gerar um novo ciclo de decisões judiciais com vista a ajustar o desenho retórico de que “o mandato pertence ao partido”.

Todavia, ainda que movido pelos mais elevados desideratos, os resultados efetivos não foram tão positivos quanto poderiam ser, houvesse sido travado diálogo construtivo sobre a matéria.

5.2.3 Definição das bancadas na Câmara dos Deputados

Trata-se de uma recente (2013) e polêmica decisão da Justiça Eleitoral (TSE) que, por meio de Resolução, resolveu alterar o tamanho das bancadas de Deputados Federais nos Estados. A representação na Câmara dos Deputados, por determinação constitucional (art. 45, § 1º) deve ser proporcional à população de cada Estado, respeitados os limites mínimo e máximo, de oito e setenta Deputados, respectivamente. A Constituição determina que a representação seja ajustada, mediante Lei Complementar, para manter a proporcionalidade.

Desde a edição da Lei Complementar nº 78, de 1993, contrariando o Texto constitucional, jamais foi feita qualquer alteração na representação dos Estados, haja vista que alguns Estados possuem população maior do que outros e representação política menor.

A Lei Complementar nº 78, de 1993, acabou por “delegar” à Justiça Eleitoral a missão de ajustar o tamanho da representação de cada Estado, supondo tratar-se de um mero cálculo neutro. Na verdade, o cálculo não é neutro e unívoco¹⁹¹, pois depende do

¹⁹¹ Comprovando o fato de não se tratar de mero cálculo operacional neutro e unívoco, o Tribunal Superior Eleitoral realizou audiência pública (em 28/5/2012) para debater as três propostas de redistribuição, todas levando a resultados distintos. O trecho do relatório da ministra relatora Nancy Andrighi, no âmbito da Resolução nº 23.389, esclarece: “Não há falar em fórmulas corretas ou incorretas, haja vista a possibilidade de adoção de diversas premissas matemáticas para os cálculos, acrescida ao fato de inexistir disciplina legal específica sobre a matéria, quer na legislação federal, quer em resolução deste Tribunal”. Sobre a proposta 1, afirmou a relatora: “segundo essa fórmula, apenas 492 das 513 cadeiras seriam preenchidas. Não obstante o art. 1º da LC nº 78/1993, de fato, prever que o número de deputados federais não ultrapassará quinhentos e treze representantes, o ideal seria manter a representação máxima de 513 parlamentares, que vem sendo observada desde a edição do mencionado diploma legal”. Sobre a segunda proposta, concluiu a relatora: “constata-se um incongruência no tocante ao número de deputados federais dos Estados do Piauí e de Alagoas, tendo em vista que, embora a diferença populacional entre as duas unidades seja de apenas 2.134, Alagoas teria direito a um parlamentar a mais”. A ministra relatora sugeriu, ao final, a terceira proposta, que adotava um procedimento análogo à distribuição das sobras do sistema eleitoral proporcional (de maiores médias, com quociente eleitoral e partidário). Como se pode observar, o resultado final da distribuição é

método de interpolação utilizado, o que pode favorecer ou prejudicar alguns Estados, com reflexos, inclusive, no tamanho das bancadas de Deputados Estaduais. Há, portanto, conteúdo político sensível nessa decisão. Não se trata, com efeito, de simples cálculo operacional efetuado mediante ato administrativo.

O fato é que o TSE editou a Resolução nº 23.389/2013, que aumentou e diminuiu representações de vários Estados¹⁹². O Congresso Nacional reagiu editando o Decreto Legislativo nº 424/2013, que sustou, pela primeira vez no vigente regime constitucional, mesmo sem previsão expressa da Carta, o ato normativo do Poder Judiciário.

Sob o aspecto jurídico, essa atuação inusitada do Poder Legislativo ainda deverá sofrer desdobramentos, tendo em vista que o Decreto Legislativo nº 424/2013 teve sua constitucionalidade desafiada no STF (ADI 4965 e 4963)¹⁹³. Assim, caso admitida a possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos normativos infralegais de instâncias administrativas do Poder Judiciário – o que exclui as súmulas vinculantes, haja vista o emprego restrito desses enunciados voltados exclusivamente à interpretação de matérias constitucionais controversas -, abrir-se-ia também a possibilidade de sustação de resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, com a ressalva de que a competência normativa desses órgãos (de assento constitucional) distingue-se daquela da Justiça Eleitoral, que tem caráter meramente legal.

Independentemente do mérito da decisão, a intervenção judicial em matérias políticas sensíveis, sem estar acompanhada de claro e exposto suporte constitucional, configura uma decisão ativista, conforme anota Guastini (item 2.2), haja vista que o Judiciário, em vez de uma postura autocontida, optou por tomar parte na discussão, ainda que não fossem claras suas competências.

dependente do método utilizado para realizar a distribuição. Trata-se, inegavelmente, de decisão politicamente sensível, adotada por uma Corte Superior Eleitoral, alterando a composição/distribuição entre as unidades da Federação, em relação à Câmara dos Deputados. Ver também RABAT, Márcio Nuno. A (in)definição do número de deputados federais por estado: história de uma questão política. In: Cadernos Aslegis n. 47. Brasília: set/dez, 2012. p.77-96.

¹⁹² De acordo com a Resolução, haveria mudanças em treze Estados. O Pará ganharia quatro cadeiras, o Ceará e Minas Gerais, ganhariam duas vagas, cada um; e os Estados de Santa Catarina e Amazonas ganhariam mais um deputado federal cada. As bancadas de Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Alagoas e Rio Grande do Sul perderiam um representante cada, e Paraíba e Piauí perderiam dois cada.

¹⁹³ <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4965&processo=4965>

5.2.3.1 Efeito colateral da decisão judicial que altera o número de Deputados Federais por estado - efeitos do Decreto Legislativo que sustou a decisão do TSE

A decisão tomada a menos de um ano das eleições gera grave insegurança jurídica. Mesmo tendo o Congresso Nacional sustado os efeitos dessa Resolução, restam dúvidas acerca da constitucionalidade do referido Decreto Legislativo.

Não é saudável a um sistema político estável que a menos de um ano das eleições, alguns estados não conheçam, com segurança, a quantidade de vagas em disputa.

5.2.4 Modelo de financiamento de campanhas eleitorais

As eleições no Brasil têm apresentado uma evolução exponencial do custo de campanhas, conforme dados publicados pela Justiça Eleitoral. Parece isento de dúvidas, a influência do poder econômico no resultado das eleições.

Além disso, as pessoas jurídicas são autorizadas a doarem até dois por cento de seu faturamento bruto no ano anterior ao da eleição. O fato é que tais doações não apresentam qualquer perfil ideológico, pois há doações da mesma pessoa jurídica para diversos candidatos. Infere-se, usualmente, que o sistema atual induz a troca de favores entre os eleitos e seus contribuintes de campanha.

Nesse contexto, a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4650), arguindo a inconstitucionalidade das doações de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais, sob o argumento de que ferem a isonomia e o princípio do “um homem, um voto”.

Sob a alegação de estar promovendo um diálogo institucional, o relator ministro Luiz Fux, entendeu legítima a intervenção do STF na reformulação do modelo de financiamento de campanhas.

Vale ressaltar que a legislação brasileira, em tempos recentes – até 1995, vedava a contribuição de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais. Em face do escândalo que levou ao impeachment do ex-Presidente Fernando Collor, por uso de recursos de pessoas jurídicas não declarados, o Congresso Nacional resolveu admitir tais doações com a devida fiscalização e transparência.

Com o crescimento do custo das campanhas, busca-se voltar à proibição. O Congresso Nacional poderá, pela via legislativa, no bojo de uma Reforma Política, engendrar outras soluções, distintas da mera proibição dessas doações.

Diante da inércia do Legislativo em aprovar uma Reforma Política que corrija essa e outras distorções, o ministro Luis Roberto Barroso, que já votou pela inconstitucionalidade de tais contribuições nessa ADI (4650), afirmou que o Supremo representa uma “vanguarda iluminista” e que, às vezes, é necessário “empurrar a história”.

O maior problema é que a Constituição não se ocupou desse assunto de modo explícito e detido, o que pode levar à conclusão de que do princípio democrático não deriva o modelo atual ou o proposto pelo Supremo.

O STF, com essa decisão, parece forçar o Congresso Nacional, hoje preso a certo imobilismo, do qual não consegue produzir consenso, a redesenhar o sistema de financiamento, aproximando-se do financiamento público. Trata-se de uma medida de natureza maximalista, haja vista a existência de alternativas menos “invasivas”, tais como implementar o teto de gastos já previsto na Lei das Eleições (art. 17-A, da Lei nº 9.504/1997), e jamais fixado pelo Congresso Nacional.

Art. 17-A. A cada eleição caberá à lei, observadas as peculiaridades locais, **fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa**; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral, que dará a essas informações ampla publicidade.

5.2.4.1 Possíveis efeitos colaterais da decisão judicial sobre o modelo de financiamento de campanhas

A presente análise, embora se trate de um processo em andamento, refere-se a possíveis efeitos colaterais decorrentes dessa mudança de paradigma. Uma vez declarada a inconstitucionalidade do dispositivo que autoriza a doação de pessoas jurídicas, será admitida apenas a contribuição de pessoas físicas, prática ainda sem tradição de efetividade no Brasil¹⁹⁴.

¹⁹⁴ A título de exemplo, vale informar que nas eleições para prefeitura de São Paulo, de 2012, o então candidato Fernando Haddad, do Partido dos Trabalhadores – candidato que mais arrecadou nessas eleições –,

O fato de o julgamento, embora suspenso, ocorrer a menos de um ano das eleições, gera, por si só, insegurança jurídica sobre as eleições vindouras, posto que não se pode garantir que haverá modulação dos efeitos da decisão.

Se vedadas tais doações, será, provavelmente, aumentado o aporte de recursos públicos, ainda que não na mesma proporção, mas de modo significativo. Esse aumento suscitará questionamentos sobre a melhor utilização dos recursos públicos, os quais poderiam ser empregados em áreas sociais, como educação, saúde e segurança pública. Há argumentos razoáveis no sentido de que a proibição de contribuição de pessoas jurídicas seria um modo indireto de forçar o financiamento público de campanhas. Esse tema, na iminência de ser decidido por critérios judiciais, chegou a ser cogitado constar de consulta popular (plebiscito), em junho de 2013, como proposta do Poder Executivo.

O possível, talvez inevitável, aumento do aporte de recursos públicos para campanhas eleitorais enfrentará, ainda, o complexo dilema do critério de repartição desses recursos. O cerne desse problema é o provável determinismo do critério de distribuição: quando se distribui recursos de modo proporcional à representação, a consequência natural é que os maiores partidos receberão as maiores quantias, enquanto os menores partidos estarão fadados ao não crescimento, em face dos poucos recursos a que terão direito, exatamente pelo seu tamanho. A alternativa seria a distribuição igualitária de recursos, com o risco de partidos com grande representação política na sociedade serem aquinhoados com a mesma quantia de partidos “nanicos” ou “legendas de aluguel”.

Esse julgamento representa uma importante intervenção judicial no desenho da política pura (nos termos de Hirschl), em sua vertente político-partidária-eleitoral. Os resultados não são promissores, ainda que se alegue tratar-se de um diálogo institucional que “empurre” o Congresso Nacional para que vote uma Reforma Política.

Nesse caso particular, o STF caminha para declarar a inconstitucionalidade de normas aplicadas há duas décadas, em várias eleições, sem que haja uma inconstitucionalidade flagrante no texto legal a justificar a anulação do diploma. Esse contexto reflete o cenário descrito por Guastini (no item 2.2), no qual o comportamento ativista é caracterizado pela opção do Judiciário em tomar parte na discussão sobre relações

arrecadou R\$ 42.084.066, 71, sendo desse total, apenas R\$ 3.700,00 oriundos de doações de (duas) pessoas naturais. (Fonte: TSE).

políticas, mesmo quando não sejam claras as inconstitucionalidades eventualmente examinadas.

5.3 Uma palavra final

Os efeitos colaterais das formulações pretorianas na área da política pura são decorrentes de situações não antecipadas pelos formuladores dessas políticas. As decisões, em geral, não são previamente submetidas ao amplo e aberto debate da sociedade, como de hábito no Congresso Nacional, onde os grupos de interesse, as minorias, a oposição, enfim, todos opinam e criticam.

A formulação de modelos políticos sob a aura e o formalismo judiciário é um dos fatores que impede a antecipação de situações limite.

Não se pode olvidar que a reação do legislador à intervenção judicial pode se dar, às vezes, no sentido de constitucionalizar matérias objeto de tais decisões, e desse modo, “engessar” o ordenamento jurídico-constitucional, como aconteceu com a “desverticalização” das coligações partidárias.

O estudo dos casos realizado nesse capítulo aponta para a necessidade da avaliação da intervenção judicial, para além da questão da legitimidade, mas também sob a ótica da qualidade e do resultado.

A ilegitimidade da interferência judicial resulta em prejuízo para a democracia, até mesmo quando tal intervenção a aperfeiçoa. Essa visão de Waldron introduz a questão da qualidade da intervenção judicial, mesmo que, a seu ver, seja sempre em desfavor da democracia.

Ainda que afastemos essa visão de Waldron, o estudo de casos realizado neste capítulo leva à conclusão de que, sob a ótica da qualidade, nenhuma das decisões estudadas pode ser vista como tendente a aperfeiçoar a democracia.

Sob a ótica do resultado, com suporte no pensamento de Dworkin, que valoriza a efetividade das decisões, também não verificamos, na maioria dos casos, resultados efetivos.

A nosso ver, deveria o STF ter adotado uma postura de autocontenção, ou pelo menos minimalista, sobretudo em face da inexistência de inconstitucionalidades expressas nas normas desafiadas.

No tocante ao uso de experiências dialógicas, sejam de cunho empírico (de conversação), sejam de caráter normativo (de deliberação), nos termos propostos por Tremblay, não há vestígios, nos casos estudados, do emprego de práticas dialógicas. A interação Corte-Legislativo se resume à prática ação-decisão-Corte versus reação-norma-Legislativo. É, a nosso ver, esse cenário conflituoso - não colaborativo - que fomenta os efeitos colaterais negativos estudados.

No capítulo seguinte, examinaremos a viabilidade jurídica e política da implementação de teorias de diálogos institucionalizados, para além dos diálogos informais.

6. Exame da viabilidade jurídica e política da prática dialógica no Brasil.

A viabilidade jurídica e política das propostas de diálogo institucionalizado no Brasil deve ser examinada em dois planos distintos.

No plano normativo, deve-se enfrentar o obstáculo (intransponível) das cláusulas pétreas, que vedam medidas que tendem a abolir a separação dos Poderes. Assim, as iniciativas que contemplem a simples cassação de decisões judiciais por majorias simples, ao molde canadense - como preconizado por Tushnet, quando propõe os modelos brandos de controle de constitucionalidade – não devem prosperar no Brasil, enquanto vigorar o regime constitucional de 1988.

Não nos referimos à edição de leis *in your face*, que até podem obter êxito no confronto, a depender do caso específico. Contudo, esse contexto não pertence a uma perspectiva dialógica institucionalizada. Trata-se de mera ação-reação entre Poderes, razão pela qual, não inserimos essa questão no exame abstrato de viabilidade normativa.

No plano político-institucional, as perspectivas também não indicam estar as instituições brasileiras, tanto o Legislativo, quanto o Judiciário, em um estágio que possa prescindir do controle judicial de constitucionalidade.

Mesmo Waldron – um ácido crítico da supremacia judicial – reconhece a importância de um controle dessa espécie quando não atendidos pressupostos de solidez das instituições democráticas, conforme apontado no item 2.4, quando examinamos as formas alternativas de controle de constitucionalidade.

Como afirma Streck¹⁹⁵, o Brasil é um país de modernidade tardia e, a nosso ver, sua jovem democracia – ainda não preparada para discordâncias pautadas pela razoabilidade - não reserva espaço para a construção de diálogos institucionalizados, de cunho colaborativo, conforme delineado por Bateup no item 3.2.

Restam, portanto, as alternativas de mera superação de entendimentos judiciais pela via do processo legislativo especial de Emendas à Constituição.

Esse trabalho, como dito, se posiciona pelo não reconhecimento do fenômeno de ação-reação como uma prática dialógica. Quando muito, pode ser

¹⁹⁵ STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. In: Novos Estudos Jurídicos. v. 8. n. 2. Maio/ago. 2003. p. 257.

caracterizado como um diálogo “de fato”, ou um diálogo “silencioso”. No entanto, essa prática se aproxima mais de um experimentalismo democrático, num processo de tentativa e erro, do que de construções a partir de contribuições de Poderes co-responsáveis.

É evidente que a “regra de ouro” do Estado de Direito, a qual exige uma solução para as lides, deve contar com alguém a dar a “última palavra”. Mas, a controvérsia relativa a quem cabe a última palavra não deveria ser obstáculo para a construção de soluções de forma cooperativa entre os Poderes.

Essa construção coordenada parece-nos ser a maior contribuição das teorias dialógicas, haja vista que a mera superação de decisões judiciais por maiorias simples não é levada a efeito mesmo nos países que as adotam formalmente, como o Canadá (item 3.4).

Em síntese, concluímos pela inviabilidade de adoção das práticas dialógicas no Brasil (nos moldes canadenses), tanto no plano normativo, quanto no plano político, restando, tão somente, a prática de interações calcadas na dicotomia ação-reação.

6.1 As propostas Viáveis

Diante da inviabilidade da incorporação ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro de dispositivos que implementem sistemas de controle brando de constitucionalidade, resta propor medidas que reduzam as assimetrias existentes entre os Poderes.

As propostas, construídas a partir do arcabouço teórico discutido nos capítulos iniciais e do estudo de casos, visam a proteger a Suprema Corte de “captura política”, e a preservar a competência legislativa do Congresso Nacional.

Além das medidas propostas, de cunho legislativo, propomos mudanças comportamentais no âmbito da Suprema Corte, no que diz respeito a adoção de posturas minimalistas e deferentes com as opções do legislador, em matérias político-eleitorais.

É de se reconhecer, no entanto, que não há como assegurar, por meios legislativos, a observância desses comportamentos.

A cultura minimalista e deferente que ora se defende não se confunde com qualquer forma de passivismo judicial, mormente diante de manobras políticas casuísticas e comprometedoras do processo democrático de construção da opinião pública.

Resta, pois, considerando o contexto brasileiro, a formulação de propostas tendentes a proteger o órgão máximo do Poder Judiciário de uma atuação com viés partidário; e a reduzir as assimetrias existentes com o Legislativo. São essas as propostas que consideramos viáveis, acompanhadas das devidas justificativas:

6.1.1 Aumentar o quórum de aprovação de ministros no Senado Federal, para viabilizar um possível veto da minoria a uma indicação de viés político acentuado.

Atualmente, a aprovação se dá pelo voto da maioria dos membros do Senado Federal (CF/88; art. 101). Essa proposta foi abordada no item 1.1.2, originalmente uma sugestão de Bruce Ackerman, com inspiração no modelo alemão. O objetivo principal é conferir um certo poder de veto à minoria parlamentar, que poderia rejeitar indicações de viés político. A Constituição Federal já possui mecanismos postos à disposição da minoria, como as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), que exigem apenas um terço de membros para sua aprovação. A sugestão, portanto, estaria em harmonia com outras disposições constitucionais que mitigam a supremacia da maioria parlamentar, com reflexos na composição do órgão máximo do Poder Judiciário. Em que pese não ser o foco do presente trabalho a análise da orientação política dos membros do STF, mas apoiando-se no que defende Barroso - (item 2.2) – quando afirma que os juízes não são seres desprovidos de ideologia, acolhemos a sugestão de Bruce Ackerman como uma medida preventiva e fomentadora do equilíbrio entre os Poderes. Essa proposta funcionaria não como um remédio, apto a curar algum mal existente, mas como uma vacina, voltada a proteger a Suprema Corte da captura política.

6.1.2 Estabelecer mandatos fixos para os integrantes do Supremo Tribunal Federal.

A exemplo do que ocorre em nações democráticas – como a Alemanha - tal medida, defendida, inclusive, por alguns integrantes do próprio Supremo Tribunal Federal, entre outras consequências, reduzirá os efeitos da designação de membros eventualmente identificados com uma atuação política prévia, decorrente de uma aproximação entre o futuro integrante da Corte e o Chefe do Executivo. Da mesma forma, Ackerman sugeriu

essa medida também como mecanismo de fortalecer o equilíbrio entre os Poderes. Cabe a ressalva de que as indicações têm, historicamente, seguido certa sobriedade, mas a fórmula é potencialmente geradora de desequilíbrios e de crises jurídico-políticas. Essa proposta, como a anterior, não é remédio, mas vacina.

6.1.3 Vedar, constitucionalmente, a suspensão da tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional.

Essa medida evitará dúvidas quanto a essa possibilidade, que, de fato, configura uma grave assimetria entre os Poderes. Em que pese o Tribunal ter ratificado, por maioria, o entendimento da inviabilidade do controle prévio de constitucionalidade, a vedação constitucional imprimiria maior segurança jurídica à questão. A ocorrência de um caso concreto (item 4.1), cuja solução se deu por maioria (7 a 4), confere status de dúvida fundada à situação, a ponto de justificar a proposta. Sob o aspecto teórico, a proposta visa a eliminar, por completo, as possibilidades de a Suprema Corte exercer um controle prévio de constitucionalidade de projetos de lei, o que implica, necessariamente, a interferência da atividade típica (legiferante) do Legislativo. O exercício do controle prévio judicial, que chegou a ser cogitado¹⁹⁶ por integrantes da Suprema Corte, tornaria o modelo brasileiro, que já é forte (*strong form*) em um arranjo ainda mais forte (talvez sem paralelo).

6.1.4 Vedar, constitucionalmente, a suspensão da eficácia de Emenda Constitucional ou de Leis por decisão monocrática, de natureza cautelar.

Salvo pelo Presidente da Corte, exclusivamente no período de recesso judiciário, obrigando a decisão do Colegiado em até trinta dias após o retorno dos trabalhos. Os diversos casos mencionados no item 4.2 justificam a correção de rumo, via Emenda à Constituição, do desequilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário. O próprio controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição já é reflexo, por si só, de um modelo de

¹⁹⁶ O debate sobre o controle prévio de constitucionalidade, hoje a cargo do próprio Parlamento e ao Chefe do Poder Executivo, por meio do veto, tem crescido recentemente, passando pela definição de algumas áreas críticas, como a tributária, na qual os efeitos da aplicação da legislação durante o período que permanece em vigor causa efeitos de difícil reparação. Ver <http://www.conjur.com.br/2011-jan-20/cresce-debate-controle-previo-constitucionalidade>.

controle de constitucionalidade forte (*strong form*), na classificação de Tushnet, mas a suspensão de sua eficácia, em termos precários e indefinidos quanto ao prazo, configura grave assimetria que justifica a correção proposta.

6.1.5 Possibilidade de o Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo, sustar atos normativos (não jurisdicionais) do Poder Judiciário.

Essa medida, já adotada¹⁹⁷ na prática, mesmo sem previsão expressa da Constituição, poderá limitar o excesso legislativo de órgãos do Poder Judiciário que tem poder regulamentar infralegal, tais como a Justiça Eleitoral e o Conselho Nacional de Justiça. É possível que o Congresso faça pouco uso dessa prerrogativa, como já o faz com os atos emanados do Poder Executivo, mas o seu uso potencial pode contribuir com a redução das assimetrias. Essa proposta está em consonância com o que Ramos, no item 2.2, defende como um dos elementos propulsores do ativismo – no caso, a atividade normativa atípica do Judiciário. Seria o único caso de superação possível de decisão judicial no Brasil (ainda que de caráter não jurisdicional), mas apto a fomentar um diálogo institucional, inclusive com possível efeito dissuasório¹⁹⁸. Vale ressaltar que essa possibilidade já foi utilizada recentemente (tópico 5.2.3 – Definição do tamanho das bancadas na Câmara dos Deputados), sem que o STF tenha ainda se manifestado em definitivo sobre a constitucionalidade do Decreto Legislativo.

Vale o registro da não incidência da medida proposta sobre as súmulas vinculantes que, embora ostentem a natureza jurídica normativa, são voltadas, exclusivamente (por força do art. 103-A da Constituição Federal), à interpretação de matéria constitucional.

¹⁹⁷ Decreto Legislativo nº 424/2013, que sustou os efeitos da Resolução nº 23.389/2013. Do Tribunal Superior Eleitoral, que alterava o tamanho das bancadas de Deputados Federais dos Estados da Federação. Ainda que, após a elaboração do presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal tenha julgado inconstitucional o referido Decreto Legislativo, mantemos nossa posição teórica favorável a tal possibilidade.

¹⁹⁸ Ainda que esteja à disposição do Congresso Nacional, desde a promulgação da Constituição de 1988, a possibilidade de sustar atos do Poder Executivo só foi exercida em quatro oportunidades, o que reflete um uso parcimonioso do Congresso. São os seguintes os Decretos Legislativos aprovados, de outubro/1988 a maio/2014, que sustam atos normativos do Poder Executivo: DL nº 207/2002; nº 106/1995; nº 3/1992 e nº 3/1989.

Os atos normativos – alvo da presente proposta – são de natureza infralegal, equiparados aos decretos do Poder Executivo, não sendo fundado o receio de que o Poder Legislativo pudesse, mediante Decreto Legislativo, sustar Súmulas Vinculantes¹⁹⁹.

6.1.6 Previsão em lei de balizas para o uso de técnicas de decisão como a Interpretação Conforme à Constituição.

Essa medida visa à evitar o uso dessa técnica como uma tentativa de compatibilizar a lei à Constituição, mas emprestando-a um sentido oposto ao texto legal. A medida proposta se reveste de caráter relativamente simbólico, visto que não há garantias de sua eficácia. Tendo em vista que já há uma previsão legal da interpretação conforme a Constituição (na Lei nº 9.868/1999), e dada a ocorrência de emprego em desacordo com o que preconizado pela doutrina, o acréscimo de balizas legais claras, no sentido de evitar interpretações *contra legem*, poderia inibir o uso indevido da técnica.

¹⁹⁹ Ver nota 131.

7. Considerações Finais

Ao longo do trabalho, buscamos demonstrar a expansão do Poder Judiciário como fenômeno global, com origens em múltiplos fatores. Tanto nos Estados Unidos, inaugurado pela célebre decisão *Marbury v. Madison*, quanto na Europa, a partir do Pós-Segunda Guerra, há exemplos variados da atuação proativa das Cortes Constitucionais.

O modelo clássico de Separação de Poderes apresenta, nos dias de hoje, uma nova leitura. Embora permaneça o propósito de limitar o poder pelo poder, a moderna dimensão desse princípio não reserva lugar para o juiz “boca da lei”. Os Poderes da República são harmônicos, e não herméticos. Podem e devem interagir e dialogar de modo colaborativo e construtivo. Ou seja, é um verdadeiro poder-dever.

Apesar de as discussões a respeito do déficit de legitimidade do Judiciário, em razão de seus membros não estarem sujeitos ao crivo popular, o debate não pode se restringir a esse aspecto, e a atuação pervasiva do Judiciário é um dado da realidade, e conseqüente, entre múltiplos fatores, do perfil analítico das Constituições modernas.

Não obstante a fragilidade conceitual do fenômeno do ativismo judicial, foram examinadas diversas tentativas de estabelecer critérios objetivos e parâmetros dogmáticos que permitissem identificar as decisões que merecessem essa qualificação.

A partir da indispensável diferenciação conceitual entre ativismo judicial e judicialização da política, pudemos retratar com mais precisão a realidade brasileira. Para tanto, valemo-nos de uma pesquisa quantitativa que considerou todo o período do atual regime constitucional, e as principais ações judiciais que desafiavam leis produzidas no Congresso Nacional, independentemente das matérias nelas veiculadas. Foram analisadas e criticadas as premissas e as conclusões da autora da pesquisa - a cientista política Thamy Pogrebinschi – que concluiu pela não ocorrência de ativismo judicial no âmbito do STF. Este trabalho se posiciona em sentido oposto.

Discordamos do resultado da pesquisa, que concluiu que cerca de 90% das ações de inconstitucionalidade são julgadas improcedentes. A nosso ver, a natureza quantitativa da pesquisa não autoriza as conclusões obtidas, conforme as lições de Comella (item 4.1). Muitos aspectos, como o conteúdo veiculado nos atos de natureza normativa (Súmulas vinculantes e Resoluções) não são captados na pesquisa.

No tocante à matéria (político-eleitoral e relacionamento com o Congresso Nacional) considerada no estudo de casos, verificamos uma postura claramente proativa do Supremo Tribunal Federal. Composta por juízes íntegros e independentes, de alto padrão intelectual, e sempre com elevados propósitos, a Corte tem adotado postura substancialista e maximalista.

Frise-se, porém, que as intervenções do Judiciário, na área político-eleitoral, não resultam de um amplo debate com a sociedade, com a exposição prévia das alternativas cogitadas às críticas da sociedade. Em sentido oposto, no âmbito do Legislativo, por sua natural origem, as propostas são públicas, debatidas previamente às deliberações com ampla transparência. Tal característica dota as proposições legislativas de um verdadeiro “teste” junto às entidades que fiscalizam o processo legislativo – a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público, a imprensa, a academia, etc.

Quando restritas ao ambiente judicial, que desfruta de linguagem própria, métodos próprios e, sobretudo, fechado ao debate prévio, as formulações, via de regra, não conseguem antecipar as situações problema, e causam efeitos colaterais danosos ao sistema político.

Ao retratarmos a realidade brasileira, no que diz respeito à “política pura”, nos termos propostos por Hirschl, procuramos demonstrar os efeitos colaterais decorrentes das decisões mais relevantes nessa matéria tomadas pelo STF.

Verificamos que, em muitas oportunidades, evoca-se a tese do diálogo institucional para atenuar o viés intervencionista de algumas decisões, com o propósito de “pressionar” o outro Poder a se posicionar. Concluímos que a essência dessa interação aproxima-se de mero experimentalismo, calcado na tentativa e erro, e não em um processo dialógico institucionalizado que se enquadre em quaisquer dos modelos estudados. Em síntese, o Supremo age, o Congresso reage, e assim por diante.

Nesse contexto, foram estudados vários casos concretos de superação de decisões judiciais pela via legislativa – tanto por emendas constitucionais quanto por legislação ordinária -. Não há evidências, nesses casos, de posturas dialógicas colaborativas, mas de mera disputa pela “última palavra”.

Rejeitamos a vertente do bom ativismo, ou a tese de que até o momento esse fenômeno faz parte da solução e não do problema, conforme defendido por Barroso (item

2.2). Mas, não deixamos de reconhecer avanços proporcionados pelo Supremo Tribunal Federal na proteção de direitos fundamentais no Brasil, como nos casos do reconhecimento da união homoafetiva, e na autorização da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos.

A presente dissertação, por razões metodológicas, delimitou o universo de pesquisa, para fins de estudo de caso, às matérias político-partidárias e ao relacionamento com o Congresso Nacional -, razão pela qual outros casos não foram estudados em detalhes.

Entre os múltiplos fatores que julgamos levar à constatação da postura proativa do STF figuram:

- a) a declaração de inconstitucionalidade de leis sem parâmetros claros e expressos, sobretudo na área partidário-eleitoral, conforme caracterizado por Guastini (item 2.2)
- b) a extrapolação do poder regulamentar em sede de atividade normativa atípica, por meio de Súmulas Vinculantes e de Resoluções da Justiça Eleitoral;

Ficaram evidentes, além disso, as assimetrias existentes entre os Poderes Judiciário e Legislativo, que também constituem elementos de caracterização do modelo de supremacia judicial, tais como a suspensão da eficácia de Emendas à Constituição e leis ordinárias por decisões cautelares monocráticas *ad referendum* do Plenário, fora do período de recesso da Corte.

O emprego de técnicas de decisão – como a interpretação conforme a Constituição – para emprestar sentido oposto ao da norma impugnada também foi examinado, levando-nos à conclusão de que esse uso indevido acentua o desequilíbrio e fortalece o modelo de supremacia judicial.

São, enfim, assimetrias que decorrem, sobretudo, de interpretações pouco ortodoxas da legislação que regulamenta as ações de inconstitucionalidade.

Com relação à inércia legislativa, decorrente do custo político de se tomar decisões sobre matérias controversas, concluímos não haver uma correlação direta e unívoca com posturas ativistas. Há exemplos de países em que o Legislativo goza de credibilidade, é atuante, e mesmo assim, há casos de ativismo.

O arcabouço teórico pode nos mostrar modelos alternativos de controle brando, que admitem a superação de decisões judiciais de forma célere pelo Legislativo. Em oposição ao nosso modelo de perfil forte (*strong form*), os modelos brandos (*weak form*) não são passíveis de adoção no Brasil, seja no plano normativo, por incompatibilidade com o desenho institucional idealizado pelo legislador constituinte de 1988, seja no plano institucional, haja vista que o cenário político-institucional brasileiro, com muitas disfunções, não atende os requisitos propostos por Waldron para “dispensar” um sistema de controle judicial de constitucionalidade.

Ao estudar a experiência canadense de diálogo institucional, que adotou um sistema brando de controle de constitucionalidade, no qual o Parlamento pode, com relativa facilidade, superar decisões judiciais pelo uso da cláusula *notwithstanding* e *override*, pudemos constatar que a cláusula jamais foi invocada pelo Parlamento federal. Alega-se certo poder dissuasório decorrente do potencial uso da cláusula, pressupondo maior contenção judicial em razão da possibilidade de cassação da decisão.

Não compartilhamos desse entendimento, manifestado por Rosalind Dixon, haja vista o próprio exemplo canadense, onde a Suprema Corte rejeitou a doutrina da não judicialização de “political questions”, em 1985, – quando do julgamento da Operação *Dismantle* -, e vem decidindo questões dessa natureza desde então.

Mesmo com as restrições ínsitas ao poder constituinte derivado - que limita materialmente as alterações constitucionais de núcleo constitucional imodificável – que inviabiliza a adoção de modelos dialógicos (com controle brando de constitucionalidade, que permite a superação de decisões judiciais pelo processo legislativo célere), concluímos cabíveis outras propostas tendentes a reduzir a assimetria e o desequilíbrio entre os Poderes.

Nesse sentido, propomos como forma de mitigar a potencial influência política dos membros do Supremo a adoção do arranjo alemão de nomeação de integrantes da Suprema Corte (com a possibilidade de veto das minorias parlamentares e mandatos fixos).

Ainda no campo da redução das assimetrias, propomos a vedação, no corpo constitucional, da suspensão da tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional, evitando, assim, qualquer dúvida sobre a viabilidade de um controle judicial prévio de constitucionalidade; a vedação, também no Texto constitucional, da suspensão da eficácia

de Emendas à Constituição e leis por meio de medidas cautelares quando decididas monocraticamente; além da limitação do uso de técnicas de decisão (por exemplo, a interpretação conforme à Constituição, em sentido oposto ao da lei).

Assim, não entendemos como parte desse processo dialógico a tese do ativismo do bem, nem concordamos que até o momento o ativismo tem sido parte da solução e não do problema, ou ainda que o STF deva “empurrar a história”, como sugere Barroso, atuando como protagonista de uma “vanguarda iluminista”, para que o Legislativo acorde e responda aos anseios da sociedade brasileira.

Concluimos também que, mormente na área político-eleitoral, e com suporte nos exemplos estudados, a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal nem sempre é exitosa. Ao contrário, em vários casos, a decisão tomada por esta Corte foi superada pelo Legislativo, com remanescentes efeitos colaterais. Mesmo quando não superadas, resultaram em insegurança jurídica ou não foram alcançados os resultados esperados. Nessa seara específica, é alto o risco de “queimar etapas”, sem aprofundar o diálogo institucional tendo em vista a melhor solução.

Nesse campo, devem as instituições praticar o diálogo efetivo (ainda que não institucionalizado), não silencioso, mas aberto e colaborativo. O ideal é que o STF adote uma postura deferente e minimalista, e o Congresso Nacional cumpra suas funções legislativas, com uma agenda voltada a atender aos anseios do povo brasileiro.

Somos, ao fim e ao cabo, adeptos do constitucionalismo com controle judicial de constitucionalidade, sem supremacia judicial, rejeitando a fixação pela “última palavra”, e as tentativas de implantação de um constitucionalismo de viés popular.

Esperamos, por último, que o Congresso Nacional, em colaboração com os demais Poderes da República faça as escolhas de modelos políticos que caracterizam uma verdadeira Reforma Política. E que o façam ouvindo a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. Nós, O Povo Soberano. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

_____. A Nova Separação dos Poderes. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. In: Revista da Procuradoria-Geral da República. n. 9. Jul./dez., 1996.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade Brasileiro. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil.

_____. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto; FRAGALE Fº, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs). Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____. Brazil's Unbalanced Democracy: Presidential Hegemony, Legislative Fragility and the Rise of Judicial Power.

_____. Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a Política.

BATEUP, Christine A. Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective. In: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2006.

_____. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of constitutional dialogue. Brooklyn Law Review, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaiden. On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism. Heidelberg: Springer, 2010.

BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at The Bar of Politics. 2º Ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Duzentos Anos de Jurisdição Constitucional: As Lições de Marbury v. Madison. Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 28. Salvador-BA, 2011.

BITTENCOURT, Lúcio (1997). O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. Brasília: Ministério da Justiça.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo Democrático versus Minimalismo Judicial. In: Direito, Estado e Sociedade. n. 38, 2011.

CANNON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. In: Judicature. v. 66. n. 6., 1983.

CASTRO, Araújo. A Constituição de 1937. Coleção História Constitucional Brasileira. Senado Federal, 2003.

COMELLA, Victor Ferreres. Constitutional Courts and Democratic Values: A european perspective. New Haven: Yale University Press, 2009.

DAHL, Robert. Sobre a Democracia. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

DAWSON, Mark; WITTE, Bruno de; MUIR, Elise. Judicial Activism at European Court of Justice. Cheshire: MPG Books Group, UK, 2013.

DIXON, Rosalind. GINSBURG, Tom. Deciding Not To Decide. Deferral in Constitutional Design. Draft for University of Chicago Law School Conference on Rational Choice & Constitutional Law.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Levando os Direitos a Sério. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. Justiça para Ouriços. Coimbra: Ed. Almedina, 2011.

_____. Freedom's Law: The moral reading of the american Constitution. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. The Apparent Inevitability of Mixed Government. In: Constitutional Commentary. June, 1999.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: Um Princípio em Decadência. In: Revista USP. nº 21.

FISHER, Louis. *Defending Congress and the Constitution – Studies in Government and Public Policy* - University Press of Kansas, 2011.

_____. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988.

FLEMING, James E. *Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*. In: *Fordham Law Review*. v. 73, 2005.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GINSBURG, Tom. *The Global Spread of Constitutional Review*. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GRIFFIN, Stephen. *Enfim a Hora da Democracia? A Nova Crítica ao Judicial Review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel. *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista*. Hamilton, Madison e Jay. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HOGG, Peter W. BUSHELL, Allison A. *The Charter - Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*. In: *Osgoode Hall Law Journal*. v. 35. n. 1, 1997.

HOGG, Peter W. BUSHELL, Allison A. WRIGHT, Wade. *Charter Dialogue Revisited – Or Much Ado About Metaphors*. In: *Osgoode Hall Law Journal*. v. 45. n. 1., 2007.

HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics*. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KRAMER, Larry D. *Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o “Interesse do Homem”*. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

_____. The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review. Oxford: Oxford Press, 2004

LECLAIR, Jean. Critical reflections on the metaphor of dialogue in Canadian constitutional law. *Revue Du Barreau*. 2003.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMONGI, Fernando. CHEIBUB, José Antônio. Legislative-Executive Relations. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011.

MAUS, Ingeborg. *Separação dos Poderes e Função Judiciária: Uma Perspectiva Teórico Democrática*. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

_____. *Judiciário como Superego da Sociedade: o Papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Órfã*. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58.

MELO, Carlos Ranulfo Felix de. *Partidos e Migração Partidária na Câmara dos Deputados*, 2000.

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

_____. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional no Brasil: O Problema da Omissão Legislativa Inconstitucional*, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Divisão do Poder e Partidos Políticos*. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-35.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*. Barcelona: Ed. Gedisa, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2003.

NEGRI, Antônio. O Poder Constituinte. Ensaio sobre as Alternativas da Modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PETERS, Christopher J. ; DEVINS, Neal. Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism, 2005.

POPOVIC, Dragoljub. Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of European Court of Human Rights.

PICKERILL, J. Mitchell. Congressional Responses to Judicial Review. In: WHITTINGTON, Keith E.; DEVINS, NEAL. Congress and the Constitution. Durham and London: Duke University Press, 2005.

RABAT, Márcio Nuno. A (in)definição do número de deputados federais por estado: história de uma questão política. In: Cadernos Aslegis n. 47. Brasília: set/dez, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROACH, Kent. The Supreme Court on Trial. Judicial Activism Or Democratic Dialogue. Toronto: Irwin Law, 2001.

ROSENFELD, MICHEL. Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e Contrastes. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

RUSSELL, Peter H. The notwithstanding clause: The Charter's homage to parliamentary democracy.

SCHLESINGER Jr., Arthur. (1947). The Supreme Court: 1947. Fortune. v. 35, n. 73.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. On Law, Politics and Judicialization. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SIFUENTES, Mônica. Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Cecília de Almeida. E outros. Diálogos Institucionais e Ativismo. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.

SILVA, Antônio Garrido. O Supremo Tribunal Federal e a Leitura Política da Constituição: Entre o Perfeccionismo e o Minimalismo.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista DireitoGV, 2006. v. 2.

SINCLAIR, Barbara. Can Congress Be Trusted with the Constitution? The Effects of Incentives and Procedures. 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Verdade e Consenso. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. In: Novos Estudos Jurídicos. v. 8. n. 2. Maio/ago. 2003.

SUNSTEIN, Cass. A Constituição Parcial. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008.

_____. One Case at a Time: Judicial Minimalismo n The Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SWEET, Alec Stone. Governing With Judges. Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____. Constitutional Courts. In: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial. Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: Superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. In: Direitos Fundamentais e Justiça. v. 3, n. 7. Porto Alegre: HS Editora. 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Itatiaia, 1998.

TREMBLAY, Luc B. The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures. Oxford University Press. I-CON, v. 3, n. 4., 2005.

TUSHNET, Mark. (2012). Constitution. In: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press.

_____. Taking The Constitution Away From The Courts. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

_____. Formas Alternativas de Controle Judicial. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Constitucional e Organização do Poder. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Ceticismo sobre o Judicial Review: Uma Perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

_____. The Jurisprudence of Constitutional Regimes: Alexander Bickel and Cass Sunstein. In: WARD, Kenneth; CASTILLO, Cecilia. The Judiciary and American Democracy. New York: State University of New York Press, 2005.

_____. The Rise of Weak-Form Judicial Review. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. Comparative Constitutional Law. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011.

_____. In The Balance. Law and Politics on the Roberts Court. New York, London: W.W. Norton & Company.

_____. The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis. Constitutional Systems of the World. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing, 2009.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. O Valor da Constituição. Separação dos Poderes, Supremacia da Lei e Controle de Constitucionalidade nas Origens do Estado Liberal. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, Neal. The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

_____. O Judicial Review e as Condições da Democracia In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

_____. A Dignidade da Legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, The Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History.* Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007.

_____. *Constitutional Theory and The Faces of Power.* In: WARD, Kenneth; CASTILLO, Cecilia. *The Judiciary and American Democracy.* New York: State University of New York Press, 2005.

_____. *Constitutionalism. The Judicialization of Politics.* In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics.* Oxford: Oxford University Press, 2008.