



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

HÉLIO PINHEIRO PINTO

**A EXPANSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E
DO ATIVISMO JUDICIAL: DA APLICAÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO À ASSUNÇÃO DE PODERES
CONSTITUINTES**

*Dissertação de Mestrado na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas
/Menção em Direito Constitucional, apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra
Orientador: Professor Doutor Fernando Alves
Correia*

Julho 2015

AGRADECIMENTOS

Concluída a dissertação do mestrado, cabe-me agradecer a algumas pessoas que contribuíram, direta ou indiretamente, para este meu momento tão especial.

Minha querida esposa Gisele Menezes e meu amado filho Pedro Augusto foram minha inspiração e meu “porto seguro” nos momentos mais difíceis desta árdua e gratificante jornada. Sem eles para comemorar e compartilhar a tão sonhada conquista, nenhum título acadêmico teria o mesmo significado.

Amigos especiais também me apoiaram nesta caminhada. Destaco Ian Pimentel, Paulo Henrique, Magno Alexandre e Anderson Passos que sempre me honraram com amizade, companhia e proveitosos conselhos.

Ao meu dileto professor e orientador, Senhor Doutor Fernando Alves Correia, manifesto a minha profunda gratidão pela gentileza e paciência com que me orientou e pelo tempo que dispôs para, em tantas reuniões, esclarecer minhas muitas dúvidas.

Não poderia deixar de fazer um agradecimento especial ao Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, cujos eminentes desembargadores, cientes da importância da capacitação e aperfeiçoamento dos magistrados, agraciaram-me com a autorização para frequentar o curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Por fim, sou grato a meus diletos amigos e colegas de trabalho da 3ª Vara Criminal de São Miguel dos Campos, que, de diversas maneiras, sempre me apoiaram e me ajudaram a chegar neste momento tão sublime de minha vida.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por meio do controle da constitucionalidade das normas, vem ocupando espaços que tradicionalmente eram tidos como territórios exclusivos dos Poderes Executivo e Legislativo. No contexto do princípio da separação de poderes, a expansão daquela Suprema Corte pode dar-se de forma constitucionalmente adequada ou inadequada, conforme decorra, respectivamente, da judicialização da política ou do ativismo judicial.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal do Brasil – Controle da Constitucionalidade – Judicialização da Política – Ativismo Judicial – Separação de Poderes

ABSTRACT

The Brazilian Supreme Court, by controlling the constitutionality of the rules, has been occupying spaces that were traditionally seen as exclusive territories of the executive and legislative powers. In the context of the principle of separation of powers, the expansion of that Supreme Court can give is constitutionally adequate or inadequate, as arises, respectively, from the judicialization of politic or judicial activism.

Key-words: Brazilian Supreme Court – Control of Constitutionality – judicialization of politic – judicial activism – separation of powers

SIGLAS:

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CCJ - Comissão de Constituição e Justiça

CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito

CRP - Constituição da República Portuguesa de 1976

DEM - Partido Democratas

EC – Emenda Constitucional

EUA - Estados Unidos da América

MC – medida cautelar

MI – Mandado de Injunção

MS - Mandado de Segurança

PCR - procurador-Geral da República

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PL – Projeto de Lei

PPS - Partido Popular Socialista

PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira

RICD - Regimento Interno da Câmara dos Deputados do Brasil

RISF - Regimento Interno do Senado Federal do Brasil

STF - Supremo Tribunal Federal do Brasil

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional de Portugal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

ABREVIATURAS:

art. - Artigo

arts. - Artigos

Cf. - Confira-se

ss. - Seguintes

Índice

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - SEPARAÇÃO DE PODERES	17
1 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A BUSCA DO EQUILÍBRIO NO EXERCÍO DO PODER POLÍTICO	17
1.1 Considerações preliminares	17
1.1.1 A separação rígida e flexível de poderes: as faces do controle interorgânico	17
1.1.2 A separação de poderes e a busca de equilíbrio social, jurídico, político-institucional e orgânico-funcional	19
1.2 As origens remota e próxima da separação de poderes: de Aristóteles à <i>Rule of Law</i> - do equilíbrio social ao equilíbrio jurídico	20
1.2.1 Aristóteles, a separação social de poderes e a teoria da constituição mista: a busca do equilíbrio social	20
1.2.2 <i>Rule of Law</i> e a garantia das liberdades individuais: a busca do equilíbrio jurídico	21
1.3 John Locke: a separação dos Poderes Legislativo e Executivo e a supremacia do primeiro - a ênfase no equilíbrio jurídico	22
1.4 Henry St. John (Bolingbroke) e a necessidade de controles interorgânicos positivos (<i>checks and balances</i>): o equilíbrio político-institucional	23
1.5 Montesquieu: a separação tripartida de poderes e a ênfase nos equilíbrios jurídico e político-institucional	26
1.5.1 A separação tripartida de poderes	26
1.5.2 O controle dos Poderes: a neutralização inata do Judiciário e os mecanismos de freios e contrapesos entre Legislativo e Executivo - a <i>faculté de statuer</i> e a <i>faculté d'empêcher</i>	27
2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO NA FRANÇA E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	29
2.1 A separação rígida de poderes na França: a busca do equilíbrio político-institucional através do controle interorgânico negativo	30
2.2 A separação flexível de poderes nos Estados Unidos da América: a busca do equilíbrio político-institucional através do controle interorgânico positivo (<i>checks and balances</i>)	31

3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	33
4 O SENTIDO ATUAL DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	35
4.1 O equilíbrio orgânico-funcional: a justeza funcional.....	35
4.2 O equilíbrio orgânico-funcional como delimitador de um núcleo essencial de competências e como limitador do ativismo judicial.....	37
CAPÍTULO II - A EXPANSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	40
1 PROPOSIÇÃO DO CONCEITO DE EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DISTINÇÃO DE SUAS MODALIDADES	40
2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UM FENÔMENO MULTINACIONAL	42
3 ATIVISMO JUDICIAL: ALGUNS CONCEITOS	47
3.1 A origem da expressão e a experiência norte-americana: ativismo judicial associado à afirmação de direitos não explicitamente consagrados na Constituição	47
3.2 Conceitos doutrinários de ativismo judicial e a confusão com o exercício do controle judicial da constitucionalidade	50
4 PROPOSIÇÃO DOS CONCEITOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DE ATIVISMO JUDICIAL.....	54
4.1 Conceito de judicialização da política: a heteroexpansão do Judiciário e a altivez judicial.....	54
4.2 Conceito de ativismo judicial: a autoexpansão formal - ativismo competencial, eficaz, externo e interno	56
4.3 Ativismo judicial e judicialização da política: traços distintivos e ponto de convergência	59
4.4 O ativismo judicial e o juiz constitucional legislador ou coconstituente: alguns argumentos das decisões ativistas	60
CAPÍTULO III – ALGUMAS CAUSAS DA EXPANSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	64
1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: FATORES SOCIOPOLÍTICOS E FATORES JURÍDICO-NORMATIVOS	64
2 FATORES SOCIOPOLÍTICOS DA EXPANSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	65
2.1 Estado Liberal: o legiscentrismo e a neutralização sociopolítica do Judiciário	65
2.2 Estado Social: o protagonismo judicial impulsionado pela força normativa da Constituição, pela explosão da legislação social e pelo combate aos crimes de corrupção política.....	66

2.3 Crise do Estado Social: a precarização dos direitos, a canalização das expectativas frustradas para os tribunais e a multiplicação da litigação.....	68
2.4 A transferência da responsabilidade por uma decisão politicamente desgastante e a utilização do processo judicial como mecanismo de oposição política	70
3. FATORES JURÍDICO-NORMATIVOS DA EXPANSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	72
3.1 Considerações preliminares: a heteroexpansão normativa e a autoexpansão ativista	72
3.2 A Heteroexpansão do STF e o suporte jurídico da judicialização da política: o processo normativo de concentração legítima de poderes na Corte Suprema.....	72
3.2.1 Constituição de 1988: o sistema híbrido de fiscalização da constitucionalidade, a constitucionalização do direito e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.....	72
3.2.2 A Constituição de 1988 e as supercompetências do STF.....	76
3.2.3 Reforço normativo dos poderes do STF: as leis ordinárias n.ºs 9.868/99 e 9.882/99 e a Emenda Constitucional n.º 45/2004	78
3.3 A autoexpansão do STF e o suporte jurisprudencial do ativismo judicial: a ampliação dos limites de sua competência e a extensão da eficácia de suas decisões.....	82
CAPÍTULO IV – AUTOEXPANSÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ATIVISMO JUDICIAL NA PRÁTICA: O STF COMO PODER COCONSTITUINTE	84
1 A PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA	84
1.1 Representação parlamentar: mandato imperativo, mandato livre e mandato imperativo de partido	84
1.2 Fidelidade partidária no Brasil: conceito e colocação do problema.....	86
1.3 Entendimento atual do STF: perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária.....	88
1.3.1 Considerações preliminares.....	88
1.3.2 Cenário político de “Babel partidária”: proliferação de partidos e excessiva mobilidade parlamentar	89
1.3.3 Os argumentos dos ministros: O STF como um poder constituinte autodeclarado	91
1.3.4 Análise crítica dos argumentos dos ministros do STF.....	93
2 A CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	97
2.1 Considerações preliminares.....	97
2.2 Fiscalização jurisdicional preventiva da constitucionalidade em Portugal.....	99
2.2.1 Conceito e requisitos do processo de fiscalização preventiva	99

2.2.2 Efeitos da decisão do Tribunal Constitucional.....	102
2.3 Fiscalização preventiva da constitucionalidade no Brasil	105
2.3.1 Considerações preliminares.....	105
2.3.2 Fiscalização preventiva da constitucionalidade realizada pelos Poderes Legislativo e Executivo	106
2.3.3 Fiscalização preventiva da constitucionalidade realizada pelo Poder Judiciário	108
CONCLUSÃO	131
Referências bibliográficas	138

INTRODUÇÃO

A transformação do modelo de Estado de Direito “Legislativo” do século XIX - no qual o princípio da legalidade expressava a ideia da lei como ato normativo supremo e irresistível, insuscetível de ser confrontada, em regra, com qualquer outro direito mais forte -, em Estado de Direito Constitucional a partir do século XX, afetou a posição da lei ordinária, que passaria a ser submetida a uma relação de adequação e subordinação à Constituição. O legislador teve de resignar-se a ver suas leis tratadas apenas como sendo “parte do direito” e não mais como “todo o direito”¹.

Este fenômeno impulsionou a expansão da jurisdição constitucional e da fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do poder público, que passaram a ficar sujeitos à sindicabilidade dos órgãos jurisdicionais encarregados de garantir e aplicar a Lei Fundamental. Isto estimulou o desenvolvimento do protagonismo da justiça constitucional.

No Brasil, estas mudanças só se fizeram sentir há pouco tempo, notadamente com a aprovação da Carta Magna de 1988, que realizou uma constitucionalização abrangente do direito e estabeleceu um sistema misto de fiscalização da constitucionalidade, concentrando enormes poderes no seu guardião: o Supremo Tribunal Federal. Comparado com os cenários europeu e norte-americano, o direito constitucional brasileiro é fruto de um “trunfo tardio”².

Atualmente, em ambiente jurídico, econômico e sociocultural diferente do brasileiro, fala-se em “crise do constitucionalismo”, desencadeada, dentre outros fatores, pelo processo de integração econômica mundial e pela abertura dos sistemas jurídicos

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução espanhola de Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 24, 34 e 153. Não se pode deixar de observar, contudo, que, nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte consolidou a fiscalização judicial difusa da constitucionalidade desde o início do século XIX (caso *Marbury v. Madison*, de 1803).

² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro, v. 60, 2006. O controle concentrado da constitucionalidade das normas, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, só foi instituído no Brasil em 1965 (EC n.º 16) e ainda de forma bastante limitada, tendo como único legitimado ativo o procurador-Geral da República. Só após a Constituição de 1988 é que este modelo ganhou força em razão da criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade e da ação de descumprimento de preceito fundamental, bem como do alargamento do rol de legitimados ativos para o ajuizamento dessas ações diretas.

nacionais a outros ordenamentos, relativizando o papel das Constituições e dos tribunais domésticos³. Nesta arena global em que se comprime o direito constitucional, cogita-se em um “crepúsculo do constitucionalismo” ou em uma “transição constitucional inacabada”, onde a Constituição e seu caráter de Lei Suprema perdem gradativamente força⁴.

Neste panorama, o direito constitucional passa a ser adaptado pelas ideias de constitucionalismo *multinível*⁵, *transconstitucionalismo*⁶ e *interconstitucionalidade*, deixando de ser “uma disciplina dirigente para se volver em disciplina dirigida”, “mais apto a fornecer sugestões para o político do que a traçar autoritariamente regras normativas da política”⁷.

Cotejando esta realidade com a do Brasil, não há dúvida de que hodiernamente existem, pelo menos, dois padrões de direito constitucional: um em fase de retração, outro, de expansão. O constitucionalismo parece estar dividido em “triumfalismo” e “nostalgia” constitucionais⁸.

Inserido em um contexto de “modernidade tardia” e de exigência social de cumprimento de pomposas promessas constitucionais de justiça e igualdade, o direito constitucional brasileiro se enquadra na categoria dos “triumfalistas”. A Constituição Federal de 1988 - anacronicamente ou não -, (ainda) é dirigente⁹, tem força normativa e,

³ SILVA, Suzana Tavares da. **Sustentabilidade política e pós-democracia**. Coimbra, 2015, p. 8 e ss. Disponível em: https://apps.uc.pt/mypage/files/fd_stavares/804. Acesso em: 17 de junho de 2015.

⁴ SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 82.

⁵ PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union, 5/02. **Walter Hallstein-Institut**. Disponível em: <<http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>>. Acesso em 17 de junho de 2015.

⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fonte, 2009.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 184-186.

⁸ KUMM, Mattias. The best of times and the worst of times: between constitutional triumphalism and nostalgia. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). **The twilight of constitutionalism?** New York: Oxford University Press, 2010, p. 201-219.

⁹ Para Canotilho, “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Prefácio. In: _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. XXIX). Streck, contudo, comentando este posicionamento do mestre de Coimbra à luz da realidade do Brasil - um país de “modernidade tardia” -, pondera que “o constitucionalismo dirigente-compromissário não está esgotado (...). No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 120).

além disso, é “ubíqua”¹⁰, disciplinando, direta ou indiretamente, todos os aspectos da vida coletiva (política, social, econômica, etc.). Esta “obesidade colonizante do direito constitucional”¹¹ acaba, de um lado, por reduzir significativamente o espaço de liberdade dos Poderes Legislativo e Executivo e, de outro, por expandir o âmbito de atuação do STF, na qualidade de último intérprete da Constituição¹².

Se antes da Constituição brasileira de 1988 aquele Tribunal era vista como um órgão encapsulado, caracterizado por uma “quietude quase monacal”¹³, alheio aos grandes dilemas sociopolíticos brasileiros, agora, por meio da jurisdição constitucional, apresenta-se como uma entidade com inegável proeminência institucional, decidindo questões complexas de forte densidade político-social, sendo quase impossível imaginar um tema minimamente relevante da vida coletiva que não passe pelo crivo do STF. Por exemplo, já impôs a verticalização das coligações partidárias, mesmo contra disposição contrária de uma emenda constitucional; proibiu as “cláusulas de barreira” limitadoras do funcionamento parlamentar de partidos políticos incumpridores de requisitos legais mínimos de desempenho eleitoral; determinou a composição obrigatória de Comissão Parlamentar de Inquérito; vedou o nepotismo nos três Poderes e em todos os níveis da Federação; restringiu o uso de algemas por parte dos policiais; autorizou uniões homoafetivas; excluiu o crime de aborto de fetos anencéfalos; permitiu pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.

Portanto, longe de um “crepúsculo constitucional”, no Brasil se avistam as luzes de um verdadeiro “amanhecer constitucional”, as quais, se bem conduzidas, fortalecem o ideário republicano, mas, se mal canalizadas, podem iluminar o caminho do ativismo judicial, prejudicial para o próprio Estado Democrático de Direito. É o que se deu, por exemplo, com as decisões do STF que, por meio de um instrumento de controle concreto da constitucionalidade (mandado de injunção), supriu normativamente, com eficácia *erga omnes*, a omissão do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos; ou na que estabeleceu, sem previsão constitucional expressa, a perda

¹⁰ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado – RDE**, Rio de Janeiro, ano 6, n.º 21, p. 253-288, jan/dez. 2011.

¹¹ LOUREIRO, João Carlos. Leões, melhoramento(s) e constituição. *In*: MIRANDA, Jorge et al (Orgs.). **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**. Coimbra: Almedina, 2012, v.1, p. 553.

¹² Na doutrina brasileira já se fala em “supremocracia” e em seus perigos. (Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n.º 2, p. 441-464, Jul-dez. 2008).

¹³ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 9.

de mandato parlamentar por infidelidade partidária; ou ainda na que criou um sistema de fiscalização judicial preventiva da constitucionalidade, quando a Constituição autoriza apenas a fiscalização sucessiva. Nestes casos, o STF reformulou tacitamente a própria Constituição, atuando como um poder constituinte, concretizando, em certa medida, o fenômeno que vem sendo designado - e às vezes combatido - de “Estado jurisdicional de Direito”¹⁴, que é potencializado pela “desparlamentarização da legislação”¹⁵.

O objetivo deste estudo é examinar o fenômeno da expansão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, resumidamente pré-concebido como sendo o protagonismo sociopolítico de seus ministros decorrente da ampliação da área de abrangência de sua jurisdição constitucional em face do campo de atuação dos outros órgãos do Estado, implicando em uma certa transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário.

Esta expansão, por um lado, não é necessariamente má, mas, por outro, nem sempre é boa. Pode resultar do próprio modelo constitucional vigente ou de um exercício deliberado da vontade idiossincrática do juiz. Por outras palavras, a ascensão do Tribunal dá-se de forma constitucionalmente adequada ou inadequada, sem ou com violação do princípio da separação de poderes, conforme decorra, respectivamente, da *judicialização da política* (protagonismo-judicialização), entendida como uma interferência judicial, constitucionalmente autorizada, nas condições da ação dos poderes políticos; ou do *ativismo judicial* (protagonismo ativista), compreendido como a autoampliação dos limites da competência do STF (ativismo competencial) ou da eficácia de suas decisões (ativismo eficaz).

A pesquisa, cujo método de trabalho se centra na análise crítica da doutrina e da jurisprudência, é estruturada em quatro capítulos. O primeiro discorre sobre a separação de poderes, enfatizando-se que - quer como uma ideia doutrinária, quer como um princípio constitucional -, seu objetivo sempre foi o mesmo: a busca do equilíbrio e moderação no exercício do poder estatal, opondo-se ao monismo de poder. Este efeito equilibrante da separação de poderes é particularmente importante para o debate sobre ativismo judicial.

¹⁴ REYES, Manuel Aragón. **Estudios de Derecho Constitucional**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 291.

¹⁵ STERN, Klaus. **Jurisdicción constiucional y legislador**. Tradução de Alberto Oehling de Los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, p. 67.

O segundo capítulo descreve e conceitua o fenômeno da expansão do STF e distingue suas modalidades: a judicialização da política e o ativismo judicial. Definiremos o que se entende por judicialização da política e por ativismo judicial, diferenciando uma coisa da outra. No que se refere ao ativismo judicial, há muitas tentativas doutrinárias de se delimitar o fenômeno, quase sempre de forma genérica ou multidimensional, não raramente o confundindo com o exercício legítimo da jurisdição constitucional. Diante da multiplicidade de concepções, há mesmo quem diga, ironicamente, que a melhor definição de juiz ativista é o juiz do qual não se gosta¹⁶. Neste contexto de ductilidade conceitual, empenharemos esforços no sentido de definir o ativismo judicial de forma objetiva, emprestando-lhe uma conotação de cunho exclusivamente formal e jurídico-normativo, já acima sumariada.

O terceiro capítulo é dedicado ao exame de algumas causas sociopolíticas e jurídico-normativas do processo de concentração de poderes no STF - seja por meio da judicialização da política, seja por intermédio do ativismo judicial.

O último capítulo é reservado ao estudo de dois casos de expansão ativista do STF, que o colocaram na posição de poder constituinte, na medida em que implicou na reforma implícita da própria Constituição. Os casos são a imposição judicial da perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária e a criação jurisprudencial da fiscalização judicial preventiva da constitucionalidade. Dentro da seção destinada a este último, incluiremos uma análise do sistema de controle preventivo da constitucionalidade em Portugal, objetivando evidenciar que, neste país, onde a Constituição expressamente instituiu a fiscalização preventiva, ela tem contornos mais limitados do que no Brasil, onde não há previsão constitucional explícita.

Em suma, a finalidade deste trabalho é abordar analítica, empírica e normativamente a expansão dos poderes do STF, contribuindo, por um lado, para que ele não seja sempre taxado de ativista, quando porventura apenas esteja atuando como fiel guardião da Constituição; e, por outro, para identificar quando incida em verdadeiro ativismo judicial, extrapolando os limites de sua competência.

¹⁶ É a opinião do professor Lee Epstein, citado por Scott Shane. (Cf. SHANE, Scott. Ideology Serves as a Wild Card on Court Pick. **The New York Times**. 4 nov. 2005. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9902E4D9173EF937A35752C1A9639C8B63>>. Acesso em 05 de julho de 2015.

O estudo da expansão dos poderes do STF é focado no contexto pós-Constituição de 1988 - que consolidou a redemocratização do país e fortaleceu a jurisdição constitucional do Tribunal -, e somente no que refere à sua atividade constitucional de controle normativo (fiscalização difusa e concentrada da constitucionalidade das normas). Por outro lado, dada a impossibilidade de tratar do ativismo no âmbito das relações entre todos os Poderes, limitar-nos-emos à análise da relação STF com o Poder Legislativo, nomeadamente com o legislador constituinte, quando a Suprema Corte se transmuta, por meio do ativismo judicial, em poder constituinte reformador.

CAPÍTULO I - SEPARAÇÃO DE PODERES

1 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A BUSCA DO EQUILÍBRIO NO EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO

1.1 Considerações preliminares

A palavra “poder” - e, em consequência, a expressão “separação de poderes” - não é isenta de ambiguidades. Em torno dela há pelo menos cinco significados: capacidade de conseguir certas finalidades por meio da força ou da persuasão; autoridade legal para levar a cabo certos atos; as funções estatais (executiva, legislativa e judiciária); os órgãos incumbidos do exercício destas funções (Executivo, Legislativo e Judiciário); as pessoas que integram estes órgãos¹⁷. Para o efeito deste estudo, o vocábulo “poder” será comumente utilizado no sentido orgânico, ou seja, como o órgão constitucional do Estado encarregado de cumprir determinadas funções (Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário), sem que isso, contudo, ponha em causa a unidade do poder político do Estado.

A seguir, ainda a título de notas preliminares, distinguiremos a separação rígida da separação flexível de poderes, para, depois, assentarmos que, em qualquer caso, buscase o equilíbrio no exercício do poder político, que pode ser afetado pelo ativismo judicial.

1.1.1 A separação rígida e flexível de poderes: as faces do controle interorgânico

A ideia de separação de poderes pode ser vista como doutrina e como princípio, ou seja, ela começa no plano teórico e depois se transforma em um princípio fundamental do Estado de Direito, constitucionalmente institucionalizado.

A formulação do princípio da separação de poderes geralmente pressupõe: 1) uma distinção básica das funções estatais (separação funcional); 2) a existência de órgãos autônomos e independentes encarregados de desempenhá-las (separação orgânica); 3) a

¹⁷ VILE, Maurice J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Tradução espanhola de Xohana Bastida Calvo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 13.

impossibilidade de uma mesma pessoa poder integrar mais de um órgão simultaneamente (separação pessoal); e, 4) que cada um dos órgãos controle os demais, evitando a concentração do poder e o arbítrio, com o que se protege a liberdade e a segurança individuais.

A respeito deste último elemento, cumpre ressaltar que a forma de controle interorgânico pode variar de acordo com o nível de relacionamento ou conexão entre os Poderes. Assim, conforme o grau e a natureza de intervenção de um órgão constitucional sobre outro, pode-se visualizar: 1) uma separação pura, rígida ou total de poderes; e, 2) uma separação flexível ou parcial de poderes.

No modelo rígido, há uma integral separação dos Poderes, de modo que cada um deles deve se limitar a exercer a função que lhe é especialmente destinada, sem interferência na dos outros. A separação de poderes é caracterizada pelo isolamento dos órgãos constitucionais, uma espécie de “autismo” orgânico. Nesta perspectiva, o controle interorgânico, nas palavras de Vile, é do tipo *negativo*, decorrente da mera divisão de poder entre órgãos autônomos e independentes, o que já seria suficiente para evitar a concentração de poder¹⁸. Teremos oportunidade de mostrar que a adoção de uma separação rígida de poderes era a ideia básica da Constituição francesa de 1791.

A dificuldade deste modelo de controle é que só funciona se cada órgão constitucional mantiver sua atuação dentro dos limites estabelecidos, o que não parece ser muito realista, pois “é uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a abusar dele”¹⁹, de modo que os controles meramente negativos só seriam suficientes - ou nem deles se precisaria - se os homens fossem anjos ou, ao menos, fossem por eles governados²⁰.

Fundado neste *pessimismo antropológico*²¹ a respeito da natureza humana em suas relações com o poder político, veremos que, na evolução histórica da doutrina e princípio da separação de poderes, afasta-se a ideia de independência absoluta entre os órgãos do Estado, criando-se mecanismos de freios e contrapesos que os tornam

¹⁸ Nesse sentido, cf. VILE, *op. cit.*, p. 13 e ss.

¹⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, barão de La Brède e de. **Do espírito das leis** (1748). Introdução, tradução e notas de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 303.

²⁰ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, Hamilton. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 318.

²¹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 90.

relativamente interdependentes. É a ideia da separação flexível de poderes, na qual se estabelecem controles *positivos* sobre o exercício do poder político, de modo que cada ramo do Estado recebe atribuição para intervir direta e ativamente nas funções típicas dos outros, mas com certa moderação. Trata-se da teoria dos *checks and balances*, que, conforme veremos, já constava dos escritos do inglês Bolingbroke, nas primeiras décadas do século XVIII, tendo sido desenvolvida por Montesquieu, na obra “Do espírito das leis” (1748), e posta em prática pela Constituição norte-americana de 1787. Dentre os mecanismos de *checks and balances* inclui-se, modernamente, os sistemas de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das normas.

1.1.2 A separação de poderes e a busca de equilíbrio social, jurídico, político-institucional e orgânico-funcional

Desde Aristóteles até os teóricos mais recentes da separação de poderes, o ponto central das preocupações é o mesmo: a busca de moderação e limitação do poder como forma de prevenção da tirania e do arbítrio. Visa-se, portanto, o equilíbrio no exercício do poder do Estado, que, em uma perspectiva histórica, pode ser descrito pluridimensionalmente: equilíbrio social, equilíbrio jurídico, equilíbrio político-institucional e equilíbrio orgânico-funcional.

Na dimensão de equilíbrio social, a separação de poderes tinha por objetivo manter o balanceamento das classes sociais por meio da distribuição ou partilha do poder político entre elas. É o que se passou com a versão aristotélica da teoria da constituição mista. Posteriormente, com a ideia antiabsolutista de *Rule of Law*, postula-se por um equilíbrio jurídico, no qual o Estado, compelido por instrumentos de proteção jurídica dos cidadãos, deve se abster de violar seus direitos individuais (dimensão negativa). Nesta dimensão, a doutrina da separação de poderes vem carregada de preocupações garantísticas: proteger a liberdade e a segurança individuais contra o exercício arbitrário do poder.

Embora a dimensão jurídica da separação de poderes continue sendo uma das ideias fortes dos Estados de Direito contemporâneos, veremos que outros objetivos vêm ganhando destaque, como é o caso do equilíbrio político-institucional, no âmbito do qual a separação de poderes procura manter primordialmente o balanceamento ou harmonia dos

próprios órgãos estatais. Por fim, atualmente ganha nitidez a busca por um equilíbrio orgânico-funcional, colocando a separação de poderes a serviço da garantia do desempenho adequado, justo e eficiente das funções estatais.

Ao final deste capítulo, perceberemos que, contemporaneamente, estas duas últimas dimensões da separação de poderes - ligadas às teorias da justeza funcional e do núcleo essencial das funções orgânicas - impõem o uso moderado dos mecanismos de freios e contrapesos, nomeadamente do controle jurisdicional da constitucionalidade, sob pena de configuração de ativismo judicial.

1.2 As origens remota e próxima da separação de poderes: de Aristóteles à *Rule of Law* - do equilíbrio social ao equilíbrio jurídico

1.2.1 Aristóteles, a separação social de poderes e a teoria da constituição mista: a busca do equilíbrio social

Na Antiguidade Clássica, nomeadamente na teoria da constituição mista, encontra-se a origem remota ou a pré-história da doutrina da separação de poderes²². Como se sabe, o princípio reitor da Constituição ateniense era a participação direta de todos os cidadãos em todas as funções do Estado. A principal preocupação dos antigos teóricos do constitucionalismo era alcançar o equilíbrio entre diferentes classes sociais e evitar a concentração de poder²³.

O conceito de constituição mista começa, em Aristóteles, com a tentativa de classificar as formas de governo. Para ele, quando o governo é conduzido em atenção ao interesse geral da comunidade, têm-se as formas boas, que, de acordo com o número de governantes, pode ser monarquia, aristocracia e república. Por outro lado, a forma degenerada destas três categorias emerge quando a ação governamental é realizada em proveito do interesse particular dos titulares do poder, e são, respectivamente, a tirania, a oligarquia e a democracia²⁴.

²² Neste sentido, mas de forma desenvolvida, cf. PIÇARRA, *op. cit.*, p. 17 e 31-40.

²³ VILE, *op. cit.*, p. 25.

²⁴ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Veja, 1988. Edição bilingue, p. 275. No sentido do texto acima, cf. ALVES, Pedro Delgado. O Princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 48, n.º 1-2, 2007, p. 168.

Aristóteles defendia que a melhor constituição não era a pura, mas a *mista*, isto é, formada pela mistura da forma de governo dos ricos (oligarquia) e dos pobres (democracia), procurando constituir o seu meio-termo, a república²⁵. Para ele, o melhor e mais estável governo é o da classe média²⁶. Neste modelo aristotélico da constituição mista, todas as classes deveriam ter acesso a todos os órgãos constitucionais, misturando-se em todos eles²⁷, ou seja, na visão aristotélica não se destinavam órgãos constitucionais específicos para cada uma das diferentes classes sociais.

Portanto, nesta fase remota, a separação de poderes tinha por objetivo manter o equilíbrio social por meio da distribuição ou partilha do poder político pelas várias potências sociais de caráter estamental, em uma espécie de separação social de poderes, de natureza horizontal.

1.2.2 *Rule of Law* e a garantia das liberdades individuais: a busca do equilíbrio jurídico

Em que pese haver traços da separação de poderes em Aristóteles, o fato é que a doutrina da separação de poderes - no que se refere à sua preocupação de garantia dos direitos individuais em face do exercício arbitrário do poder estatal -, surgiu, pela primeira vez, na Inglaterra do século XVII, estritamente ligada à ideia antiabsolutista de *Rule of Law*²⁸, ou seja, do primado da lei, da proteção jurídica dos direitos individuais em face da intervenção arbitrária do Estado absoluto.

Nesta dimensão “jurídica”, a separação de poderes surge de um conceito “delineado no contexto inglês caracterizado pela disputa entre a monarquia e o parlamento, notadamente a partir do reinado de Jaime I (1603-1625)”²⁹. Deste conflito histórico entre absolutismo e *Rule of Law*, que desencabou na guerra civil inglesa e culminou com a rejeição do absolutismo em 1689, é gestada a necessidade de separação orgânica-pessoal dos poderes do Estado com o objetivo de salvaguardar juridicamente a liberdade e a

²⁵ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 34.

²⁶ ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 355.

²⁷ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 40.

²⁸ *Ibidem*, p. 44.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentários ao artigo 2º da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 142.

segurança individuais contra a concentração do poder em mãos únicas³⁰. Eclipsa-se a preocupação com o equilíbrio social, pelo menos na forma preconizada por Aristóteles.

Portanto, a origem próxima da doutrina da separação de poderes, na sua dimensão jurídica, é a *Rule of Law*³¹.

1.3 John Locke: a separação dos Poderes Legislativo e Executivo e a supremacia do primeiro - a ênfase no equilíbrio jurídico

O inglês John Locke tratou do tema da separação de poderes na sua obra política *Two Treatises of Government, de 1690*³², escrita logo depois da revolução de 1688, que marcou o triunfo da monarquia constitucional sobre a monarquia absoluta na Inglaterra³³. Para Locke, um clássico do liberalismo, era necessário dividir poder para evitar os abusos e garantir os direitos individuais, de modo que sua doutrina da separação de poderes é voltada, predominantemente, para a busca do equilíbrio jurídico.

Na dimensão funcional, ele estabelece quatro poderes: 1) Legislativo, responsável pela criação de regras jurídicas; 2) Executivo, incumbido de aplicar/executar as leis no âmbito nacional; 3) Federativo, encarregado pelo desempenho de funções ligadas às relações internacionais (política externa); e, 4) Prerrogativo, no qual se encontravam um conjunto de competências discricionárias para tomada de decisões em situações imprevistas e excepcionais (guerra, estado de emergência), podendo, em alguns casos, atuar fora ou mesmo contra as prescrições legais. Não obstante esta divisão quadripartida, no plano orgânico-institucional ele pensou em uma repartição binária do Poder, na medida em que o exercício do Poder Legislativo era de responsabilidade do Parlamento (subdividido em duas câmaras), sendo que os demais Poderes ficavam a cargo do monarca³⁴.

³⁰ Em sentido próximo, cf. PIÇARRA, *op. cit.*, p. 44-45.

³¹ *Ibidem*, p. 53.

³² Há tradução para o português do Brasil. Cf. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

³³ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 65.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 580-581; MALBERG, R. Carré de. **Teoría General del Estado**. Tradução de José Lión Depetre. 2. ed., México: Facultad de Derecho/UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 743; PIÇARRA, *op. cit.*, p. 73-78.

Em sentido amplo, portanto, existia apenas a separação dos Poderes Legislativo e Executivo. Na visão de Locke, este era subordinado àquele, pois o Legislativo era dotado de soberania, embora o seu exercício não pudesse ser arbitrário ou ilimitado. Com efeito, para além de só poder elaborar leis gerais e abstratas, ainda encontrava limites de natureza intraorgânicos, vez que o parlamento era bicameralmente composto e, além disso, a função legislativa era, até certo ponto, contitularizada pelo monarca (*King in Parliament*)³⁵. Assim, anota Piçarra, embora o Poder Legislativo fosse o centro de gravidade da estrutura constitucional e a separação de poderes estivesse a serviço de sua supremacia, a função legislativa era intraorganicamente limitada em razão da “existência” de “três partes do poder legislativo”, o qual, por ser pluralmente estruturado, mantinha um certo equilíbrio e moderação na sua atuação³⁶.

Não se pode negar, entretanto, que a doutrina da separação de poderes de Locke é, por um lado, flexibilizada pela supremacia do Poder Legislativo e, por outro, limitada para os padrões atuais, pois não previa o Poder Judiciário como ramo autônomo do poder estatal³⁷. Seja como for, há uma evidente separação “jurídica” dos poderes Legislativo e Executivo, de forma a garantir a proteção das liberdades individuais por meio da atuação da lei.

1.4 Henry St. John (Bolingbroke) e a necessidade de controles interorgânicos positivos (*checks and balances*): o equilíbrio político-institucional

Merece destaque um outro inglês pouco citado quando se escreve sobre separação de poderes e o sistema de *checks and balances*. Trata-se de Henry St. John, visconde de Bolingbroke.

³⁵ Esta contitularização do Poder Legislativo é expressada por Canotilho da seguinte forma: “Todos os poderes sociais constituíam o Parlamento, mas a sociedade feudal era, ainda, o conjunto de estamentos: os ‘Comuns’ (‘Commons’), a nobreza temporal e espiritual (*Lords*) e a família real (*King in Parliament*)”. (CANOTILHO, 2003, *op. cit.*, p. 581).

³⁶ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 78-80. Malberg, contudo, em virtude da firme defesa da supremacia do Poder Legislativo, entende que, na obra de Locke, não há uma doutrina da separação de poderes, mas uma mera distinção das funções estatais (MALBERG, *op. cit.*, p. 743). Para Vile, entretanto, há em Locke claros fundamentos da doutrina da separação de poderes, pois a separação do Legislativo e Executivo tinha a finalidade de prevenir o arbítrio. (VILE, *op. cit.*, p. 70).

³⁷ A ausência de um Poder Judiciário autônomo é apontada por Silvestre como um limite conceitual e estrutural da doutrina da separação de poderes de Locke. (SILVESTRI, Gaetano. **La separazione dei poteri**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1979, p. 259, nota 108).

Segundo Piçarra, na Inglaterra do século XVIII, já era realidade a existência de um equilíbrio, embora não paritário, entre o rei e o Parlamento, entre a Câmara Alta e a Câmara Baixa, e a independência do Poder Judiciário. Este equilíbrio veio a ser posto em causa com o surgimento, naquele século, do fenômeno político do governo de gabinete, cujo chefe (primeiro-ministro) era distinto da pessoa do rei e cuja prática estava colocando em risco o equilíbrio entre os Poderes. Com efeito, no período em que Robert Walpole ocupou o cargo de primeiro-ministro (1721-1742), uma das formas utilizadas para conseguir a aprovação de suas medidas na Câmara Baixa se dava por meio da corrupção dos membros desta casa legislativa, mediante a atribuição de cargos públicos, pensões e subsídios³⁸.

Este sistema poderia subverter o equilíbrio constitucional, unindo de fato poderes que deveriam estar divididos e subordinando, na prática, o Poder Legislativo às vontades de um outro Poder. O maior detrator destas formas de intervenção de um ramo do poder estatal em outro foi Bolingbroke, que procurou evidenciar a necessidade de concretização de um efetivo equilíbrio entre os órgãos constitucionais³⁹. Seus escritos foram publicados no jornal de oposição *The Craftsman* (1726-1736)⁴⁰.

Neste contexto, Walpole, por um lado, defendia a necessidade de o governo influenciar o Parlamento em nome da governabilidade, destacando que uma independência excessiva dos órgãos do Estado poderia produzir “um estado de guerra, em lugar de um estado civil”, pois um impasse entre eles ensejaria um bloqueio só superável por meio da violência, de modo que não era possível o Estado funcionar bem com uma divisão e independência absolutas dos Poderes. Por outro lado, Bolingbroke asseverava que quem defendia a corrupção política em nome da governabilidade apresentava a Constituição “como algo ridículo e digno de desprezo”⁴¹.

Bolingbroke buscou defender um equilíbrio interorgânico, balanceando, por um lado, a independência constitucional de cada Poder no processo de tomada das decisões que lhes são próprias - no âmbito do qual não poderia haver qualquer influência externa -,

³⁸ Nesse sentido, PIÇARRA, *op. cit.*, p. 84-85.

³⁹ VILE, *op. cit.*, p. 81 e ss.

⁴⁰ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Versão espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996. 3ª Reimpressão (2001), p. 187.

⁴¹ VILE, *op. cit.*, p. 81-82.

com a necessidade, por outro, de se atribuir a cada um deles mecanismos de controles recíprocos, de natureza positiva e ativa, destinados a fiscalizar a atuação uns dos outros.

Este balanceamento entre independência e interdependência orgânicas é descrito por Bolingbroke da seguinte forma: “A dependência constitucional (...) consiste nisso: que os procedimentos de cada órgão constitucional, quando actua e afecta o todo, sejam sujeitos à fiscalização e ao controlo dos outros órgãos constitucionais; a independência consiste nisto: que as decisões ou deliberações de cada órgão que culminam esses procedimentos, sejam tomadas independentemente e sem qualquer influência directa ou indirecta dos outros órgãos. Sem a primeira, cada órgão teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas, sem a segunda, não pode haver nenhum equilíbrio. (...) Numa constituição como a nossa, a segurança do todo depende do equilíbrio entre os órgãos e o equilíbrio entre estes da sua mútua independência”⁴².

Ou seja, para Bolingbroke a característica fundamental do sistema político inglês era a repartição de funções parcialmente compartilhadas, mas, também, parcialmente separadas entre distintos órgãos. Na busca do equilíbrio dos órgãos constitucionais, a independência orgânica era uma condição *sine qua non* para a interdependência saudável entre os Poderes constituídos. A dependência mútua sem independência efetiva poderia se transformar em dependência permanente de um dos Poderes, destruindo o equilíbrio por completo⁴³.

Como se percebe, as ideias de Bolingbroke foram de fundamental importância para a consagração de mecanismos de freios e contrapesos entre os órgãos constitucionais (*checks and balances*), embora esta contribuição não seja muito difundida. Além disso, seus escritos influenciaram Montesquieu e sua teoria sobre a separação de poderes, desenvolvida no célebre capítulo VI da sua obra “Do espírito das leis” (1748)⁴⁴.

⁴² BOLINGBROKE. *The Craftsman*, v. 7, p. 85 e 87 *apud* PIÇARRA, *op. cit.*, p. 86.

⁴³ VILE, *op. cit.*, p. 82-83.

⁴⁴ Esta influência de Bolingbroke e de seus escritos sobre Montesquieu é atestada por Carl Smith. (SMITH, Carl, *op. cit.*, p. 188). Silvestri aponta que os escritos de Bolingbroke sobre separação e conexão entre os poderes foram tomados em conta por Montesquieu. (SILVESTRI, *op. cit.*, p. 294-295).

1.5 Montesquieu: a separação tripartida de poderes e a ênfase nos equilíbrios jurídico e político-institucional

1.5.1 A separação tripartida de poderes

Embora Montesquieu não tenha sido o inventor da teoria da separação de poderes, o certo é que ele foi quem melhor a desenvolveu. Sua obra mais conhecida é “Do espírito das leis”, publicada em 1748, portanto, em um contexto posterior à Revolução Gloriosa inglesa (1688). No capítulo VI do livro XI, denominado “Da constituição da Inglaterra”⁴⁵, o liberal autor francês descreve o arranjo institucional inglês do século XVIII, pretendendo desenhar uma estrutura de poder que prevenisse contra o retorno do absolutismo⁴⁶.

Na base da doutrina de Montesquieu está a ideia de *pessimismo antropológico*, que aponta para a fraqueza da natureza humana nas suas relações com o poder político: “é uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a abusar dele; vai até encontrar limites (...). Para que se não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder”⁴⁷. Por isso, para que seja preservada a liberdade política dos cidadãos, é preciso desconcentrar o poder do Estado, vez que “tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais cidadãos, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou diferendos dos particulares”⁴⁸.

Nesta perspectiva, Montesquieu optou, no nível orgânico, por autonomizar o Judiciário, estabelecendo uma classificação tripartida de poderes: Poder Legislativo (bicameral), Executivo e Judiciário⁴⁹. Contudo, trata-se de um mito atribuir a Montesquieu

⁴⁵ “A Constituição inglesa era para Montesquieu o que é Homero para todos os escritores didáticos sobre poesia épica. Do mesmo modo que os poemas do cantor de Tróia têm sido para os últimos o modelo por excelência, de onde devem partir todos os princípios e todas as obras do mesmo gênero devem ser julgadas, assim o escritor francês tinha encarado a Constituição inglesa como o verdadeiro tipo da liberdade política”. (HAMILTON; JAY; MADISON, *op. cit.*, p. 299). Para Silvestri, Montesquieu evidentemente se inspirou nas instituições do governo da Inglaterra do século XVIII. (SILVESTRI, *op. cit.*, p. 294).

⁴⁶ AMARAL JUNNIOR, José Levi Mello do. Organização de poderes em Montesquieu. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de *et al* (Coords.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. 3, p. 298.

⁴⁷ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 303.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 306.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 305. Embora o poder de julgar não devesse estar unido ao Poder Legislativo, Montesquieu abriu três exceções em que aceitava que o Poder Legislativo (Câmara Alta) fosse também juiz: a) no caso de

um modelo teórico em que os três poderes se encontram “*rigorosamente separados*”, pois do que verdadeiramente ele tratou foi de “*combinação de poderes*”⁵⁰. Com efeito, sem pretender colocar os Poderes em situação de mútuo isolamento, Montesquieu se afastou de uma separação rígida de poderes, estabelecendo instrumentos ativos de entrelaçamento, conexão ou articulação entre eles, conforme veremos.

1.5.2 O controle dos Poderes: a neutralização inata do Judiciário e os mecanismos de freios e contrapesos entre Legislativo e Executivo - a *faculté de statuer* e a *faculté d’empêcher*

Para Montesquieu, o poder de julgar - “tão terrível entre os homens” -, é, de algum modo nulo, invisível e neutralizado em si mesmo, quer pelo modo de formação dos tribunais (não fixos), quer pelo método decisório (mecanicista). Pela primeira técnica de neutralização, os tribunais não deveriam ser integrados por juízes profissionais, mas por jurados ocasionais, escolhidos dentre o povo, que desempenhavam a função enquanto a necessidade o solicitar⁵¹. No segundo caso, o Poder Judiciário, embora separado orgânica e funcionalmente dos demais, tinha uma função meramente mecânica, limitando-se a aplicar lógico-silogisticamente o texto legal⁵², sem qualquer poder criativo. Os juízes seriam apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem a sua força, nem o seu rigor”⁵³.

Diferentemente do Poder Judiciário - neutralizado em si mesmo -, o Legislativo e o Executivo deveriam ser reciprocamente neutralizados por meio de um sistema de controle intraorgânico e interorgânico. Isso se dava pelo compartilhamento das faculdades de estatuir (*faculté de statuer*) - “direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi

impeachment de agentes públicos que violasse os direitos do povo; b) na hipótese de crimes cometidos por nobres; e, c) quando o órgão legislativo funcionasse como tribunal de recursos das decisões dos tribunais inferiores, quando poderia moderar a força e o rigor da lei e das decisões judiciais. (*Ibidem*, p. 313).

⁵⁰ SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais**: a Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização. Coimbra: Almedina, 1995, p. 30.

⁵¹ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 307.

⁵² NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Reimpressão, p. 81.

⁵³ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 313. 55 anos mais tarde, no caso *Marbury v. Madison* (1803), o Poder Judiciário norte-americano deixaria de se encaixar nesta visão mecanicista de Montesquieu ao instituir a possibilidade de “veto” judicial por meio do controle jurisdicional difuso da constitucionalidade das leis.

ordenado por outrem” - e de impedir ou vetar (*faculté d’empêcher*) - “direito de anular uma resolução tomada por outrem”⁵⁴.

Com efeito, as duas câmaras do Poder Legislativo se limitavam reciprocamente pela comunhão da mesma faculdade de impedir, de forma que apenas pelo acordo de vontades de ambas o Poder Legislativo estatuiria (limitação intraorgânica)⁵⁵. Contudo, entre os poderes Legislativo e Executivo há também um controle interorgânico, pois mesmo que ambas as câmaras parlamentares desejem estatuir, elas podem ser neutralizadas pelo Poder Executivo, que tinha a faculdade de impedir a vontade legislativa por meio do veto. Dessa forma, em razão da comunhão das faculdades de estatuir e de impedir, os poderes Legislativo e Executivo se controlam mutuamente⁵⁶, tudo no interesse da liberdade.

Para Montesquieu a faculdade de impedir era absoluta, ou seja, não admitia a possibilidade de ultrapassagem do veto cameral ou executivo. Assim, sem acordo não haveria decisão e, por isso, os poderes políticos seriam obrigados a agirem coordenadamente, sob pena de imobilidade. Eis, então, a constituição fundamental idealizada por ele: “Como o corpo legislativo é composto por duas partes, uma acorrenta a outra através da sua faculdade mútua de impedir. Ambas estarão presas pelo poder executor, que, por sua vez, também estará pelo poder legislativo. Estes três poderes [duas câmaras do poder legislativo e o poder executivo] deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como pelo movimento necessário das coisas são constrangidos a prosseguir, serão forçados a prosseguir concertadamente”⁵⁷.

Em suma, Montesquieu estabeleceu uma separação de funções entre os diferentes órgãos do Estado (separação orgânica e funcional), uma separação entre as

⁵⁴ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 310.

⁵⁵ Trata-se, como lembra Amara Júnior, de um *bicameralismo igual*, onde uma câmara tem o poder de neutralizar a outra, sem possibilidade de ultrapassagem do veto de uma câmara pela outra. (AMARAL JUNIOR, *op. cit.*, p. 307 e nota 46.). Na Constituição Federal brasileira, há um misto de sistema bicameral *igual* e *desigual*. No caso de projeto de lei, será *igual* se a Casa legislativa revisora alterar o projeto deflagrado na Casa iniciadora, quando esta pode fazer sua vontade prevalecer sobre a da Casa revisora (art. 65, parágrafo único, da CF); porém, não havendo qualquer alteração no projeto de lei, o bicameralismo é do tipo *igual* (CF, art. 65, *caput*). No caso de proposta de emenda constitucional, o sistema bicameralista é sempre do tipo *igual* (art. 60, § 2º, da CF).

⁵⁶ Para Montesquieu, embora o Poder Executivo tenha o poder de veto, não poderia participar da criação da lei, nem mesmo poderia ter direito de iniciativa de lei. Consigne-se, contudo, que a faculdade de estatuir do Poder Executivo decorre do próprio arranjo institucional do autor francês, pois a não aposição do veto sobre uma proposição legislativa aprovada pelo Parlamento significa que o Poder Executivo concorda com a vontade do legislador e, ainda que indiretamente (por meio da sanção), estaria estatuindo a lei.

⁵⁷ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 314.

peças que os integram (separação pessoal), acrescentando um conjunto de controles positivos e recíprocos sobre o exercício do poder por parte do Legislativo e Executivo (controle interorgânico positivo e equilíbrio político-institucional), tudo visando evitar a tirania e o arbítrio, preservando a liberdade por meio do respeito à lei (equilíbrio jurídico)⁵⁸.

Após Montesquieu, outras concepções doutrinárias da separação de poderes surgiram⁵⁹, entretanto nenhuma delas influenciou tanto a transformação da ideia de separação de poderes em princípio constitucional como a daquele pensador francês. Merecem destaque as Constituições dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791).

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO NA FRANÇA E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Elevado à categoria de dogma constitucional pelo art. 16 da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a separação de poderes, inicialmente uma ideia mais de caráter doutrinário, viria a se tornar uma realidade

⁵⁸ É esta também a opinião de VILE, *op. cit.*, p. 106. Em sentido diferente, Malberg entende que Montesquieu pretendeu criar uma separação de poderes sem relações, pois seus mecanismos de controle visavam apenas colocar os Poderes Legislativo e Executivo em condições de se deterem mutuamente, não primando pela interpenetração com o objetivo de fazê-los atuar em concurso e em colaboração. Por outro lado, Malberg ainda afirma que Montesquieu não estabeleceu um sistema de igualdade entre os Poderes, antes optando pela supremacia do Poder Legislativo, pois sua doutrina da separação de poderes leva a manter o Executivo e o Judiciário dentro da legalidade, ou seja, em respeito à lei e subordinados a ela. (MALBERG, *op. cit.*, p. 778 e 784).

⁵⁹ Podemos citar, por exemplo, Rousseau e sua defesa do monismo de poder (o Poder Legislativo era soberano, o único centro de poder efetivo no Estado). Sua proposta de separação dos Poderes Legislativo e Executivo tinha por finalidade exclusiva garantir a soberania da lei, sua aplicação fiel, de modo que o Executivo não tinha qualquer autonomia decisória. Não havia em sua doutrina qualquer preocupação com o equilíbrio entre os Poderes. (Cf. PIÇARRA, *op. cit.*, p.125-139). Não se pode esquecer também de Benjamin Constant (início do século XIX), que acrescentou à concepção tripartida de poderes um quarto poder: o poder neutro, real ou moderador. [Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, v. 2, t. 3 (2010), p. 391-392]. Mais recentemente, Karl Loewenstein propõe uma nova divisão tripartida das funções públicas, as quais, em tese, poderiam ser exercidas difusamente por quaisquer dos órgãos estatais, não havendo uma separação rígida entre elas. Nesta divisão tripartida, a originalidade fica por conta da autonomização da função de controle. As funções são as seguintes: 1) decisão política fundamental (a escolha do sistema político e da forma específica de governo, p. ex.); 2) execução da decisão política fundamental (por meio da legislação, administração e jurisdição); e 3) controle político, que é exercido por via dupla: a) pela distribuição (e dependência) do poder e b) pelo controle autônomo (independente) do poder. (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1975, p. 54-72).

institucionalizada, transformando-se em princípio constitucional consagrado na generalidade das Constituições a partir do final do século XVIII⁶⁰, merecendo destaque a Constituição americana de 1787 - que pôs em prática um sistema de freios e contrapesos -, e a francesa de 1791 - que viria a optar por uma separação mais rígida e isolante dos órgãos estatais.

2.1 A separação rígida de poderes na França: a busca do equilíbrio político-institucional através do controle interorgânico negativo

Na sequência da Revolução francesa de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte promulgou uma nova Constituição em 3 de setembro de 1791, adotando uma separação rígida dos Poderes embasada em uma interpretação radical da doutrina de Montesquieu, sem conexão ou interdependência entre eles. Segundo Jorge Miranda, na França “pareceu prevalecer uma visão mecanicista, de apertada distribuição de poderes pelos diversos órgãos”⁶¹. O controle interorgânico, portanto, é do tipo negativo, pois se pretendia decorrer da mera divisão de poder entre órgãos independentes, sem qualquer intervenção ativa ou positiva de um sobre outro.

Embora Montesquieu, como se viu, jamais pretendia isolar os Poderes uns dos outros, impedindo a cooperação e influência recíprocas, parece ser indiscutível, conforme demonstra Duguit, o fato de que os constituintes franceses se inspiraram nele ao institucionalizar uma versão extremada da teoria da separação de poderes. Duguit critica a leitura equivocada da obra do pensador francês, afirmando que a maioria da Assembleia Nacional Constituinte não leu na sua obra “mais do que fórmulas gerais e sintéticas”, não percebendo que “na continuação do capítulo VI, Montesquieu mostra, com clareza

⁶⁰ MIRANDA, 2014, v. 2, t. 3, p. 394. O espírito universalizante da Declaração de 1789 é bem caracterizado por Comparato, para quem os revolucionários de 1789 “julgam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros”. Assim, embora a Declaração represente um específico “atestado de óbito do *Ancien Régime*”, e, neste sentido, “volta-se claramente para o passado”, o fato é que o caráter geral e abstrato das fórmulas empregadas a tornou, daquele ano em diante, “uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 146 e 163).

⁶¹ MIRANDA, 2014, v. 2, t. 3, *op. cit.*, p. 394. Na mesma página, o autor destaca que esta concepção francesa de separação de poderes fez com que, ao longo de todas as constituições, até hoje se tenha recusado aos tribunais a fiscalização da constitucionalidade das leis.

meridiana, que uma íntima solidariedade, que uma colaboração constante deve unir os diferentes Poderes do Estado”⁶².

Em suma, o conteúdo do princípio da separação de poderes na Constituição francesa de 1791 foi modulado com base em uma concepção de forte isolamento dos órgãos constitucionais, o que pode ser perigoso para manutenção do equilíbrio que a doutrina da separação de poderes postula. Não se pode ignorar a advertência de Duguit no sentido de que a falta de interdependência entre os Poderes do Estado pode levar a condenação deles à luta e à rivalidade, tendencialmente culminando na concentração de todos os poderes em um só⁶³, circunstância que a própria ideia de separação de poderes visa impedir.

2.2 A separação flexível de poderes nos Estados Unidos da América: a busca do equilíbrio político-institucional através do controle interorgânico positivo (*checks and balances*)

Uma segunda forma de institucionalização do princípio da separação de poderes decorreu dos debates - muitos dos quais condensados nos artigos dos federalistas - em torno da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.

Diversamente da concepção francesa de separação rígida dos Poderes, nos Estados Unidos prevaleceu um sentido de coordenação e inter-relação entre os órgãos constitucionais. Esta conformação foi significativamente influenciada pela doutrina de Montesquieu, o qual, no que se refere à separação de poderes, era considerado pelos federalistas como “o oráculo sempre consultado e sempre citado”. Havia a consciência de que Montesquieu - por ter tido como ponto de partida a Constituição inglesa, que não isolava hermeticamente os órgãos constitucionais -, “não quis proscrever toda a ação parcial, ou toda a influência dos diferentes poderes uns sobre os outros”⁶⁴.

⁶² DUGUIT, Léon. **La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789**. Tradução de Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 12-14. Na página 132, Duguit ainda acusa a Constituição francesa de 1791 de ser contraditória, pois combina a supremacia do Poder Legislativo, de inspiração rousseauiana, com uma rígida separação de poderes, que pressupõe a igualdade e independência absolutas entre os órgãos constitucionais, no que é acompanhado por Malberg (MALBERG, *op. cit.*, p. 784-785).

⁶³ DUGUIT, *op. cit.*, p. 132.

⁶⁴ HAMILTON; JAY; MADISON, *op. cit.*, p. 299-300.

Neste contexto, os constituintes americanos, desconfiados de que a mera divisão das funções estatais e sua distribuição para diferentes órgãos não evitariam, por si só, a concentração de poder, estabeleceram mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, acolhendo, na prática, o sistema de *checks and balances* - constante nos escritos de Bolingbroke e desenvolvidos por Montesquieu -, possibilitando que cada ramo do Poder do Estado interfira direta e ativamente nas funções típicas dos outros (separação flexível de poderes)⁶⁵.

Na Constituição americana de 1787, há vários exemplos: divisão do Poder Legislativo em duas câmaras - Senado e Câmara dos Representantes (art. I, seção 1); veto do presidente da República sobre projeto de lei e resoluções aprovados pelo Congresso, o qual só poderá ser ultrapassado pela maioria de dois terços das duas câmaras (art. I, seção 7); cláusula de incompatibilidade (*incompatibility clause*), que proíbe uma mesma pessoa ocupar funções em mais de um órgão, simultaneamente (art. I, Seção 6, n.º 2); o julgamento dos crimes de responsabilidade do presidente da República (*impeachment*) pelo Senado (art. I, seção 3, n.º 6), após a indicação destes crimes pela Câmara dos Representantes (art. I, seção 2, n.º 2); a necessidade de aprovação senatorial das nomeações presidenciais dos ministros da Suprema Corte e funcionários superiores (*appointments clause*) (art. II, seção 2, n.º 2)⁶⁶.

Por fim, cumpre destacar que o controle difuso da constitucionalidade dos atos normativos do poder público - poderoso mecanismo de controle interorgânico -, embora não esteja expressamente previsto na Constituição dos EUA⁶⁷, veio a ser consolidado no início do século XIX com o famoso caso *Marbury v. Madison*, de 1803, no qual o *chief*

⁶⁵ A fraqueza da natureza humana em suas relações com o poder político imporia a necessidade de meios de controle do poder pelo poder: “é desgraça inerente à natureza humana a necessidade de tais meios; mas, já a necessidade dos governos é em si mesma uma desgraça. Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo”. (HAMILTON; JAY; MADISON, *op. cit.*, p. 318).

⁶⁶ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário - a crise regulatória. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. (STVDIA IVRIDICA, 4), p. 29-32. O texto da Constituição americana pode ser examinado em: <https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en>. Acesso em: 11 de junho de 2015.

⁶⁷ Segundo Zagrebelsky, “a Constituição dos Estados Unidos não atribui expressamente ao Tribunal Supremo, nem em geral aos juízes, o poder de não aplicar os atos, em primeiro lugar os legislativos, contrários à Constituição”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**: tres capítulos de justicia constitucional. Tradução espanhola de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014, p. 279).

Justice John Marshall estabeleceu os pressupostos da *judicial review of legislation*⁶⁸. Considerando que o nosso conceito de ativismo judicial, conforme se verá, está relacionado com a autoampliação da competência do Poder Judiciário, pode-se afirmar que o próprio sistema de controle da constitucionalidade nasceu de um dos maiores casos de ativismo judicial de que se tem notícia.

Como se percebe, na Constituição norte-americana, foi consagrada uma separação orgânica, funcional e pessoal de poderes flexibilizada por mecanismos de limitação recíproca entre os órgãos estatais, na forma preconizada pelo espírito da obra de Montesquieu, de modo que “não por acaso tem-se dito que a Constituição de 1787 é a que melhor tem levado à prática a distinção de um *pouvoir de statuer e pouvoir d’empêcher*”⁶⁹.

3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O princípio da separação de poderes foi consagrado na Constituição Federal brasileira de 1988, especificamente no art. 2º, pelo qual “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Trata-se de uma cláusula pétrea que não pode ser abolida nem mesmo por emenda constitucional, afigurando-se como um dos limites materiais ao poder de reforma da Constituição (art. 60, § 4º, III, da CF).

Para além do regime de incompatibilidades (separação pessoal de poderes), as características fundamentais do princípio da separação de poderes na Constituição brasileira são: 1) a divisão tripartida das funções estatais (função legislativa, executiva e judiciária); a existência de órgãos autônomos e independentes encarregados de realizá-las, cada um com uma função prevalente ou típica (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário);

⁶⁸ No nível doutrinário, os federalistas já defendiam, expressamente, a possibilidade de os juízes invalidarem normas incompatíveis com a Lei Fundamental, à qual competiam, por dever de ofício, guardar: “...o poder do povo é superior a ambos [Judiciário e Legislativo] 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: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são”. (HAMILTON; JAY; MADISON, *op. cit.*, p. 460). Sobre o contexto histórico e político que culminou com a decisão do caso *Marbury v. Madison*, cf. URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2013, p. 31 a 36.

⁶⁹ MIRANDA, 2014, v. 2, t. 3, *op. cit.*, p. 394.

e, 3) o estabelecimento de um sistema positivo de controle interorgânico, consubstanciado na atribuição de funções atípicas a cada um dos ramos do poder público.

Embora não haja uma clara preocupação da Constituição em especificar o conteúdo material da atividade de cada um dos Poderes, percebe-se com nitidez a função preponderante dos órgãos constitucionais pela forma com que ela distribuiu as competências entre eles.

Assim, basta analisar a estrutura e as atribuições constitucionais do Poder Legislativo para não se duvidar que sua função típica é a de legislar (arts. 44 a 75 da CF). Por outro lado, ao se examinar o feixe de competências do Poder Executivo conclui-se que sua função primordial é governar/administrar (arts. 76 a 91 da CF). Por fim, o art. 92 da CF elenca os órgãos do Poder Judiciário e, na sequência, outorga a eles claramente a função jurisdicional, atribuindo-lhe o papel de “processar” e “julgar”, ou seja, de interpretar e aplicar o direito a fim de dirimir conflitos jurídicos de interesses (arts. 92 a 126).

A Constituição brasileira optou por uma separação flexível de poderes, estabelecendo, por um lado, a independência dos órgãos constitucionais e de seus integrantes - por exemplo, concedendo-lhes autonomia administrativa, financeira e funcional⁷⁰ - e, por outro, fixando uma mútua dependência orgânica, necessária para uma relação equilibrada e harmoniosa.

Com efeito, para além das funções típicas ou prevalentes, a Lei Fundamental também confiou a cada um dos Poderes atribuições atípicas, exercidas a título excepcional, permitindo a intervenção de um órgão na composição de outro ou possibilitando que um desempenhe parcialmente algumas funções próprias de outro. Cada órgão constitucional é, assim, multifuncional, embora tenha uma função que lhe é essencialmente própria, predominante.

São exemplos deste sistema de *checks and balances* a possibilidade de o presidente da República de legislar por medida provisória (art. 62), bem como de vetar projetos de leis aprovados pelo Congresso Nacional (art. 66, § 1.º) e de nomear os ministros dos Tribunais Superiores (art. 84, XIV e XVI), mediante aprovação do Senado Federal (art. 52, III, “a” e art. 101, parágrafo único). Por outro lado, o Poder Legislativo pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar

⁷⁰ Em relação ao Poder Judiciário, sua autonomia administrativa e financeira está expressamente prevista nos arts. 98, § 2º, 99 e 96, I e II, da CF. A independência dos juizes é assegurada pelas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95, I a III, da CF).

ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V). Ademais, ao Senado Federal compete processar e julgar o presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (art. 52, I e II).

Por fim, ainda dentro do sistema de *checks and balances*, o Poder Judiciário brasileiro pode declarar, em um caso concreto ou em tese, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos vigentes, desaplicando-os, anulando-os ou interpretando-os conforme a Constituição (arts. 102 e 103 da CF). Será no âmbito do controle judicial da constitucionalidade que se examinará a expansão do Supremo Tribunal Federal, compreendida como o protagonismo dos juízes decorrente da ampliação da área de abrangência da função jurisdicional em detrimento do campo de atuação do Executivo e do Legislativo, seja esta expansão proporcionada pela judicialização da política, seja pelo ativismo judicial.

4 O SENTIDO ATUAL DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

4.1 O equilíbrio orgânico-funcional: a justeza funcional

Preocupações garantísticas levaram o princípio da separação de poderes a ter uma conotação negativa, no sentido de impedir o abuso do poder estatal em face dos cidadãos (equilíbrio jurídico). Hoje, estas preocupações encontram-se eclipsadas pela própria estrutura dos Estados Constitucionais de Direito, nos quais os ataques frontais à liberdade e à segurança das pessoas são cada vez menos prováveis⁷¹.

Atualmente, o sentido do princípio da separação de poderes tem uma dimensão operativa ou positiva, manifestando-se como um “princípio organizatório estruturante de uma organização racional dos poderes do Estado que exige uma repartição competencial orgânica e funcionalmente orientada pela combinação dos critérios da eficiência, legitimação e responsabilidade”⁷².

⁷¹ Como sinaliza Vile, “hoje em dia não há nenhum monarca absoluto que utilize seu poder pessoal para fomentar sua própria grandeza, ao menos no mundo ocidental. Se algum perigo correremos, é mais o resultado de um processo de erosão do que de um ataque direto às liberdades”. (VILE, *op. cit.*, p. 11-12).

⁷² NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República**: simultaneamente um comentário ao acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997, p. 73.

Para tanto, cada função só pode ser realizada pelo órgão que possua melhor estrutura para desempenhá-la de forma mais adequada e eficiente possível. Concebe-se a separação de poderes como “princípio da organização ótima das funções estaduais”⁷³ ou como princípio “de estrutura orgânica funcionalmente adequada”⁷⁴ ou como princípio de “justeza funcional”⁷⁵ garantindo-se que o órgão constitucionalmente pensado para desempenhar uma certa função, o faça efetivamente⁷⁶.

São bem ilustrativos os exemplos de Hesse: “Um parlamento é, segundo sua estrutura, manifestamente inadequado para cumprir tarefas detalhadas administrativas; as autoridades do poder executivo, vinculadas a instruções, não estariam em condições para decisão apropriada de litígios; tribunais não poderiam vencer apropriadamente as tarefas da legislação. Para assegurar um cumprimento bom e apropriado correspondente à peculiaridade da tarefa, estrutura, composição e provimento dos órgãos devem, antes, ser adaptados à função”⁷⁷.

Em síntese, a dimensão orgânico-funcional da separação de poderes aponta para a necessidade de se averiguar qual *órgão* está mais apto a praticar determinada *função* da forma melhor possível. Esta capacidade institucional, associada às exigências de legitimação para a decisão e de responsabilidade pelo ato, é presumida em favor do órgão constitucionalmente destinado a desempenhar uma determinada missão. Esta dimensão orgânico-funcional é capaz de delimitar mais claramente os contornos do sistema de freios e contrapesos e de limitar o ativismo judicial. É o que se verá a seguir.

⁷³ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 262.

⁷⁴ MIRANDA, 2014, v. 2, t. 3, *op. cit.*, p. 396.

⁷⁵ CANOTILHO, 2003, *op. cit.*, p. 552.

⁷⁶ RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial**: fundamentos e fragmentos. Porto: Universidade Católica, 2001, p. 254-255.

⁷⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 372.

4.2 O equilíbrio orgânico-funcional como delimitador de um núcleo essencial de competências e como limitador do ativismo judicial

A salutar “promiscuidade dos poderes”⁷⁸ ainda se impõe diante da necessidade de controles recíprocos entre os órgãos constitucionais (*checks and balances*). Entretanto, a intervenção de um órgão nas funções de outro não pode ser absoluta, sob pena de risco de, no limite, a atuação de um implicar na anulação funcional de outro, concretizando o que o princípio da separação de poderes visa evitar: a concentração de poder⁷⁹.

Há um núcleo essencial de competência atribuída a cada órgão que não pode ser invadido. Ensina Canotilho que do fato de a Constituição consagrar uma estrutura orgânica funcionalmente adequada, “é legítimo deduzir que os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos”, de modo que a nenhum deles “podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do ‘monismo de poder’⁸⁰.

A associação da ideia de intangibilidade do núcleo essencial de competências com a concepção da separação de poderes como princípio de “estrutura orgânica funcionalmente adequada” ou de “justeza funcional”, é sinalizado por Hesse nos seguintes termos: “se a função e estrutura de órgãos são vinculadas materialmente uma a outra, então isso significa uma *proibição fundamental de exercício ou atribuição de funções que não correspondam à estrutura do órgão e à função básica que deve ser exercida por ele*”⁸¹. Ou

⁷⁸ RANGEL, *op. cit.*, p. 255.

⁷⁹ Nesse sentido, Silva adverte que os mecanismos de freios e contrapesos, de que é exemplo a fiscalização da constitucionalidade, “não significa nem o domínio de um [Poder] sobre o outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (...), para evitar distorções e desmandos. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 113).

⁸⁰ CANOTILHO, 2003, *op. cit.*, p. 559. No mesmo sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 2, p. 46. Com esta mesma concepção, confira-se: SILVA, José Afonso da. Harmonia entre os poderes e governabilidade. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n.º 1, p. 25-36, jan/mar. 2006, p. 28-29 e 31.

⁸¹ HESSE, *op. cit.*, p. 373.

seja, “reconhece-se a necessidade de um *núcleo essencial* de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se trata”⁸².

Aquela associação é claramente identificada com o que Canotilho denomina de *princípio da conformidade funcional*, segundo o qual os Poderes constituídos “devem manter-se no quadro de competências constitucionalmente definido, não devendo modificar, por via interpretativa (através do modo e resultado da interpretação), a repartição, coordenação e equilíbrio de poderes, funções e tarefas inerentes ao referido quadro de competências”, devendo-se afastar, no plano metódico, “a invocação de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como forma autónomas de competência”⁸³.

Com efeito, adverte o autor, em regra “a força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas”, só sendo admissível a “complementação de competências constitucionais” (competências implícitas complementares) quando são “enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata de alargar competências mas de aprofundar competências”; ou quando sejam “necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais”⁸⁴.

Em termos pragmáticos, é lícito afirmar, por exemplo, que uma Corte Constitucional não pode pretender ser um “miniparlamento”⁸⁵, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, do núcleo essencial da função do Poder Legislativo. No contexto do controle judicial da constitucionalidade das normas - sede própria para desenvolvimento do ativismo judicial -, é necessária a compreensão de que a atividade de interpretação e aplicação do direito, por mais que se reconheça seu potencial criativo, não pode resultar - ressalvadas as exceções expressamente previstas na Constituição -, em

⁸² MIRANDA, 2014, v. 2, t. 3, *op. cit.*, p. 396-397.

⁸³ CANOTILHO, 2003, *op. cit.*, p. 547-549.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 549.

⁸⁵ O Tribunal Constitucional de Portugal, convocado a apreciar preventivamente a constitucionalidade da norma relativa à chamada “exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez”, disse que o Tribunal não era “um conselho de sábios” que poderia controlar ou corrigir os objectivos políticos do legislador quanto à sua correcção e oportunidade, pois, para tanto, teria de possuir competência técnica nos mais variados domínios do conhecimento, como se fosse um “miniparlamento”. (Acórdão n.º 25/84, disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>>. Acesso em: 21 de junho de 2015).

invasão das funções de outros Poderes ou em instituição de uma competência nova em favor do Poder Judiciário, ou seja, não pode servir para a “criação de direito novo”, pois a “*rule of law* não pode nem deve ser substituída pela *law of judges*”⁸⁶.

Portanto, o princípio constitucional da separação de poderes, na sua dimensão orgânico-funcional (*justeza funcional*), delimita o sistema de freios e contrapesos ao apontar para um *núcleo essencial* de competências de cada ramo do poder estatal que, averiguado pela vinculação da função à estrutura do órgão, é impenetrável pelo Judiciário, sob pena de configuração de ativismo judicial, aqui compreendido, como se verá, no sentido formal de (auto) dilatação dos limites da competência jurisdicional e da eficácia das decisões judiciais. O ativismo judicial, por desembocar no exercício judicial de uma função tipicamente legislativa, causa um desequilíbrio na balança dos Poderes, violando a Constituição brasileira de 1988.

⁸⁶ URBANO, 2013, *op. cit.*, p. 102.

CAPÍTULO II - A EXPANSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL

1 PROPOSIÇÃO DO CONCEITO DE EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DISTINÇÃO DE SUAS MODALIDADES

A transformação do modelo de Estado de Direito “Legislativo” do século XIX - no qual o princípio da legalidade expressava a ideia da lei como ato normativo supremo e irresistível, insuscetível de ser confrontada, em geral, com qualquer outro direito mais forte -, em Estado de Direito Constitucional a partir do século XX, afetou a posição da lei ordinária, que passaria a ser submetida a uma relação de adequação e subordinação à Constituição. O legislador teve de resignar-se a ver suas leis tratadas apenas como sendo “parte do direito” e não mais como “todo o direito”⁸⁷.

O direito não se comprime mais na lei, antes comporta outros modos de produção, dentre eles a Constituição. Ora, se a Constituição adquire força normativa, a ser garantida por órgãos com função jurisdicional, o juiz deixa de ser a mera “boca” do legislador, podendo mesmo ser provocado a apreciar a validade e compatibilidade da lei com a Carta Magna, mormente no que se refere aos direitos fundamentais nela consignados. O direito, portanto, avança sobre a política.

Neste contexto, o Judiciário, nomeadamente o STF no contexto brasileiro, vem ocupando espaços que tradicionalmente eram tidos como territórios exclusivos dos poderes políticos. Assim, o fenômeno da expansão do Poder Judiciário deve ser entendido como o protagonismo sociopolítico dos juízes, decorrente da ampliação da área de abrangência da jurisdição constitucional em face do campo de atuação dos outros órgãos do Estado, implicando em uma transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário⁸⁸.

⁸⁷ ZAGREBELSKY, 2011, *op. cit.*, p. 24, 34 e 153. Não se pode esquecer, contudo, que o controle judicial da constitucionalidade das leis, na modalidade difusa, já existia nos Estados Unidos da América desde o início do século XIX, tendo sido consolidado pela Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, de 1803.

⁸⁸ A definição acima apresentada coincide, parcialmente, com uma fração do conceito de “judicialização da política” ofertada por Vallinder (“*Thus the judicialization of politics should normally mean either 1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the*”).

Esta expansão do STF é alicerçada no controle judicial da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público. Ela não é, sob o prisma jurídico, necessariamente má, mas, também, nem sempre é boa. Pode dar-se de forma constitucionalmente adequada ou inadequada, conforme decorra, respectivamente, da judicialização da política (o *protagonismo-judicialização*) ou do ativismo judicial (o *protagonismo ativista*). Portanto, na análise da ascensão do Poder Judiciário é preciso “separar o joio do trigo”.

Os conceitos de “judicialização da política” e “ativismo judicial” serão desenvolvidos na sequência. Contudo, podemos antecipar que aquela é compreendida como uma interferência judicial constitucionalmente legítima nas condições da ação dos poderes políticos⁸⁹. Por outro lado, o ativismo judicial tem a ver com a autoampliação dos limites da competência (ativismo competencial) ou da eficácia das decisões do Poder Judiciário (ativismo eficaz), em desacordo com o arranjo constitucional do princípio da separação de poderes.

Nas linhas subsequentes, e no contexto da jurisdição constitucional, pretendemos descrever, conceituar e distinguir estas duas modalidades de expansão do Poder Judiciário: a judicialização da política e o ativismo judicial.

*administrators, that is, the transfer of the decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, 2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper”). (VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 13). Também não deixa de lembrar, embora mais remotamente, a concepção de Guarnieri, para quem a judicialização da política “é caracterizada pela expansão do poder judicial no sistema político” (“Such judicial policy making is at the root of the contemporary phenomenon of the judicialization of politics, which is characterized by the expansion of judicial power in the political system”). (GUARNIERI, Carlo. Judicial politicization. In: CLARK, David S. (Editor). **Encyclopedia of law & society: American and global perspectives**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2007, v. 2, p. 854-855). Ambos os conceitos de judicialização da política, contudo, na nossa compreensão, adequam-se ao próprio fenômeno, mais abrangente, da *expansão do Poder Judiciário*, que pode ocorrer não apenas pela *judicialização da política*, mas também pelo comportamento *ativista* dos magistrados. Propomos, portanto, uma definição mais alargada do fenômeno da expansão do Poder Judiciário, por meio da qual faremos uma objetiva distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial, ambos responsáveis pela ascensão da jurisdição constitucional.*

⁸⁹ A judicialização da política não significa, para nós, que o juiz constitucional exerce uma função essencialmente política, no sentido de poder substituir a vontade política dos órgãos políticos pela sua. Significa que questões políticas são transformadas em questões de direito constitucional, que, a partir daí, podem ser judicializadas, cabendo ao Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, emitir uma decisão sobre ela.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UM FENÔMENO MULTINACIONAL

“Interessante. Diga ao seu advogado que entre em contato com o meu”. Esta foi a resposta de uma jovem mulher que tinha acabado de ser pedida, de joelhos, em casamento pelo seu pretendente⁹⁰. Este exemplo testifica que o mundo do direito se expandiu e que a vida está sendo *juridificada*, tornando-se, conseqüentemente, *judicializável*.

Esta colonização da vida pelo direito tem o condão de erguer o Poder Judiciário, enquanto intérprete e aplicador do ordenamento jurídico, a um nível nunca antes imaginado. Se até recentemente este ramo do poder estatal era visto, na constatação de Bickel, como o menos perigoso⁹¹ - ou, na ideia mais clássica de Montesquieu, como um poder invisível e nulo⁹², ou, na perspectiva de Hamilton e outros, como um órgão “sem força e sem vontade”⁹³ - atualmente tem deixado de lado suas tradicionais descrição e marginalidade institucional para assumir um papel de protagonista, em um processo de expansão que o coloca na posição de “terceiro gigante” do Estado moderno, nas palavras de Cappelletti⁹⁴. Em certa medida, os conflitos da vida política, econômica e social das nações e dos cidadãos estão sendo gradativamente dirimidos por juízes⁹⁵.

⁹⁰ Trata-se de um “cartoon” de Robert Mankoff, publicado na Revista New Yorker, em 21/10/1985, noticiado por GALANTER, Marc. Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n.º 36, fev. 1993, p. 103.

⁹¹ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

⁹² MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 313.

⁹³ HAMILTON; JAY; MADISON, *op. cit.*, p. 458.

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 43 e ss.

⁹⁵ Cumpre destacar, contudo, que as transformações do direito e do sistema de justiça não ocorrem em sentido único. Há, ao lado da expansão, um processo de *retração* do Poder Judiciário, manifestado na tendência de *desjudicialização* de certas relações jurídicas. Como ensina Pedroso e outros, se, por um lado, há um inegável avanço de “juridificação” e “judicialização” da vida em sociedade, por outro lado, diante de um cenário de crise de eficiência e acessibilidade do sistema judiciário, responde-se com reformas na justiça que incluem a “informalização” e a “desjudicialização” daquelas relações, de que é exemplo o movimento de Resolução Alternativa de Litígios (RAL), a evidenciar uma tendência de perda da centralidade jurídica das instâncias judiciais na composição dos conflitos. (PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Por caminhos da(s) reforma(s) da justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 50-52). No Brasil, este movimento de sentido duplo também se faz presente. Com efeito, embora a importância da Constituição e do constitucionalismo seja cada dia mais evidente, não se pode negar, que, no âmbito do direito infraconstitucional, há uma contração da competência do Poder Judiciário, que se dá por meio, por exemplo, da desjudicialização de temas envolvendo direito da família e das sucessões. É o caso da Lei Federal n.º

Marc Galanter, refletindo sobre o crescimento do direito nas sociedades contemporâneas - nomeadamente nos EUA, Reino Unido e Canadá -, constata, por um lado, uma presença generalizada e difusa do direito em várias áreas da vida que antes eram imunes a ele e, por outro, um incremento explosivo e febril da litigação, transformando os tribunais, enquanto exercentes da função jurisdicional, em uma espécie de *faz-tudo* da sociedade⁹⁶, pois, pondera Garapon em tom crítico, se tudo e todos são *justiciáveis*, espera-se também *tudo* da justiça⁹⁷.

A escrutinação judicial da vida chega à política pela via do controle da constitucionalidade das normas, mas não se refere apenas às questões da política ordinária. Atualmente, tal escrutinação engloba casos umbilicalmente ligados às prerrogativas fundamentais do legislador e do governante. Problemas que, por sua peculiar natureza, sempre foram resolvidos pela própria população, através de seus representantes eleitos e politicamente responsáveis, estão sendo deslocados para a arena judicial.

É o que Hirschl chama de *judicialização da megapolítica*, que consiste, na sua visão, na necessidade de sindicabilidade judicial de dilemas relativos à macroeconomia, às relações internacionais, à segurança nacional, à identidade coletiva de países com profundas clivagens étnicas ou religiosas, ao destino político de líderes proeminentes e ao próprio resultado das eleições em países democráticos. Este nível de intervenção judicial prenuncia - segundo a previsão, talvez exagerada, do autor - um processo de transição do regime político democrático para um regime *juristocrático*⁹⁸, havendo mesmo quem fale que o atual Estado Constitucional de Direito é, por assim dizer, um “Estado jurisdicional de Direito”⁹⁹.

11.441/2007, que alterou o Código de Processo Civil para possibilitar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Contudo, no que diz respeito à jurisdição constitucional do STF, o fenômeno da “retração” ainda não deu sinais de sua presença.

⁹⁶ GALANTER, *op. cit.*, p. 103-145.

⁹⁷ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 21.

⁹⁸ Para HIRSCHL, ao longo das últimas décadas, o mundo tem assistido a uma profunda transferência de poder de instituições representativas para instituições judiciárias, transformando os tribunais em grandes locais de decisão política, fazendo desaparecer a doutrina das “questões políticas” e marcando uma transição para uma espécie de “juristocracia”. (HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. *In*: CALDEIRA, Gregory A.; KELEMEN, R. Daniel; WHITTINGTON, Keith E. (Orgs.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**, 2008, p. 123. Disponível em: <[http://qr.jur.lu.se/Quickplace/juan02/Main.nsf/0/7BA763D5DCA73F3CC1257C1C00318397/\\$file/hirschl.pdf](http://qr.jur.lu.se/Quickplace/juan02/Main.nsf/0/7BA763D5DCA73F3CC1257C1C00318397/$file/hirschl.pdf)>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015).

⁹⁹ REYES, *op. cit.*, p. 291.

São ilustrativos alguns exemplos dados por Hirschl. No Canadá, a Suprema Corte deu-se por competente para avaliar a constitucionalidade da realização, por parte dos Estados Unidos da América (EUA), de testes de mísseis em solo canadense; a Suprema Corte de Israel decidiu, em 2004, se a construção de cercas e muros que separam Israel do território palestino era compatível com a Constituição e com atos internacionais; o Tribunal Constitucional turco tem desempenhado um papel central na preservação da natureza secular do sistema político da Turquia, banindo continuamente forças políticas antiseculares; em Israel, judicializa-se a questão de saber "quem é um judeu" ou a definição fundamental deste país como um "Estado judeu e democrático"; na Coreia do Sul, em 2004, a Corte Constitucional anulou a decisão do Parlamento que culminou com o *impeachment* do presidente Roh Moo-hyun, reintegrando-o ao cargo; nos EUA, o resultado da eleição presidencial de 2000 foi resolvida, em última análise, pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*¹⁰⁰.

Mais recentemente (2015), há notícia de que a Corte Constitucional de Madagascar anulou o *impeachment* do presidente Hery Rajaonarimampianina, que havida sido destituído pelo Parlamento¹⁰¹. Por outro lado, no âmbito da economia, o Tribunal Constitucional de Portugal, em um contexto de crise financeira, foi chamado a averiguar a constitucionalidade de alguns diplomas legais ligados à política da austeridade, examinando a compatibilidade das normas anticrise com a Carta Magna¹⁰².

No Brasil não é diferente. O Supremo Tribunal Federal vem sendo chamado a decidir questões complexas de alta densidade político-social, o que, por si só, demonstra a impossibilidade de se ler o princípio da separação de poderes a partir de uma concepção de rígida distribuição orgânica das funções estatais.

Alguns exemplos evidenciam isso. O STF já impôs, contrariamente ao que dispunha a Emenda Constitucional n.º 52/2006, a verticalização das coligações partidárias para as eleições do ano de 2006, dando, para tanto, *status* de cláusula pétrea à regra da

¹⁰⁰ HIRSCHL, *op. cit.*, p. 124-128.

¹⁰¹ Confira-se a notícia em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN00T0V120150613>>. Acesso em 18 de junho de 2015.

¹⁰² Confirmam-se, dentre outros, os Acórdãos 396/2011 (reduções remuneratórias aplicáveis aos servidores públicos); 353/2012 (suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de natal); 187/2013 (suspensão do pagamento de subsídio de férias); 862/2013 (redução e recálculo do montante de pensões). Sobre o debate atual (críticas e defesa) em torno da jurisprudência do Tribunal Constitucional emergente de um período excepcional de crise econômico-financeira, confira-se: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Orgs.). **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. Coimbra: Almedina, 2014; NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: respostas aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.

anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16)¹⁰³; declarou inconstitucionais as normas legais que estabeleciam as “cláusulas de barreira”, ou seja, limitações ao funcionamento parlamentar de partidos políticos que não cumprissem requisitos mínimos de desempenho eleitoral¹⁰⁴; estabeleceu critérios para a fixação do número de vereadores, retirando a autonomia dos municípios para definir a quantidade de seus parlamentares¹⁰⁵; determinou a composição de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), aduzindo que esta providência, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), configura um direito público subjetivo das minorias legislativas, cujo exercício não pode ser frustrado pela deliberada inércia dos líderes da maioria na indicação de membros para compor a comissão¹⁰⁶.

Por outro lado, mesmo sem a intermediação do legislador ordinário, vedou a prática do nepotismo na nomeação para o exercício de cargo ou função pública nos três poderes em todos os níveis da federação¹⁰⁷; determinou restrições ao uso de algemas por parte dos policiais¹⁰⁸; estendeu o regime jurídico da união estável heteroafetiva às uniões estáveis homoafetivas¹⁰⁹; excluiu a ilicitude do crime de aborto de fetos anencéfalos¹¹⁰. Além disso, confirmou decisões judiciais que impõem ao Estado o cumprimento de

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 3.685/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgada em 22/03/2006, publicada no Diário da Justiça - DJ em 10/08/2006.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 1.351/DF e ADI n.º 1.354/DF. Relator de ambas: Ministro Marco Aurélio, julgadas em 07/12/2006, publicadas no Diário da Justiça - DJ em 29/06/2007.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário – RE n.º 197.917/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 06/02/2002, publicado no DJ em 07/05/2004 (caso “Mira Estrela”).

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança - MS n.º 24.831/DF, julgado em 22/06/2005, publicado no DJ em 04/08/2006.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 13, aprovada em 21/08/2008, publicado no Diário da Justiça eletrônico – DJe em 29/08/2008, n.º 162, p. 1.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus - HC n.º 89.429/RO. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 22/08/2006, publicado no DJ em 02.02.2007; BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, HC n.º 91.952/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2008, publicado no DJe em 19/12/2008, n.º 241; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 11, aprovada em 13/08/2008, publicada no DJe em 22/08/2008, n.º 157, p. 1.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 132/RJ. Relator de ambas: Ministro Ayres Britto, julgadas em 05/05/2011, publicadas no Diário da Justiça em 14/10/2011.

¹¹⁰ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADPF n.º 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Melo, julgada em 12/04/2012, publicada no DJe em 30/04/2013, n.º 080.

prestações positivas em torno dos direitos sociais, notadamente no campo da saúde¹¹¹. Ademais, em tema que envolvia a própria definição do termo inicial da vida humana, autorizou pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, declarando a constitucionalidade da Lei n.º 11.105/2005¹¹².

Este breve resumo de casos parece evidenciar que nada fica fora do âmbito do Poder Judiciário. Apesar disso, não se vislumbra, como teme Hirschl, um processo de transição para um regime político juristocrático, pois o protagonismo judicial só pode ser deflagrado mediante a voluntária provocação das partes (inclusive dos políticos) e só é legitimamente desenvolvido com observância dos parâmetros constitucionais e legais, estabelecidos democraticamente pelo povo, através de seus representantes eleitos. Por outras palavras, nem toda intervenção judicial nas ações dos poderes políticos pode ser taxada de constitucionalmente indevidas.

Nesta perspectiva, só se mostra incompatível com o Estado Democrático de Direito, do qual a separação de poderes é um pressuposto, uma decisão judicial que invada a competência dos outros órgãos para além dos limites constitucionalmente definidos. Mas, neste caso, não se tratará de exercício regular da função jurisdicional e sim de ativismo judicial. Portanto, é necessário efetuar uma clara distinção entre dois fenômenos responsáveis pela vigorosa ascensão da justiça constitucional nas sociedades contemporâneas, especialmente no Brasil: a judicialização da política e o ativismo judicial.

Nas próximas seções, buscaremos definir, de forma mais desenvolvida, o que se entende por ativismo judicial e judicialização da política, que são duas modalidades de expansão da jurisdição constitucional do STF.

¹¹¹ No Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada - STA n.º 175/CE, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o STF acabou por estabelecer parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. (Julgado em 17/03/2010, publicado no DJe em 30/04/2010, n.º 76).

¹¹² BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADI n.º 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto, julgada em 29/05/2008, publicada no DJe em 28/05/2010, n.º 096.

3 ATIVISMO JUDICIAL: ALGUNS CONCEITOS

3.1 A origem da expressão e a experiência norte-americana: ativismo judicial associado à afirmação de direitos não explicitamente consagrados na Constituição

Para se compreender o fenômeno do “ativismo judicial”, uma tarefa prévia se afigura imprescindível: a sua conceituação. Associada a ele estão expressões como “governo de juízes”, “jurisprudência legislativa”, “legislação judicial”, “direito judicial”, “criativismo patológico”, dentre outras. Em todas elas há sempre uma *conotação pejorativa*: a ideia de “uso abusivo da função judicial” ou mesmo de “usurpação da função legislativa” por parte dos juízes¹¹³.

Não há apenas uma definição doutrinária do que seja ativismo judicial, mas sim, várias. Em geral, as definições partem de uma concepção pluridimensional do fenômeno em detrimento da unitariedade e objetividade que ele possa demandar. Mesmo nas definições de conteúdo pejorativo, há uma certa confusão do ativismo judicial com a legítima judicialização da política. Começaremos por analisar a experiência norte-americana e o sentido de ativismo judicial dela decorrente, depois apresentaremos algumas definições de alguns autores e, em seguida, proporemos nosso conceito.

Embora atualmente universalizado, o debate sobre o protagonismo dos juízes e suas intervenções nas ações dos Poderes Legislativo e Executivo, foi consolidado nos Estados Unidos da América e na atuação de sua Suprema Corte. A prova mais cabal disso é a própria decisão do caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual a Corte, chefiada pelo juiz John Marshall, estabeleceu os pressupostos da fiscalização judicial difusa da constitucionalidade das leis, mesmo sem previsão expressa na Constituição, configurando, segundo cremos, um dos maiores exemplos de ativismo judicial competencial. Não há, portanto, como falar de ativismo judicial sem discorrer, ainda que de forma sumária, sobre a experiência norte-americana, quer em relação ao contexto em que surgiu esta expressão, quer no respeitante à descrição das fases do ativismo daquele Tribunal.

Curiosamente, a expressão ativismo judicial (*judicial activism*) foi utilizada pela primeira vez não por um jurista ou em um artigo jurídico-acadêmico, mas pelo

¹¹³ URBANO, Maria Benedita. “Criação judicial” e “ativismo judicial”: as duas faces de uma mesma função? In: **35.º ANIVERSÁRIO da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012a, v. 2, p. 7 e 23.

historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., em janeiro de 1947, no artigo publicado na revista *Fortune* (v. 35, n.º 73), designado de “*The Supreme Court: 1947*”¹¹⁴. O artigo foi impulsionado por um contexto de forte embate entre a *Supreme Court* e o presidente Franklin Delano Roosevelt em torno do *New Deal*, cujas leis, de caráter social e econômico, a Corte reiteradamente declarava inconstitucionais. Em reação, o presidente Roosevelt, no ano de 1937, apresentou um projeto de lei ao Congresso visando alterar, de 9 para o máximo 15, o número de integrantes do Tribunal, possibilitando a nomeação de novos juízes favoráveis às suas políticas públicas. Apesar de o projeto não ter sido aprovado pelo Poder Legislativo, a pressão surtiu efeito e a Suprema Corte reviu sua posição, passando a manter a legislação do *New Deal*. Este recuo estratégico ficou conhecido como “a mudança em tempo de salvar nove”¹¹⁵.

Encarregado de descrever a polêmica, Schlesinger analisou o perfil dos magistrados, taxando de ativistas (*judicial activists*) os juízes Hugo L. Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge, por entender que eles substituíam a vontade do legislador pelas suas por acreditarem que deveriam atuar ativamente na defesa das liberdades civis ou dos direitos das minorias e das classes mais pobres. Por outro lado, definiu como sendo campeões da autocontenção (*champions of self-restraint*) os juízes Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton, que, em uma atitude de maior deferência à vontade do legislador, discordavam daquele posicionamento, argumentando que não deviam intervir no campo político. Entre estas extremidades, Schlesinger acomodou o juiz Stanley Reed e o *chief Justice* Vinson como integrantes do grupo moderado¹¹⁶.

Schlesinger, como regra geral, tomou partido pela autorrestrição judicial, advogando que, no interesse da democracia, a Corte deveria se retrair ao invés de se expandir, deixando o poder de decisão para instituições diretamente sujeitas ao controle

¹¹⁴ Nesse sentido, cf. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, out. 2004, p. 1445-1450. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 24 de março de 2015. No mesmo sentido, cf. BUCK, Christopher G. Judicial Activism. In: ANDERSON, Gary L; HERR, Kathryn G. (Orgs.). **Encyclopedia of activism and social justice**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2007, v. 2, p. 786.

¹¹⁵ Nesse sentido, cf. LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez? O outro lado do STF. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 219-220.

¹¹⁶ KMIEC, *op. cit.*, p. 1445-1447.

popular. Ele só aceitava o ativismo judicial no caso de ameaça à própria liberdade de participação política dos cidadãos¹¹⁷.

Como se nota, o sentido original da expressão “ativismo judicial” está fortemente associado às preferências político-ideológicas dos magistrados da Suprema Corte dos EUA e à projeção destas preferências nas decisões judiciais, de modo que é comum dividir o ativismo daquele Tribunal em duas fases: conservadora e liberal¹¹⁸.

O ativismo judicial conservador é caracterizado por uma leitura substantiva da cláusula constitucional do *due process of law* que desaguou na predominância do princípio da liberdade contratual sobre os outros direitos. É o que pode ser verificado, por exemplo, na jurisprudência favorável à segregação racial (*Dred Scott v. Sandford*, 1857)¹¹⁹. São também os casos da chamada Era Lochner (1905-1937), na qual foram judicialmente invalidadas leis sociais e econômicas do período do *New Deal*, e que teve fim com o litígio envolvendo um hotel e a camareira Elsie Parrish (caso *West Coast Co v. Parrish*, 1937), oportunidade em que a Suprema Corte, em uma postura mais aberta ao *New Deal* e menos rígida da liberdade contratual, considerou constitucional uma lei do Estado de Whashington que estabelecia um salário mínimo¹²⁰.

Em um segundo momento, na presidência do juiz Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), o ativismo judicial passou a ter uma feição *liberal*, voltado para a proteção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o caso *Brown v. Board of Education* (1954), no qual a Corte julgou inconstitucional a segregação racial no ensino público, suplantando a doutrina do “*separated but equal*”, ao entender que a segregação violava a *equal protection clause* (XIV Emenda)¹²¹. Por outro lado, no caso

¹¹⁷ Nesse sentido, cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense**, 2014, p. 48-49.

¹¹⁸ Apontando e discriminando estas duas fases, cf. URBANO, 2013, *op. cit.*, p. 91 e ss.

¹¹⁹ A Suprema Corte - diante da pretensão do escravo Dred Scott de comprar sua liberdade com base na lei conhecida por *Missouri Compromise Act*, de 1820, que proibia a escravatura no antigo território da Lousiana -, considerou, por um lado, que escravo não tinha legitimidade processual para discutir a liberdade nas Cortes federais e, por outro, que esta lei era inconstitucional por ser incompatível com a cláusula constitucional do *due process of law*, pois os escravos, tal como a propriedade privada, não poderiam ser retirados de seus donos sem o devido processo legal. (Cf. CAMPOS, *op. cit.*, p. 54-55).

¹²⁰ Nesse sentido, cf. URBANO, 2013, *op. cit.*, p. 92. Na mesma página, a autora esclarece que no caso *Lochner v. New York* (1905), que deu início à Era Lochner, a Suprema Corte considerou inconstitucional, por violação ao princípio da liberdade contratual, uma lei do Estado de Nova Iorque que estabelecia um limite máximo de horas de trabalho nas padarias.

¹²¹ HORWITZ, Morton J. The Warren Court and the pursuit of justice. **Whashington and Lee Law Review**, v. 50, 5, 1993, p. 7 e ss. Disponível em:

Roe v. Wade (1973), a Corte fez uma defesa da privacidade com a autorização da interrupção da gravidez¹²². Atualmente, notadamente a partir da Corte Roberts (2005), há uma tendência de retorno à Era Lochner diante da linha acentuadamente conservadora da maioria dos juízes da Corte Roberts, a qual vem sendo considerada o Tribunal mais conservador desde meados da década de 1930¹²³.

Estas clássicas modalidades de ativismo judicial - a conservadora e a liberal - têm em comum o fato de os juízes afirmarem ou concretizarem direitos não explicitamente consagrados na Constituição ou consagrados apenas de forma tangencial. Contudo, este critério de definição do protagonismo dos juízes peca por não distinguir o ativismo judicial do exercício, constitucionalmente adequado, da jurisdição constitucional em relação a questões politicamente sensíveis. É preciso, portanto, definir o que se entende por judicialização da política e por ativismo judicial, separando uma coisa da outra.

3.2 Conceitos doutrinários de ativismo judicial e a confusão com o exercício do controle judicial da constitucionalidade

Não há um consenso em torno do sentido da expressão “ativismo judicial” nem existe uma definição unitária do fenômeno. Apesar de a expressão ser muito conhecida, isso não repercutiu na delimitação doutrinária de seus contornos. Há muita alusão a ela sem qualquer tentativa de definição ou, no extremo oposto, com definições de caráter multifacetado ou pluridimensional, deixando-se, em ambos os casos, a cargo do leitor a árdua tarefa de descobrir o que se entende por ativismo judicial.

Estas duas formas de lidar com o problema propiciam um debate parcial sobre o protagonismo dos juízes, pois se, por um lado, a expressão “ativismo judicial”, isoladamente considerada, quase nada significa - quando muito revela a contrariedade de quem a utiliza com uma decisão prolatada -, por outro, a frustrante polissemia atribuída a ela pouco contribui para uma correta compreensão de seu sentido e alcance.

<<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1814&context=wlulr>>. Acesso em: 16 de junho de 2015.

¹²² URBANO, 2013, *op. cit.*, p. 93.

¹²³ CHEMERINSKY, Erwin. The Roberts Court at Age Three. *Wayne Law Review*, v. 54, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280276>. Acesso em: 16 de junho de 2015.

Diante deste cenário de ductilidade conceitual, já existe quem ironicamente diga que, dentre tantas, a melhor definição de juiz ativista é o juiz que você não gosta dele¹²⁴, sendo uma decisão ativista, nesta ótica, qualquer uma da qual se discorde. Esta forma de ver as coisas peca pela parcialidade e pelo casuísmo na identificação do ativismo judicial, expressão que é aludida, segundo corretamente diagnostica Smith em outro ambiente jurídico-cultural, como uma forma de “discurso de ódio acadêmico”, revelado na atitude, um tanto “hipócrita”, de fazer vista grossa do ativismo judicial que produz resultados com os quais se agrada e, por outro lado, condenar o ativismo que traz consequências às quais se opõe¹²⁵.

Quem se aventura a definir ativismo judicial parece impelido a fazê-lo de forma pluridimensional ou genérica. Kmiec apresenta os principais conceitos presentes nas discussões atuais sobre a questão. Segundo ele, é corrente dizer existir ativismo judicial na decisão que: 1) invalida atos, constitucionalmente defensáveis, de outros poderes; 2) desconsidera os precedentes judiciais; 3) tenha forte caráter de legislação judicial, manifestada na figura do juiz que “legisla de seu gabinete”; 4) afasta-se dos cânones metodológicos de interpretação; ou, 5) é prolatada para alcançar um resultado pré-definido¹²⁶.

Ainda na tendência das definições multifacetadas, Marshall elenca sete tipos de ativismo judicial, quais sejam: 1) ativismo contramajoritário: a relutância dos tribunais em acatar - ou a predisposição deles para invalidar - as decisões dos poderes democraticamente eleitos; 2) ativismo não-originalista: marcado pela resistência em acolher, no processo de aplicação e interpretação do direito, a intenção do legislador; 3) ativismo de precedentes: uma postura não deferente aos precedentes jurisprudenciais, rejeitando-se sua incidência; 4) ativismo formal (ou jurisdicional): caracteriza-se pela resistência dos tribunais em aceitar os limites legais de sua competência, atuando no sentido de expandi-la; 5) ativismo material (ou criativo): resulta da criação de novos direitos e da instituição de novas teorias na doutrina constitucional; 6) ativismo

¹²⁴ Esta é a opinião do professor Lee Epstein, citado por Scott Shane: “Maybe the best definition of a judicial activist is a judge you don’t like”. (SHANE, *op. cit.*).

¹²⁵ SMITH, Stephen F. Taking Lessons from the Left?: judicial activism on the Right. **The Georgetown Journal of Law & Public Policy**. 2002, p. 80. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/880/>. Acesso em: 27 de março de 2015. O autor, com base no direito norte-americano, tenta definir ativismo judicial em termos ideologicamente neutros que superem a visão dicotômica de ativismo liberal v. ativismo conservador.

¹²⁶ KMIEC, *op. cit.*, p. 1463-1476.

remediador: dá-se quando a decisão judicial visa impor uma ação positiva aos outros Poderes; e, 7) ativismo *partisan*: uso do poder judiciário para atingir objetivos político-partidários ou para promover uma agenda partidária¹²⁷.

Por outro lado, Bernal define o ativismo judicial como “a atitude (geralmente política) dos juízes para motivar uma série de mudanças sociais e econômicas. Os juízes se valem, neste contexto, do poder que lhes confere o direito para, a partir de suas sentenças, colocar em prática uma agenda política que tem como norte a mudança social”¹²⁸.

Na doutrina brasileira, Barroso assevera que a ideia de ativismo judicial está associada a uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, manifestando-se por meio das seguintes condutas: a) “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”; b) “a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”; c) “a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, tanto em caso de inércia do legislador (...) como no de políticas públicas insuficientes”¹²⁹.

Mais recentemente, Campos definiu o ativismo judicial como sendo “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias”¹³⁰.

¹²⁷ MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, 2002, p. 101-140. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 26 de março de 2015. A definição de cada tipo de ativismo judicial é feito no desenvolvimento de todo o texto, mas na página 104 há o resumo das definições, acima livremente traduzidas.

¹²⁸ BERNAL, Heber Joel Campos. El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro. *In*: _____ (Org.). **Control constitucional y activismo judicial**. Peru: Ara Editores, 2012, p. 309.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuição para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 3ª Reimpressão, p. 246-247.

¹³⁰ CAMPOS, *op. cit.*, p. 164.

Por sua vez, Elival Ramos diz que “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”¹³¹.

Estas definições não estão imunes a críticas. Primeiro, ou porque não têm caráter unitário, pois para elas não há um ativismo judicial, mas vários; ou porque são demasiadamente genéricas, dificultando a precisa identificação do fenômeno e abrindo-se as portas para definições parciais e só casuisticamente reveladas (ativismo como sinônimo de discordância com o resultado do julgamento).

Depois, todas as definições apresentadas, em alguma medida, associam o ativismo judicial com a postura do juiz que, ao aplicar diretamente a Constituição, concretiza direitos e controla os atos dos Poderes Legislativo e Executivo, decidindo questões politicamente sensíveis com base em normas tangencialmente constitucionais, pondo em causa o princípio da separação de poderes.

Ora, não se deve esquecer que a intromissão de um Poder em outro faz parte da própria arquitetura constitucional do princípio da separação de poderes e da necessidade de manter o equilíbrio entre as forças políticas do Estado (*checks and balances*) e, nesta medida, afigura-se como uma manifestação genuína do exercício da função jurisdicional, materializada no controle judicial da constitucionalidade, que não pode ser afastado nem mesmo em relação às questões de alta densidade político-social.

Neste contexto, é imperioso reconhecer que não se adequa mais à realidade jurídico-normativa do Brasil a distinção, sinalizada por Marshall, entre ativismo judicial material (criação/concretização judicial de direitos constitucionais) e ativismo judicial processual/formal (autoampliação da competência dos tribunais)¹³².

¹³¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, 4ª Reimpressão (2014), p. 129.

¹³² MARSHALL, *op. cit.*, p. 104. Esta distinção também é feita, no Brasil, por Schettino, para quem o ativismo material/clássico ocorre quando “o Judiciário, ao decidir uma demanda, imiscuiu-se no mérito de assuntos que não lhe diziam respeito”, manifestando-se sobre o “conteúdo de questões da competência dos outros poderes”. Já o ativismo formal/processual significaria, para o autor, a “exorbitância do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, na definição de sua própria competência e dos efeitos de suas decisões”. (SCHETTINO, José Gomes Riberto. **Controle judicial de constitucionalidade e ativismo judicial processual**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2008, p. 110-111). Como se verá, a nossa proposta de definição de ativismo judicial é exclusivamente *formal*, ou seja, o protagonismo material do Judiciário não

Se, por um lado, esta compreensão bipartida do ativismo judicial anda bem quanto à definição do ativismo formal, por outro, é incompatível com o modelo constitucional brasileiro no que diz respeito ao chamado ativismo material. Com efeito, a adoção da fiscalização judicial da constitucionalidade das normas pressupõe, necessariamente, uma intervenção do Judiciário em matérias da competência dos demais Poderes, o que pode resultar na concretização judicial de direitos que deveriam ser realizados ou viabilizados espontaneamente pelos órgãos políticos. Isso é potencializado quando se tem em conta que a Constituição de 1988 é ubíqua¹³³ e atribui ao STF a tarefa de ser seu último guardião. Vendo as coisas por este ângulo, em alguma medida, o que vem sendo chamado de “ativismo material”, no fundo, não passa de “altivez judicial”¹³⁴, de modo que o verdadeiro ativismo judicial, no sentido *pejorativo* de violação do princípio da separação de poderes, só se configura claramente sob o aspecto formal.

Em síntese, a maior fragilidade das definições analisadas reside em não extremar o ativismo judicial de um outro fenômeno, constitucionalmente hígido, que também é responsável pela expansão do Poder Judiciário e pelo protagonismo dos juízes: a judicialização da política.

4 PROPOSIÇÃO DOS CONCEITOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DE ATIVISMO JUDICIAL

4.1 Conceito de judicialização da política: a heteroexpansão do Judiciário e a altivez judicial

Há uma explicação para o generalismo ou pluridimensionalismo das definições de ativismo judicial acima analisadas. Elas não primam por uma visão conglobante do fenômeno da expansão do Poder Judiciário, não levando em conta que esta expansão não tem a ver apenas com uma postura ou vontade dos juízes, mas, também, com a vontade do próprio ordenamento jurídico, que deliberadamente possibilita aos órgãos judiciais

pode ser, necessariamente, taxado de ativista, podendo decorrer do fenômeno da judicialização legítima da política.

¹³³ A expressão “ubiquidade constitucional” é de Daniel Sarmento. (SARMENTO, *op. cit.*).

¹³⁴ A expressão “altivez judicial” em contraposição ao “ativismo judicial” é de Saul Leal. (LEAL, *op. cit.*, p. 219-232).

exercerem um domínio crescente sobre a vida coletiva, ocupando espaços que tradicionalmente eram tidos como área exclusiva dos outros Poderes do Estado. Isso propicia um expressivo avanço do direito em detrimento da política, de modo que a concepção kelseniana do caráter meramente negativo da jurisdição constitucional já não mais corresponde à realidade atual de muitos países, inclusive a do Brasil.

A judicialização da política implica, antes de tudo, em uma interferência judicial na atuação dos poderes políticos por meio da expansão da fiscalização da constitucionalidade, que abrange a sindicabilidade das questões políticas constitucionalmente positivadas. Com efeito, as questões constitucionais não podem ser reduzidas a um problema de *poder* - ou dos fatores reais de poder de um país -, como defendia Lassalle¹³⁵, nem a um problema exclusivamente *jurídico*, “purificada de toda ideologia política”, nos termos preconizados por Kelsen¹³⁶. “Juno de dois rostos, a Constituição é a modelagem jurídica do fenômeno político”¹³⁷.

Assim, a judicialização da política pode ser definida como sendo o fenômeno pelo qual questões políticas são juridificadas (em nível constitucional), tornando-se questões de direito passíveis de serem judicializadas, e, se assim forem, passam a ser decididas, em caráter final, pelos juízes constitucionais - e não pelos representantes eleitos do povo¹³⁸.

Ela decorre, portanto, da normatização constitucional da política, que torna legitimamente transferível o poder decisório de órgãos políticos para o Judiciário, sem violação do princípio da separação de poderes, pois resulta do modelo constitucional vigente e não de um propósito ambicioso, de uma vaidade gratuita ou de um exercício

¹³⁵ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Inês Espada Vieira. Lisboa: Escolar Editora, 2013, p. 105.

¹³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 5ª tiragem (2003), p. XI.

¹³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Apresentação. In: GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. XIII.

¹³⁸ Trata-se, portanto, de uma intervenção do Poder Judiciário na arena política, mas constitucionalmente conformada, dentro do contexto e nos limites do sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade. A “judicialização da política” não é aqui tratada como sinônimo de “função política”, na qual, segundo Jorge Miranda, inclui-se a direção do Estado, a “definição primária e global do interesse público” ou a “interpretação dos fins do Estado e dos meios adequados para os atingir”, cujo modo de manifestação caracteriza-se pela “liberdade ou discricionariedade máxima” nos limites do ordenamento jurídico. (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, v. 3, t. 5 (2010), p. 23).

deliberado da vontade idiossincrática do juiz¹³⁹. Está associada, portanto, com a atribuição constitucional de competência ao Judiciário para legitimamente guardar e aplicar as normas da Constituição, bem como concretizar os direitos delas decorrentes, mesmo em face dos poderes políticos¹⁴⁰.

Em suma, na judicialização da política, a expansão da competência da justiça constitucional decorre de forças exógenas, nomeadamente da atividade normativa do próprio Parlamento (*heteroexpansão*), inclusive, no caso do Brasil, com a delegação formal ao STF do poder de legislar, como se deu com a instituição da súmula vinculante, conforme se verá.

4.2 Conceito de ativismo judicial: a autoexpansão formal - ativismo competencial, eficaz, externo e interno

O ativismo judicial ganha uma significação objetiva, unitarizada e de cunho exclusivamente formal. Consiste na postura expansiva do juiz que, por meio da função jurisdicional, amplia os limites de sua própria competência (ativismo competencial) e/ou alarga a eficácia de suas decisões (ativismo eficaz), mesmo que com pretexto sincero de concretizar de direitos. Antes da concretização, contudo, a decisão ativista terá de alargar o poder do próprio órgão judicial da qual ela emergirá. Portanto, a expansão da autoridade do Poder Judiciário é ativista quando decorre de forças endógenas, isto é, quando é imposta pelo próprio Judiciário (*autoexpansão*).

Como a competência dos Poderes constituídos e a eficácia de suas decisões são disciplinadas em normas jurídicas, o ativismo judicial desemboca em uma atividade

¹³⁹ Em sentido próximo, Barroso afirma que a judicialização da política decorre do modelo constitucional vigente e não propriamente de um exercício deliberado da vontade política, da opção ideológica ou filosófica do juiz. (BARROSO, 2014, *op. cit.*, p. 244).

¹⁴⁰ Sobre a legitimidade deste tipo de intervenção judicial, Ibáñez assevera que “toda a legitimidade democrática está ao lado de quem aplica a lei conforme à Constituição (ambas expressão da vontade popular) frente aos que abusam do poder que ela lhes confere”. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com Juízes. Tradução de Eduardo Maia Costa. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 24, n.º 94, abr-jun. 2003, p. 40). Em relação à legitimidade da jurisdição constitucional e sua compatibilidade com o princípio democrático, no contexto dos direitos fundamentais, Alexy distingue a representação *política* da representação *argumentativa* dos cidadãos. Aquela é realizada pelo Parlamento e esta, pelos Tribunais Constitucionais. (ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neconstitucionalismo(s)**. 4. ed., Madrid: Trotta, 2009, p. 40). Para maiores desenvolvimentos sobre a legitimidade da justiça constitucional, consulte-se: COLÓQUIO NO 10.º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

legislativa, normalmente de hierarquia constitucional. Assim, uma decisão ativista, no sentido formal aqui emprestado, é sempre uma “decisão-lei” que, em última análise, concede ao órgão judicial uma competência inédita incompatível com o princípio da separação de poderes: a competência legislativa.

Considerando que, fora das exceções expressamente previstas na Constituição, o Judiciário brasileiro não possui estrutura orgânico-funcionalmente adequada para desempenhar a função legislativa, o ativismo judicial fere o sentido mais atual do princípio da separação de poderes, na sua dimensão de *justeza funcional*, que delimita o sistema de freios e contrapesos ao apontar para um *núcleo essencial* intangível de competências de cada ramo do poder estatal, exigindo, quanto a este núcleo essencial, uma perfeita correspondência entre órgão e função.

No ativismo competencial, a decisão institui para o Judiciário, ou por meio dela ele exerce, uma competência inteiramente nova, não prevista expressamente na Constituição. São os casos, por exemplo, da criação, pela jurisprudência do STF: 1) de um sistema de fiscalização judicial preventiva da constitucionalidade, quando a Carta Magna autoriza expressamente apenas a fiscalização sucessiva¹⁴¹; e, 2) de uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar: a perda por infidelidade partidária¹⁴². Estes dois casos serão examinados, de forma desenvolvida, no capítulo IV.

Por outro lado, por meio do ativismo eficaz, o órgão judicial embora não crie uma competência nova, amplia, por conta própria, a eficácia de suas decisões. Como se sabe, no controle judicial difuso da constitucionalidade, a decisão do STF que declara a ilegitimidade da norma tem eficácia apenas entre as partes do processo em que fora prolatada, só adquirindo eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes se o Senado Federal suspender a lei taxada de inconstitucional (art. 52, X, da CF). Por meio do ativismo eficaz, mesmo sem a intervenção parlamentar, atribui-se força obrigatória geral às decisões proferidas pelo sistema de fiscalização difusa da constitucionalidade, que, por esta via, é “abstrativizado”, vinculando os órgãos inferiores do Judiciário.

¹⁴¹ O primeiro Mandado de Segurança por meio do qual se fiscalizou preventivamente um projeto de ato normativo foi o de n.º 20.257/DF. (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança - MS n.º 20.257/DF. Relator: Ministro Delcio Miranda, julgado em 08/10/1980, publicado no Diário da Justiça - DJ em 27/02/1981).

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno: 1) MS n.º 26.602/DF. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 04/10/2007, publicado no Dje em 17/10/2008, n.º 197; 2) MS n.º 26.603/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 04/10/2007, publicado no Dje em 19/12/2008, n.º 241; e, 3) MS n.º 26.604/DF. Relator: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 04/10/2007, publicado no Dje em 03/10/2008, n.º 187.

Como exemplo de ativismo eficaz, citamos: 1) as decisões do STF que - por meio de um instrumento de controle concreto da constitucionalidade (mandado de injunção) e diante da omissão legislativa do Congresso Nacional -, autorizaram a greve dos servidores públicos, mesmo sem a aprovação da lei específica exigida pela Constituição (art. 37, VII, da CF). O ativismo do STF configura-se em relação à força da decisão, consistindo em suprir normativamente, com eficácia *erga omnes* (e não apenas para as partes do caso concreto submetido a julgamento), a omissão do legislador em regulamentar o direito de greve¹⁴³; e, 2) a tentativa de “abstrativização” do controle difuso por meio da tese do ministro Gilmar Mendes de mutação constitucional do próprio art. 52, X, da CF, para quem, em qualquer processo de fiscalização difusa da constitucionalidade, a decisão definitiva do STF deve ter, por si só (sem necessidade de participação do Parlamento), eficácia *erga omnes*, cabendo ao Senado Federal apenas dar *publicidade* aos acórdãos do Tribunal¹⁴⁴.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandados de Injunção n.ºs 670/ES (relator ministro Maurício Corrêa), 708/DF (relator ministro Gilmar Mendes) e 712/PA (relator ministro Eros Graus). Julgados em conjunto no dia 25/10/2007, publicados no Dje em 31/10/2008, n.º 206. Ramos entende que o suprimento judicial da omissão legislativa por meio de mandado de injunção não configura ativismo judicial (RAMOS, *op. cit.*, p. 250). Discordamos, contudo. À primeira vista poderia parecer que estas decisões do STF não ampliaram significativamente seus poderes, pois, em matéria de omissão legislativa inconstitucional, ele já dispõe da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a qual, por integrar o sistema de controle abstrato da constitucionalidade, tem efeitos gerais. Contudo, de acordo com o art. 103, § 2º da CF, a decisão prolatada na ADO produz o efeito apenas de dar “ciência” ao Poder Legislativo de sua mora. Com a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão prolatada em mandado de injunção, a Corte não apenas declara a mora legislativa em casos concretos, mas também supri a própria omissão do legislador. Este suprimento, que apenas deveria beneficiar a parte autora, é estendido a todos, enquanto perdurar a inércia do Parlamento. Trata-se, portanto, de uma “decisão-lei”. Esta decisão é ativista porque amplia a eficácia da decisão do STF, que de *inter partes* passa a ser *erga omnes*.

¹⁴⁴ Para o ministro Gilmar Mendes, em razão da reformulação do sistema de controle da constitucionalidade após a Constituição de 1988 - a qual deu ênfase ao modelo concentrado em detrimento do difuso - houve uma autêntica *mutação constitucional* do art. 52, X, da CF, ao qual se deve atribuir uma nova leitura, no sentido de que, na declaração incidental de inconstitucionalidade, “não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém esta *força normativa*”. (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação n.º 4.335/AC, julgado em 22/10/2014, publicado no Dje em 22/10/2014, n.º 208, p. 11-61). Em nível doutrinário, o ministro Gilmar Mendes tem o mesmo posicionamento, assentando que, a despeito da literalidade do art. 52, X, da CF, o papel do Senado Federal na fiscalização difusa da constitucionalidade deve ser reduzido a dar *publicidade* às decisões do STF. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série EDB), p. 761-762). Cumpre salientar que o STF já dispõe da súmula vinculante (art. 103-A da CF) para generalizar os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade proferidas em julgamentos de casos concretos, sem precisar recorrer à tese de mutação constitucional. Contudo, os requisitos para edição de uma súmula vinculante são rigorosos (*voto de, no mínimo, 2/3 dos ministros* e apenas após *reiteradas decisões* sobre a *matéria constitucional* a ser sumulada). Estes requisitos são bem mais exigentes do que os previstos para a confecção de uma decisão de inconstitucionalidade com base na mutação constitucional: *voto da maioria simples* e *sem necessidade de decisões reiteradas*, por óbvio. Daí, provavelmente, o interesse na mutação constitucional do art. 52, X, da CF, e o desinteresse na súmula vinculante.

Portanto, o ativismo judicial (formal) do Supremo Tribunal Federal brasileiro significa a utilização da função jurisdicional para o autoalargamento dos limites de sua competência e/ou da eficácia de suas decisões, implicando ou na compressão da jurisdição constitucional dos órgãos inferiores do próprio Judiciário, por meio da asfixia do modelo de fiscalização difusa da constitucionalidade (ativismo interno); ou na assunção de parte da competência normativa do Poder Legislativo (ativismo externo)¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

Cumprе salientar que a opção pela definição de ativismo judicial em sentido exclusivamente formal - para além de separá-lo da irrecusável realidade marcada pela judicialização da política -, tem a vantagem de ser uma definição pautada pela objetividade e unitariedade, através da qual se consegue identificar uma decisão ativista independentemente da análise do mérito de seu conteúdo, da justiça ou injustiça da decisão relativamente a eventual direito material subjacente. Uma definição livre de preconceitos é essencial para que o ativismo judicial não seja invocado como sinônimo de “decisão da qual se discorda”, prolatada por “juiz do qual não se gosta”.

4.3 Ativismo judicial e judicialização da política: traços distintivos e ponto de convergência

As diferenças entre judicialização da política e ativismo judicial podem ser assim resumidas: no protagonismo-judicialização, a posição de centralidade institucional dos tribunais decorre da opção do ordenamento jurídico, encontrando fundamento na própria Constituição. No protagonismo ativista, a expansão é oriunda de uma peculiar postura ou vontade expansiva do magistrado. Este protagonismo é de ordem formal e comportamental: o ator principal é o juiz, que usa a Constituição para camuflar, em um discurso jurídico, a vontade de dilatar sua competência. Aquele é de natureza material: a

¹⁴⁵ Mesmo quando o ativismo judicial competencial atinge diretamente as atribuições do Poder Executivo, ainda assim se trata de um ativismo em face do legislador, pois a expansão da competência jurisdicional implica em alteração indireta da legislação que estabelece a competência dos órgãos constitucionais.

¹⁴⁶ Vanice Valle, tratando do ativismo jurisdicional, formal ou processual do STF, acentua que o Tribunal “vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre poderes”. (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009. Reimpressão (2012), p. 40). Também visualizando uma dimensão processual no ativismo do STF, cf. CAMPOS, *op. cit.*, p. 305 e ss.

protagonista é a própria Constituição, que usa o juiz para concretizar suas regras e princípios.

Apesar das nítidas diferenças, a judicialização da política e o ativismo judicial têm um ponto em comum: ambos reagem ao passivismo judicial e elevam o Poder Judiciário a uma posição de indisfarçável visibilidade social e indiscutível proeminência político-institucional, que, sem o comedimento devido, pode resultar em uma espécie de *prepotentismo judicial*, que desestrutura o equilíbrio entre os Poderes.

Se, por um lado, o ativismo judicial, no sentido aqui concebido, ofende o princípio da separação de poderes - que é estrutural para o Estado de Direito -, por outro, o passivismo judicial - ao demitir-se da missão de fazer atuar a Constituição, vinculando-se totalmente às deliberações da política majoritária ordinária -, põe em risco os direitos fundamentais das minorias. Entre estas duas extremidades, o protagonismo-judicialização assenta o Judiciário dentro de um espaço constitucionalmente hígido. Cremos que é nesta terceira via que deve ser colocado o acento tônico da atuação dos juízes constitucionais frente aos poderes políticos: uma atuação materialmente ativa e heterormativamente conformada, mas institucionalmente não dominadora.

4.4 O ativismo judicial e o juiz constitucional colegislador ou coconstituente: alguns argumentos das decisões ativistas

Na fundamentação das decisões ativistas do STF - duas das quais serão analisadas oportunamente -, normalmente é feita alusão à força normativa da Constituição¹⁴⁷, por meio da qual princípios constitucionais vagos e abstratos ganham concretude e acabamento judicial, sobrepondo-se a uma regra constitucional de competência.

A predominância da força normativa dos princípios constitucionais sobre a força normativa das regras constitucionais de competência, geralmente é justificada com a ideia de mutação constitucional¹⁴⁸ e com alguns postulados do que vem sendo designado

¹⁴⁷ Sobre o tema, cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁴⁸ Sobre mutação constitucional, cf. PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013; BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997; BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 434-444.

de “neoconstitucionalismo”¹⁴⁹. Estes postulados transitam entre a onipresença da Constituição, a onipotência judicial e a redução do espaço de liberdade do legislador. Suas características mais importantes são resumidas por Sanchís em cinco epígrafes: “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços livres em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em vez de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas”¹⁵⁰.

A propósito da leitura moral da Constituição, Maus analisa e critica a expansão do controle normativo do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha à luz do conceito psicanalítico de “ímagem paterna”, que eleva a justiça constitucional à última instância moral de uma “sociedade órfã”. Segundo a autora, isso é proporcionado por uma profunda transformação do conceito de Constituição, que deixa de ser compreendida “como

¹⁴⁹ Para Barroso, o neoconstitucionalismo “identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”. (BARROSO, 2006, *op. cit.*, p. 148). Comanducci distingue três formas de neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico. Segundo o autor, o neoconstitucionalismo como teoria do direito “aspira a descrever os logros da constitucionalização”, centrando sua análise teórica na estrutura e no papel que assume o documento constitucional nos sistemas jurídicos contemporâneos, de modo que, ressaltadas algumas variantes, representa o “positivismo jurídico de nossos dias”. O neoconstitucionalismo ideológico, por sua vez, não se limita a descrever os logros do processo de constitucionalização, senão que os valora positivamente e propugna sua defesa e ampliação, pondo em primeiro plano o objetivo de garantir os direitos fundamentais. Por fim, o neoconstitucionalismo metodológico sustenta a tese da conexão necessária entre direito e moral, ao menos em relação ao direito constitucionalizado, donde os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre direito e moral. (Cf. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed., Madrid: Trotta, 2009, p. 83-88).

¹⁵⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed., Madrid: Trotta, 2009, p. 131-132. Em tom de crítica, Amado afirma que muitas das teses do chamado neoconstitucionalismo são funcionais a uma jurisprudência propensa à ultrapassar os limites e a “uma casta professoral ansiosa por legislar sem passar pelas urnas e muito dada a malabarismos que transformam preferências pessoais em postulados pseudocientíficos”. (AMADO, Juan Antonio García. Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007, p. 264). Streck, por sua vez, assevera que o “neoconstitucionalismo peca por apostar no judicialismo e/ou discricionariedade dos juízes”. (STRECK, 2014, *op. cit.*, p. 120). Por outro lado, Loureiro afirma, com o bom humor que lhe é peculiar, que o que o neoconstitucionalismo fez foi “dilatatar as formas constitucionais, por via de uma hermenêutica silicônica, em vestes de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial”. (LOUREIRO, *op. cit.*, p. 554).

documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”, praticando uma espécie de “teologia constitucional”¹⁵¹.

No caso brasileiro, o ideário do neoconstitucionalismo contempla manifestações de um “difuso moralismo jurídico”¹⁵² e, segundo Canotilho, gera “precipitações hermenêuticas” que “veiculam a possibilidade de a cúpula do Poder Judiciário (o Supremo Tribunal Federal), através de processos interpretativos, introduzir norma com o nível de normas constitucionais. A constituição e o direito são o que o Supremo Tribunal diz que é (...). Existe um risco neste caminho do achamento do político: o poder judiciário converter-se em *sistema autorreferencial*, fechado na cúpula, e imune a quaisquer exigências de *accountability*”¹⁵³.

Em suma, a equação *força normativa da Constituição* mais *leitura moral de uma Constituição principialista* pode resultar em *juiz legislador* (ordinário ou constitucional), provocando uma pontual “desparlamentarização da legislação”¹⁵⁴. É certo que, atualmente, quase ninguém põe em causa o poder criativo da atividade jurisdicional ou um certo conteúdo positivo das sentenças da justiça constitucional¹⁵⁵, mas é preciso reconhecer que, mesmo na aplicação mais criativa do direito, não pode ser menosprezada a

¹⁵¹ MAUS, Ingeborg (1989). **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, n° 58, nov. 2000, p. 192.

¹⁵² RAMOS, *op. cit.*, p. 285.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. *In: _____*, 2013, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁴ Para STERN, o poder criativo da justiça constitucional comporta dois níveis: a criação jurídico-constitucional e criação jurídico-legal. O autor salienta que, no âmbito da jurisdição constitucional, já se começa a falar em “desparlamentarização da legislação”, advertindo, contudo, que o Tribunal Constitucional não pode se conduzir como um “super-legislador”. (STERN, *op. cit.*, p. 48-66 e 67-68). Por sua vez, Urbano salienta que o recurso, por parte dos juízes, “a princípios constitucionais expressos, mas vagos e indeterminados, ou a princípios implícitos no texto constitucional (...), na medida em que permite uma concretização e formatação dos mesmos, faz dos juízes constitucionais não apenas colegisladores - porque produzem ou corrigem normas legais -, mas, do mesmo modo, coconstituintes - porque, precisamente, formatam esses princípios constitucionais de acordo com as suas ideias e pré-compreensões”. (URBANO, 2013, *op. cit.*, p. 96).

¹⁵⁵ No âmbito da jurisprudência italiana, são problemáticas as chamadas sentenças *aditivas* e *substitutivas* da Corte Constitucional. Sobre esta questão, cf. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed., Madrid: Trotta, 2009, p. 63-67. No âmbito da jurisdição constitucional alemã, merecem destaque as sentenças de *apelo ao legislador*, em que o Tribunal reconhece que a norma ou a situação jurídica caminha para uma inconstitucionalidade, mas ainda não se tornou inconstitucional, conclamando o legislador a que proceda os ajustes necessários. (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 336-351).

sua vinculação a um texto normativo¹⁵⁶. Ela tem limites que, ultrapassados, a transforma em “criativismo patológico”, nas palavras de Urbano¹⁵⁷.

Conforme salienta Canotilho, há limites jurídico-constitucionais ao poder de criação dos juízes, os quais “estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de competências e ao princípio democrático”¹⁵⁸. Em suma, a força criativa da jurisdição constitucional “não pode implicar uma usurpação de poder por parte dos juízes, uma invasão das funções e competências de outros poderes e correspondentes órgãos”, pois a “*rule of law* não pode nem deve ser substituída pela *law of judges*”¹⁵⁹.

Como já se mostrou no primeiro capítulo, o *núcleo essencial* da competência do legislador deve permanecer impermeável à entrada do Judiciário, que não pode ampliar, por conta própria, o âmbito de sua jurisdição (*princípio da conformidade funcional*), pois a força normativa da Constituição - tão invocada nas decisões ativistas -, e o princípio da separação de poderes são incompatíveis com a instituição judicial de novas competências jurisdicionais.

¹⁵⁶ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 174.

¹⁵⁷ URBANO, Maria Benedita. Sentenças intermédias: para além de Kelsen mas ainda aquém de uma nova teoria da separação dos poderes. *In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012b, v. 2, p. 691-719.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politicização da justiça**. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 2007, p. 10. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

¹⁵⁹ URBANO, 2013, *op. cit.*, p. 76 e 102.

CAPÍTULO III – ALGUMAS CAUSAS DA EXPANSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: FATORES SOCIOPOLÍTICOS E FATORES JURÍDICO-NORMATIVOS

Se antes descrevemos e conceituamos o fenômeno da expansão do Poder Judiciário, em especial do STF, bem como distinguimos e definimos as duas modalidades em que ela se opera (judicialização da política e ativismo judicial), pretende-se agora apontar algumas causas daquela expansão que, longe de ter uma razão monolítica, é resultado de uma confluência de fatores sociopolíticos, de um lado, e jurídico-normativos, de outro.

Os fatores sociopolíticos decorrem de um tríptico contexto: a) de um contexto político de incumprimento dos direitos; b) de um contexto social de exigência dos direitos; e, c) de uma estratégia política de utilização do processo judicial como mecanismo de oposição política ou de prevenção de responsabilidade por decisão eleitoralmente desgastante. Por outro lado, os fatores jurídico-normativos são estruturais, indispensáveis para a eclosão e desenvolvimento dos fatores sociopolíticos, pois, para que haja protagonismo “político” do Poder Judiciário, é preciso, antes de tudo, que questões políticas sejam *judicializáveis* e, para que sejam, é imprescindível que estejam disciplinadas, em alguma medida, pelo ordenamento jurídico.

Neste panorama, os fatores jurídico-normativos assentam-se primordialmente nas características da Constituição brasileira de 1988, em sua força normativa, pois só com um respaldo jurídico forte pode o juiz concretizar direitos constitucionais ou, noutra dimensão, expandir inadequadamente os limites de sua competência, utilizando-se de um discurso constitucional.

A título de pré-compreensão, é importante consignar que o conjunto destes fatores (sociopolíticos e jurídico-normativos), de um lado, legitima o protagonismo-judicialização, mas, de outro, serve de pretexto argumentativo para o protagonismo ativista.

Por fim, cumpre salientar que a expansão do Judiciário é incompatível com governos autoritários ou com o exercício monolítico do poder estatal. Assim, é pressuposto básico do protagonismo judicial a presença de um Estado Democrático de direito, cuja Constituição tenha força normativa e seja garantida por órgãos judiciais independentes por meio de um sistema de controle da constitucionalidade dos atos e omissões dos Poderes Legislativo e Executivo.

2 FATORES SOCIOPOLÍTICOS DA EXPANSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os fatores sociopolíticos da ascensão do STF - e, de um modo geral, dos demais setores do Poder Judiciário -, decorrem, por um lado, das transformações do Estado e do Direito - Estados Liberal (século XIX), Estado Social (século XX), crise do Estado Social - e, por outro, da atuação deliberada de atores políticos, que podem ter interesse em deslocar uma decisão da arena de deliberação política para a esfera judicial, nomeadamente quando se tratar de uma questão eleitoralmente desgastante ou quando suas preferências políticas não coincidirem com o resultado das decisões majoritárias.

2.1 Estado Liberal: o legiscentrismo e a neutralização sociopolítica do Judiciário

Na modelagem jurídica do Estado Liberal, o Poder Judiciário não exercia um papel central. O poder político era limitado por meio da garantia jurídica de direitos individuais (civis e políticos) e do princípio da separação de poderes, que, contudo, diante de uma concepção legiscentrista do direito, servia apenas de instrumento para assegurar o império da lei¹⁶⁰, da qual o juiz era dependente. Diante de Constituições geralmente desprovidas de força normativa¹⁶¹, o direito se identificava com a lei ordinária e a função do juiz limitava-se a conservá-la e tutelá-la, aplicando-a ao fato de maneira subsuntiva, mecânica e acrítica.

¹⁶⁰ Nesse sentido, cf. PIÇARRA, *op. cit.*, p. 149.

¹⁶¹ No Estado liberal, o controle judicial da constitucionalidade das leis existia, praticamente, apenas nos Estados Unidos da América. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38).

Esta hegemonia do princípio da legalidade estrita provocou uma *despolitização do direito e da administração da justiça*¹⁶², que conduziu a uma neutralização sociopolítica do Poder Judiciário, cuja área de atuação era restrita à composição de conflitos individuais de natureza civil e penal (*microlitigiosidade*), ficando à margem da *macrolitigiosidade social* deflagrada pelas desigualdades materiais, manifestadas, dentre outros fatores, nas precárias condições de trabalho e habitação¹⁶³.

2.2 Estado Social: o protagonismo judicial impulsionado pela força normativa da Constituição, pela explosão da legislação social e pelo combate aos crimes de corrupção política

Na passagem do Estado liberal para o Estado Social, o equilíbrio entre os Poderes muda e o papel do Judiciário ganha relevo político e social, especialmente com a afirmação progressiva da força normativa da Constituição, dentro de um quadro de Estado Constitucional de Direito¹⁶⁴. Com esta nova posição da Constituição, a lei deixa de ser a fonte exclusiva do direito e a centralidade quase monística do Poder Legislativo perde espaço. O princípio da separação de poderes ganha novas cores, na medida em que o juiz deixa de ser a mera “boca” do legislador, podendo examinar a validade e compatibilidade da lei com a Constituição. Estabelece-se um cenário favorável a um intenso crescimento da criatividade e protagonismo judiciais, como se passou, por exemplo, com o advento da Constituição brasileira de 1988.

Por outro lado, o Estado, mais intervencionista, não se limitou a estabelecer direitos individuais, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, assumindo o

¹⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Edições Almedina, 2014, p. 12.

¹⁶³ Nesse sentido, confirmam-se SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 23-24. Estas desigualdades sociais foram, em certa medida, ocasionadas pelo desenvolvimento vertiginoso da economia capitalista e pela inutilidade do princípio da isonomia formal de todos perante a lei para reduzir as diferenças reais de poder entre patrões e operários na estipulação de salários e demais condições de trabalho, o que acabou por levar a uma pauperização da classe operária. Nesse sentido, confira-se COMPARATO, *op. cit.*, p. 65-66.

¹⁶⁴ Dentre os fatores que levaram, a partir de meados do século XX, vários países da Europa a reconhecerem a força normativa das constituições, pode-se citar a queda do mito da infalibilidade do legislador, ocorrida na sequência das experiências terríveis do nazismo e do fascismo, quando foi possível perceber que grandes atrocidades poderiam ser praticadas com base na lei (URBANO, 2013, *op. cit.*, p. 38; e IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 35).

papel de provedor do bem-estar social e de redutor das desigualdades materiais por meio da realização de prestações positivas. Na tentativa de concretização da sociedade do bem-estar, houve uma verdadeira explosão da atividade legislativa, incidente, conforme anotou Koopmans, na área da política social (direito do trabalho, da saúde e da segurança social) e econômica (leis de caráter antimonopolístico, sobre a concorrência, transportes e agricultura etc.), de modo que os Parlamentos, diante de tantas atribuições e para evitar a paralisia, foram obrigados a transferir para órgãos do Poder Executivo grande parte da sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação¹⁶⁵.

O contexto de inflação legislativa, temperada com certa abdicação, transformou, segundo Cappelletti, o Estado Social em um Estado de gigantes: o “Estado legislativo” e o “Estado administrativo”. O “terceiro gigante”, o Poder Judiciário, acaba por ser impulsionado a se erguer ao nível dos outros, nomeadamente em razão da circunstância de os novos direitos estarem prescritos legislativamente, de modo que coube ao juiz, no exercício da função jurisdicional, determinar o cumprimento da legislação social, tornando-se “capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”¹⁶⁶.

Acrescente-se a isso, conforme aduz Vianna, o fato de que a legislação social de caráter prestacional, por não ser orientada para o passado, caracteriza-se, normalmente, pela indeterminação decorrente da inserção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, aproximando cada vez mais os temas do direito com os da política e repercutindo “sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário”, que, assim, “seria investido, pelo próprio caráter da lei do Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’”¹⁶⁷.

Mas não é só. No âmbito penal, o Estado Social também tem um espaço privilegiado para o protagonismo judicial, que é proporcionado pelo julgamento de políticos proeminentes e grandes empresários em relação a crimes ligados à corrupção política. Tal corrupção é facilitada, no Estado Social, em razão da relação de

¹⁶⁵ KOOPMANS, T. Legislature and Judiciary: present trends. In: CAPPELLETTI, Mauro (Org.). **New perspectives for a common law of Europe**. Leyden: Sijthoff, 1978, p. 313-314. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2369807>. Acesso em: 12 de novembro de 2014. No sentido de que a abdicação do Poder Legislativo na administração política do *Welfare State* foi um dos fatores do surgimento do “Estado administrativo”, cf. VIANNA, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, 1993, *op. cit.*, p. 39, 43 e 47.

¹⁶⁷ VIANNA, *op. cit.*, p. 21.

promiscuidade entre poder político e poder econômico, decorrente dos atos de gestão das prestações em que se traduzem os direitos sociais¹⁶⁸.

Se o exemplo sempre lembrado é o da operação “Mãos Limpas” do Ministério Público de Milão na década de 1990, no Brasil, pode ser citado o escândalo do “Mensalão” (corrupção política mediante compra de votos de parlamentares), que foi julgado em 2012 pelo STF, resultando em condenações e prisões de integrantes do governo e de partidos políticos (Ação Penal n.º 470).

Ora, se há algum fundo de verdade no fato de que o Poder Judiciário tradicionalmente não foi feito para “julgar para cima, mas sim para julgar os de baixo”¹⁶⁹, no momento em que se começa a julgar “os de cima”, a importância política e a visibilidade social dos tribunais se potencializam.

2.3 Crise do Estado Social: a precarização dos direitos, a canalização das expectativas frustradas para os tribunais e a multiplicação da litigação

Por fim, no período atual de crise do Estado Social, o protagonismo judicial emerge da insustentabilidade econômica deste modelo de Estado, que conduz a um baixo nível de desempenho promocional por parte das instâncias políticas, fazendo com que as expectativas de concretização dos direitos formalmente prometidos sejam transferidas do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, deflagrando-se um processo de multiplicação metastática das reivindicações para a satisfação dos compromissos irrealizados. Esta explosão da litigiosidade - impulsionada pela “precarização dos direitos econômicos e sociais” e pelo “desmantelamento do Estado social”¹⁷⁰ - somada à *judicialização da própria política da austeridade*¹⁷¹, são importantes fatores de ascensão política do Poder Judiciário, contemporaneamente.

¹⁶⁸ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 36-37. Esta promiscuidade decorre, segundo Pedroso e outros, em razão das decisões do Estado regulador e do Estado-Providência passarem a ter um conteúdo financeiro que não tinham antes, por exemplo, com a contratação, por altos valores, de empresas para criação de infra-estruturas básicas (estradas, saneamentos básicos, transportes) e para fornecimentos de serviços ligados aos direitos sociais. (SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, 1996, *op. cit.*, p. 31).

¹⁶⁹ SANTOS, 2014, *op. cit.*, p. 28-29.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 22.

¹⁷¹ A expressão é de António Cassimiro Ferreira. Segundo o autor, a crise do Estado Social judicializa a política não apenas no sentido de suprimento judicial da incapacidade do Estado de realizar as prestações sociais. Há, no presente momento, a judicialização da própria política da austeridade, que visa aferir a (i)legitimidade constitucional das reformas estruturais implementadas em um período excepcional de crise

Esta canalização das expectativas frustradas para os tribunais é ainda mais expressiva nos países (semi) periféricos, como o Brasil, dotados de sistemas políticos instáveis. Com efeito, com a consolidação tardia de um regime democrático, estes países passaram por um “curto-circuito histórico”, pois, sem o respaldo de políticas públicas consolidadas, “viram-se na contingência de consagrar constitucionalmente ao mesmo tempo os direitos [de todas as dimensões] que nos países centrais tinham sido consagrados sequencialmente”¹⁷², ao longo de várias décadas. A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo disso. Ora, é intuitivo que a súbita prodigalidade de compromissos sem lastros, gera uma elevada taxa de inexecução ou de execução deficiente das políticas públicas sociais, provocando uma multiplicação frenética da judicialização destas demandas¹⁷³⁻¹⁷⁴.

No caso brasileiro, os tribunais, especialmente o STF, têm aceitado esta missão com muita naturalidade. A procura do Judiciário para garantia de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares é o mais expressivo exemplo. Não seria exagerado afirmar que o enorme protagonismo do Judiciário, alicerçado na abrangente *constitucionalização do dever-ser*¹⁷⁵, se sustenta às custas da desfuncionalização e descredibilização dos órgãos políticos na sequência do incumprimento das pomposas promessas de justiça e igualdade feitas pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional¹⁷⁶.

econômico-financeira. (FERREIRA, António Cassimiro. **Política e sociedade**: teoria social em tempo de austeridade. Porto/PT: Vida Económica, 2014, p. 279-281).

¹⁷² SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, 1996, *op. cit.*, p. 37.

¹⁷³ Garapon adverte, e com razão, que a canalização irrefletida de todas as frustrações modernas para a justiça e o entusiasmo ingênuo na sua onipresença, podem ser prejudiciais para a própria justiça e representar o desmoronamento do homem e da sociedade democráticos, diante do governo dos juízes e de sua tentação redentora. (GARAPON, *op. cit.*, p. 24, 53 e ss.).

¹⁷⁴ Para se comprovar esta explosão de litigiosidade constitucional no STF, basta analisar as estatísticas. Por exemplo, a soma dos processos protocolados nos anos de 1940, 1950, 1960, 1970 e 1980 resulta em 27.936. Após a promulgação da Constituição de 1988, foram instaurados no STF 105.307 processos só no ano 2000; 127.535 processos em 2006; 79.943 processos em 2014. Em 2015, até 28/06, já foram protocolados 43.028 processos naquela Corte. Confirmam-se estas e outras estatísticas em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 29 de junho de 2015.

¹⁷⁵ A expressão *dever-ser constitucionalizado* é de Canotilho, que a utilizou ao tratar da questão da positivação de valores sociais e democráticos na Constituição e do problema da “constituição não cumprida” e do neoconstitucionalismo no âmbito brasileiro. (CANOTILHO, 2013, *op. cit.*, p. 49).

¹⁷⁶ Canotilho aponta que uma das formas de ativismo judicial está relacionada com a “opção pelos pobres” na ciência do direito e na atividade jurisprudencial. Aduz que - mesmo diante da indiferença ou aversão dos poderes políticos quanto à concretização de políticas públicas sociais, que conduzem à defesa de sentença de “inequívoca conformação-político social” -, possui “sérias reticências a este ativismo por mais nobre que seja a sua intencionalidade solidária. Além de se limitarem a sentenças casuísticas - sobretudo no âmbito de prestações de saúde - falta-lhes legitimidade para a apreciação político-judicial das conformidades

2.4 A transferência da responsabilidade por uma decisão politicamente desgastante e a utilização do processo judicial como mecanismo de oposição política

As causas da expansão do STF, antes examinadas, têm a ver com um cenário propício para transferência das expectativas de concretização de direitos para os tribunais, judicializando-se a política por meio da multiplicação febril da litigação. O que se pretende analisar agora são alguns fatores puramente políticos do protagonismo dos juízes que se relacionam não diretamente com as transformações do Estado e do Direito, mas com um comportamento deliberado de atores políticos no sentido de deslocar para a arena judicial uma decisão essencialmente política.

É intuitivo que o controle judicial sobre questões políticas é normalmente considerado contrário aos interesses dos legisladores e governantes, que preferem exercer seu poder sem qualquer interferência. Para Dieter Grimm, embora seja comum a todos os Estados constitucionais o fato de a Constituição visar vincular a política, esta frequentemente encara a vinculação como perturbadora e tende a perseguir seus objetivos da forma mais livre possível¹⁷⁷. Contudo, em determinadas circunstâncias, a intromissão judicial no sistema político pode ser apoiada pelos próprios políticos, quando isso lhes for politicamente útil¹⁷⁸.

Assim, a judicialização da política pode ser fruto de um cálculo estratégico de atores políticos que, visando evitar o desgaste eleitoral de decisões impopulares, transferem o poder de resolver uma questão polêmica, sem qualquer possibilidade de

constitucionais das políticas públicas”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ativismo judiciário: Entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. *In*: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55 e 57).

¹⁷⁷ GRIMM, *op. cit.*, p. XLI e 13.

¹⁷⁸ Nesse sentido, confira-se, sob a perspectiva do Poder Judiciário norte-americano, WHITTINGTON, Keith E. Interpose your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 99, n.º 4, nov. 2005, p. 583. Disponível em: <http://scholar.princeton.edu/sites/default/files/Interpose_Friendly_Hand_0.pdf>. Acesso em: 09 de abril de 2015. Também nesta mesma direção, asseverou Mark Tushnet que os “políticos suportam a *judicial review* porque eles a consideram politicamente útil”, ainda que, ocasionalmente, uma decisão judicial possa causar-lhes algumas dificuldades (TUSHNET, Mark. **Why the Constitution Matters**. New Haven and London: Yale University Press, 2010, p. 97). Noutra perspectiva, Rui Medeiros fala em uma tendência de “desresponsabilização do legislador”, expressão que é utilizada pelo autor como um argumento favorável à defesa, na ordem jurídica portuguesa, da invalidação judicial total das leis discriminatórias que violam o princípio da igualdade. (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 523).

consenso social, para os tribunais, cujos membros são eleitoralmente irresponsáveis¹⁷⁹. No Brasil, tal ocorreu, por exemplo, com a decisão do STF que excluiu o crime de aborto de fetos anencéfalos (ADPF n.º 54/DF) e com a que reconheceu a união homoafetiva (ADI n.º 4.277/DF e ADPF n.º 132/RJ). Ambos os casos encontravam forte resistência por parte de vários grupos sociais, mormente no setor religioso. A própria União, que poderia ter legislado sobre estes assuntos, não se incomodou com a intervenção da Corte Suprema, antes preferiu manifestar-se no processo judicial, através de seu advogado, pelo reconhecimento da união homoafetiva e pela legitimidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, garantindo ao STF, inclusive, estar a rede pública de saúde preparada para seguramente diagnosticar a anomalia e atender à mulher que deseje realizar o aborto. Duas questões políticas resolvidas por um órgão judicial por delegação implícita de agentes políticos.

Por fim, a judicialização da política pode se dar por intermédio das forças minoritárias de oposição ao governo, que - vencidas pela maioria na arena de deliberação parlamentar -, recorrem ao Judiciário com a intenção obstrutiva de “frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários”¹⁸⁰. No cenário brasileiro, os partidos políticos de oposição ocupam um lugar destacado e ascendente na escala das entidades que mais ajuízam ações diretas no STF¹⁸¹.

Ressalte-se que todos os fatores sociopolíticos, acima analisados, não seriam capazes de erguer o STF se, antes deles, não pré-existisse uma arquitetura normativo-

¹⁷⁹ Nesse sentido, confira-se: HIRSCHL, *op. cit.*, p. 136. Na mesma direção, Tate assevera que, eventualmente, a judicialização da política decorre da vontade deliberada dos próprios políticos, quando, por exemplo, não desejem decidir determinadas questões em razão dos elevados custos políticos envolvidos. (TATE, *op. cit.*, p. 31). O caso *Dred Scott v. Sandford* (1857) é considerado um emblemático precedente da judicialização da política incentivada por políticos. Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana constitucionalizou a escravidão em um ambiente em que o presidente James Buchanan - sem tomar publicamente posição em torno de uma matéria sem possibilidade de consenso -, declarou, antes do julgamento, que se tratava de uma questão judicial, apoiando a judicialização de um problema político. Nesse sentido, cf. GRABER, Mark A. Constructing judicial review. **Annual Review of Political Science**, v. 8, 2005, p. 425-426. Disponível em: <<http://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.polisci.8.082103.104905>>. Acesso em: 18 de junho de 2015.

¹⁸⁰ SANTOS, 2014, *op. cit.*, p. 30. Nesse mesmo sentido, Tate afirma que grupos de oposição política frequentemente usam os tribunais para perseguir e obstruir governos. (TATE, *op. cit.*, p. 31).

¹⁸¹ Segundo Carvalho, os partidos políticos, a maioria da oposição, ocupam a terceira colocação no rol de impetrantes de ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF. (CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, 23 nov. 2004, p. 119).

constitucional favorável ao içamento. São os fatores jurídico-normativos que serão examinados na sequência.

3 FATORES JURÍDICO-NORMATIVOS DA EXPANSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 Considerações preliminares: a heteroexpansão normativa e a autoexpansão ativista

O Supremo Tribunal Federal do Brasil vem assumindo um papel de inegável proeminência institucional em face dos outros Poderes, decidindo questões complexas de alta intensidade sociopolítica. Hoje é quase impossível imaginar um tema minimamente relevante da vida coletiva que não passe pelo seu crivo. Os fatores sociopolíticos, acima apresentados, são importantes causas do protagonismo do STF. Contudo, há especificidades normativas e jurisprudenciais que possibilitam a concentração de poderes naquele Tribunal, seja de forma constitucionalmente ajustada (judicialização da política) ou desajustada (ativismo judicial).

No primeiro caso, a ampliação de suas competências decorre da própria atividade normativa Poder Legislativo constituinte (derivado ou originário) ou ordinário (*heteroexpansão* normativa do STF). No segundo caso, a expansão da autoridade do STF é realizada pelo próprio Tribunal, sem previsão expressa na Constituição ou intermediação legislativa (*autoexpansão* ativista do STF).

São as causas jurídico-normativas da expansão do STF que irão ser analisadas a seguir.

3.2 A Heteroexpansão do STF e o suporte jurídico da judicialização da política: o processo normativo de concentração legítima de poderes na Corte Suprema

3.2.1 Constituição de 1988: o sistema híbrido de fiscalização da constitucionalidade, a constitucionalização do direito e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

O protagonismo dos juízes depende, como já se disse, da presença de uma Constituição normativa e suprema, bem como de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade que permita ao Poder Judiciário controlar as ações e omissões dos outros órgãos do Estado. Nestes aspectos, a Constituição de 1988 foi generosa: adotou um sistema híbrido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade, combinando o modelo de matriz americana (controle concreto-difuso de competência de todos os juízes e tribunais) e o de origem europeia (controle abstrato-concentrado no STF). Para além disso, a jurisprudência do Tribunal criou, como se verá oportunamente, a modalidade de fiscalização judicial preventiva da constitucionalidade, elevando enormemente seus poderes.

Este cenário ainda se agudiza quando se tem em conta o fenômeno da constitucionalização superlativa do direito brasileiro¹⁸², que leva ao fenômeno da “obesidade colonizante do direito constitucional”¹⁸³. Os Constituintes de 1988, desconfiados dos parlamentares, legislaram sobre quase todo tipo de questão (política, social, econômica etc.) e ainda estabeleceram um extenso catálogo de direitos fundamentais de várias dimensões ou gerações (liberdades civis clássicas, direitos econômicos, culturais e sociais, direito do ambiente, consumidor, etc.), sendo que apenas o art. 5º da CF possui um rol de direitos individuais e coletivos tão alargado que está subdividido em 78 incisos. Some-se a isso o fato de as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais terem, como regra, autossuficiência normativa, podendo ser aplicadas independentemente de qualquer intermediação legislativa, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º, CF.

Por outro lado, a Constituição ainda é obsessivamente analítica, refletindo “o claro propósito de abarcar nas malhas de sua normatividade todo o conjunto da vida social”¹⁸⁴. Tem 250 artigos na parte permanente e 100 artigos nas disposições transitórias. Estes artigos se desdobram em parágrafos, incisos e alíneas, nos quais se cuida de tudo um

¹⁸² A constitucionalização do direito consiste, por um lado, na direta regulação constitucional de matéria que antes eram confiadas à disciplina do legislador infraconstitucional; e, por outro, na penetração de princípios da Constituição em todo o ordenamento jurídico, impondo uma releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Constituição. Nesse sentido, confira-se SARMENTO, *op. cit.*, p. 262. Para maiores desenvolvimentos sobre teorias e formas de constitucionalização, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38-49.

¹⁸³ LOUREIRO, *op. cit.*, p. 553.

¹⁸⁴ COELHO, Inocência Mártires. Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88. In: CANOTILHO, 2013, *op. cit.*, p. 62.

pouco, às vezes até de forma casuística¹⁸⁵. Este quadro é agravado pela excessiva atividade de reforma da Constituição, a qual, até o dia 07/05/2015, já recebeu 88 emendas.

Ademais, como ponto favorável à expansão do STF, cumpre apontar que a Constituição Federal de 1988 não se contentou apenas em institucionalizar e limitar o poder político ou em somente assegurar os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia. Para além disso, ela se apresenta como “uma ordem fundamental da comunidade com efeitos diretivos na política, na legislação, na aplicação e concretização de normas”¹⁸⁶. Neste sentido, estabeleceu um generoso projeto de transformação da sociedade brasileira¹⁸⁷, estabelecendo valores substantivos - liberdade, dignidade, igualdade, democracia, justiça, etc. - a serem tutelados não somente pelas instâncias que representam o povo, mas, também, por meio da jurisdição constitucional¹⁸⁸ que, ao ser investida na árdua tarefa de “dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores”, apresenta-se como função eminentemente criativa e potencialmente expansiva¹⁸⁹.

Como se percebe, a Constituição Federal brasileira tende a estar em toda parte. Ela normatiza, em alguma medida, todos os aspectos da vida coletiva. Esta *ubiquidade constitucional*¹⁹⁰ acaba, de um lado, por reduzir significativamente o espaço de liberdade do Congresso Nacional e do Poder Executivo e, de outro, por transformar o STF em um tribunal, em tese, onipresente, na medida em que fica praticamente impossível não se poder levantar um problema de constitucionalidade em relação a qualquer ato da vida brasileira, a ser resolvido, em última análise, pelo órgão que a Constituição expressamente confiou a

¹⁸⁵ É o caso, por exemplo, do art. 242, parágrafo 2º, da CF, o qual dispõe que “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

¹⁸⁶ CANOTILHO, 2013, *op. cit.*, p. 46.

¹⁸⁷ No discurso de promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, o próprio presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, destacou o caráter emancipatório da “Constituição cidadão”, que, dentre outras coisas, ambicionava transformar o homem em cidadão e, para ele, “*só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa*”. (GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4(2), jul-dez. 2008, p. 595).

¹⁸⁸ Em sentido próximo, cf. SARMENTO, *op. cit.*, p. 264-265.

¹⁸⁹ CAPPELLETTI, 1993, *op. cit.*, p. 67-69.

¹⁹⁰ A expressão é tomada de empréstimo de Daniel Sarmento, que a cunhou no artigo “Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda”. (*Op. cit.*).

sua guarda: o STF (art. 102, *caput*). No Brasil, a *juristocracia* de Hirschl ganha ares de *supremocracia*¹⁹¹.

A judicialização da vida brasileira ainda é alavancada por um sistema jurídico que veda a pronúncia do *non liquet*. Ou seja, diferentemente do que se passa com os Poderes Legislativo e Executivo, posta uma demanda perante o Judiciário, o juiz não pode se recusar a decidir, mesmo que a questão seja de natureza política.

Com efeito, se algumas constituições anteriores expressamente diziam ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”¹⁹² - transmitindo, portanto, a ideia de que a função política era, ao menos para fins da sindicabilidade judicial, juridicamente livre e incondicionada -, a atual Carta Magna, porque vincula juridicamente todo o poder estatal, obriga o magistrado a solucionar qualquer tipo de conflito jurídico, independentemente da natureza da questão debatida, bastando que haja alegação de violação ou tentativa de violação de direito, pois o princípio do acesso à justiça impõe a inafastabilidade do controle jurisdicional, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF)¹⁹³.

Um juiz que se recusasse a julgar uma questão, mesmo que de alta energia política, no fundo estaria violando a Constituição, em relação à qual - já dissera Ulysses Guimarães por ocasião de sua promulgação -, “discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca”¹⁹⁴. É nesta perspectiva que o STF já deixou muito evidente que é possível o controle judicial de atos políticos sempre que haja ofensa a direitos subjetivos impregnados de qualificação constitucional¹⁹⁵.

¹⁹¹ A expressão foi cunhada por Oscar Vilhena VIEIRA, no artigo “Supremocracia”. (*Op. cit.*). Para Sanchís, “porque a Constituição é uma norma, e uma norma que está presente em todo tipo de conflitos, o constitucionalismo desemboca na onipotência judicial”, panorama no qual “o legislador perde logicamente autonomia”. (SANCHÍS, *op. cit.*, p. 132-133).

¹⁹² Cf. art. 68 da CF de 1934 e art. 94 da CF de 1937.

¹⁹³ Conforme anota Nuno Piçarra, já houve um tempo em que, mesmo no âmbito do Estado de Direito, não se estranhava a ideia de que a função política do Estado era incondicionada, autônoma e livre de vínculos jurídicos, irredutível ao direito ou inapreensível normativamente. Atualmente, contudo, “sabido que a constituição do Estado de Direito contemporâneo vincula juridicamente todo o poder estadual, que ela própria funda originalmente, fica excluída a possibilidade de a função política ser considerada juridicamente livre e constitucionalmente desvinculada, pois todo e qualquer acto estadual carece de habilitação constitucional”. (PIÇARRA, *op. cit.*, p. 250-252, 253).

¹⁹⁴ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 596.

¹⁹⁵ A título exemplificativo, confirmam-se: 1) Mandado de Segurança n.º 24.831/DF (composição obrigatória de Comissão Parlamentar de Inquérito criada) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS n.º 24.831/DF, julgado em 22/06/2005, publicado no DJ em 04/08/2006); e 2) ADI - Medida Cautelar (MC) n.º

Em síntese, a expansão do Poder Judiciário brasileiro, em especial do STF, sob o ponto de vista jurídico-normativo, decorre das características da Constituição de 1988, que promoveu uma ampla constitucionalização do Direito, estabeleceu um forte sistema de fiscalização da constitucionalidade e obrigou o juiz a fazer respeitar suas regras e princípios. Tudo isso - juntamente com a distância abissal entre a realidade brasileira e as promessas constitucionais (incumpridas) de transformação e emancipação sociais - acaba por canalizar as expectativas politicamente frustradas para o Poder Judiciário, gerando uma explosão de litigação constitucional que, na prática, transfere o poder decisório dos órgãos representativos para o Judiciário¹⁹⁶.

3.2.2 A Constituição de 1988 e as supercompetências do STF

Na ânsia de se fazer realidade, a Constituição de 1988 fortaleceu a jurisdição do STF, atribuindo-lhe supercompetências que acabaram concentrando nele a função de *tribunal criminal ordinário*, de *tribunal de recurso de última instância* e de *tribunal constitucional*, tornando praticamente tudo sindicável por aquela Corte¹⁹⁷.

Na função de tribunal criminal de jurisdição ordinária, o STF atua como um juízo de primeira instância, cumprindo-lhe julgar originalmente os crimes comuns cometidos por altas autoridades da República (art. 102, I, 'b' e 'c')¹⁹⁸. Na função de tribunal recursal de última instância, a Carta Magna outorgou ao STF competência para

1397/DF (possibilidade do Judiciário apreciar a existência dos requisitos de “urgência” e “relevância” para edição de medida provisória, nos casos de manifesto excesso do poder de legislar) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI - MC n.º 1397/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. julgado em 28/04/1997, publicado no Diário da Justiça em 27/06/1997).

¹⁹⁶ Para se comprovar esta explosão de litigiosidade constitucional, que faz o STF se agigantar face os demais Poderes, basta ver as estatísticas. Em 1940, foram protocolados no STF 2.419 processos; em 1950, 3.091 processos; em 1960, 6.504 processos; em 1970, 6.367 processos e em 1980, 9.555 processos. Após a promulgação da Constituição de 1988, foram instaurados no STF 18.564 processos no ano de 1990; 105.307 processos em 2000; 127.535 processos em 2006; 79.943 processos em 2014. No ano seguinte, apenas até 28/06/2015, foram protocolados 43.028 processos naquela Corte. Confirmam-se estas e outras estatísticas em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 29 de junho de 2015.

¹⁹⁷ Nesse sentido, cf. VIEIRA, *op. cit.*, p. 447- 449.

¹⁹⁸ Foi o que ocorreu, por exemplo, com Ação Penal n.º 470, julgada em 2012, que ensejou na condenação de parlamentares e integrantes do governo federal envolvidos em um escândalo de corrupção política (caso “mensalão”). Também é exemplo o caso do ex-presidente da República Fernando Collor de Mello, atual senador da República (PTB-AL), cuja Ação Penal 465 - proposta pelo Ministério Público em razão da suposta prática dos crimes de falsidade ideológica, corrupção passiva e peculato - foi julgada improcedente, na sessão do dia 24 de abril de 2014.

rever, por meio do controle difuso da constitucionalidade, milhares de decisões proferidas pelas instâncias judiciais inferiores (art. 102, III, *a, b e c*)¹⁹⁹.

Por outro lado, na função de tribunal constitucional ela entregou à Corte enormes poderes dentro do sistema de fiscalização concentrada da constitucionalidade, incumbindo-lhe de processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual - ADI (art. 102, I, *a*); a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF (art. 102, parágrafo único, atualmente art. 102, § 1º); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional - ADO (art. 103, § 2º)²⁰⁰; e, a partir da edição da Emenda Constitucional n.º 03/93, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal - ADC, em relação à qual as decisões definitivas de mérito têm não apenas eficácia *erga omnes*, mas também efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2º)²⁰¹.

A autoridade do STF se eleva quando se inclui nela a competência para julgar a constitucionalidade dos atos normativos do poder constituinte reformador, ocasião em que o Tribunal poderá anular emendas à Constituição violadoras das cláusulas pétreas estabelecidas no art. 60, § 4º, da CF²⁰². Aqui ele exerce um controle de constitucionalidade ultraforte, dando a última palavra sobre preceitos constitucionais marcados pelo signo da intangibilidade, muitos deles de sentido e alcance vagos e abstratos, sem, contudo, haver

¹⁹⁹ Atualmente (até 18/06/2015), encontram-se em tramitação no STF 36.822 recursos, isso sem contar os tantos outros que já foram julgados. Confira-se em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervorecursos>>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

²⁰⁰ No que tange às omissões inconstitucionais do legislador e do Poder Executivo, para além da via abstrata (ADO), o STF também pode, pela via concreta (através do mandado de injunção), assegurar diretamente a implementação de direitos fundamentais violados pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI c/c art. 102, I, q).

²⁰¹ Com a edição da Lei 9.868/99, a par da eficácia *erga omnes* já existente, foram atribuídos efeitos vinculantes - relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública - às decisões de mérito do STF prolatadas também na ADI (art. 28, parágrafo único). Estes efeitos vinculantes foram constitucionalizados pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que deu nova redação ao § 2º do art. 102 da CF.

²⁰² O parágrafo 4º do art. 60 da CF estabelece limites materiais ao poder de reforma da Constituição, prescrevendo que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”. O STF já definiu, desde a ADI n.º 830-7/DF, que tem competência para controlar, pela via sucessiva e abstrata, o Poder Constituinte derivado em face das cláusulas pétreas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 830/DF. Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 14/04/1993, publicado no DJ em 16/09/1994).

possibilidade do Poder Legislativo reverter, pela via normativa, uma decisão do STF da qual discorde. Portanto, a interpretação do STF em torno de uma *cláusula pétrea constitucional* é, ela própria e em certo sentido, uma *cláusula pétrea jurisprudencial* que vincula todos os Poderes do Estado.

Além disso, o exercício da jurisdição constitucional do STF pode ser facilmente deflagrado. Se no regime constitucional anterior as ações diretas só poderiam ser ajuizadas pelo procurador-Geral da República (PGR), após a promulgação da Constituição de 1988 o rol de legitimados ativos foi enormemente ampliado, incluindo diversos órgãos do Estado e a vários setores da sociedade civil organizada, democratizando e facilitando o acesso ao STF²⁰³.

Em suma, a Constituição de 1988 outorgou grande a autoridade do STF, dando-lhe centralidade política e institucional, sendo ela um dos fatores jurídico-normativos de expansão da Suprema Corte. Mas não se parou por aí. Os poderes do STF - e a potencialização da judicialização da política - continuaram a ser normativamente incrementados pelo legislador constituinte reformador e até pelo legislador ordinário. É o que se pretende demonstrar a seguir.

3.2.3 Reforço normativo dos poderes do STF: as leis ordinárias n.ºs 9.868/99 e 9.882/99 e a Emenda Constitucional n.º 45/2004

O processo de expansão normativa dos poderes do STF continuou sendo levado a efeito, desta vez pelo legislador ordinário. No ano de 1999, o Congresso Nacional resolveu disciplinar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (Lei n.º 9.868), bem como da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei n.º 9.882), todas de competência do STF. Contudo, estas leis não apenas estabeleceram o rito daquelas ações, mas também

²⁰³ De acordo com o art. 103 da CF, podem propor a ADI e a ADC, para além do procurador-Geral da República, o presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o governador de Estado ou do Distrito Federal; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

outorgaram novos poderes para o Tribunal Supremo, fortalecendo o controle abstrato da constitucionalidade em detrimento do controle difuso²⁰⁴.

Com efeito, a Lei n.º 9.868/99 atribuiu efeitos vinculantes, já anteriormente consagrados para a ADC, às decisões de mérito do STF prolatadas também na ADI (art. 28, parágrafo único). Além disso, previu, em seu art. 27, a possibilidade do STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, modular temporalmente os efeitos das decisões proferidas na ADC e ADI, restringindo o alcance da declaração de inconstitucionalidade ou decidindo que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por outro lado, a Lei n.º 9.882/99, para além de disciplinar a ADPF *autônoma*, já prevista na Constituição (art. 102, § 1º)²⁰⁵, criou uma ADPF *incidental*²⁰⁶, dando um passo extraordinário rumo à ampliação dos poderes do STF.

A arguição incidental - que não tem natureza de ação, mas de um incidente processual, pois pressupõe a existência de um processo já em curso - é cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, parágrafo único, I). Com isso, as normas que só poderiam ser fiscalizados pelo sistema difuso - porque estavam excluídas do controle concentrado (direito pré-constitucional e atos normativos municipais) -, a partir da Lei n.º 9.982/99 passaram a ser também objeto de controle direto de constitucionalidade no STF. Trata-se de uma lei de constitucionalidade duvidosa, pois introduz, embora disfarçadamente, a possibilidade de avocação de processo de fiscalização

²⁰⁴ Sérgio Cunha, na introdução da edição brasileira do livro *Jurisdição Constitucional* de Kelsen, preocupado com os perigos da destruição do controle difuso, argumenta que “aos governos que agridem diariamente a Constituição interessa um sistema concentrado, que na verdade representa a contenção do controle de constitucionalidade”. (CUNHA, Sérgio Sérulo da. Introdução. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução de Sérgio Sérulo da Cunha. Tradução do alemão de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XVIII).

²⁰⁵ A arguição *autônoma* de preceito fundamental tem natureza de verdadeira ação direta de controle abstrato e concentrado da constitucionalidade e tem por objeto “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 1º da Lei 9.882/99).

²⁰⁶ Ambas as modalidades de arguição (*autônoma* e *incidental*) têm caráter subsidiário, só sendo admissível quando não houver qualquer outro meio eficaz - especialmente ações diretas/abstratas - de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º). Para ambas as modalidades de arguição, os legitimados ativos são os mesmos que podem ajuizar a ADI (art. 2º, I). Por outro lado, as decisões da ADPF possuem o mesmo poder da ADI: eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do poder público (art. 10, § 3º), bem como também podem ser temporalmente moduladas quando forem no sentido da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 11).

difusa da constitucionalidade em curso em qualquer instância do Poder Judiciário, concentrando-se enormes poderes nas mãos daquela Corte²⁰⁷.

Esta concentração de poder ainda se exaspera pelo fato do conceito de “preceito fundamental”, ou o esclarecimento das hipóteses em que haveria o seu descumprimento, não se encontrar na Constituição nem na lei reguladora da ADPF. Ou seja, caberá ao próprio Tribunal, de forma inevitavelmente discricionária, estabelecer o parâmetro constitucional da fiscalização a ser exercida na ADPF, podendo suprir qualquer lacuna no modelo de fiscalização judicial concentrado da constitucionalidade, podendo esvaziar o sistema de controle difuso. Portanto, caso o STF não seja autocontido no uso desta nova ferramenta da jurisdição constitucional, pode, se assim o desejar, suprimir a jurisdição constitucional dos órgãos inferiores do Poder Judiciário e, nesta medida, “deixará de ser o intérprete *último* para se converter em intérprete *único* da Constituição, transformando-se numa instância autoritária e deslegitimada de poder”²⁰⁸.

Esta ampliação dos poderes do STF já seria por demais generosa. Entretanto, a crescente ascensão daquele Tribunal continuou a ser viabilizada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que, por meio da criação da “súmula vinculante” e do instituto da “repercussão geral”, claramente buscou “abstrativizar” o sistema de controle difuso da constitucionalidade, concentrando-o no STF.

Realmente, por meio da edição de *súmula vinculante*²⁰⁹, o STF ficou autorizado a conceder eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às suas decisões proferidas pelo sistema difuso de controle da constitucionalidade, de modo que foi delegado ao Tribunal poder tipicamente legislativo, autorizando-o a criar normas gerais, abstratas e obrigatórias para os demais órgãos do Poder Judiciário e toda a administração pública²¹⁰.

²⁰⁷ Binenbojm entende que a arguição incidental tem um perfil autoritário, pois introduz a possibilidade de avocação de processo de fiscalização difusa da constitucionalidade. (BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250-251).

²⁰⁸ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 255-256.

²⁰⁹ A súmula vinculante brasileira se aproxima do antigo instituto dos “assentos” de Portugal, previsto no art. 2º do Código Civil, que atribuía aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral. O Tribunal Constitucional português julgou inconstitucional, em um caso concreto (Acórdão n.º 810/93), e depois declarou inconstitucional, em processo de fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade (Acórdão n.º 743/96), a norma do artigo 2º do Código Civil na parte em que previa os “assentos”. Sobre o instituto dos assentos no direito português, Castanheira Neves considerava um “instituto jurídico original e dificilmente compreensível”. (NEVES, A. Castanheira, *op. cit.*, p. 2).

²¹⁰ Eis o teor do art. 103-A, *caput*, da CF: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos

Assim, se o STF quiser, pode reduzir a quase nada a discricionariedade dos órgãos do Poder Executivo e a livre convicção dos juízes inferiores na interpretação e aplicação da Constituição, aniquilando o controle de difuso da constitucionalidade. Portanto, a súmula vinculante conferiu ao STF o poder de “dar a *última palavra em primeiro lugar*”²¹¹.

Por outro lado, no âmbito dos processos de controle concreto-difuso da constitucionalidade, a Emenda em apreço ainda aumentou os poderes do STF ao dar-lhe discricionariedade para decidir quais casos deseja examinar. Para tanto, foi criado mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que lhe emprestou uma feição *objetiva*, de modo que só poderá ser julgado se os ministros entenderem que a questão controvertida tem “repercussão geral”²¹². Com isso, o STF, nos termos da regulamentação infraconstitucional, só julgará recursos que envolvam “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”²¹³.

Em síntese, houve uma intensa expansão legislativa dos poderes do STF (heteroexpansão), dirigida especialmente no sentido de fortalecer os mecanismos de fiscalização concentrada da constitucionalidade e de atribuir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às suas decisões, mesmo às prolatadas em processos de controle difuso-concreto. Isso - aliado ao amplo acesso que os mais variados atores políticos e sociais têm ao Tribunal e à constitucionalização abrangente do direito brasileiro -, transformou o STF em um importante protagonista da vida política e social do Brasil.

Cumprе salientar que esta expansão da autoridade do STF, levada a cabo pelo próprio legislador, não desemboca, necessariamente, em ativismo judicial, desde que haja - e em geral há - cautela e autocontenção no uso de tão amplos poderes. Contudo, para além desta heteroexpansão, a ampliação dos poderes da Corte também vem sendo operada pelo próprio Tribunal, de modo - agora sim - ativista. Trata-se da autoexpansão do STF, a seguir analisada.

demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. Até 29/06/2015, o STF já editou 53 súmulas vinculantes.

²¹¹ SCHETTINO, *op. cit.*, p. 120.

²¹² De acordo com o § 3º do art. 102 da CF, incluído pela EC 45, “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

²¹³ É o que dispõe o art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei n.º 11.418/2006.

3.3 A autoexpansão do STF e o suporte jurisprudencial do ativismo judicial: a ampliação dos limites de sua competência e a extensão da eficácia de suas decisões

O aumento dos poderes do STF não vem sendo implementado apenas pelo legislador. Há, paralelamente a isso, uma ampliação dos limites da competência do Tribunal e da eficácia de suas decisões realizada pela própria Corte Suprema, por meio de sua atividade constitucional de controle normativo.

Este ativismo judicial formal, por está ligado às normas constitucionais de distribuição de competência entre os órgãos públicos, implica, em última análise, em uma atividade legislativa por parte do Judiciário, que, entretanto, não possui estrutura orgânico-funcionalmente adequada para - fora das exceções constitucionais expressas - inovar o ordenamento jurídico, o que evidencia a sua incompatibilidade com o sentido atual do princípio da separação de poderes, consistente na proteção do *núcleo essencial* de competências de cada ramo do poder estatal, apurado a partir da observância do princípio *justeza funcional*.

Mais especificamente, o ativismo judicial formal resulta na assunção ocasional de parte da competência legislativa do Parlamento (ativismo competencial e externo) e, por outro, na compressão da jurisdição constitucional dos órgãos judiciais inferiores por meio do esvaziamento do controle difuso da constitucionalidade (ativismo eficaz e interno)²¹⁴.

Como já se mencionou antes, o ativismo eficaz pode ser verificado nas decisões do STF que buscam “abstrativizar” a fiscalização difusa da constitucionalidade, atribuindo força *erga omnes* e efeitos vinculantes às suas decisões emitidas em casos concretos. É o caso das decisões emitidas em mandados de injunção nas quais o Tribunal regulamentou o direito de greve para todos os servidores públicos, e não apenas para os autores das ações. É também o caso da tentativa do ministro Gilmar Mendes de dispensar a necessidade de participação do Senado Federal no processo de fiscalização difusa da constitucionalidade, de modo que a decisão do STF teria, por si mesma, força obrigatória geral (tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF).

No que diz respeito ao ativismo competencial, no capítulo seguinte serão analisados dois casos nos quais a atuação criativa do STF o colocou, circunstancialmente,

²¹⁴ Sobre o conceito e as modalidades de ativismo judicial, confira-se o item 4.2 do Capítulo II, supra.

na posição de poder constituinte. Tratam-se da criação jurisprudencial da perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária e da instituição, também jurisprudencial, de um sistema de fiscalização judicial preventiva da constitucionalidade.

CAPÍTULO IV – AUTOEXPANSÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ATIVISMO JUDICIAL NA PRÁTICA: O STF COMO PODER COCONSTITUINTE

1 A PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

Como veremos, o STF decidiu que a titularidade do mandato parlamentar pertence aos partidos políticos e não aos candidatos eleitos, razão pela qual entendeu que deputado federal, estadual, distrital ou vereador pode perder o mandato eletivo se migrar, sem justa causa, de uma agremiação partidária para outra no curso da legislatura.

Considerando que esta hipótese de sanção por ato de infidelidade partidária não se encontra prevista expressamente na Constituição Federal, entendemos que a Suprema Corte reformou, pela via interpretativa, a Carta Magna, instituindo uma espécie de *mandato imperativo de partido* e incidindo em ativismo judicial competencial, na medida em que assumiu uma competência constituinte não lhe outorgada pela Constituição.

1.1 Representação parlamentar: mandato imperativo, mandato livre e mandato imperativo de partido

Segundo Urbano, a representação parlamentar, na sociedade pré-moderna, dava-se por meio não de um *mandato livre ou representativo* do povo, mas de um *mandato imperativo*, que se assemelhava a um mandato de representação privada, através do qual os parlamentares pré-modernos serviam como intermediários entre o monarca e os grupos mandantes (estamentos, corporações e burgos), os quais delimitavam previamente o objeto da representação, bem como controlavam a atuação do mandatário e eventualmente pagavam uma remuneração pelos serviços de seus representantes. Portanto, as características fundamentais da representação parlamentar pré-moderna consistiam, por um

lado, na existência de uma relação jurídica entre representantes e representados e, por outro, na setorialidade da representação²¹⁵.

Para Canotilho, o mandato imperativo, no âmbito da representação política, significava a vinculação dos representantes não aos interesses da generalidade do povo, mas aos interesses particulares ou de determinado círculo de eleitores²¹⁶. Este tipo de mandato foi proibido após as revoluções liberais americana e francesa (século XVIII) em decorrência da *desjuridificação* e *coletivização* do processo representativo, de modo a se consolidar, no continente europeu, as ideias de *mandato livre ou mandato representativo* popular (de toda a nação) e de *titularidade individual* do mandato do parlamentar²¹⁷.

Com a democratização dos regimes representativos e a constitucionalização dos partidos políticos, estas agremiações partidárias ganharam força, emergindo uma tensão entre o princípio da proibição do mandato imperativo e o princípio da democracia partidária. Assim, desde a década de 20 do século passado, a doutrina vem alertando para a existência do retorno do mandato imperativo, agora na modalidade de *mandato imperativo de partido*, consubstanciado no fato de os partidos políticos estarem utilizando técnicas destinadas a assegurar o domínio sobre os parlamentares, vinculando-os a seus quadros²¹⁸.

O mandato imperativo de partido, de acordo com cada realidade concreta, pode decorrer, conforme estudo de Nicolò Zanon, mencionado por Urbano, de previsão *constitucional ou legal*, mas não apenas disso. Pode originar-se, também, de uma fonte *estatutária* (normas oriundas do ordenamento jurídico interno dos partidos), *negocial* (consenso entre os dirigentes partidários e o parlamentar) ou mesmo *convencional* (regras de comportamento, observadas pelos parlamentares e pelos órgãos dirigentes do partido ou do grupo parlamentar)²¹⁹.

No caso brasileiro, emerge uma nova fonte de mandato imperativo de partido: a fonte judicial. Com efeito, o STF decidiu, em 2007, que pode perder o mandato o parlamentar que se desfiliar, durante a legislatura, do partido pelo qual fora eleito.

²¹⁵ URBANO, Maria Benedita. **Representação política e parlamento**: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos do protecção do mandato parlamentar. Coimbra: Almedina, 2009a, (Teses), p. 111-113.

²¹⁶ CANOTILHO, 2003, *op. cit.*, p. 113.

²¹⁷ URBANO, Maria Benedita. Titularidade do mandato parlamentar: a propósito da Resolução n.º 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro. **Revista de Direito Público e Regulação** (Cedipre), Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, jul. 2009b, p. 123 e 126.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 123-124.

²¹⁹ URBANO, 2009a, *op. cit.*, p. 243-244.

Antes de analisar a decisão da Suprema Corte, convém definir o instituto da fidelidade partidária e descrever como o problema está posto no Brasil.

1.2 Fidelidade partidária no Brasil: conceito e colocação do problema

A fidelidade partidária é compreendida como sendo o vínculo entre o partido político e o parlamentar eleito que obriga este a permanecer integrado naquele e a obedecer suas diretrizes, sob pena de perda do mandato por infidelidade partidária, decretada pela Justiça Eleitoral²²⁰.

No regime constitucional anterior (Constituição de 1967), a fidelidade partidária foi explicitamente exigida pela Emenda Constitucional n.º 1/1969 (art. 35, *caput* e V, e art. 152, parágrafo único)²²¹ que, emergente de um contexto de regime autoritário, foi editada por uma junta militar formada pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Segundo Ferreira Filho, “o parlamentar era visto, acima de tudo, como um soldado fiel e disciplinado do partido”²²². Com o processo de redemocratização do Brasil, a Emenda Constitucional n.º 25/1985 extinguiu a possibilidade de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária²²³.

Com o advento da atual Constituição Federal de 1988, a hipótese de perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária continuou sem previsão constitucional. As

²²⁰ Em sentido próximo, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 412. A infidelidade partidária é uma das espécies de *transfuguismo* político, embora este não se limite àquela. Com efeito, segundo Urbano, o transfuguismo refere-se à situação em que o parlamentar “se transfere de um partido para o outro no decurso da legislatura. Este fenómeno implica, pois, a saída prévia do partido, a qual pode ter ocorrido voluntariamente ou por expulsão. No primeiro caso, o acto de transfuguismo consubstancia a expressão máxima da infidelidade partidária”. No segundo caso, “a expulsão pode ter sido motivada por variadas razões, pelo que o acto de transfuguismo não tem que configurar necessariamente um acto de infidelidade partidária”. (URBANO, 2009b, *op. cit.*, p. 122, nota 4). Com maiores desenvolvimentos, cf. URBANO, 2009a, *op. cit.*, p. 264 e ss.

²²¹ BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 1**, de 17 de outubro de 1969. Alterou a Constituição Federal de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2015.

²²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 122.

²²³ BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 25**, de 15 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2015.

únicas causas de perda de mandato do deputado encontram-se taxativamente elencadas no art. 55 da Constituição, dentre as quais não se encontra a infidelidade partidária²²⁴.

A Carta Magna colocou esta questão dentro da autonomia partidária, consignando que cabem aos partidos políticos estabelecerem em seus estatutos “normas de disciplina e fidelidade partidária” (art. 17, § 1.º), podendo prever sanções que vão da advertência à expulsão²²⁵, sem, contudo, autorizar a perda do mandato do parlamentar infiel. Atualmente, existem inúmeras propostas de emenda constitucional em tramitação na Câmara dos Deputados visando alterar o art. 55 para assegurar aos partidos políticos a titularidade dos mandatos, mas nenhuma ainda foi aprovada²²⁶.

Considerando que as únicas causas de perda do mandato parlamentar são as constantes do art. 55 da Constituição, parte da doutrina se posiciona pela impossibilidade de perda do mandato por infidelidade²²⁷. No âmbito jurisprudencial, o STF sempre entendeu que, diante do silêncio constitucional, não poderia haver perda de mandato do parlamentar que saísse do partido sob cuja legenda fora eleito, ingressando em outro durante a legislatura, aceitando que era exaustivo o rol contido no mencionado art. 55.

Por exemplo, no MS n.º 20.927/DF (julgado em 11/10/1989), o plenário do STF asseverou que é inaplicável o princípio da fidelidade partidária aos parlamentares. No voto do relator, ministro Moreira Alves, consta o motivo: “Ora, se a própria Constituição não estabeleceu a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (...), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse,

²²⁴ Eis as atuais hipóteses constitucionais de perda de mandato parlamentar: “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

²²⁵ Esta conclusão decorre dos arts. 22 a 25 da Lei n.º 9.096/95 (Lei dos partidos políticos).

²²⁶ Dentre elas, podemos citar, por exemplo, as seguintes: 85/1995; 90/1995; 137/1995; 251/1995; 24/1999; 27/1999; 143/1999; 242/2000; 4/2007; e, 182/2007. Confira-se em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 22 de junho de 2015.

²²⁷ É o caso, por exemplo, de SILVA, 2015, *op. cit.*, p. 410.

bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55”. Mais recentemente, no MS n.º 23.405/GO (julgado em 22/03/2004), o STF também afastou a possibilidade de perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária, afirmando que se tratava de “hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição”²²⁸.

No ano de 2007, contudo, a jurisprudência do STF viria a ser radicalmente alterada, conforme veremos.

1.3 Entendimento atual do STF: perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária

1.3.1 Considerações preliminares

No dia 04 de outubro de 2007, o STF julgou em conjunto os mandados de segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF²²⁹, ajuizados, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista - PPS, Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB e Partido Democratas – DEM. As ações foram propostas em face de decisão do presidente da Câmara dos Deputados que indeferira requerimentos formulados pelos partidos, nos quais solicitavam a declaração de vacância dos mandatos exercidos por deputados federais que se desfilaram de seus quadros.

O STF, por oito votos a três, entendeu que a titularidade do mandato parlamentar conquistado pelo sistema de representação proporcional²³⁰ pertence ao partido e que a infidelidade do parlamentar pode resultar na perda do mandato. Ficaram vencidos os ministros Eros Roberto Grau, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, que não

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno: 1) Mandado de Segurança n.º 20.927/DF Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 11/10/1989, publicado no Diário da Justiça em 15/04/1994; 2) Mandado de Segurança n.º 23.405/GO. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/03/2004, publicado no Diário da Justiça em 23/04/2004.

²²⁹ STF. Mandados de Segurança n.ºs 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, *op. cit.*

²³⁰ O sistema eleitoral brasileiro engloba o sistema majoritário e o sistema proporcional. O *sistema eleitoral majoritário* é utilizado para a escolha de prefeitos, governadores, senadores e presidente da República, sendo considerado vencedor o candidato que obtiver o maior número de votos. A eleição de vereadores, deputados estaduais, distritais e federais se opera pela via do *sistema de representação proporcional* (art. 45 da CF). Neste sistema, que é pautado pelas regras de quociente eleitoral e quociente partidário, os votos computados são os de cada partido político ou coligação, definindo-se quantas vagas serão destinadas à agremiação partidária. Em seguida, estas vagas são distribuídas entre os candidatos da mesma agremiação, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido (arts. 106 a 108 do Código Eleitoral).

vislumbravam a possibilidade constitucional de perda do mandato do parlamentar infiel. Com a decisão, a Suprema Corte acabou por criar, pela via jurisprudencial, uma nova causa de perda de mandato parlamentar: a perda por infidelidade partidária.

Embora se trate de um posicionamento ativista (ativismo judicial competencial), o STF teve seus motivos para assim decidir. Antes de analisarmos os fundamentos dos votos dos ministros, cumpre delimitar o cenário político-partidário em que a Suprema Corte estava envolvida no momento da decisão.

1.3.2 Cenário político de “Babel partidária”: proliferação de partidos e excessiva mobilidade parlamentar

O ambiente político-partidário que culminou com a decisão do STF é caracterizado pela excessiva mobilidade dos parlamentares. A Constituição Federal brasileira alberga o princípio do pluripartidarismo (art. 17), permitindo a ampla liberdade de criação de partidos políticos, o que tem inspirado a proliferação de siglas partidárias, muitas vezes por razões mais de interesse privado do que político-ideológicas. Recentemente, o ministro Barroso advertiu que, no sistema partidário brasileiro, tem crescido o fenômeno das *legendas de aluguel*, que são criadas não com o intuito de contribuir para programas de governo ou para a definição de políticas públicas, mas para receberem recursos predominantemente públicos do Fundo Partidário e terem acesso a tempo gratuito de televisão, que geralmente é negociado.

Nas palavras do ministro, “o dinheiro do Fundo é frequentemente apropriado privadamente e o tempo de televisão é negociado com outros partidos maiores, em coligações oportunistas e não em função de ideias. A política, nesse modelo, afasta-se do interesse público e vira um negócio privado”. Em suma, a ausência de cláusula de barreira “produz uma Babel partidária, de efeitos sombrios sobre a legitimidade democrática, a governabilidade e a decência política”, na medida em que “numerosos partidos funcionam como embalagens para qualquer produto”, o que explica as “constantes migrações de parlamentares de um partido para outro”²³¹.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 5.081/DF. Relator: Luís Roberto Barroso, julgada em 27/05/2015. Acórdão pendente de publicação. Voto do relator disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

Seja qual for a razão da pulverização partidária (interesse público-ideológico ou interesse privado), o certo é que, atualmente - até o dia 26 de junho de 2015 - já existem 32 partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral - TSE²³². Neste cenário multipartidário e cheio de incentivos migratórios, muitos deles decorrentes das estratégias de um presidencialismo de coalizão, sempre foi comum no Brasil haver uma excessiva mobilidade dos parlamentares, normalmente com saída de um partido de oposição para integrar partidos da base aliada do governo. Estatísticas demonstram que as trocas de legenda poderiam se aproximar de um problema endêmico, pois, de 1995 a 2007, efetivaram-se 893 migrações partidárias apenas na Câmara dos Deputados²³³.

Neste contexto de intensa movimentação parlamentar, o então Partido da Frente Liberal-PFL (atual Partido Democratas) fez uma consulta (Consulta n.º 1.398/DF) ao TSE²³⁴, indagando-o sobre a quem pertence a titularidade do mandato de parlamentar eleito pelo sistema de representação proporcional, se do parlamentar ou do partido. No dia 27 de março de 2007, o TSE, interpretando a Constituição, respondeu ao consulente, assentando que os partidos políticos têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral de representação proporcional quando, não ocorrendo razão legítima que o justifique, ocorra cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito para outra legenda²³⁵.

Acontece que esta interpretação do TSE, por não ter caráter jurisdicional (decorreu de sua atividade consultiva), não foi observada pelo presidente da Câmara dos Deputados, que se negara a substituir os parlamentares infiéis pelos suplentes dos partidos

²³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Partidos políticos registrados no TSE**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 26 de junho de 2015.

²³³ FREITAS, Andréa. Migração Partidária na Câmara dos Deputados de 1987 a 2009. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 55, n.º 4, 2012, p. 979.

²³⁴ A Justiça Eleitoral é um órgão de jurisdição especializada que integra o Poder Judiciário brasileiro (art. 92 da CF) e cuida da organização do processo eleitoral. Ela é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais (art. 118 da Constituição Federal). Para além da função jurisdicional e administrativa, a Justiça Eleitoral desempenha também *função normativa* e *consultiva*. A função normativa permite à Justiça Eleitoral, por meio de resoluções, expedir instruções para a execução das leis eleitorais, especialmente do Código Eleitoral (art. 1º, parágrafo único e art. 23, IX, ambos do Código Eleitoral – Lei n.º 4.737/65). A função consultiva, de competência do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais, autoriza esta Justiça especializada a responder indagações que lhe forem feitas - em tese (situações abstratas e impessoais) e sobre matéria eleitoral -, por certas autoridades públicas e partidos políticos (art. 23, XII, e art. 30, VIII, ambos do Código Eleitoral).

²³⁵ A resposta à Consulta consta da Resolução n.º 22.526/2007. Cf. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n.º 22.526**, de 27 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2015.

vítimas das migrações dos deputados, o que resultou no ajuizamento dos mandados de segurança, acima citados, perante o STF.

No julgamento, o STF concluiu que o mandato representativo pertence ao partido político e não ao parlamentar eleito, de forma que pode perdê-lo o parlamentar que, a partir da data em que o TSE apreciou a Consulta n.º 1.398/DF (27/03/2007), migrar de uma agremiação partidária para outra, salvo se presentes causas que justifiquem o desligamento partidário.

Por fim, o STF outorgou ao TSE o poder de editar resolução destinada a disciplinar o processo de perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária, bem como o de justificação de desfiliação legítima, o que, de fato, deu-se com a aprovação, pelo TSE, da Resolução n.º 26.610, de 25/10/2007²³⁶. Portanto, o STF instituiu - e o TSE regulamentou - uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, que não se encontra prevista no rol exaustivo do art. 55 da CF.

1.3.3 Os argumentos dos ministros: O STF como um poder constituinte autodeclarado

No julgamento dos mandados de segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, a tese de perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária não recebeu apoio dos ministros Eros Roberto Grau, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, que ficaram vencidos.

Em apertada síntese, os ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowski argumentaram que a atual Constituição manteve a supressão, feita pela EC 25/85 à Constituição anterior, da sanção de perda de mandato por infidelidade partidária, sendo taxativo o rol de causas de perda de mandato elencadas no seu art. 55 da atual Carta Magna. O ministro Eros Grau concluiu que a criação de hipótese de perda de mandato

²³⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n.º 26.610**, de 25 de outubro de 2007. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2015. Contra esta Resolução, o Partido Social Cristão-PSC e o Procuradoria-Geral da República ajuizaram, respectivamente, as ADIs n.ºs 3.999/DF e 4.086/DF, oportunidade em que o STF manteve a Resolução e ratificou o entendimento de perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária. (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADIs n.ºs 3.999/DF e 4.086/DF, ambas relatadas pelo Ministro Joaquim Barbosa, julgadas em 12/11/2008, publicadas no Diário da Justiça em 17/04/2009).

parlamentar pelo Judiciário, fazendo as vezes de Poder Constituinte derivado, afrontaria os valores fundamentais do Estado de Direito. O ministro Joaquim Barbosa asseverou que, nos termos do art. 45 da CF, o titular derradeiro do poder é o povo, em nome do qual agem os representantes, razão pela qual afirmou ter dificuldade em admitir que a fonte de legitimidade de todo o poder estivesse nos partidos políticos.

Para a maioria dos ministros do STF, contudo, o mandato parlamentar pertence ao partido político e o parlamentar infiel pode perdê-lo. Para chegar a esta conclusão, foi necessário superar a ausência desta consequência no art. 55 da Constituição, ou seja, foi preciso responder ao questionamento de que era preciso alterar formalmente a Lei Fundamental para incluir mais uma hipótese de perda de mandato.

Como argumento genérico, embora não decisivo para o deslinde da questão, foi consignado na própria ementa do acórdão do MS n.º 26.603/DF que o STF possui poderes constituintes: “No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’”. Por outro lado, naquele mesmo mandado de segurança, o ministro Celso de Mello - invocando o princípio da força normativa da Constituição e o papel do STF de guardião da Carta Magna -, foi claro ao encampar em seu voto as seguintes palavras de Francisco Campos: “Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”²³⁷.

Para além da autodeclaração do *status* de poder constituinte, merecem destaque, em defesa da perda do mandato por infidelidade partidária, outros argumentos mais específicos utilizados pelos ministros do STF. Vejamos:

- Os partidos políticos representam um instrumento de concretização do princípio democrático, pois asseguram o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal. A natureza partidária do mandato representativo emana de duas normas constitucionais: a) da que define a filiação partidária como condição de elegibilidade, proibindo candidaturas avulsas ou independentes de partido (art. 14, § 3º, inciso V²³⁸); e, b) da que consagra o

²³⁷ STF. MS n.º 26.603/DF, *op. cit.*, p. 45.

²³⁸ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante (...). § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...). V - a filiação partidária”.

sistema proporcional (art. 45, *caput*²³⁹), que, segundo o Tribunal, seria o modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar, o que restaria comprometido pelo transfugismo político inesperado, que gera um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento.

- Como forma de superar a ausência de previsão constitucional de perda de mandato por infidelidade partidária, a ministra Cármen Lúcia argumentou que a desfiliação partidária é um ato lícito, mas o exercício desta liberdade tem consequências jurídico-políticas. Assim, distinguiu a *sanção* por ato ilícito do *sacrifício do direito* (perda do mandato) por ato lícito (desfiliação partidária), concluindo que se a perda do mandato por infidelidade partidária não é uma punição por um ato ilícito - mas apenas uma consequência do exercício legítimo de uma liberdade -, não há necessidade de sua fixação vir expressa em norma jurídica²⁴⁰.

Por fim, o STF concluiu que o mandato representativo pertence à agremiação partidária, não constituindo projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito. Assim, perde o mandato o parlamentar que migrar, sem justa causa, de uma agremiação partidária para outra no curso da legislatura.

1.3.4 Análise crítica dos argumentos dos ministros do STF

Os constituintes brasileiros de 1988 quiseram, conscientemente, manter abolida a hipótese de perda de mandato do parlamentar que, mesmo injustificadamente, sai do partido político pelo qual foi eleito e ingressa em outro. Uma interpretação constitucional histórica demonstra isso.

Com efeito, no regime constitucional anterior, a perda de mandato, estatuída pela EC n.º 1/1969, veio a ser revogada pela EC n.º 25/1985. A atual Constituição - embora tenha emprestado valor à fidelidade do parlamentar ao partido político (art. 17, §

²³⁹ “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”.

²⁴⁰ Tais argumentos foram invocados, por exemplo, no voto prolatado no Mandado de Segurança n.º 26.604/DF, *op. cit.*

1º) -, ao elencar as causas de perda de mandato do deputado, não incluiu a infidelidade partidária entre elas (art. 55), dando sinais claros de que sua omissão foi eloquente²⁴¹.

Por outro lado, a maioria dos ministros argumentou que a titularidade partidária do mandato parlamentar decorre do princípio democrático, especificamente da norma que define a filiação partidária como condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, inciso V) e da que consagra o sistema proporcional (art. 45, *caput*). Cremos, contudo, que estas normas não têm o condão de eliminar a decisão do constituinte de 1988 de não inserir a infidelidade partidária dentre as causas de perda de mandato parlamentar. De uma interpretação até mesmo literal da Constituição brasileira emana tal entendimento.

Com efeito, o simples fato de os partidos terem o monopólio das candidaturas - decorrente da circunstância de a Constituição estabelecer a filiação partidária como condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, inciso V) -, não autoriza, por si só, a conclusão de que o mandato parlamentar pertence aos partidos políticos. O texto expresso da Carta Magna deixa claro que a exigência de vinculação do candidato a uma agremiação partidária é apenas uma “condição de elegibilidade”, um pré-requisito para concorrer às eleições, e não uma exigência de, uma vez eleito, permanecer no partido por meio do qual participou do processo eleitoral.

Por outro lado, do princípio da representação proporcional consagrado no art. 45, *caput*, da CF para as eleições de deputados, não decorre necessariamente a natureza partidária dos mandatos parlamentares, isso em razão da literalidade do próprio dispositivo, que diz que a Câmara dos Deputados compõe-se de “representantes do povo”, e não de representantes dos partidos²⁴². Ademais, a mera invocação de um princípio constitucional “não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor normatização que ultrapasse os lindes de sua competência”²⁴³.

²⁴¹ Em sentido contrário e em defesa da decisão do STF, Bulos afirma que a Constituição não precisa “enunciar, por escrito, o natural dever de fidelidade do parlamentar para com a agremiação política da qual participa. A obrigação de lealdade extrai-se do princípio da democracia representativa, consagrado, em nosso sistema de Direito Positivo (CF, art. 1º, parágrafo único)”. (BULOS, 2014, *op. cit.*, p. 908).

²⁴² Nesse sentido, é também o entendimento do procurador-Geral da República, para quem a filiação partidária é uma condição de participação no processo eleitoral, mas não de permanência no cargo. Por outro lado, o procurador defendeu que o artigo 45 da Constituição não dispõe que a Câmara de Deputados é composta de representantes dos partidos, mas sim do povo. (Confira no relatório do MS n.º 26.602/DF). Em sentido contrário, Pedra argumenta que os parlamentares não representam apenas o povo, mas também os partidos aos quais pertencem. (PEDRA, Adriano Sant'Ana. A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** - RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n.º 6, p. 207-249, abr./jun. 2008).

²⁴³ RAMOS, *op. cit.*, p. 250.

Por fim, cabe examinar mais um argumento contido nas decisões do STF. Visando superar a ausência de previsão constitucional de perda do mandato por infidelidade partidária, a ministra Cármen Lúcia distinguiu entre *sanção* por ato ilícito e *sacrifício do direito* decorrente de ato lícito (a liberdade de desassociação ou desfiliação partidária - art. 5º, X, da CF). No entendimento da ministra, a punição decorrente do cometimento de um ato ilícito só é derivável de uma explícita previsão normativa (como nos casos previstos no art. 55 da Constituição). Contudo, o sacrifício de um direito (perda de mandato do parlamentar), por não ter natureza de sanção, pode ser operado pela prática de um ato lícito (migração de um partido para outro), porém carregado de consequências e responsabilidades (políticas e jurídicas) que podem ser inferidas do sistema jurídico, mesmo sem expressa previsão normativa.

Apesar do desenvolvimento do argumento ser dotado de enorme poder persuasivo, fruto da inteligência daquela eminente magistrada, com ele não concordamos. Seja punição ou sacrifício de direito, o fato é que o parlamentar que muda injustificadamente do partido político fica sem o mandato conquistado nas urnas, sem que esta drástica consequência esteja contemplada expressamente na Constituição. Ora, se a Constituição estabelece que a pessoa é livre para se desfiliar de uma agremiação partidária, como o exercício desta liberdade poderia causar-lhe a perda do mandato? Com a possibilidade de tamanho sacrifício, não pode haver verdadeira liberdade de desfiliação.

Por outro ângulo, se a punição por uma conduta ilícita só é permitida quando expressamente prevista no ordenamento jurídico - como asseverou a ministra -, parece haver uma contradição na decisão do STF, o qual fixou que o mandato parlamentar pertence ao partido político, mas, ao mesmo tempo, autorizou o TSE a estabelecer - e este efetivamente o fez - hipóteses excepcionais em que o parlamentar, a juízo do TSE, pode sair do partido pelo qual foi eleito e ingressar em outro, *mantendo o seu mandato legislativo*. Realmente, de acordo com o art. 1º, § 1º, da Resolução n.º 26.610/2007 do TSE, constitui justa causa para a desfiliação partidária: a) incorporação ou fusão do partido; b) criação de novo partido; c) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; e, d) grave discriminação pessoal.

Parece evidente que a conduta referente à “grave discriminação pessoal” é um ato ilícito da agremiação partidária. A natureza ilícita deste ato decorre da própria Constituição que, por um lado, elege como um dos objetivos fundamentais da República

Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV), e, por outro, assevera que todos são iguais perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*), devendo a lei punir “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI).

Ora, se a “grave discriminação pessoal” é um ato ilícito, só poderia ser sancionada se houvesse expressa previsão normativa, de acordo com a própria linha argumentativa da ministra. Assim, pressuposta que seja a correção da interpretação constitucional de que o mandato pertence ao partido e não ao parlamentar, é imperioso concluir que também no caso de desfiliação partidária legítima (com justa causa), mas sem a concordância do partido, foi criada uma nova modalidade de *perda de cadeira parlamentar* que não se encontra prefixada em nenhuma norma legal ou constitucional.

Nesta nova modalidade de perda de mandato, a vítima é o próprio partido político, que fica com um parlamentar a menos diante do acatamento pela Justiça Eleitoral de uma causa permissora da “fuga” do congressista. Ou seja, sob qualquer ângulo, foi judiciariamente instituída uma causa de perda de vaga no Parlamento: seja a perda sofrida pelo parlamentar (por infidelidade partidária), seja a perda suportada pelo partido político (por incidência de causa justificadora da deserção partidária).

Não discordamos com a ideia de que a *titularidade partidária do mandato* parlamentar é, para a realidade política brasileira, uma medida que fortalece a democracia, pois as excessivas migrações dos parlamentares podem, no limite, asfixiar o importante papel que a oposição e as minorias devem exercer no Congresso Nacional.

Por outro lado, não ignoramos que, em determinadas situações, a vinculação do parlamentar ao partido, embora implique em perda de parcela de sua autonomia e liberdade individuais, pode evitar o personalismo político e favorecer ideias e programas, tendo a vantagem de proporcionar uma melhor representação do interesse geral, e não apenas setorial. Com efeito, a atuação autônoma e isolada do parlamentar pode levá-lo a tomar decisões equivocadas, pois, conforme lembra Urbano, “não estando a sua reeleição aristocraticamente assegurada, tem a tendência para ser excessivamente responsivos aos ‘seus’ eleitores, procurando sobretudo atender as vontades, e não necessariamente aos interesses, deles”²⁴⁴.

²⁴⁴ URBANO, 2009b, *op. cit.*, p. 128-129.

Contudo, apesar de entendermos as nobres razões que levaram o STF a punir o transfugismo político, cremos que a titularidade partidária do mandato parlamentar só poderia ser imposta a partir de uma reforma política realizada por políticos, e não por juízes. Ou seja, não basta a interpretação constitucional, é preciso uma emenda à Constituição²⁴⁵.

Portanto, o STF, ao determinar a perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária, produziu direito constitucional, atuando como poder constituinte e incidindo em ativismo judicial competencial²⁴⁶.

2 A CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 Considerações preliminares

Por meio de ativismo judicial competencial, o STF aumentou consideravelmente a sua competência ao instituir uma espécie de controle preventivo da constitucionalidade.

Como se sabe, os ordenamentos jurídicos modernos, fundados em uma Constituição formal, rígida e suprema, não prescindem de um sistema de controle que tenha por objetivo defender esta Lei Fundamental contra atos normativos em fase de elaboração, que, se tornados perfeitos e acabados, tendem a ofendê-la, produzindo efeitos que podem ser de difícil e/ou onerosa reversão por meio da fiscalização sucessiva da constitucionalidade, especialmente no que se refere aos transtornos provocados pela desconstituição - com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, geralmente -, de situações jurídicas consolidadas com base em norma inconstitucional²⁴⁷.

Em razão disso, destaca-se a importância de uma atuação preventiva dos órgãos de fiscalização, no sentido de evitar a existência de normas com

²⁴⁵ A perda de mandato parlamentar por desfiliação partidária só pode decorrer de autorização expressa da Constituição, como fez a portuguesa (art. 160, n.º 1, 'c').

²⁴⁶ Para Ramos, a decisão do STF de impor a perda do mandato parlamentar em razão da desfiliação partidária, "configura um dos episódios mais característicos de ativismo judiciário de toda a história daquela Excelsa Corte". (RAMOS, *op. cit.*, p. 249).

²⁴⁷ Em sentido próximo, mas não coincidente, cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, v. 3, t. 6 (2013), p. 305-306.

inconstitucionalidades manifestas, com o que se realiza uma espécie de profilaxia do ordenamento jurídico. Porém, é de se notar que a fiscalização prévia da constitucionalidade, quando exercida por órgão estranho ao que tem competência específica para produzir o ato, implica, inevitavelmente, em uma interferência no exercício da atividade normativa dos poderes políticos e, conseqüentemente, em uma perturbação do princípio da separação de poderes. Por este motivo, só deve ser feita nos casos e nos limites constitucionalmente previstos e, ainda assim, com parcimônia e redobrada cautela.

Em Portugal, a Constituição expressamente autoriza o controle jurisdicional da constitucionalidade de normas que ainda não completaram seu ciclo formativo, o qual é realizado, com exclusividade e de forma abstrata, pelo Tribunal Constitucional. No Brasil, ao contrário, a Lei Fundamental não permite o controle judicial preventivo de projeto de ato normativo, dando a esta fiscalização profilática natureza exclusivamente política, isto é, concretizada apenas pelos Poderes Legislativo e Executivo²⁴⁸. Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido tal controle através do ajuizamento de mandado de segurança por qualquer parlamentar, que, segundo o Tribunal, tem o direito líquido e certo de só participar de um processo legislativo constitucionalmente hígido.

Tendo em vista este cenário, torna-se necessário saber se é legítimo - à luz de uma leitura sistemática (e até mesmo literal) da Constituição Federal brasileira -, o STF realizar o exame profilático da compatibilidade formal e/ou material de uma proposição legislativa com a Lei Fundamental, especialmente tendo como parâmetro as chamadas cláusulas pétreas²⁴⁹.

Antes de se analisar o sistema preventivo de controle judicial da constitucionalidade no Brasil, cumpre discorrer, ainda que em linhas gerais, sobre os pontos mais relevantes do controle preventivo da constitucionalidade em Portugal,

²⁴⁸ Quando afirmamos que a Constituição brasileira só permite a fiscalização preventiva da constitucionalidade de natureza exclusivamente política, não estamos falando que ela adotou um modelo em que a fiscalização profilática é atribuída a um órgão político especialmente instituído para esta finalidade, situado fora da estrutura do Poder Judiciário. O que queremos dizer é que o controle preventivo da constitucionalidade se desenvolve por meio de um *autocontrole político*, realizado não dentro de um processo autônomo de fiscalização da constitucionalidade, mas no âmbito do procedimento legislativo de elaboração das normas jurídicas (por exemplo, a necessidade dos projetos de atos normativos serem examinados previamente, quanto a sua constitucionalidade, pelas Comissões de Constituição e Justiça do Poder Legislativo; e a possibilidade de veto por inconstitucionalidade apostado pelo chefe do Poder Executivo).

²⁴⁹ As cláusulas pétreas são normas incluídas no núcleo imodificável da Constituição brasileira, ou seja, não podem ser abolidas nem mesmo por emenda constitucional, afigurando-se como um limite material ao poder de reforma da Constituição. Estão previstas no parágrafo 4.º do artigo 60 da CF: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

objetivando perceber que, neste país, onde a Constituição expressamente autorizou a fiscalização preventiva, ela é exercida de modo mais moderada do que no Brasil, onde não há tal autorização constitucional explícita.

2.2 Fiscalização jurisdicional preventiva da constitucionalidade em Portugal

2.2.1 Conceito e requisitos do processo de fiscalização preventiva

A fiscalização ou controle da constitucionalidade, em sentido amplo, é um mecanismo de defesa da Constituição que consiste na verificação da compatibilidade, com esta Lei Fundamental, dos atos normativos do poder público, os quais, para serem válidos, precisam ser produzidos de acordo com o modo de elaboração previsto na Carta Magna (compatibilidade formal) e seus textos devem se harmonizar com o conteúdo das normas constitucionais (compatibilidade material)²⁵⁰. O controle da constitucionalidade pode ser preventivo, tendo com objeto uma pré-norma, ou sucessivo, se o ato normativo já tiver existência jurídica.

O controle preventivo da constitucionalidade (*a priori*) é exercido durante o processo legislativo de elaboração do ato normativo e objetiva evitar que normas ofensivas à Constituição ingressem no ordenamento jurídico, começando a produzir efeitos muitas vezes irreversíveis ou, pelo menos, de difícil ou onerosa reversão pelo sistema de fiscalização sucessiva.

A atual Constituição da República Portuguesa autorizou o controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade de alguns atos normativos, conforme se verifica nos seus arts. 278 e 279. Os trâmites do processo de fiscalização preventiva, perante o Tribunal Constitucional - TC, estão disciplinados nos arts. 57 a 60 da Lei n.º 28/82 (Lei do Tribunal Constitucional - LTC).

²⁵⁰ A fiscalização da constitucionalidade só se justifica se a Constituição for, para além de formal, suprema, isto é, hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico, e rígida, no sentido de só poder ser alterada por um processo legislativo mais solene, mais complexo e mais dificultoso do que o das normas comuns. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 800; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 296-297; CANOTILHO, 2003, *op. cit.*, p. 890; MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra Editora, 2002. v. 1, p. 57.

Cumpra consignar, desde logo, que o desenvolvimento válido e regular do processo de controle preventivo exige a observância de condicionamentos ligados ao objeto e ao parâmetro da fiscalização (requisitos objetivos), à legitimidade para formulação do pedido e à competência para apreciá-lo (requisitos subjetivos), bem como aos prazos estabelecidos para a prática dos atos processuais (requisitos temporais).

No que toca aos requisitos objetivos, deve-se salientar que o objeto da fiscalização preventiva da constitucionalidade é o exame de normas ainda não completamente aperfeiçoadas, pois pendentes de atos complementares que as coloquem em pleno vigor (normas *imperfeitas*), mas já aprovadas pela instituição legislativa sob a forma de *decretos* ou de *resoluções* (designados, genericamente, de *diplomas*)²⁵¹.

O âmbito do processo de fiscalização preventiva é mais restrito do que o da fiscalização sucessiva. Primeiro porque, ao contrário do que corre no controle *a posteriori* (art. 281, n.º 1, alínea a), nem todas as normas são suscetíveis de exame *a priori*. Só são previamente sindicáveis as normas mais importantes, ou seja, as constantes (i) de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei ou como decreto-lei; (ii) de tratado ou acordo internacional que tenha sido submetido ao Presidente da República para ratificação ou assinatura, respectivamente (art. 278, n.º 1, da CRP); (iii) de diplomas submetidos aos representantes da República das regiões autónomas da Madeira e dos Açores para serem assinados como decretos legislativos regionais (art. 278, n.º 2, da CRP); e, (iv) as propostas de referendo, embora não se tratem propriamente de normas (art. 115, n.º 8, e art. 223, n.º 2, alínea f, da CRP)²⁵².

Segundo, a fiscalização preventiva é, em regra, apenas de *constitucionalidade* das normas do diploma (art. 278 da CRP). Não é possível a fiscalização preventiva da

²⁵¹ MORAIS, *op. cit.*, p. 434; CANOTILHO; MOREIRA, 2010, *op. cit.*, p. 885.

²⁵² Embora o conceito de norma, para o fim de definição do objeto da fiscalização preventiva, seja tomado em sentido amplo, há atos imunes a esta averiguação profilática. Dentre eles, podemos citar, por exemplo, os decretos regulamentares e demais decretos do Governo da República, os decretos dos governos regionais e a lei de revisão constitucional. Esta - apesar de ser uma das mais importantes categorias de normas e embora aparentemente incluída no rol do artigo 278, n.º 1, da CRP -, não se submete à fiscalização preventiva ou a qualquer heterocontrole, sendo um produto normativo exclusivo do Parlamento, pois a sua promulgação não pode ser recusada pelo presidente da República, ou seja, ele está impedido de vetá-la (artigo 286, n.º 3, da CRP). Considerando que o veto por inconstitucionalidade pressupõe sempre uma decisão, nesse sentido, do Tribunal Constitucional, não há que se falar, nesta hipótese, em controle preventivo, que tem por objetivo justamente obrigar a aposição do veto (art. 278, n.º 1, da CRP). Nesse sentido: CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional: A Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 76-80; MORAIS, *op. cit.*, p. 57-60; CANOTILHO e MOREIRA, *op. cit.*, p. 1003 - 1005.

legalidade de atos legislativos que violem leis com valor reforçado²⁵³, ao contrário do controle sucessivo, que engloba os dois aspectos (CRP, art. 280, n.ºs 1 e 2; e art. 281, n.º 1, alíneas ‘b’ a ‘d’). Como exceção a esta regra, verifica-se a possibilidade de controle preventivo da legalidade das propostas de referendo (art. 115, n.º 8, e 223, n.º 2, alínea f, da CRP), tendo como parâmetro de fiscalização a legislação orgânica do referendo.

No que se refere aos requisitos subjetivos, deve-se iniciar dizendo que o processo jurisdicional de fiscalização preventiva é de competência exclusiva do plenário (art. 224, n.º 2, da CRP) do Tribunal Constitucional (arts. 115, n.º 8; 232, n.º 2; 223, n.º 1 e 2, ‘f’; 278 e 279, todos da CRP) e dá-se pelo controle abstrato, ou seja, independente da aplicação da norma sindicada a um caso concreto, justamente em razão dela não ter o poder de produzir qualquer efeito, pois não existe juridicamente, tendo em vista que ainda não foi promulgada (art. 137 da CRP). O processo tem caráter eventual, na medida em que não é deflagrado obrigatoriamente, salvo no caso de proposta de referendo que, necessariamente, precisa ser previamente fiscalizada (CRP, art. 115, n.º 8)²⁵⁴.

Com relação à legitimidade ativa, estão aptos a desencadear o processo de fiscalização preventiva: a) o presidente da República, em relação às normas constantes de diplomas que lhe sejam submetidos para ratificação (tratados internacionais), assinatura (acordos internacionais) ou promulgação (lei ou decreto-lei) (art. 278, n.º 1); b) os representantes da República para as regiões autónomas da Madeira e dos Açores, no respeitante a qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura (art. 278, n.º 2); c) o primeiro-ministro e um quinto dos deputados à Assembleia da República em efetividade de funções, apenas quando se tratar de norma constante de decreto para promulgação, pelo presidente da República, como lei orgânica (art. 278, n.º 4)²⁵⁵.

²⁵³ Nos termos do art. 112, n.º 3, da CRP: “Têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas”. Elas servem de parâmetro de fiscalização da legalidade das demais leis infraconstitucionais.

²⁵⁴ Em sentido próximo, cf. MORAIS, *op. cit.*, p. 23-26.

²⁵⁵ Nos termos do art. 166, n.º 2, da CRP, lei orgânica é a forma que revestem certos atos legislativos, político-constitucionalmente relevantes, de reserva absoluta da Assembleia da República, previstos nas alíneas a) a f), h), j), primeira parte da alínea l), q) e t) do artigo 164 e no artigo 255. “Essas leis requerem maioria qualificada para sua aprovação (art. 168.º-5), estão sujeitas a um regime especial de fiscalização preventiva da constitucionalidade (art. 278.º-4) e possuem valor reforçado face às demais leis (art. 112-3), beneficiando de um regime de fiscalização semelhante ao da constitucionalidade (cf. arts. 280.º-2/a e 281-1/b)”. (CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 343).

No processo de fiscalização preventiva, há de se observar os prazos fixados na Constituição para a prática de determinados atos. Dessa forma, por força do art. 278, n.ºs 3 e 6, da CRP, o presidente da República e demais legitimados ativos têm o prazo de 8 dias para formularem o pedido, a contar da data da recepção do diploma ou do conhecimento do envio ao presidente da República do decreto que deva ser promulgado como lei orgânica (neste último caso, se o requerente for o primeiro-ministro ou um quinto dos deputados à Assembleia da República em efetividade de funções). A inobservância deste prazo acarreta a inadmissibilidade do pedido, nos termos do art. 53, n.º 1, da LTC.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional deve se pronunciar sobre o pedido em 25 dias, que pode ser reduzido pelo presidente da República em caso de urgência, salvo quando, nas hipóteses em que isso for possível, os requerentes sejam os representantes da República, o primeiro-ministro ou um quinto dos deputados da Assembleia da República em efetividade de funções (art. 278, n.º 8, da CRP). De qualquer forma, a redução do lapso temporal não é absolutamente discricionária, devendo ser observado o princípio da proporcionalidade, de modo a não prejudicar o exercício útil do ato processual²⁵⁶.

2.2.2 Efeitos da decisão do Tribunal Constitucional

Após examinar o diploma, o Tribunal Constitucional emitirá uma decisão, cujos efeitos variarão conforme a pronúncia da Corte seja no sentido da não inconstitucionalidade ou da inconstitucionalidade das normas.

Caso o Tribunal Constitucional entenda que não há qualquer inconstitucionalidade, o presidente da República, nos termos do art. 136, n.ºs 1 e 4, da CRP e no prazo de vinte ou quarenta dias (conforme a norma seja oriunda, respectivamente, da Assembleia da República ou do Governo), poderá optar por: a) promulgar o diploma, ratificar o tratado internacional ou assinar acordo internacional; ou b) vetar politicamente o diploma ou se recusar a assinar ou a ratificar a convenção internacional²⁵⁷. Se optar pelo veto, os fundamentos devem ser apenas de ordem política, jamais por motivo de

²⁵⁶ Nesse sentido, cf. CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 925. No processo que gerou o Acórdão n.º 320/89, o prazo para pronúncia do TC foi reduzido para 5 dias.

²⁵⁷ Também os representantes da República, na sequência da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade das normas, têm a opção de assinar ou vetar politicamente o decreto da Assembleia Legislativa da região autónoma, mas o prazo é de quinze dias, contados da publicação da decisão do Tribunal Constitucional (artigo 233, n.º 2, da CRP).

inconstitucionalidade, tendo em vista que o veto jurídico pressupõe uma decisão no sentido da inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional²⁵⁸.

Esta decisão do Tribunal Constitucional não preclui a possibilidade das mesmas normas virem a ser, posteriormente, objeto de controle sucessivo abstrato ou concreto, ocasião em que poderão ser, respectivamente, declaradas ou julgadas inconstitucionais, considerando que os acórdãos prolatados nos processos de fiscalização preventiva não fazem caso julgado material, mas apenas formal, pois as únicas decisões daquele Tribunal que possuem força obrigatória geral, impedindo a reapreciação da questão, são as que, prolatadas no processo de fiscalização sucessiva abstrata, declarem a inconstitucionalidade da norma sindicada (art. 281, n.ºs 1 e 2, e 282, n.º 1, da CRP)²⁵⁹.

Por outro lado, a decisão do Tribunal Constitucional que se pronuncia pela inconstitucionalidade de norma constante do diploma fiscalizado, produz relevantes efeitos, mas dentre eles, diga-se de partida, não se encontra a anulação da norma inconstitucional, até porque ela ainda não existe juridicamente, logo, não poderá ser invalidada (art. 137 c/c art. 134, alínea b, ambos da CRP). Tal decisão, na verdade, tem o efeito de obrigar o presidente da República ou o representante da República, conforme o caso, a vetar integral e expressamente o diploma e o devolver para o órgão que o tiver aprovado (Assembleia da República, Governo, Assembleias Regionais) (art. 279, n.º 1, da CRP)²⁶⁰.

A instituição legislativa, ao receber o diploma vetado por inconstitucionalidade, pode, ao abrigo do art. 279, n.º 2, da CRP, adotar uma das seguintes opções: 1) não volta a aprová-lo, conformando-se com a decisão que o censurou; 2) expurga as normas inconstitucionais; ou, 2) o confirma por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções²⁶¹.

²⁵⁸ Nesse sentido, cf. CORREIA, *op. cit.*, p. 111-112, nota 144.

²⁵⁹ Nesse sentido: MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra Editora, 2002, v. 2, p. 71-72; CORREIA, *op. cit.*, p. 123; e COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 88.

²⁶⁰ O veto, ao contrário do que ocorre no Brasil (art. 66, § 1.º, da CF), envolve sempre a totalidade do diploma, não podendo ser parcial (art. 279, n.º 1, da CRP).

²⁶¹ Em relação aos decretos-lei do Governo, o veto por inconstitucionalidade é definitivo, intransponível, na medida em que só poderá ser superado com a eliminação das normas consideradas inconstitucionais, vez que a confirmação do diploma é faculdade exclusiva dos “deputados” (artigo 279, n.º 2, da CRP). Contudo, caso o Governo pretenda suplantar o veto sem correção dos vícios, poderá, utilizando seu poder de iniciativa legislativa (artigo 167, n.ºs 1 e 2, da CRP), “converter o decreto em proposta de lei e apresentar à Assembleia

No primeiro caso, quando os legisladores aceitam o veto jurídico aposto ao diploma com base na decisão do Tribunal Constitucional, fica, por óbvio, inviabilizada a sua promulgação ou assinatura (art. 279, n.º 2, primeira parte, da CRP). As outras duas opções cuidam da possibilidade de superação do veto, que, mesmo amparado pela decisão do Tribunal Constitucional, não é absoluto, podendo ser ultrapassado.

A expurgação consiste na eliminação, pelo órgão que tiver aprovado o diploma, das normas tidas por incompatíveis com a Lei Fundamental, o que possibilita a sua promulgação ou assinatura (art. 279, n.º 2, da CRP), passando as normas a integrarem o ordenamento jurídico (art. 137 da CRP)²⁶².

Uma outra forma de ultrapassagem do veto por inconstitucionalidade dá-se com a confirmação parlamentar do diploma pela maioria constitucionalmente exigida (art. 279, n.º 2, da CRP). Por esta via, a Assembleia da República, em uma segunda votação, ao invés de purificar o diploma, excluindo os preceitos inconstitucionais, o reaprova. Neste caso, a questão que se põe consiste em saber se o presidente da República está obrigado a promulgar a lei, com base na manifestação do legislador, ou se poderá deixar de fazê-lo, nos termos da decisão do Tribunal Constitucional.

A Constituição parece sinalizar no sentido de que o presidente da República tem a faculdade de promulgação, e não a obrigação. Esta interpretação se extrai da redação dos arts. 136, n.º 2, e 279, n.º 2. Aquele primeiro dispositivo constitucional diz que, quando o diploma vetado politicamente é confirmado pelo Parlamento (sem alterações de fundo), o chefe de Estado “deverá” promulgá-lo, sendo do Parlamento a última palavra (trata-se, portanto, de ato vinculativo, obrigatório). Porém, de acordo com este último dispositivo, quando aposto o veto por inconstitucionalidade, o diploma não “poderá” ser promulgado ou assinado sem a reaprovação parlamentar pela maioria exigida (ao usar o verbo “poder”, e não “dever”, deixa claro que é um ato discricionário, facultativo).

da República, com vista a torneir o veto que sobre ele incidiu. Esta diferença de regimes alicerça-se na circunstância de que a Assembleia da República, contrariamente ao Governo, ter uma legitimidade democrática directa e, sobretudo, no facto de ter o primado da competência legislativa...”. (CORREIA, *op. cit.*, p. 119-113, nota 146).

²⁶² É importante destacar que, caso a expurgação das inconstitucionalidades seja equivalente a uma *reformulação* do diploma - ou seja, não se limite a eliminar pura e simples das normas inconstitucionais, provocando alterações substanciais ou de fundo, de modo a não subsistir o pensamento legislativo original -, o presidente da República ou o representante da República, conforme o caso, poderá requerer nova fiscalização preventiva de quaisquer de suas normas, inclusive as contidas em preceitos inalterados (artigo 279, n.º 3, da CRP). Nesse sentido, cf. MORAIS, 2002, v. 2, *op. cit.*, p. 80-84; e CORREIA, *op. cit.*, p. 118, nota 146.

A doutrina tem entendido que a promulgação é mera faculdade do presidente da República, que não estaria obrigado a cancelar normas inconstitucionais. Assim, tem ele o poder de resolver o conflito entre a decisão do Tribunal Constitucional e a deliberação do Parlamento, assumindo a função de árbitro da tensão entre aqueles dois órgãos de soberania. Pode optar, assim, entre promulgar o diploma (aceitando a vontade parlamentar) ou não promulgá-lo (prestigiando a decisão do TC)²⁶³.

Estes são, portanto, os principais aspectos da fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas jurídicas lusitanas, que servirão de parâmetro para se constatar que o controle preventivo da constitucionalidade no Brasil, para além de não haver previsão expressa na Lei Fundamental, vem sendo realizado de forma mais abrangente do que em Portugal, onde a Constituição disciplina o instituto.

A seguir examinaremos um segundo caso de ativismo judicial competencial do STF: a criação jurisprudencial da fiscalização preventiva da constitucionalidade.

2.3 Fiscalização preventiva da constitucionalidade no Brasil

2.3.1 Considerações preliminares

O processo legislativo de elaboração dos atos normativos (ou espécies normativas) - durante o qual se realiza a fiscalização preventiva da constitucionalidade - encontra-se disciplinado nos artigos 59 a 69 da CF.

Como se sabe, a produção da lei ou de emenda constitucional é um ato complexo, que resulta da vontade conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo. Por isso, o processo de formação das espécies normativas brasileiras passa por três fases distintas, designadamente: a) *fase de iniciativa*, que envolve os sujeitos com legitimidade para deflagrá-lo; b) *fase constitutiva*, que abrange a deliberação parlamentar (discussão e votação no Congresso Nacional) e, ressalvado o caso de proposta de emenda

²⁶³ O Tribunal Constitucional já assentou que, nesses casos, “o Presidente da República fica obrigado a não promulgar sem expurgo ou sem confirmação qualificada e com o poder, mas não a obrigação, de promulgar depois desta última”. (Acórdão n.º 334/94). Alguns doutrinadores se posicionam no sentido aqui exposto: CORREIA, *op. cit.*, p. 119-120, nota 146; MORAIS, 2002, v.2, *op. cit.*, p. 91; CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 930-931. Questão complexa reside em saber se, ao abrigo do art. 279, n.º 2, da CRP, as Assembleias legislativas das regiões autónomas também têm o poder de confirmar diplomas vetados com fundamento na inconstitucionalidade de suas normas, após decisão do Tribunal Constitucional nesse sentido. O TC decidiu a favor do poder de confirmação das assembleias regionais, nos termos do Acórdão n.º 151/93.

constitucional, a deliberação executiva (sanção ou veto do chefe do Poder Executivo); e, c) *fase complementar* (promulgação e publicação da lei, a cargo, geralmente, do chefe do Executivo)²⁶⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle profilático da constitucionalidade é, em regra, de *natureza política*, na medida em que é efetivado pelos Poderes Legislativo (controle político interno) e Executivo (controle político externo). Contudo - e aqui se concentra o foco de nossa atenção - mesmo sem expressa previsão constitucional, também é feito pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional). É o que veremos na sequência.

2.3.2 Fiscalização preventiva da constitucionalidade realizada pelos Poderes Legislativo e Executivo

O Poder Legislativo brasileiro é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe, em razão do sistema bicameralista, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 44 da CF), cujos membros são eleitos pelo povo (arts. 45 e 46 da CF). São nestas duas Casas Legislativas que o controle profilático da constitucionalidade ganha relevo.

Com efeito, os deputados federais e os senadores, ao tomarem posse, prometem manter, defender, cumprir e guardar a Constituição, nos termos do art. 4º, § 3º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD²⁶⁵ e do art. 4º, § 2º, do Regimento Interno do Senado Federal - RISF²⁶⁶. Por isso, os parlamentares são guardiães da Constituição e têm o dever de evitar o ingresso de normas inconstitucionais no ordenamento jurídico. Desincumbem-se deste encargo, em um primeiro momento, abstendo-se de apresentar proposição legislativa que contrarie a Carta Magna. Esta pode

²⁶⁴ Jorge Miranda, no contexto do ordenamento jurídico português, ressalta que a publicação da lei situa-se fora do processo legislativo, pois “diz respeito à norma em si, desprendida do acto legislativo, e não propriamente a este”. (MIRANDA, 2014, v. 3, t. 5, *op. cit.*, p. 263).

²⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução n.º 17**, de 21 de setembro de 1989. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/1989/resolucaodacamaradosdeputados-17-21-setembro-1989-320110-republicacaoatualizada-40374-pl.html>>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

²⁶⁶ BRASIL. Senado Federal. **Resolução n.º 93 (1970)**: com atualizações da Resolução n.º 18 (1989) e consolidado com alterações posteriores até 2010. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegInternoSF_Vol1.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

ser considerada a primeira forma de controle político preventivo da constitucionalidade, que batizaremos de *controle autoral*.

Passado pelo crivo do autor da proposição legislativa, surge uma segunda oportunidade de exame da constitucionalidade do projeto de ato normativo, que pode ser designada de *controle prelibacional*, pois é feito preliminarmente pelo presidente da Casa Legislativa (Senado Federal ou Câmara dos Deputados), o qual tem o poder de impedir a tramitação de projeto de ato normativo que entenda manifestamente inconstitucional, cabendo, desta decisão, recurso para o Plenário da Casa respectiva (art. 137, § 1º, II, 'b', e § 2º, do RICD, e art. 48, XI, do RISF).

Superado o juízo de prelibação do presidente de cada Casa legislativa, o projeto de ato normativo segue para a apreciação especializada da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), que tem amparo constitucional (art. 58 da CF). Trata-se, por assim dizer, do *controle "comissional"*.

Na Câmara dos Deputados, a CCJ está prevista o art. 32, IV, do RICD e a ela compete analisar a constitucionalidade de todos os projetos de atos normativos em tramitação. Seu parecer no sentido da inconstitucionalidade é terminativo, só podendo ser combatido mediante recurso ao plenário da Casa, interposto por, no mínimo, um décimo dos deputados federais (art. 132, § 2º; e 164, § 2º, do RICD; e art. 58, § 2º, I, da CF). No Senado Federal, por força do art. 101, § 1º, do RISF, o parecer no sentido da inconstitucionalidade da CCJ também é terminativo, ocasionando a rejeição e arquivamento definitivo do projeto de ato normativo. Se a decisão tiver sido unânime, não cabe qualquer recurso; porém, se tiver sido por maioria, é possível o recurso para o plenário do Senado, também interposto por, no mínimo, um décimo dos senadores (art. 254 do RISF e art. 58, § 2º, I, da CF).

Se a proposição legislativa sobreviver a todos aqueles filtros, pode haver ainda uma outra oportunidade de exame da constitucionalidade no âmbito do Poder Legislativo, que pode ser denominado de *controle plenário separado*. Realmente, a proposição legislativa, ao ser submetida à votação nos plenários do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, separadamente, os membros destas Casas poderão rejeitá-la, caso entendam-na inconstitucional.

Destaque-se que, em razão do sistema bicameralista do Poder Legislativo brasileiro, o projeto de lei aprovado em uma Casa legislativa deverá ser revisto pela outra

(art. 65 da CF). Ou seja, toda a peregrinação do projeto de ato normativo, acima descrita, ocorre duas vezes, primeiro na Casa iniciadora (em regra, a Câmara dos Deputados: arts. 61, § 2.º, e 64, ambos da CF) e depois na Casa revisora (geralmente, o Senado Federal), aumentando consideravelmente as oportunidades de exame da constitucionalidade dos projetos de norma.

Para além deste controle interno, há também um controle político externo das proposições legislativas, feito pelo presidente da República. Com efeito, por força do art. 66, *caput* e parágrafos, da CF, o chefe do Poder Executivo, no prazo de 15 dias após o recebimento do projeto de lei²⁶⁷, poderá sancioná-lo, no caso de aquiescência, ou vetá-lo, na hipótese de discordância (art. 66 da CF). O veto pode ser jurídico ou político. Será jurídico, quando o chefe do Executivo o considerar inconstitucional e, político, quando o julgar contrário ao interesse público (art. 66, § 1.º, da CF). Vetando juridicamente, o presidente da República estará exercendo o controle preventivo da constitucionalidade, evitando que a proposição legislativa venha a se tornar lei. Chamemos esta fiscalização de *controle presidencial*.

O veto, contudo, não é absoluto. O Congresso Nacional poderá, em sessão conjunta e dentro de 30 dias a contar de seu recebimento, rejeitá-lo pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores, por considerar que o projeto de lei é compatível com a Constituição (art. 66, § 4.º, da CF/88). Eis a última forma de fiscalização preventiva de natureza política: o *controle plenário conjunto*.

Como se observa, são vários os momentos em que a Constituição brasileira autoriza o exercício do controle preventivo da constitucionalidade no âmbito político (Legislativo e Executivo). Apesar disso, de acordo com a jurisprudência do STF, ainda é possível a fiscalização profilática da constitucionalidade pela via jurisdicional, mesmo sem expressa previsão da Carta Magna. É o que passaremos a analisar.

2.3.3 Fiscalização preventiva da constitucionalidade realizada pelo Poder Judiciário

2.3.3.1 Compreensão prévia da questão

²⁶⁷ Quando se tratar de Proposta de Emenda Constitucional, o controle preventivo é exclusivo do Congresso Nacional, não tendo o presidente da República o poder de veto ou sanção, pois a Constituição não permitiu qualquer sindicabilidade prévia heterogênea desta espécie normativa, a qual, após aprovada pelo Congresso Nacional, será promulgada diretamente pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 60, §§ 2.º 3.º, da CF).

A Constituição Federal de 1988 instituiu um sistema híbrido, misto ou eclético de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos e omissões do poder público: o controle difuso-concreto, de competência de todos os juízes, e o controle concentrado-abstrato, de competência exclusiva do STF. Este controle jurisdicional da constitucionalidade só deveria ocorrer após a promulgação e publicação da norma, através da fiscalização sucessiva (arts. 36, III; 102, I, 'a', III, e § 1.º; e 103, § 2.º, todos da CF/88), na medida em que não há expressa autorização constitucional para a deflagração do controle jurisdicional prévio da constitucionalidade de projeto de atos normativos do poder público (Projeto de Lei-PL e Proposta de Emenda Constitucional-PEC).

Apesar disso, a jurisprudência do STF tem admitido a fiscalização jurisdicional preventiva de projetos de atos normativos em tramitação no Congresso Nacional, cujo processo pode ser desencadeado por qualquer parlamentar através do ajuizamento de *mandado de segurança*²⁶⁸ com o objetivo de arquivar proposição legislativa alegadamente incompatível com a Constituição. A justificativa para esta criativa jurisprudência é de que os deputados federais e os senadores têm o direito líquido e certo de só participarem de um processo legislativo constitucionalmente hígido, ou seja, com observância das normas constitucionais disciplinadoras do processo de elaboração das espécies normativas (arts. 59 a 69 da CF).

Para tanto, o STF enxergou naqueles preceitos constitucionais a possibilidade de o Judiciário controlar antecipadamente a atividade parlamentar, criando-se, pela via jurisprudencial, um sistema de fiscalização prévia da constitucionalidade de proposições legislativas em curso.

O dispositivo constitucional mais invocado para justificar a fiscalização preventiva pelo STF é o que estabelece os limites materiais do poder de reforma da Constituição (as chamadas *cláusulas pétreas*). Trata-se do § 4º do art. 60 da CF, segundo o qual “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais*”. Em razão de a redação ser expressa

²⁶⁸ O mandado de segurança individual está previsto no 5º, inciso LXIX, da CF: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. Encontra-se disciplinado pela Lei Federal n.º 12.016/2009.

no sentido da impossibilidade de o Congresso Nacional *deliberar* sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir cláusulas pétreas, a jurisprudência do Tribunal Supremo construiu a possibilidade de controle preventivo material deste tipo de projeto de atos normativos, ou seja, da proposta de emenda constitucional.

Por outro lado, as demais normas constitucionais reguladoras do processo legislativo de elaboração das normas brasileiras podem, na visão do STF, também autorizar, ainda que indiretamente, a atuação profilática daquele Tribunal, no sentido de averiguar a constitucionalidade formal não apenas de uma proposta de emenda à Constituição, mas também de um projeto de lei que desrespeite o devido processo legislativo constitucional (questões formais relacionadas à legitimidade de iniciativa de proposição legislativa, ao *quorum* de aprovação das normas, às matérias que a Constituição veda a apresentação²⁶⁹ de projeto de ato normativo, etc.).

Portanto, a jurisprudência do STF criou claramente duas hipóteses em que se (auto) atribuiu a competência para examinar a compatibilidade, com a Carta Magna, de proposições legislativas que ainda não ultimaram seu ciclo formativo: 1) quando a proposição tender a abolir cláusula pétrea (tem por objeto apenas uma PEC e, como parâmetro de controle, o art. 60, § 4º, da CF); e, 2) quando o projeto de ato normativo desrespeitar preceitos do devido processo legislativo constitucional (pode ter como objeto uma PEC ou um PL e tem como paradigma constitucional as normas previstas nos arts. 59 a 69 da CF). Em ambas as situações, a jurisprudência daquela Corte aduz que a fiscalização preventiva é possível porque se relaciona a vícios formais já efetivamente concretizados durante o próprio curso do procedimento de formação da norma, independentemente de sua posterior aprovação ou rejeição pelo Parlamento.

Este controle preventivo da constitucionalidade, contudo, pelo menos no primeiro caso, ao utilizar como paradigma as cláusulas pétreas, terá como alvo uma inconstitucionalidade não apenas formal, mas também material, pois, ao utilizar tais cláusulas como parâmetro de controle, o STF terá de ir ao fundo da proposta de ato normativo e examinar seu conteúdo para saber se ele ofende ou não as normas contidas no § 4º do art. 60 da CF, conforme veremos oportunamente.

²⁶⁹ Por exemplo, de acordo com o artigo 67 da CF, “a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional”. Por outro lado, o art. 60, § 5º, da CF, estabelece que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

Em suma, o mandado de segurança, enquanto instrumento desencadeador da fiscalização preventiva da constitucionalidade, pode ser utilizado pelo parlamentar sempre que se verifique: 1) um vício de inconstitucionalidade *material* na tramitação de PEC (ofensa às cláusulas pétreas); ou, 2) uma inconstitucionalidade *formal* no curso de um PL ou de uma PEC (violação das normas do devido processo legislativo constitucional).

O STF só não admite controlar previamente a constitucionalidade *material* de *projeto de lei*, mesmo que ele tenda a abolir cláusula pétrea. O argumento utilizado é o de que as restrições do § 4º do art. 60 da Constituição, literalmente interpretadas, não se aplicam aos projetos de lei em tramitação, mas apenas às propostas de emenda constitucional. Porém, como se verá adiante, já houve uma tentativa no STF de ampliar o objeto da fiscalização preventiva, para nele incluir o controle antecipado da constitucionalidade material de projeto de lei.

2.3.3.2 O controle preventivo da constitucionalidade material e formal na jurisprudência do STF

Para melhor compreensão do problema, faz-se necessário, ainda que em linhas gerais e concisas, discorrer sobre alguns mandados de segurança (MS) conhecidos por aquela Corte, impetrados por congressistas com o desiderato de vedar a deliberação parlamentar acerca de proposição legislativa taxada de inconstitucional, especialmente por suposta ofensa às cláusulas pétreas.

O MS n.º 20.257/DF foi o primeiro caso analisado no STF, tendo sido julgado em 08/10/1980, portanto, na vigência da Constituição anterior. A ação foi ajuizada pelos então senadores Itamar Franco e Antônio Mendes Canale em face da Mesa do Congresso Nacional. Os parlamentares se insurgiram contra a tramitação das PECs n.ºs 3, 51 e 52, todas do ano de 1980, que visavam elevar a duração dos mandatos dos prefeitos, vice-prefeitos e vereadores municipais de dois para quatro anos. O pedido consistia no arquivamento das referidas proposições legislativas, sob o argumento de que o aumento do tempo dos mandatos violava o princípio republicano da temporariedade dos cargos eletivos e, por isso, feria a cláusula pétrea prevista no art. 47, § 1º, da Constituição de 1967, então

vigente, segundo a qual “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República*”²⁷⁰.

O ministro Moreira Alves conseguiu convencer a maioria dos membros do STF a acompanhar o seu voto. Na questão prévia sobre a admissibilidade da ação, asseverou que, em princípio, não conheceria de mandado de segurança “*para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional*”, pois, neste caso, “*a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada*”.

Contudo, o ministro Moreira Alves que, em se tratando de proposta de emenda constitucional alegadamente tendente a abolir uma cláusula pétrea, conheceria do *writ*, pois a própria Carta Magna vedava a deliberação parlamentar nestes casos. Escreveu o magistrado que, no caso em julgamento, “*a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição*”. A maioria dos juízes acompanhou seu voto e conheceu do mandado de segurança.

Na questão de mérito, a maioria dos membros do STF também aderiu ao voto do ministro Moreira Alves, indeferindo o pedido autoral, ao argumento de que não existia inconstitucionalidade, uma vez que a elevação do período de duração dos mandatos de dois para quatro anos não transgredia o princípio republicano da temporariedade dos cargos eletivos. Asseverou o ministro: “*Indefiro-o [o pedido contido no mandado de segurança], porém, por ser manifesta a improcedência de sua fundamentação. A emenda constitucional, em causa, não viola, evidentemente, a república, que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos. De fato, prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da*

²⁷⁰ A redação do art. 47, § 1º, da Constituição de 1967, foi dada pela Emenda Constitucional n.º 1/1969, cit.

Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato”²⁷¹.

Como se percebe, para denegar a segurança, foi preciso realizar o exame da compatibilidade *material* das proposições legislativas com a Carta Magna. Não houve simples controle da constitucionalidade formal. A partir deste caso paradigmático, a jurisprudência daquela Corte passou a admitir o cabimento do mandado de segurança, ajuizado por qualquer parlamentar, para fiscalizar, preventivamente, a constitucionalidade da tramitação de *proposta de emenda constitucional* em confronto com as cláusulas pétreas (inconstitucionalidade material), bem como a compatibilidade de *proposta de emenda constitucional* ou de *projeto de lei* com as normas constitucionais disciplinadoras do processo legislativo (inconstitucionalidade formal)²⁷².

2.3.3.3 A tentativa de ampliação do controle preventivo: a proposta de fiscalização prévia da constitucionalidade *material* de projeto de lei

O STF - apesar de ter instituído a fiscalização preventiva da constitucionalidade material (em relação à proposta de emenda constitucional violadora de cláusula pétrea) e formal (no que diz respeito a projeto de lei ou a proposta de emenda constitucional cuja tramitação ofenda as normas da Carta Magna relativas ao devido processo legislativo) -, jamais se permitiu controlar antecipadamente a constitucionalidade *material* de um *projeto de lei*, ainda que tendente a abolir cláusula pétrea, pois, numa

²⁷¹ STF. MS n.º 20.257/DF, *op. cit.*

²⁷² Vejam-se, a propósito, os seguintes mandados de segurança - que foram indeferidos ou tidos por prejudicados ou não conhecidos, quer por decisão plenária do STF, quer por decisão monocrática de algum de seus ministros -, nos quais foi reafirmada a jurisprudência do Tribunal no sentido de atribuir legitimidade ao parlamentar para ajuizar mandado de segurança preventivo pleiteando a inconstitucionalidade de proposição legislativa, salvo no que diz respeito à alegação de inconstitucionalidade material de projeto de lei, que a Corte entende não ser fiscalizável profilaticamente: MS n.º 20.452/DF (DJ de 11/10/1985); MS n.º 21.303 (DJ de 02/08/1991); MS n.º 23.565/DF (DJ de 17/11/1999); MS n.º 24.593/DF (DJ de 8/8/2003); MS n.º 24.356 (DJ 12/09/2003); MS n.º 24.645/DF (decisão de 21/11/2003); MS n.º 24.576/DF (decisão de 27/06/2003); MS n.º 24.667/DF (DJ de 23/04/2004); MS n.º 24.642 (DJ de 18/6/2004); MS n.º 31.816/DF (ajuizado em 13/02/2012). Neste último, o Projeto de Lei n.º 2.565/2011 - que determinava “*novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos*” -, teve sua tramitação paralisada por decisão liminar do ministro Luiz Fux (17/12/2012), até ser revogada pelo plenário do STF em 27/02/2013. Todos os mandados de segurança referidos foram pesquisados em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 28 de abril de 2015.

interpretação literal, chegava-se à conclusão de que não se aplicam as restrições do § 4º do art. 60 da Constituição aos projetos de lei em tramitação no Parlamento.

Houve, contudo, uma tentativa de alterar este entendimento no julgamento do MS n.º 32.033/DF, ocorrido em 20/06/2013, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, que se esforçou para ampliar o âmbito da fiscalização preventiva da constitucionalidade das pré-normas, para nele incluir a possibilidade de análise da inconstitucionalidade material de projeto de lei²⁷³.

O MS n.º 32.033, protocolado no dia 23/04/2013, foi impetrado pelo senador Rodrigo Sobral Rollemberg em face da Câmara dos Deputados e do presidente do Senado Federal, visando o arquivamento da tramitação do projeto de lei ordinária n.º 4.470/2012, já aprovado na Câmara dos Deputados e que se encontrava no Senado Federal (onde recebeu o número 14/2013). Tal projeto visava alterar as Leis n.º 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e 9.504/97 (Lei das Eleições), para prever que *“a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará a transferência de recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”*.

Assim, o projeto de lei visava impedir que os parlamentares que deixassem seus partidos para criarem novas legendas²⁷⁴, levassem com eles as prerrogativas da representação (o tempo de acesso gratuito ao rádio e à televisão e as cotas do Fundo Partidário²⁷⁵). Isso atingiria diretamente o partido Solidariedade e o partido “Rede Sustentabilidade”, que estavam sendo criados - o último pela ex-senadora e ex-ministra do Meio Ambiente Marina Silva, que viria a ser candidata a presidente da República em oposição à pretensão de reeleição da presidente Dilma Rousseff -, os inviabilizando para as próximas eleições gerais de 2014, na medida em que - não tendo tido ainda a oportunidade de elegerem, por eles mesmos, nenhum parlamentar -, não teriam acesso significativo ao dinheiro do fundo de assistência financeira aos partidos políticos nem ao horário de propaganda eleitoral nos meios de comunicação social.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Seguração n.º 32.033/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 20/06/2013, publicado no Diário da Justiça - DJ em 18/02/2014, n.º 33.

²⁷⁴ É considerado legítimo o parlamentar se desfiliar de seu partido para fundar um novo partido político, durante o exercício do mandato. A migração para o novo partido, nesse caso, não acarreta a perda do cargo eletivo por infidelidade partidária (art. 1º, § 1º, II, da Resolução 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral).

²⁷⁵ Nos termos do art. 17, § 3º, da CF, “os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”. A Lei n.º 9.096/95 regulamentou esta norma constitucional, distribuindo os recursos e o tempo de rádio e televisão de acordo com o desempenho eleitoral de cada partido, na proporção dos votos obtidos na última eleição para a Câmara dos Deputados.

Na petição inicial, o impetrante asseverou que o projeto de lei padecia de vício de inconstitucionalidade material, pois as restrições nele previstas ofenderiam cláusulas pétreas ligadas à liberdade de criação de novas agremiações partidárias (art. 17 da CF) e ao princípio do pluralismo político (art. 1º, V, da CF), tendo o nítido objetivo de prejudicar a formação de novos partidos de oposição antes das eleições de 2014. Alegou que, como parlamentar, tem direito líquido e certo de não ser constrangido a participar da produção de ato normativo materialmente inconstitucional.

Em 24 de abril de 2013, o ministro Gilmar Mendes, relator do mandado de segurança, deferiu a medida liminar, determinando que o Poder Legislativo suspendesse a tramitação do projeto de lei por vislumbrar nele graves inconstitucionalidades materiais²⁷⁶. No dia 20/06/2013, quase dois meses após a suspensão, o Plenário do STF julgou a causa, oportunidade em que reafirmou o cabimento do mandado de segurança para impugnar PEC com vício de inconstitucionalidade material ou PL e PEC com defeito de inconstitucionalidade formal, mas não aceitou a utilização do mandado de segurança para controle prévio da constitucionalidade material de PL. Assim, no mérito, o STF, por maioria, indeferiu o pedido de arquivamento do projeto de lei e cassou a liminar concedida pelo ministro Gilmar Mendes.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto - que foi acompanhado pelos ministros Dias Toffoli e Celso de Mello -, deixou claro que estava determinando o trancamento do projeto de lei por ser ele materialmente inconstitucional. Argumentou que se a jurisprudência admite o mandado de segurança em face da tramitação de PEC violadora de cláusulas pétreas, também o deve fazer - e com maior razão, segundo o ministro -, ante o processamento de projeto de lei alegadamente contrário a tais cláusulas, pois seria mais fácil ofendê-las mediante a aprovação de projetos de lei do que por meio de emendas constitucionais, cujo processo de aprovação é mais dificultoso.

Como se percebe, três ministros tentaram ampliar ainda mais o controle preventivo da constitucionalidade, que, se tivessem logrado êxito, teria universalizado esta espécie de fiscalização da constitucionalidade instituída jurisprudencialmente.

²⁷⁶ A decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes, no Mandado de Segurança n.º 32.033/DF, está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=79&dataPublicacaoDj=29/04/2013&incidente=4397466&codCapitulo=6&numMateria=57&codMateria=2>>. Acesso em 23 de março de 2015.

Apesar desta deferência do STF ao legislador, o fato é que o Tribunal não abre mão de realizar o controle antecipado (i) da constitucionalidade *material* e *formal* de propostas de emenda constitucional; ou, (ii) da constitucionalidade *formal* de proposta de emenda constitucional ou de projeto de lei. Contudo, estas duas formas de fiscalização preventiva da constitucionalidade criadas pelo STF são produto de ativismo judicial competencial e, por isso, inconstitucionais, pois só poderiam ser instituídas por meio de uma reforma constitucional. Ao ampliar, por conta própria, sua competência, o STF atuou como poder coconstituente.

2.3.3.4 A fiscalização preventiva da constitucionalidade instituída jurisprudencialmente por meio do ativismo judicial: incompatibilidade com a Constituição Federal

Como se verificou acima, a jurisprudência do STF é firme no sentido de atribuir legitimidade ao parlamentar para impetrar mandado de segurança com a finalidade de provocar a jurisdição constitucional daquela Corte, visando arquivar projeto de ato normativo alegadamente inconstitucional.

Os juízes daquele Tribunal têm anotado, em suas decisões, que o controle judicial preventivo da constitucionalidade se limita à fiscalização de vício de inconstitucionalidade formal das proposições legislativas (o que, por si só, já não é constitucionalmente possível, conforme veremos oportunamente), as quais são confrontadas com as normas relativas ao devido processo legislativo (arts. 59 a 69 da CF). Não é bem assim, porém. Com efeito, o STF, por diversas vezes, deixou claro que permite a análise prévia de proposta de emenda constitucional que contrarie as cláusulas pétreas previstas no § 4º do art. 60 da CF.

Ora, ao utilizar estas cláusulas como parâmetro de controle, o STF faz não apenas uma fiscalização formal, mas também um autêntico controle de vício de inconstitucionalidade material, pois a redação do art. 60, § 4º, da CF - ao elencar as matérias vedadas ao poder de reforma da Lei Fundamental e proibir a própria deliberação parlamentar sobre tais matérias -, criou limites ao poder constituinte derivado que são, concomitantemente, substanciais e procedimentais.

Com efeito, o dispositivo fixador das cláusulas pétreas exige que não haja deliberação (aspecto formal), mas só não haverá se - e somente se - o conteúdo, o texto da PEC for ofensivo às cláusulas pétreas (aspecto material). Em poucas palavras, a parametricidade das cláusulas pétreas, no Brasil, tem natureza dúplice, pois constituem uma limitação ao poder de reforma da Constituição que é, a um só tempo, material (o conteúdo dos projetos de atos normativos não pode contrariá-las) e formal (proibição de deliberação sobre proposições legislativas tendentes a aboli-las). Assim, o cumprimento do art. 60, § 4º, da CF, pressupõe, indisfarçavelmente, o exame do mérito da proposta de emenda constitucional.

Esta atuação profilática do STF não encontra respaldo constitucional, seja quando vise simplesmente garantir o respeito ao devido processo legislativo (exame da compatibilidade formal do projeto de ato normativo com a Constituição), seja quando se busque defender as cláusulas pétreas contra eventual futura ofensa (exame da compatibilidade material).

Realmente, tanto em um caso como em outro, a jurisprudência do STF não resiste a uma leitura sistemática e até literal da Lei Fundamental, pois, de uma só vez, fere o princípio da separação de poderes, subverte o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro e ainda não observa quem são os verdadeiros destinatários das normas do processo legislativo invocadas para legitimar a ativista autodilatação dos limites de sua competência. É o que o pretendemos demonstrar a seguir.

2.3.3.5 Princípio da separação de poderes e destinatários das normas reguladoras do processo legislativo: competência para fiscalização preventiva da constitucionalidade conferida exclusivamente a órgãos políticos

Inicialmente, uma análise literal da Constituição é o primeiro obstáculo à sustentação da jurisprudência do STF. Deveras, a Constituição Federal de 1988 - ou quaisquer de suas antecessoras - não autorizou a fiscalização jurisdicional prévia de projetos de atos normativos formal ou materialmente inconstitucionais. As normas do processo legislativo - inclusive a do § 4º do art. 60, da CF -, invocadas pelo STF para legitimar sua própria competência (arts. 59 a 69 da CF), não o socorrem.

Realmente, a eloquente posição topográfica destas normas indica que os ministros daquele Tribunal não são os destinatários delas, mas sim os próprios parlamentares. Com efeito, os preceitos inerentes ao devido processo legislativo estão inseridos no Título IV (Da Organização dos Poderes), capítulo I (Do Poder Legislativo), seção VIII (Do Processo Legislativo). Ou seja, estão claramente vinculados ao núcleo central das atribuições do Congresso Nacional. Nada aí se relaciona com o Poder Judiciário. A simples argumentação de que o STF é o guardião da Constituição não é suficiente, pois o que aí está escrito refere-se a uma questão de competência, ou seja, a Constituição só conferiu poder de fiscalização preventiva da constitucionalidade a órgãos eminentemente políticos.

A única exceção, aberta pela Constituição, de interferência externa no Poder Legislativo na fase de tramitação de proposições legislativas, foi em relação ao chefe do Poder Executivo, que poderá vetá-lo (art. 66, § 1º), mas esta exceção foi feita de forma expressa e topograficamente coerente, isto é, no mesmo local das demais normas que regulam o processo legislativo. Ademais, o veto executivo é *limitado* - pois não cabe nas propostas de emenda à Constituição (art. 60, §§ 2.º 3.º, da CF) - e, além disso, *superável* - na medida em que pode ser ultrapassado pelos congressistas brasileiros, que deverão dar sempre a última palavra sobre a questão (art. 66, § 4º, da CF).

Reconhecemos que uma interpretação literal não é suficiente para se chegar ao verdadeiro sentido e alcance de normas jurídicas. Por isso, faz-se necessário ir além, buscando uma leitura sistemática da Constituição. Também por este caminho, impõe-se o afastamento da interferência do STF no processo de elaboração das espécies normativas. De fato, a omissão da Constituição sobre o instituto da fiscalização preventiva não foi fruto do esquecimento negligente do legislador constituinte. Ao contrário, trata-se de silêncio proposital, eloquente, pois desejou atribuir aos órgãos políticos, com exclusividade, a competência para examinar, antecipadamente, a constitucionalidade dos atos pré-normativos, para, com isso, prestigiar o princípio da separação e harmonia de poderes, estatuído no art. 2º da CF.

A Constituição Federal não apenas previu a existência dos três poderes, mas também repartiu entre eles as funções estatais, visando especializar certos órgãos para que o desempenho destas funções se dê de forma idealmente ótima. Embora o legislador constituinte não tenha distribuído as funções estatais em caráter de absoluta exclusividade,

o fato é que deixou claro que cada um dos Poderes tem uma atividade predominante, típica, nuclear, que, por isso, não lhe pode ser subtraída (a do Poder Legislativo, por óbvio, é legislar, inovando o ordenamento jurídico).

A correta observância desta divisão de tarefas é de fundamental importância para a efetivação do princípio da separação de poderes, o qual, por ter sido constitucionalmente estabelecido, só pode ser excepcionado pela própria Constituição, e de maneira ostensivamente clara - nunca por meio de uma interpretação jurisprudencial, por mais abalizados que sejam os exegetas. Assim, ao atuar dentro de sua esfera de competência estabelecida pelo Poder Constituinte originário, a instituição parlamentar não pode sofrer limitações prévias de qualquer espécie, devendo-se presumir a idoneidade dos atos legislativos preparatórios à constituição e modificação do ordenamento jurídico, que precisam ser compreendidos como questões *interna corporis*, previamente insindicáveis pela via judicial.

É certo que o princípio da separação de poderes não pode ser interpretado rigidamente, pois a Constituição criou mecanismos de controle recíproco entre os órgãos do Estado, objetivando evitar o arbítrio e o desmando de um sobre outro ou sobre os particulares. Porém, quando ela quis mitigar tal princípio, autorizando a intromissão de um poder sobre o outro, o fez expressamente, estabelecendo uma espécie de salutar sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)²⁷⁷.

Parece óbvio que os mecanismos de controle recíproco entre os órgãos constitucionais, por representarem uma limitação ao princípio da separação de poderes (que é uma cláusula pétrea - art. 60, § 4º, III, da CF), só são os que expressamente estão regrados na Constituição, não podendo haver extensão pela via jurisprudencial. Ora, se as hipóteses de intervenção no curso do processo legislativo já estão exaustivamente disciplinadas pela Carta Magna - e todas são atribuídas a órgãos políticos (Parlamento e chefe do Poder Executivo) -, não faz sentido algum o STF se autoconferir uma competência que a Constituição, evidentemente, não lhe quis outorgar.

²⁷⁷ Por exemplo: o Poder Judiciário pode anular, por inconstitucionalidade, leis e atos normativos vigentes (art. 36, III; art. 102, I, 'a', III, e § 1.º; art. 103, § 2.º, todos da CF/88); o presidente da República pode vetar projetos de leis aprovados pelo Congresso Nacional (art. 66, § 1.º), bem como nomear os ministros do STF e dos Tribunais Superiores (art. 84, XIV e XVI), mediante aprovação do Senado Federal (art. 52, III, "a"); o Poder Legislativo pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V); ao Senado Federal compete processar e julgar o presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (art. 52, I e II).

Sob este ponto de vista, resta claro que a fiscalização preventiva da constitucionalidade realizada pelo STF implica em uma intromissão indevida no âmago das funções típicas do Congresso Nacional, que acaba, por esta via, sendo dominado pelo Judiciário e tendo seu âmbito de atuação restringido pela assunção judicial de parte de sua competência. Cuida-se, sem dúvida, de uma ofensa ao princípio da separação de poderes, que também é uma cláusula pétrea da Carta Magna, não sendo razoável a sua flexibilização judicial sob o pretexto de preservar uma outra cláusula pétrea contra uma *futura, eventual e hipotética* agressão do Poder Legislativo.

Por isso, em respeito ao *núcleo essencial* e intangível das funções dos Poderes, não pode ser constitucionalmente lícito esvaziar as atribuições do Congresso Nacional ou do Poder Executivo. Nesta perspectiva, devem ser toleradas a tramitação, discussão e votação de todo e qualquer tipo de proposição legislativa - ainda que flagrantemente incompatível com a Constituição e independentemente de o vício de inconstitucionalidade ser de natureza formal ou material -, pois, no decorrer do processo legislativo, o projeto de ato normativo pode ser alterado e até rejeitado pelo próprio legislador ou vetado pelo chefe do Poder Executivo. Não se pode destituir estes órgãos políticos de suas típicas funções constitucionais com base na presunção de que eles, deliberada ou negligentemente, permitirão que a Constituição, que prometeram guardar, seja ofendida durante o processo de elaboração das normas jurídicas.

De qualquer forma, aprovada uma norma inconstitucional (por meio de PEC ou de PL), nenhum prejuízo relevante trará a aprovação da proposição, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro permite ao STF, em processo de fiscalização sucessiva da constitucionalidade, liminarmente suspendê-la e, ao final do julgamento, definitivamente invalidá-la, expurgando-a do mundo jurídico. Em outras palavras, em caso de lei e de emenda constitucional inconstitucionais, haverá sempre um meio eficaz para corrigir, no momento oportuno, eventuais soluções legislativas teratológicas²⁷⁸.

²⁷⁸ Nesse sentido, o ministro Teori Zavascki, repelindo a tentativa do ministro Gilmar Mendes de incluir os *projetos de lei* no âmbito de atuação da fiscalização jurisdicional preventiva da constitucionalidade *material*, asseverou que “quanto mais evidente e grotesca for 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 por inteiro a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. Mas, se, por absurdo, um projeto assim viesse a ser transformado em lei, ainda não ficaria de modo algum comprometida a eficácia do controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico”. (STF. MS n.º 32.033/DF, *op. cit.*, p. 148).

Na realidade, esta atuação apriorística dos magistrados do STF configura típico ativismo judicial formal, pois, em violação ao princípio da separação de poderes, amplia sua própria competência no sistema de controle da constitucionalidade, cria o próprio direito, não se limitando a efetivar e garantir a Constituição, ainda que crítica e construtivamente. Este ativismo competencial transforma os juízes constitucionais em legisladores positivos, não apenas ordinários, mas de natureza constituinte, pois alteraram, por via jurisprudencial, a própria Lei Fundamental. Isso, indubitavelmente, corresponde a uma revisão constitucional tácita²⁷⁹.

Deixe-se claro, desde logo, que não se pretende defender um juiz “boca da lei”, com atuação meramente mecânica e acrítica. A autocontenção judicial sugerida é medida necessária, não para neutralizar os ministros do STF, mas para comprimir suas atribuições dentro de uma esfera de razoabilidade constitucional, isto é, sem afronta ao núcleo duro e irreduzível das funções do Poder Legislativo. Nesta medida, tudo recomenda a revisão da jurisprudência do STF, sem prejuízo de seus ministros efetivamente desempenharem sua função típica e nuclear: guardar a Constituição contra agressões *reais* de atos normativos já *em vigor*, o que, evidentemente, não inclui a defesa da Carta Magna contra ofensas *potenciais* de atos normativos *em processo de formação*.

Para além dos argumentos acima expostos, há mais razões para se desejar a mudança de direção da jurisprudência do STF. É o que veremos na próxima seção.

2.3.3.6 A impropriedade do mandado de segurança para deflagração de um processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade: a ausência de direito líquido e certo do parlamentar impetrante e o prejuízo para o direito líquido e certo de todos os demais

O pressuposto básico do mandado de segurança individual é a existência de direito líquido e certo violado ou ameaçado de violação²⁸⁰. No caso dos projetos dos atos normativos em tramitação, alega-se que o parlamentar tem o direito subjetivo individual de não ser obrigado a participar de uma deliberação constitucionalmente proibida.

²⁷⁹ Em sentido próximo, mas em outro contexto, confira-se URBANO, 2013, *op. cit.*, p. 96 - 102.

²⁸⁰ Nos termos do art. 5º, LXIX, da CF, “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Ora, pelo menos numa perspectiva formal, nenhum parlamentar pode ser constringido a participar de processo legislativo que entenda inconstitucional. Com efeito, conforme salientou o ministro Teori Zavascki, o congressista “pode abster-se de participar ou ainda apresentar voto contrário à aprovação”. E prossegue: “Na verdade, o que se busca, a pretexto de tutelar direito individual, é provimento de consequência muito mais profunda e abrangente: de inibir a própria tramitação do projeto de lei, o que significa impedir, não apenas o impetrante, mas todos os demais parlamentares, de discutir e votar a proposta”²⁸¹.

Assim, o mandado de segurança individual, utilizado como instrumento de ação direta de inconstitucionalidade preventiva, tem sua vocação constitucional totalmente desvirtuada, na medida em que não é manejado para proteger um concreto direito individual líquido e certo do parlamentar ou uma específica prerrogativa de seu cargo. Quando o congressista solicita o arquivamento judicial de um projeto de norma em curso no Congresso Nacional, pretende mesmo é proibir o exercício do direito - agora sim, líquido e certo - dos demais parlamentares debaterem e deliberarem sobre ele.

O desvirtuamento ainda se acentua quando se tem presente que o autor do mandado de segurança preventivo tem de necessariamente questionar a inconstitucionalidade abstrata ou em tese da proposição legislativa. Ora, é de natureza transindividual o interesse abstrato de defender a Lei Fundamental contra atos normativos em fase de elaboração. Nesta medida, ainda que fosse constitucionalmente permitida a fiscalização preventiva, certamente os únicos autorizados a deflagrar o respectivo processo seriam os atuais legitimados para as ações diretas de fiscalização abstrata-sucesiva da constitucionalidade (art. 103), considerando que apenas a eles o legislador constituinte originário atribuiu o poder de provocar a jurisdição do STF na defesa de toda a coletividade contra agressões legislativas à Constituição.

Estes legitimados, contudo, não podem, segundo a jurisprudência do STF, promover a fiscalização preventiva, cuja faculdade é exclusiva dos parlamentares, aos quais, paradoxalmente, a Carta Magna não quis sequer atribuir legitimidade para solicitar o controle jurisdicional sucessivo da legitimidade de normas já efetivamente existentes. Isso

²⁸¹ STF. MS n.º 32.033/DF, *op. cit.*, p. 137-138.

deixa evidente a total incompatibilidade do manuseio do mandado de segurança como instrumento de controle preventivo da constitucionalidade no sistema brasileiro²⁸².

2.3.3.7 A (quase) universalização jurisprudencial do controle preventivo da constitucionalidade e a subversão do modelo constitucional de fiscalização da legitimidade das normas

A atribuição jurisprudencial de legitimidade a qualquer parlamentar federal para deflagrar o processo de fiscalização prévia da compatibilidade das proposições legislativas com a Lei Fundamental, resulta na (quase) universalização da fiscalização profilática da constitucionalidade, transformando o mandado de segurança em uma verdadeira ação direta preventiva de inconstitucionalidade, em evidente ofensa ao sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade das normas consagrado na Carta Magna, previsto apenas para a modalidade sucessiva.

Esta quase universalização da fiscalização preventiva (só não é total porque não pode ter por objeto o controle da constitucionalidade *material de projeto de lei*) ocorre em razão, por um lado, da elasticidade das cláusulas pétreas e, por outro, da amplíssima legitimidade ativa conferida a todos os parlamentares.

Com efeito, a larga abertura semântica e axiológica das cláusulas pétreas - muitas delas descritas em preceitos de sentido e alcance vagos e abstratos a serem preenchidos pelo STF -, torna praticamente impossível não se conseguir alegar, com fundamentos até impressionáveis, o choque entre o texto de uma proposta de emenda constitucional e uma destas cláusulas, especialmente em relação aos direitos e garantias

²⁸² Nesse sentido, no voto proferido no Mandado de Segurança n.º 31.816/DF (p. 39), o ministro Teori Zavascki - que, embora tenha aderido à jurisprudência do STF sobre fiscalização preventiva, o fez com algumas ressalvas -, assentou que “o que se tem aqui não é um mandado de segurança visando à sua natural vocação constitucional, de instrumento para tutela de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato de autoridade. Não está em causa qualquer direito subjetivo do impetrante, nem uma prerrogativa própria do cargo parlamentar ou de qualquer interesse específico do cargo ou de situação parlamentar, como seria, por exemplo, a defesa de prerrogativa de minoria (...). O interesse jurídico que move o parlamentar a defender a higidez do processo legislativo é exatamente o mesmo que dá ensejo ao ajuizamento de ação de controle concentrado. Esse interesse não tem natureza individual, mas se trata de nítido interesse transindividual, de que é titular a sociedade como um todo, cuja tutela judicial, por isso mesmo, tem legitimados próprios, que são os órgãos e entidades indicados no art. 103 da Constituição”. (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na medida cautelar em Mandado de Segurança n.º 31.816/DF. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 27/02/2013, publicada no DJE em 13/05/2013, n.º 88).

individuais, cuja lista é extremamente extensa²⁸³. Dessa forma, o controle preventivo da constitucionalidade, tendo por parâmetro as cláusulas pétreas, pode tornar o STF, se assim ele o desejar, em absoluto censor prévio da atividade do legislador.

Por outro lado, o STF atribuiu a qualquer parlamentar federal a prerrogativa de instaurar o processo de fiscalização profilática da constitucionalidade por meio do ajuizamento de mandado de segurança. Diante do elevado número de legitimados ativos, a instauração do processo de controle prévio é quase certo em qualquer questão minimamente polêmica. Ora, considerando que o Congresso Nacional é integrado por 81 senadores e 513 deputados federais, infere-se, sem muito esforço, que este instrumento poderá se tornar um verdadeiro sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), que é o principal meio deflagrador da fiscalização sucessiva no Brasil e em cujo rol de autores não está incluído nenhum dos parlamentares, que poderão ficar tentados a usar e abusar do mandado de segurança para torpear sua falta de legitimidade no controle da constitucionalidade *a posteriori*. Com isso, aquela Corte poderá ficar inviabilizada de cumprir, com uma razoável eficiência, a sua missão nuclear de controlar repressivamente a compatibilidade dos atos normativos com a Constituição.

Além disso, os juízes de primeiro grau e os Tribunais de Justiça (no âmbito dos Estados membros da Federação) correm o risco de ficarem sobrecarregados com o ajuizamento de um elevado número de mandados de segurança para o fim de controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de atos normativos estaduais e municipais. Com efeito, os parlamentares municipais e estaduais - por isonomia e pelo princípio da simetria constitucional ou federativa - devem ter o mesmo tratamento dos parlamentares federais e, assim, têm o direito de só participar de um processo legislativo constitucionalmente hígido. Em consequência, podem impetrar mandado de segurança perante a justiça local competente, em caso de proposição legislativa que entendam violar a Constituição Federal ou Estadual²⁸⁴.

²⁸³ Apenas no art. 5º da Constituição Federal brasileira há setenta e oito incisos, a maioria tratando de direitos individuais (cláusulas pétreas), os quais ainda podem ser localizados em outros preceitos espalhados pela Lei Fundamental.

²⁸⁴ A exigência de relação simétrica entre as normas jurídicas da Constituição Federal e as regras estabelecidas nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais já foi reconhecida pelo STF, por exemplo, na ADI n.º 2.192 e ADI n.º 2.329. (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno: 1) ADI n.º 2.192/ES. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 04/06/2008, publicado no Dje em 20/06/2008, n.º 112; 2) ADI n.º 2.329/AL. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 14/04/2010, publicado no Dje em 25/06/2010, n.º 116).

Esta (quase) universalização do controle prévio da constitucionalidade no Brasil significa deixar largamente aberta a possibilidade de se introduzir o STF no âmago de qualquer discussão política sobre proposição legislativa não consensual. Os grupos políticos vencidos (ou em vias de o serem) no curso do processo de elaboração das normas, não terão nenhuma dificuldade de apontar - e o STF de encontrar - alguma ofensa a algum sentido de alguma cláusula pétrea.

Neste cenário, um exercício de “alquimia jurídica” poderá transformar em cláusula pétrea norma constitucional que só com algum esforço interpretativo ganharia esta dignidade. A atividade “minerológica” em busca de ocultas cláusulas pétreas inibidoras da tramitação de proposta de emenda constitucional com elas incompatíveis, tem o potencial de tornar o STF, em tese, no principal ator da deliberação política sobre a reforma da Constituição²⁸⁵.

Isso pode não ser bom para o próprio STF, pois, ao intervir tão precocemente em conflitos carregados de paixões políticas, pode colocar em causa sua própria autoridade e evidenciar sua impotência para impor-se perante órgãos estatais resistentes. Como já dissera Georges Burdeau, “à semelhança dos sismógrafos, que registram com precisão os abalos sísmicos ocorridos à distância, esses tribunais [constitucionais] se transformam em escombros quando situados no epicentro dos terremotos políticos”²⁸⁶. Em outros termos, porque a jurisdição constitucional é “uma aquisição tardia que, além do mais, continua em perigo”, os tribunais constitucionais só podem cumprir sua função fiscalizadora “a partir de uma posição de distância da política”²⁸⁷.

²⁸⁵ No que diz respeito à cláusula pétrea dos “direitos e garantias individuais”, prevista no art. 60, § 4º, IV, da CF, e exaustivamente desenvolvida no art. 5º da mesma Carta Magna (o qual conta com 78 extensos incisos), o STF já entendeu que há outros direitos e garantias individuais fora deste rol específico. Assim, por exemplo, no julgamento da ADI n.º 3.685/DF, contrariamente ao que dispunha a Emenda Constitucional n.º 52/2006, esta Corte impôs a verticalização das coligações partidárias para as eleições do ano de 2006, atribuindo, para tanto, a *natureza jurídica de cláusula pétrea* à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (art. 16 da CF). Isso levou o ministro Sepúlveda Pertence a dizer, lançando mão de sua invulgar ironia, que, durante sua “pesquisa minerológica”, ficara frustrado por não ter sido capaz de encontrar cláusula pétrea no art. 16: “*não obstante o excepcional relevo que empresto a esse art. 16, confesso ter ficado frustrado e invejoso, na pesquisa ‘minerológica’ à procura de cláusula pétrea ofendida; neste caso, a minha [pesquisa], ao contrário dos achados tão frutuosos dos meus eminentes colegas, foi absolutamente infrutífera*”. Por fim, reclamou: “*Senhor Presidente, deve ser mania de decano, mas continuo muito preocupado com a falta de cerimônia com que temos lidado com emendas constitucionais*”. (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 3.685/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgada em 22/03/2006, publicada no Diário da Justiça em 10/08/2006, p. 336 e 348).

²⁸⁶ COELHO, 2006, *op. cit.*, p. XXIII.

²⁸⁷ GRIMM, *op. cit.*, p. 167.

Admitir a fiscalização profilática sem autorização expressa da Constituição, é colocar aquela Corte como instância de decisão final sobre o que deve e o que não deve ser parlamentarmente deliberado e presidencialmente sancionado ou vetado. Este poder judicial de extinção prematura do debate político é de democraticidade questionável.

2.3.3.8 O objeto do controle judicial preventivo da constitucionalidade e a incoerência do STF: a recusa de fiscalizar profilaticamente a legitimidade material de projetos de lei violadores de cláusulas pétreas

Há uma incoerência na própria jurisprudência do STF sobre o controle preventivo da constitucionalidade. A partir do MS n.º 32.033, aquela Corte deixou claro que não fiscaliza preventivamente a constitucionalidade *material* de *projeto de lei* ofensivo às cláusulas pétreas, atuando antecipadamente apenas quando se alegue a inconstitucionalidade *material* de *proposta de emenda constitucional* em face das referidas cláusulas ou quando se invoque uma inconstitucionalidade formal, seja qual for a espécie de proposição legislativa.

Faz algum sentido o STF admitir o mandado de segurança em face de uma proposta de emenda constitucional supostamente violadora de cláusula pétrea, e não admiti-lo diante da tramitação de um projeto de lei alegadamente contrário a tais cláusulas? Em princípio, a resposta deve ser negativa, na medida em que o legislador também pode, através de um projeto de lei, tentar violar uma cláusula pétrea, inclusive com maior facilidade do que por meio de uma proposta de emenda constitucional, que tem um processo de iniciativa, deliberação e aprovação muito mais dificultoso.

O ministro Ricardo Lewandowski - rebatendo o ministro Gilmar Mendes, que pretendia estender objeto da fiscalização preventiva da constitucionalidade, incluindo nele o controle material da constitucionalidade de projeto de lei -, asseverou inexistir contradição na jurisprudência do STF. Aduziu que há uma razão para o constituinte originário limitar previamente a atuação do Congresso Nacional apenas em relação às propostas de emenda à Constituição atentatórias às cláusulas pétreas, e não a respeito dos projetos de leis infraconstitucionais que atentem contra as mesmas cláusulas.

O mencionado magistrado asseverou que os constituintes originários buscaram preservar aquilo que se poderia chamar de “cerne imutável” da Constituição, impedindo

que uma proposta de emenda constitucional pudesse vir a alterar o próprio paradigma normativo desta magnitude jurídica. Por outro lado - disse o eminente ministro - os mesmos constituintes não quiseram impedir a deliberação parlamentar de projeto de lei contrários às cláusulas pétreas porque, mesmo aprovado, este tipo de ato normativo não tem a força de “alterar as balizas constitucionais que configuram paradigmas para o controle judicial repressivo de constitucionalidade”²⁸⁸.

Em que pese o brilhantismo do argumento, fruto da larga experiência e do vasto conhecimento jurídico daquele magistrado, pesamos que ainda assim permanece a contradição do STF quanto ao objeto material do controle preventivo da constitucionalidade. Ora, aquele argumento só seria imbatível se não houvesse possibilidade, no Brasil, de uma eficaz fiscalização judicial sucessiva da própria emenda constitucional aprovada pelo Congresso Nacional, porque aí sim, reformada a Constituição pelo Parlamento, não haveria como retornar, pela via judicial, ao *status quo ante*, vez que estaria alterado o próprio paradigma de controle da constitucionalidade. E, uma vez abolida uma cláusula pétrea, abria-se espaço para uma ampla e livre atuação do próprio legislador ordinário e impediria a fiscalização do Judiciário com base no parâmetro constitucional abolido. Não é, contudo, o caso do Brasil, onde o STF pode, pelo controle concentrado-abstrato-sucessivo, suspender liminarmente e, no mérito, invalidar definitivamente (com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes) uma norma constitucional editada pelo Constituinte reformador ofensiva a uma cláusula pétrea²⁸⁹. O mesmo se diga da prerrogativa de qualquer juiz brasileiro de, pela via difusa-concreta-repressiva, negar aplicação a uma emenda constitucional inconstitucional.

Na verdade, segundo pensamos, o silêncio do constituinte originário sobre a proibição de o legislador ordinário deliberar projetos de lei violadores de cláusulas pétreas tem mais a ver com a possibilidade, inexistente no processo de produção de emendas constitucionais, de controle preventivo político por parte do chefe do Poder Executivo, que

²⁸⁸ STF. MS n.º 32.033/DF, *op. cit.*, p. 212.

²⁸⁹ O STF, embora não tenha jurisdição para fiscalizar o Poder Constituinte originário (ADI n.º 815/DF, julgada em 28/03/1996, DJ de 10/05/1996), a tem para controlar a atividade do Poder Constituinte derivado. Com efeito, desde a ADIN n.º 830-7/DF (julgada em 14/04/1993), a Suprema Corte deixou claro, conforme consta da ementa do acórdão, que aquele Tribunal é “competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de Emenda Constitucional (...) impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 830/DF. Relator: Ministro Moreira Alves, julgada em 14/04/1993, publicada no Diário da Justiça em 16/09/1994). Desde então o STF controla repressivamente - e com bastante naturalidade - a constitucionalidade de emendas constitucionais já promulgadas.

pode vetar projeto de lei contrário à Constituição, mas não pode fazer o mesmo com propostas de emenda constitucional. Diante desta completa ausência de heterocontrole, faz sentido a proibição constitucional de os parlamentares deliberarem sobre proposta de emenda constitucional ofensiva às cláusulas pétreas. Trata-se de um mecanismo de defesa da Constituição, desenhado por ela mesma. Não é possível, em autêntico paternalismo constitucional, ampliar os instrumentos de garantia da Carta Magna. Esta interpretação, segundo cremos, é a que melhor se compatibiliza com o princípio da separação de poderes, pois evita o agigantamento do Judiciário sobre os demais órgãos do Estado, mantendo um equilíbrio democrático e institucionalmente saudável.

2.3.3.9 A desproporção em relação aos mecanismos de fiscalização preventiva constitucionalmente instituídos em Portugal: fiscalização exordial, amplo objeto do controle, rol de legitimados ativos extenso e inultrapassabilidade parlamentar do veto judicial

A possibilidade, quase ilimitada, de fiscalização preventiva da constitucionalidade de pré-normas no Brasil tem uma eficácia e abrangência muito maior do que a fiscalização profilática instituída pela Constituição de Portugal, por exemplo.

Com efeito, no Brasil, no que diz respeito ao itinerário do projeto de ato normativo, a fiscalização preventiva é *exordial*, ou seja, o controle judicial abrange proposições legislativas ainda em tramitação no Congresso Nacional. Assim, antes de qualquer deliberação definitiva do legislador, é possível impedir - até por decisão liminar e monocrática do ministro-relator do mandado de segurança -, a discussão e votação do projeto de ato normativo no Parlamento. Do mesmo modo, também tem o condão de bloquear a deliberação do chefe do Executivo (sanção ou veto). Em outras palavras, o debate dos agentes políticos, eleitos pelo povo, é extinto na origem, o que, com toda evidência, não se compagina com o princípio democrático, ainda que se trate de mero controle da inconstitucionalidade formal.

Este momento extremamente prévio do controle preventivo é absolutamente estranho ao direito comparado das democracias contemporâneas, nos quais a fiscalização preventiva da constitucionalidade é do tipo *exauriente* quanto à atividade do Poder Legislativo. Em Portugal, por exemplo, o processo de fiscalização jurisdicional preventivo

só pode ser deflagrado após toda discussão, votação e aprovação do diploma legislativo pelo Parlamento (só é prévio em relação à promulgação do ato), bem como depois da análise das normas pelo presidente da República (ou de outro legitimado ativo), e somente se este tiver alguma dúvida sobre a constitucionalidade delas (art. 278 da CRP). Como se percebe, a própria Constituição portuguesa, ao estabelecer o controle judicial prévio da constitucionalidade, não permitiu que ele fosse tão antecipado a ponto de impedir a atuação do legislador, não autorizando a fiscalização em momento anterior ao esgotamento de todo o processo de discussão e deliberação parlamentar, mesmo existindo - tal como no Brasil - um núcleo de normas fundamentais que as leis de revisão constitucional têm de respeitar (cláusulas pétreas ou limites materiais de revisão da Constituição), como se verifica do art. 288 da CRP.

Por outro lado, em Portugal não são todas as pré-normas que são suscetíveis de fiscalização preventiva, mas apenas as especificadas na Lei Fundamental, entre as quais, por exemplo, não se incluem as leis de revisão constitucional. No Brasil, qualquer espécie de norma - veiculada em proposição legislativa de qualquer natureza (com exceção da alegação de inconstitucionalidade material de projeto de lei) -, pode ser “vetada” por decisão do STF, inclusive as propostas de emenda à Constituição, em relação às quais a Carta Magna brasileira não autorizou sequer o controle preventivo político do presidente da República, que não tem o poder de vetá-las nem mesmo de sancioná-las, tarefa que é exclusiva do Congresso Nacional (art. 60, §§ 2.º 3.º, da CF).

Em Portugal, é limitadíssimo o rol de legitimados para desencadear o processo de fiscalização preventiva perante o Tribunal Constitucional (artigo 278 da CRP). No Brasil, com a jurisprudência do STF, podem ajuizar mandado de segurança preventivo perante esta Corte, 594 parlamentares federais (513 Deputados e 81 Senadores) e, segundo cremos, em razão do princípio da simetria constitucional, todos os parlamentares municipais e estaduais no âmbito das Justiças dos Estados-Membros.

Por fim, em Portugal o veto por inconstitucionalidade do presidente da República ou dos representantes da República, mesmo amparado pela decisão do Tribunal Constitucional, não é absoluto, podendo ser ultrapassado pelo Parlamento no caso de confirmação do diploma pela maioria constitucionalmente exigida, habilitando a sua promulgação (art. 279, n.º 2, da CRP). No Brasil, uma vez ajuizado o mandado de

segurança preventivo, a palavra final sobre o destino dos projetos de atos normativos é do STF, e não do Congresso Nacional.

Por tudo o que foi exposto, extrai-se que não é compatível com a Constituição a antecipada intervenção do STF no exercício da atividade nuclear do Congresso Nacional e do chefe do Poder Executivo, mormente no que se refere à discussão e votação de projetos de lei ou de emendas constitucionais, ainda que tais proposições sejam absurda e ostensivamente ofensivas à Lei Fundamental, juízo que, preventivamente, só pode ser feito pelo próprio Poder Legislativo ou pelo Executivo, este através do veto, o qual, porém, além de limitado, é superável pelo Parlamento, conforme vimos.

Portanto, não há dúvida que o STF (auto) ampliou a área de abrangência de sua jurisdição constitucional por meio de ativismo judicial competencial de nível constitucional, atuando como poder constituinte.

CONCLUSÃO

A separação de poderes - quer como uma concepção doutrinária, quer como princípio constitucionalmente institucionalizado -, sempre visou o equilíbrio e a moderação no exercício do poder político, prevenindo a tirania e o arbítrio. Com tal desiderato, para além da separação funcional, orgânica e pessoal de poderes, permite-se que cada um dos órgãos constitucionais possa, em uma relação de interdependência limitada, controlar uns aos outros, evitando a concentração de poder.

O sentimento de pessimismo antropológico a respeito da fraqueza da natureza humana em suas relações com o poder político²⁹⁰ -, afastou, como regra, a consagração de uma separação rígida de poderes, marcada pelas ideias de independência absoluta, isolamento “autista” e controle interorgânico meramente negativo.

A Constituição Federal brasileira de 1988 optou pela separação flexível de poderes, fixando mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*) que tornam os órgãos constitucionais relativamente interdependentes. Ou seja, cada um deles exerce sobre os demais um controle positivo, podendo intervir direta e ativamente nas funções típicas dos outros, mas com certa moderação (multifuncionalidade orgânica mitigada). Um dos instrumentos de freios e contrapesos é o sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das normas, que vem sendo utilizado como veículo condutor da expansão do Supremo Tribunal Federal, seja pela via constitucionalmente legítima da judicialização da política, seja por meio, constitucionalmente inadequado, do ativismo judicial.

Contudo, a possibilidade de intervenção de um órgão nas funções de outro, através dos mecanismos positivos de controle interorgânico, não pode ser absoluta, sob pena de risco de concentração de poder, incompatível com a ideia de equilíbrio que o princípio da separação de poderes postula. O sentido atual deste princípio constitucional, ligado ao equilíbrio orgânico-funcional, é capaz de delimitar os contornos do sistema de

²⁹⁰ “É uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a abusar dele”. (MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 303).

checks and balances e evidenciar a existência de abusos funcionais, de que é exemplo o ativismo judicial.

Com efeito, há um *núcleo essencial* de competência de cada órgão²⁹¹ que é impenetrável legitimamente pelo Poder Judiciário e que pode ser apurado com a concepção da separação de poderes como “princípio da organização ótima das funções estaduais”²⁹² ou como princípio “de estrutura orgânica funcionalmente adequada”²⁹³ ou como princípio de “justeza funcional”²⁹⁴ ou como “princípio organizatório estruturante de uma organização racional dos poderes do Estado que exige uma repartição competencial orgânica e funcionalmente orientada pela combinação dos critérios da eficiência, legitimação e responsabilidade”²⁹⁵. Tudo isso implica em uma “*proibição fundamental de exercício ou atribuição de funções que não correspondam à estrutura do órgão e à função básica que deve ser exercida por ele*”²⁹⁶.

Este sentido atual do princípio da separação de poderes visa garantir a correspondência essencial entre órgão e função, só admitindo exceções quando expressamente previstas na Constituição. A necessidade deste equilíbrio orgânico-funcional tornam visíveis os contornos do sistema de freios e contrapesos, patenteando a existência de eventual abuso de atribuições. Nesse sentido, é de se reconhecer que o Poder Judiciário brasileiro não é a entidade com a melhor estrutura orgânico-funcional ou com a mais adequada capacidade institucional para legislar. Sua atividade normativa, fora das exceções constitucionalmente explicitadas, configura ativismo judicial, que é uma das modalidades da expansão do STF.

Esta expansão da Suprema Corte brasileira materializa-se na ocupação de espaços que eram reservados, em caráter de exclusividade, aos Poderes Executivo e Legislativo. Tal expansão pode ser definida como sendo o protagonismo sociopolítico dos ministros do STF decorrente da ampliação da área de abrangência da jurisdição constitucional em face do campo de atuação dos outros órgãos do Estado, implicando em uma transferência decisória dos Poderes representativos para o Judiciário. Isso faz com que

²⁹¹ CANOTILHO, 2003, *op. cit.*, p. 559.

²⁹² PIÇARRA, *op. cit.*, p. 262.

²⁹³ MIRANDA, 2014, v. 2, t. 3, *op. cit.*, p. 396.

²⁹⁴ CANOTILHO, 2003, *op. cit.*, p. 552.

²⁹⁵ NOVAIS, 1997, *op. cit.*, p. 73.

²⁹⁶ HESSE, *op. cit.*, p. 373.

aquele egrégio Tribunal em nada lembre o *least dangerous branch* de Bickel²⁹⁷ ou o Poder *invisível e nulo* de Montesquieu²⁹⁸ ou ainda o *órgão sem força e sem vontade* de Hamilton²⁹⁹. Aproxima-se mais do *terceiro gigante* de Cappelletti³⁰⁰.

Presente este cenário, não é despropositado indagar se o protagonismo “político” do STF, viabilizado pelo uso da jurisdição constitucional, é compatível com o princípio constitucional da separação de poderes. Um mero *sim* ou simples *não* seria uma resposta demasiadamente simplista e reducionista, considerando a complexidade que tal indagação encerra. Talvez a resposta mais realista seja um *depende*.

Com efeito, a expansão da autoridade do STF consolida-se por duas vias, uma de forma constitucionalmente legítima à luz da separação de poderes (a judicialização da política) e outra, constitucionalmente inadequada (o ativismo judicial). No primeiro caso, a ampliação de suas competências decorre da própria atividade normativa do Poder Legislativo constituinte ou ordinário (heteroexpansão normativa do STF). No segundo, a expansão da autoridade da Suprema Corte é realizada por ela própria, sem previsão expressa na Constituição ou intermediação parlamentar (autoexpansão ativista do STF).

As causas da expansão do STF são de duas ordens: sociopolíticas e jurídico-normativas. Aquelas decorrem de uma tríplice contextualidade: de um contexto político de incumprimento dos direitos; de um contexto social de exigência judicial dos direitos; e de uma estratégia política de utilização do processo judicial como mecanismo de oposição política ou de prevenção de responsabilidade por decisão impopular ou de consensualidade impossível. As causas jurídico-normativas são embasadas primordialmente nas características da Constituição brasileira de 1988, em sua força normativa, no seu sistema misto de controle da constitucionalidade, na sua constitucionalização abrangente do direito e na sua opção de atribuir supercompetências ao STF para garantir sua observância. O conjunto destes fatores (sociopolíticos e jurídico-normativos), por um lado, legitima o protagonismo-judicialização, mas, por outro, serve de pretexto argumentativo para o protagonismo ativista.

Conceituado o fenômeno abrangente da “expansão do STF”, definimos também as suas duas formas de manifestação. Assim, por judicialização da política

²⁹⁷ BICKEL, *op. cit.*

²⁹⁸ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 313.

²⁹⁹ HAMILTON; JAY; MADISON, *op. cit.*, p. 458.

³⁰⁰ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 43 e ss.

entende-se o fenômeno pelo qual questões sociopolíticas são constitucionalmente positivadas, tornando-se questões de direito passíveis de serem decididas, em caráter de definitividade, pelos juízes encarregados de aplicar a Constituição, e não pelos representantes eleitos do povo. Ela resulta do modelo constitucional vigente e não de um propósito ambicioso, de uma vaidade gratuita ou de um exercício deliberado da vontade idiossincrática do juiz. Por isso, não há violação do princípio da separação de poderes, estando emoldurada no sistema de *checks and balances*.

Por outro lado, o ativismo judicial é oriundo de uma peculiar postura ou vontade expansiva do magistrado. Verifica-se quando a Corte, por conta própria e sem previsão expressa na Constituição, alarga os limites de sua competência (ativismo competencial) ou estende a eficácia de suas decisões (ativismo eficaz)³⁰¹. Trata-se de uma expansão de cunho formal, pois mesmo que a decisão ativista concretize direitos, antes de fazê-lo terá de alargar o poder do próprio órgão da qual ela emergirá. Com esta definição, é possível identificar uma decisão ativista independentemente da análise do mérito de seu conteúdo, da justiça ou injustiça material da decisão, afastando a tentação de se utilizar a expressão para estigmatizar uma “decisão da qual se discorda”, prolatada por “juiz do qual não se gosta”.

O ativismo judicial do STF implica, por um lado, na compressão da jurisdição constitucional dos órgãos inferiores do próprio Judiciário, através da asfixia do modelo de fiscalização difusa da constitucionalidade (ativismo interno); e, por outro, na assunção de parte da competência normativa do Poder Legislativo (ativismo externo). Em quaisquer dos casos, a decisão ativista é, inexoravelmente, uma “decisão-lei”, pois amplia o âmbito de abrangência da jurisdição constitucional, tarefa que se insere no núcleo essencial da função legislativa do Congresso Nacional.

Na fundamentação das decisões ativistas, normalmente é feita alusão à força normativa da Constituição, por meio da qual princípios constitucionais vagos e abstratos ganham concretude e acabamento judicial, sobrepondo-se a uma específica regra constitucional de competência. A predominância da força normativa dos princípios constitucionais sobre a força normativa das regras constitucionais de competência costuma ser justificada com a ideia de mutação constitucional e com alguns postulados do que vem

³⁰¹ Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o próprio sistema de controle judicial difuso da constitucionalidade, consolidado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, nasceu de um dos maiores casos de ativismo judicial competencial de que se tem notícia (caso *Marbury v. Madison*).

sendo designado de “neoconstitucionalismo”, que transitam entre a onipresença dos princípios constitucionais, a onipotência judicial e a redução do espaço de liberdade do legislador, transformando o juiz ativista em *legislador* ordinário ou mesmo constitucional.

Há manifestações expressas de alguns ministros do STF no sentido de que, no Tribunal incumbido da guarda da Constituição, também funciona o poder constituinte³⁰². Na nossa compreensão, este poder se manifestou nos seguintes casos: 1) quando o STF se deu por competente para estabelecer a perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária, sem que esta sanção esteja expressamente prevista na Constituição (ativismo competencial); 2) quando o Tribunal criou um sistema de fiscalização judicial preventiva da constitucionalidade paralelo ao modelo sucessivo admitido pela Carta Magna (ativismo competencial); 3) quando, por meio de um instrumento de controle concreto da constitucionalidade (mandado de injunção), a Suprema Corte supriu normativamente, com eficácia *erga omnes*, a omissão do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos (ativismo eficaz); e, 4) quando o ministro Gilmar Mendes tentou “abstrativizar” o controle de fiscalização concreta da constitucionalidade por meio da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF, que exige expressamente a intervenção do Senado Federal para generalizar os efeitos das decisões do STF que declaram, incidentalmente, a inconstitucionalidade das normas (ativismo eficaz).

Não há dúvida de que o STF, por meio do seu protagonismo-judicialização, vem contribuindo imensamente com o fortalecimento da democracia brasileira e com a garantia dos direitos fundamentais, tornando-se um órgão vital para o Estado de Direito. Não há dúvida também de que, em comparação com os casos de judicialização da política, os de ativismo judicial são quantitativamente baixos e, além disso, ainda são, em geral, compatíveis com finalidades públicas. Contudo, a satisfação com o resultado do julgamento ativista não expurga a ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes dele decorrente.

Em última análise, a expansão do STF torna patente um grave sintoma de fragilidade da democracia brasileira, marcada por uma crise de funcionalidade e credibilidade do Poder Legislativo. Porém, este cenário não autoriza a Suprema Corte reformar tacitamente a Constituição, ainda que isso seja feito em caráter de absoluta excepcionalidade. O vazio político não justifica, em regra, o seu preenchimento por juízes.

³⁰² Cf. STF. MS n.º 26.603/DF, *op. cit.*

Se o Brasil precisa de reforma constitucional para aperfeiçoamento da democracia e das instituições democráticas, é desejável que ela seja feita por políticos e, posteriormente, sindicada pelo STF, se for o caso disso. Realizar judicialmente a própria reforma constitucional, mesmo que com as melhores das intenções, é dar um passo demasiadamente largo à luz da separação de poderes que estrutura o Estado de Direito brasileiro.

De um modo geral, o STF só tem avançado na competência do Congresso Nacional para suprir a sua inapetência legislativa (o caso da greve dos servidores públicos é o exemplo mais eloquente). Assim, uma reforma política que busque otimizar qualitativa e quantitativamente a atuação do legislador poderá diminuir os espaços político-normativos vazios, tornando desnecessária a intervenção frequente da Suprema Corte. O fortalecimento do Parlamento, portanto, é o melhor remédio contra o ativismo judicial.

Por outro ângulo, julga-se necessária uma reforma constitucional do Judiciário por meio da qual seja aperfeiçoada a jurisdição constitucional brasileira, hoje extremamente concentrada no STF. Nesse sentido, poderia se pensar, por um lado, em fortalecer as instâncias inferiores da justiça constitucional, robustecendo-se o controle difuso da constitucionalidade, atualmente relegado a uma posição de quase inutilidade; e, por outro, discutir até que ponto a Suprema Corte poderá desincumbir-se, eficazmente, do pesado ônus de acumular as funções de tribunal criminal ordinário, tribunal de recurso de última instância e tribunal constitucional. Se esta última função é absolutamente imprescindível, talvez as outras duas possam ser mais bem desempenhadas de forma descentralizada ou compartilhada, especialmente tendo em conta a existência de tribunais superiores que podem coadjuvar o STF, como o STJ e o TSE.

Por outro lado, como as decisões ativistas, no conceito por nós adotado, implica no desempenho de função legislativa, poderia ser cogitada, por meio de uma reforma constitucional e em casos extremos, uma maneira de se criar um diálogo institucional mais intenso e mutuamente influente entre o Parlamento e o STF no que se refere às decisões que implicassem alargamento da competência da Corte ou da eficácia de suas decisões. Um maior diálogo institucional entre estas duas instituições democráticas, onde nenhuma delas, em matéria de competência dos Poderes, seria o intérprete exclusivo da Constituição, encontra apoio na ideia de que “entre Estado Constitucional e qualquer ‘senhor do direito’ há uma radical incompatibilidade. O direito não é objeto de propriedade

de um, mas deve ser objeto do cuidado de todos³⁰³”. Trata-se, contudo, de uma proposta que deve ser estudada e aprofundada sem precipitação, pois não se pode prescindir das necessárias independência e altivez da Suprema Corte do Brasil.

Enquanto nada disso se torne uma realidade constitucional - ou, mesmo que venha a se tornar, não se sabe se contaria com o apoio do STF, que tem poder para anular emendas constitucionais incompatíveis com as cláusulas pétreas, como parece ser as questões vinculadas às competências da Corte -, temos de confiar no sentimento de autorrestrição dos ministros do Tribunal Supremo, que poderão adotar uma postura de maior deferência às opções do legislador e às decisões das instâncias inferiores do Poder Judiciário.

De qualquer forma, pensamos ser possível encontrar um equilíbrio na relação de tensão entre jurisdição e legislação, entre protagonismo judicial e a debilidade legislativa. Com efeito, se por um lado o ativismo judicial não se compatibiliza com o princípio da separação de poderes, por outro, o passivismo judicial - ao demitir-se da missão de fazer atuar a Constituição, vinculando-se totalmente às deliberações da política majoritária ordinária -, põe em risco os direitos fundamentais das minorias, que todo Estado de Direito deve preservar. Entre estas duas extremidades, o protagonismo-judicialização coloca o STF dentro de um espaço constitucionalmente hígido e é nesta terceira via que deve ser posta a ênfase da atuação dos juízes constitucionais frente aos poderes políticos: uma atuação materialmente ativa e heteronormativamente conformada, mas institucionalmente não dominadora.

Por fim, cumpre salientar que as conclusões a que chegamos acerca do fenômeno da expansão do Poder Judiciário e de suas modalidades - embora tenham sido fruto de estudo dirigido especificamente para a atuação do STF brasileiro em face do Poder Legislativo -, podem, diante do caráter geral dos conceitos propostos, ser úteis para a compreensão da atuação criativa de outras Cortes Constitucionais, especialmente as inseridas em países de contexto sociojurídico semelhante ao do Brasil.

³⁰³ ZAGREBELSKY, 2011, *op. cit.*, p. 153.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed., Madrid: Trotta, 2009.

ALVES, Pedro Delgado. O Princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 48, n.º 1-2, p. 165-270, 2007.

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007, p. 237-264.

AMARAL JUNNIOR, José Levi Mello do. Organização de poderes em Montesquieu. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de *et al* (Coords.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. 3, p. 297-314.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Veja, 1988. Edição bilíngue.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado**, Rio de Janeiro, v. 60, p. 137-179, 2006.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuição para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 3ª Reimpressão.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BERNAL, Heber Joel Campos. El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro. *In*: _____. (Org.). **Control constitucional y activismo judicial**. Peru: Ara Editores, 2012, p. 307-317.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOLINGBROKE. **The Craftsman**, v. 7 *apud* PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Partidos políticos registrados no TSE**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 26 de junho de 2015.

BUCK, Christopher G. Judicial Activism. *In*: ANDERSON, Gary L; HERR, Kathryn G. (Orgs.). **Encyclopedia of activism and social justice**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2007, v. 2.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

_____. O ativismo judiciário: Entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. *In*: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47-58.

_____. Os métodos do achamento político. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 45-51.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Prefácio. *In*: _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. V-XXX.

_____. **Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politicização da justiça**. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 2007. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 2.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, p. 115-126, 23 nov. 2004.

CHEMERINSKY, Erwin. The Roberts Court at Age Three. **Wayne Law Review**, v. 54, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280276>. Acesso em: 16 de junho de 2015.

COELHO, Inocência Mártires. Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 61-65.

_____. Apresentação. In: GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. XI-XL.

COLÓQUIO NO 10.º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed., Madrid: Trotta, 2009, p. 75-98.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional: A Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Introdução. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. VII-XVIII.

DUGUIT, Léon. **La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789**. Tradução de Pablo Pérez Tremps. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, António Cassimiro. **Política e sociedade**: teoria social em tempo de austeridade. Porto/PT: Vida Económica, 2014.

FREITAS, Andréa. Migração Partidária na Câmara dos Deputados de 1987 a 2009. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 55, n.º 4, p. 951 a 986, 2012.

GALANTER, Marc. Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n.º 36, p. 103-145, fev. 1993.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GRABER, Mark A. Constructing judicial review. **Annual Review of Political Science**, v. 8, p. 425-451, 2005. Disponível em: <<http://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.polisci.8.082103.104905>>. Acesso em: 18 de junho de 2015.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUARNIERI, Carlo. Judicial politicization. *In*: CLARK, David S. (Editor). **Encyclopedia of law & society: american and global perspectives**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2007, v. 2.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed., Madrid: Trotta, 2009.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4(2), p. 595-602, jul-dez. 2008.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, Hamilton. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. *In*: CALDEIRA, Gregory A.; KELEMEN, R. Daniel; WHITTINGTON, Keith E. (Orgs.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**, 2008. Disponível em: <[http://qr.jur.lu.se/Quickplace/juan02/Main.nsf/0/7BA763D5DCA73F3CC1257C1C00318397/\\$file/hirschl.pdf](http://qr.jur.lu.se/Quickplace/juan02/Main.nsf/0/7BA763D5DCA73F3CC1257C1C00318397/$file/hirschl.pdf)>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

HORWITZ, Morton J. The Warren Court and the pursuit of justice. **Whashington and Lee Law Review**, v. 50, 5, 1993. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1814&context=wlulr>>. Acesso em: 16 de junho de 2015.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com Juízes. Tradução de Eduardo Maia Costa. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 24, n.º 94, p. 31-47, abr-jun. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 5ª Tiragem.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, p. 1.441-1477, out. 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=california-lawreview>>. Acesso em: 24 de março de 2015.

KOOPMANS, T. Legislature and Judiciary: present trends. *In*: CAPELLETTI, Mauro (Org.). **New perspectives for a common law of Europe**. Leyden: Sijthoff, 1978, p. 309-337. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2369807>. Acesso em: 12 de novembro de 2014.

KUMM, Mattias. The best of times and the worst of times: between constitutional triumphalism and nostalgia. *In*: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). **The twilight of constitutionalism?** New York: Oxford University Press, 2010, p. 201-219.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Inês Espada Vieira. Lisboa: Escolar Editora, 2013.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez? O outro lado do STF. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 219-232.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1975.

LOUREIRO, João Carlos. Leões, melhoramento(s) e constituição. *In*: MIRANDA, Jorge et al (Orgs.). **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**. Coimbra: Almedina, 2012, v. 1, p. 545-573.

MALBERG, R. Carré de. **Teoría General del Estado**. Tradução de José Lión Depetre. 2. ed., México: Facultad de Derecho/UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1998.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, 2002, p. 101-140. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 26 de março de 2015.

MAUS, Ingeborg (1989). **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, n° 58, nov. 2000.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EDB). 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, v. 2, t. 3 (2010).

_____. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, v. 3, t. 5 (2010).

_____. **Manual de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2014, v. 3, t. 6 (2013).

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, barão de La Brède e de. **Do espírito das leis** (1748). Introdução, tradução e notas de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional:** garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra Editora, 2002. v. 1.

_____. **Justiça Constitucional:** garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra Editora, 2002, v. 2.

NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Reimpressão.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: WMF Martins Fonte, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional:** respostas aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República:** simultaneamente um comentário ao acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n.º 6, p. 207-249, abr./jun. 2008.

_____. **Mutação constitucional:** interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Por caminhos da(s) reforma(s) da justiça.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union, 5/02. **Walter Hallstein-Institut**. Disponível em: <<http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>>. Acesso em 17 de junho de 2015.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª Reimpressão (2014).

RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial**: fundamentos e fragmentos. Porto: Universidade Católica, 2001.

REYES, Manuel Aragón. **Estudios de Derecho Constitucional**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Orgs.). **O Tribunal Constitucional e a crise**: ensaios críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed., Madrid: Trotta, 2009, p. 123-158.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**: o caso português. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado – RDE**, Rio de Janeiro, ano 6, n.º 21, p. 253-288, jan/dez. 2011.

SCHETTINO, José Gomes Riberto. **Controle judicial de constitucionalidade e ativismo judicial processual**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2008.

SHANE, Scott. Ideology Serves as a Wild Card on Court Pick. **The New York Times**. 4 nov. 2005. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9902E4D9173EF937A35752C1A9639C8B63>>. Acesso em 05 de julho de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Harmonia entre os poderes e governabilidade. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n.º 1, p. 25-36, jan/mar. 2006.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

_____. **Sustentabilidade política e pós-democracia**. Coimbra, 2015. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/fd_stavares/804>. Acesso em: 17 de junho de 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVESTRI, Gaetano. **La separazione dei poteri**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1979.

SMITH, Stephen F. Taking Lessons from the Left?: judicial activism on the Right.. **The Georgetown Journal of Law & Public Policy**. 2002. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/880/>. Acesso em: 27 de março de 2015.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996. 3ª Reimpressão (2001).

STERN, Klaus. **Jurisdicción constitucional y legislador**. Tradução de Alberto Oehling de Los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentários ao artigo 2º da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et. al.* (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 140-146.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais**: a Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização. Coimbra: Almedina, 1995.

TUSHNET, Mark. **Why the Constitution Matters**. New Haven and London: Yale University Press, 2010.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution**. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en>. Acesso em: 11 junho 2015.

URBANO, Maria Benedita. “Criação judicial” e “ativismo judicial”: as duas faces de uma mesma função? In: **35.º ANIVERSÁRIO da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012a, v. 2, p. 7-41.

_____. **Curso de Justiça Constitucional**: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. **Representação política e parlamento:** contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos do protecção do mandato parlamentar. Coimbra: Almedina, 2009a, (Teses).

_____. Sentenças intermédias: para além de Kelsen mas ainda aquém de uma nova teoria da separação dos poderes. *In: ESTUDOS em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012b, v. 2, p. 691-719.

_____. Titularidade do mandato parlamentar: a propósito da Resolução n.º 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro. **Revista de Direito Público e Regulação** (Cedipre), Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, p. 121-133, jul. 2009b.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Juruá, 2009. Reimpressão (2012)

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go marching in. *In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.). The global expansion of judicial power.* New York: New York University Press, 1995, p. 13-26.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário - a crise regulatória. *In: BOLETIM da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.* Coimbra: Coimbra Editora, 1994. (STVDIA IVRIDICA, 4).

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV.** São Paulo, v. 4, n.º 2, p. 441-464, Jul-dez. 2008.

VILE, Maurice J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Tradução espanhola de Xohana Bastida Calvo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WHITTINGTON, Keith E. Interpose your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 99, n.º 4, nov. 2005. Disponível em: <http://scholar.princeton.edu/sites/default/files/Interpose_Friendly_Hand_0.pdf>. Acesso em: 09 de abril de 2015

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução espanhola de Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

_____. **La ley y su justicia: tres capítulos de justicia constitucional**. Tradução espanhola de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014.

Referências legislativas

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução n.º 17**, de 21 de setembro de 1989. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/1989/resolucaodacamaradosdeputados-17-21-setembro-1989-320110-republicacaoatualizada-40374-pl.html>>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 26 de junho de 2014. Acesso em: 16 de abril de 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 26 de junho de 2014. Acesso em: 16 de abril de 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. **Emenda Constitucional n.º 1**, de 17 de outubro de 1969. Alterou a Constituição Federal de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2015.

_____. **Emenda Constitucional n.º 25**, de 15 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2015.

_____. **Lei n.º 4.737**, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. **Lei n.º 9.096**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. **Lei n.º 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. **Lei n.º 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da

Constituição Federal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. **Lei n.º 11.105**, 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. **Lei n.º 11.418**, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm. Acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. **Lei n.º 11.441**, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em: 08 de julho 2015.

_____. **Lei n.º 12.016**, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n.º 22.526**, de 27 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n.º 26.610**, de 25 de outubro de 2007. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2015.

_____. Senado Federal. **Resolução n.º 93 (1970)**: com atualizações da Resolução n.º 18 (1989) e consolidado com alterações posteriores até 2010. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegInternoSF_Vol1.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

Brasil – Jurisprudência:

BRASIL. **Acórdãos do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Último acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. **Súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Último acesso em: 08 de julho de 2015.

Portugal - Legislação/jurisprudência:

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art20>>. Acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. **Lei n.º 28**, de 15 de novembro de 1982. Dispõe sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0101.html>>. Acesso em: 08 de julho de 2015.

_____. **Acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Último acesso em: 08 de julho de 2015.