



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO

**SEPARAÇÃO DOS PODERES, PARLAMENTO E ATIVISMO
JUDICIAL: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o
fenômeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na
realidade brasileira**

ADRIANO BERNARDO DE FRANÇA

COIMBRA - PORTUGAL

2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO

**SEPARAÇÃO DOS PODERES, PARLAMENTO E ATIVISMO
JUDICIAL: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o
fenômeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na
realidade brasileira**

ADRIANO BERNARDO DE FRANÇA

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo
de Estudos em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado Científico
em Ciências Jurídico-Políticas.

Menção: Direito Constitucional.

Orientador: Professora Doutora Maria
Benedita Urbano

COIMBRA - PORTUGAL

2013

ADRIANO BERNARDO DE FRANÇA

**SEPARAÇÃO DOS PODERES, PARLAMENTO E ATIVISMO
JUDICIAL: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o
fenômeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na
realidade brasileira**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo
de Estudos em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Maria Benedita Urbano
Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Dedico esta dissertação aos meus pais, por tudo que fazem e representam pra mim.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte maior de toda sabedoria, pelas tantas provas de sua existência e amor.

Aos meus pais, meu alicerce, aos quais me faltam palavras para agradecer por tudo;

A meu irmão e minha irmã, pela atenção e por todos os exemplos e ensinamentos que sempre me passaram;

A toda minha família, pelo carinho e pela torcida;

Aos velhos amigos, que mesmo distante e com contato diminuído continuam me passando força e boas energias para que eu siga sempre em frente;

Aos novos amigos que Coimbra me deu, sem vocês a caminhada teria sido muito mais difícil. Torçamos para que o tempo e a distância não impeçam que nossa amizade se eternize;

A minha orientadora, Professora Doutora Maria Benedita Urbano, por ter despertado em mim o gosto e o interesse pelo tema durante as aulas do Mestrado e em seus trabalhos escritos, por todos os ensinamentos passados, e por toda paciência, dedicação e auxílio na orientação deste trabalho;

A todos os outros professores e funcionários da Universidade de Coimbra, pela ajuda, pela atenção e por terem contribuído imensamente para meu amadurecimento e crescimento pessoal e acadêmico durante todo o tempo do curso de Mestrado.

RESUMO

A presente dissertação é fruto de uma pesquisa desenvolvida no âmbito do Direito Constitucional, notadamente nos campos da separação e do funcionamento dos poderes do Estado, e tem como objetivo tratar do fenômeno do ativismo judicial e da sua relação com a atuação do parlamento, com enfoque voltado para a realidade jurídico-constitucional brasileira. Por meio de uma análise teórico-doutrinária e jurisprudencial, buscou-se verificar como deve ser compreendido o princípio da separação dos poderes atualmente; qual o limite e qual a melhor forma de atuação do Poder Judicial no esquema da separação dos poderes; o que pode ser considerado e como pode ser entendido o fenômeno do ativismo judicial; e, de forma mais direta, como a atuação do parlamento pode contribuir, favorecer ou evitar a ocorrência de tal fenômeno. Para tanto, esta pesquisa foi dividida em três partes. Na primeira, é trabalhado o princípio da separação dos poderes. Na segunda, é dedicado espaço a atuação do parlamento. Na terceira, aborda-se mais diretamente o fenômeno do ativismo judicial. Nesta última parte, são ainda apresentados casos de ativismo judicial no Brasil, fazendo-se uma análise crítica desses casos, e, depois, são lançadas algumas reflexões propositivas para a solução ou a amenização do ativismo judicial no que se relaciona com a atuação do parlamento brasileiro. Por fim, traz-se uma síntese das conclusões a que se chegou no presente trabalho.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Atuação do Parlamento. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This present dissertation is the result of a study carried out in the context of the Constitutional Law, notably in the fields of separation and functioning of the powers of the State, and has as objective treating with the phenomenon of judicial activism and its relation with the parliament's actuation, with the focus more toward brazilian legal-constitutional reality. By a theoretical-doctrinal and jurisprudential analysis, it has sought to verify how should be understood currently the principle of the separation of powers; what is the limit and what is the best form of actuation of the judiciary in the layout of the separation of powers; what can be considered and how can be understood the phenomenon of judicial activism; as well as, in a more direct way, it has sought to understand how the performance of the parliament can contribute, favor or avoid the occurrence of this phenomenon. Therefore, this research was divided into three parts. At first, it worked the principle of separation of powers. The second is dedicated to the actuation of the parliament. In the third, it approaches more directly the phenomenon of judicial activism. The last part is made of cases of judicial activism in Brazil, making a critical analysis of these cases, and some propositional reflections for solution or mitigate the judicial activism in the performance of the parliament in this country. Finally, it brings a summary of the conclusions that it had with the present work.

Key words: Separation of Powers. Actuation of the Parliament. Judicial Activism.

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AP – Ação Penal

APC – Ação Penal Condicionada

API – Ação Penal Incondicionada

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CPB – Código Penal Brasileiro

CRP – Constituição da República Portuguesa

DEM - Democratas

PFL – Partido da Frente Liberal

PL – Partido Liberal

PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PP – Partido Progressista

PR – Partido da República

PSD – Partido Social Democrático

PT – Partido dos Trabalhadores

PTB – Partido Trabalhista Brasileiro

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunal Constitucional Português

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	13
1.1 Algumas considerações sobre as origens da separação dos poderes	14
1.2 Diferentes contribuições para a separação dos poderes	15
1.2.1 Aristóteles: constituição mista e descrição de funções.....	15
1.2.2 Separação dos poderes em John Locke.....	18
1.2.3 Bolingbroke e os <i>checks and balances</i>.	25
1.2.4 A teoria da separação dos poderes em Montesquieu	28
1.2.5 A teoria da separação dos poderes nos Estados Unidos da América	35
1.3 Princípio constitucional da separação dos poderes: funções e características	41
1.4 Da doutrina ou teoria pura da separação dos poderes à teoria do núcleo essencial	44
1.5 Controles recíprocos e limitação do poder.....	47
CAPÍTULO II – ATUAÇÃO DO PARLAMENTO.....	50
2.1 Funções do parlamento	50
2.2 Importância do parlamento.....	60
2.3 Problemas na atuação do parlamento brasileiro.....	62
2.3.1 Omissões legislativas	63
2.3.2 Uso de leis simbólicas pelo parlamento brasileiro	66
2.3.2.1 Lei 11.293/2009 e a tipificação do “sequestro relâmpago”	68
2.3.2.2 Lei 8.930/1994 e o caso Daniela Perez.....	69
2.3.3 Corrupção, ação penal 470 (caso “mensalão”) e desvios éticos dos parlamentares...71	
2.3.3.1 Ação penal 470 (caso “mensalão”).....	72
2.3.4 Descrédito e desconfiança da sociedade no parlamento brasileiro	74
CAPÍTULO III – ATIVISMO JUDICIAL	77
3.1 Origem da expressão e do fenômeno ativismo judicial.....	78
3.2. Conceito de ativismo judicial	80
3.3 Tipos de ativismo judicial.....	86

3.3.1 Critério da índole	86
3.3.2 Critério do conteúdo	92
3.4 Ativismo judicial e teorias relacionadas	96
3.4.1 Ativismo judicial e autocontenção judicial	96
3.4.2 Ativismo judicial e neoconstitucionalismo	99
3.5 Atuação dos tribunais constitucionais em tempos de crise econômico-financeira	105
3.6. Ativismo judicial no Brasil: casos e implicações	109
3.6.1 O juiz ou tribunal legislador	109
3.6.1.1 O caso do direito de greve dos servidores públicos.....	109
3.6.1.2 ADPF nº 54 e o aborto de anencéfalo	110
3.6.1.3 ADI nº 4424 e a natureza da ação penal dos crimes de violência doméstica contra a mulher	112
3.6.2 Juiz ou tribunal co-constituente	114
3.6.2.1 ADPF nº 132 e ADI nº 4277 e a proteção jurídica das uniões estáveis homoafetivas	114
3.6.2.2 A adoção de regras sobre transfuguismo político e fidelidade partidária pelo STF e pelo TSE	116
3.7 Em busca de meios e instrumentos para solução ou amenização da ocorrência do ativismo judicial no que se relaciona com a atuação do parlamento brasileiro: reflexões propositivas	121
3.7.1 Necessidade de uma reforma político-eleitoral	121
3.7.2 Criação de um procedimento de saneamento de omissões e de diálogo entre o poder judicial e o parlamento	122
3.7.3 Ativismo social político-participativo.....	124
3.7.4 Indagações sobre soluções para se evitar a sobreposição de valores pessoais de juízes e ministros e o desrespeito a métodos e técnicas de interpretação e aplicação do direito	125
CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS	130
ANEXO A – Resolução 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral.....	140

INTRODUÇÃO

A racionalização do uso do poder desde há muito tempo é uma grande preocupação do mundo ocidental. Além da própria história, obras e estudos considerados clássicos mostram que para se impedir ou dificultar que os que detêm o poder venham a cometer abusos é preciso que ele esteja adequadamente distribuído. Frente a toda sorte de abusos já registrados, o surgimento e o desenvolvimento de muitas discussões e teorias terminaram por consagrar o princípio da separação dos poderes como um dos pilares do Estado de Direito. Como se sabe, tal princípio é de fundamental importância para que seja preservado um grau de liberdade satisfatório e para que possam ser garantidos os mais diversos direitos aos cidadãos.

Ademais, com o decurso do tempo, foi possível observar que não só mais o poder executivo e o parlamento – antes os que mais despertavam desconfiança – foram alvos de questionamentos e preocupações no que diz respeito ao uso, exercício e abuso do poder. Tendo se distanciado da função de mera “boca que declara as palavras da lei”¹ e assumido um papel cada vez mais marcante, o poder judicial também despertou receio quanto a extrapolação das suas funções, chamando a atenção de juristas de diversos países para esse fato, e passou a ser cada vez mais objeto de estudo do direito constitucional. Reconhece-se, atualmente, que tal poder tem a capacidade de interferir e influenciar na vida dos cidadãos, na realização ou não de direitos, e, também, na atuação dos outros poderes.

Com efeito, várias situações mostram que o “menos temível dos poderes”² pode não ser tão inofensivo assim. É possível verificar em vários casos e decisões investidas do poder judicial às funções dos outros órgãos e poderes do Estado, em especial as do poder legislativo (e dos parlamentos que possuem e exercem este poder). Relacionado a isso, lançando um olhar mais especificamente sobre a realidade brasileira, não é tão incomum se ver ser sugerido que, diante de uma suposta “crise” do parlamento, o poder judicial deve assumir um papel de protagonista e uma postura mais proativa, para corrigir as falhas e preencher os espaços deixados por tal órgão.

Devido a essa (relativamente) nova realidade da atuação dos juízes e tribunais, em especial dos que exercem a jurisdição constitucional, tornou-se não tão estranho se falar em “ativismo judicial”. Nos Estados Unidos da América esta expressão foi e é largamente

¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Murachco da obra *L'Esprit des Lois* (1748). São Paulo: Martins Fontes, 1996. Capítulo VI, Livro XI, p. 175.

² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. do original “*The Federalist*” por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. Número 78º, p. 458.

utilizada no debate constitucional, algo também visto no Brasil, principalmente nos últimos anos. Pode-se dizer que, neste último país, o “ativismo judicial” virou moda; pois, tal termo é reiteradamente utilizado, tanto no meio jurídico, quanto nos meios de comunicação de massa e, também, pela própria população em geral.

Nesse cenário, surgem as questões de se saber como pode e/ou deve ser compreendido o princípio da separação dos poderes atualmente; como deve ser a atuação dos poderes para que tal princípio seja respeitado; qual o limite e como deve ser a atuação do poder judicial; o que pode ser considerado e como deve ser encarado o fenômeno do ativismo judicial; e, de forma mais específica, aparece a problemática – que será mais diretamente objeto do presente trabalho – de se compreender como a atuação do parlamento pode favorecer, contribuir ou evitar a ocorrência e o desenvolvimento do ativismo judicial, mais especificamente levando-se em conta a realidade política e jurídico-constitucional brasileira.

Frente a essas questões, mesmo tendo sido estas apresentadas ainda de forma incipiente, já é possível perceber a necessidade e pertinência delas serem abordadas. A problemática levantada justifica a realização do presente estudo. Assim sendo, o enfrentamento do tema é feito por meio de uma pesquisa teórico-doutrinária e jurisprudencial, partindo-se de uma visão global, para a análise de uma realidade específica (a brasileira). Para tanto, divide-se a presente dissertação em três capítulos.

No primeiro capítulo é tratado o tema separação dos poderes. Para começar, são tecidas algumas considerações sobre as origens da ideia da separação dos poderes. Apresenta-se também as diferentes contribuições da doutrina para tal tema, nomeadamente as de Aristóteles, John Locke, Bolingbroke, Montesquieu, bem como os contributos da doutrina norte-americana, em especial as formulações de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. É dedicado espaço ainda para as funções e características do princípio da separação dos poderes. Além disso, busca-se verificar qual “leitura” de tal princípio melhor se coaduna com as atuais necessidades e com a atual conjuntura do Estado de Direito. E, no fim do capítulo, levantam-se alguns questionamentos concernentes aos controles recíprocos e a limitação dos poderes.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo da atuação dos parlamentos, momento em que se faz uma apresentação e análise das principais funções que estes podem e devem desempenhar. Isso, para, inclusive, em seguida, buscar medir a importância que têm os parlamentos atualmente, apontando como podem contribuir ou prejudicar o exercício das funções do Estado pelos outros poderes. De forma subsequente, voltando-se para uma

realidade específica, são apresentados alguns casos sobre a existência de problemas na atuação do parlamento no Brasil.

No terceiro capítulo, é tratado mais diretamente o tema do ativismo judicial. No início, são demonstradas as origens da expressão e do fenômeno propriamente dito. Depois é feita uma exposição do conceito de ativismo judicial apresentado por alguns autores e o que se entende por ativismo judicial na presente dissertação. São apontados também alguns tipos de ativismo judicial, de acordo com os critérios da índole e do conteúdo da decisão. É analisada ainda a relação entre o ativismo judicial e duas teorias: a da autocontenção judicial e a do neoconstitucionalismo (em certa concepção difundida no Brasil, que será mostrada). Em continuação, é dedicado espaço para a questão de como deve ser a atuação dos tribunais constitucionais em tempos de crise econômica e financeira, mais especificamente tentando achar resposta para a indagação de se seria aceitável e/ou desejável uma atuação ativista em situações do tipo. No penúltimo tópico se traz uma exposição de casos que ilustram a ocorrência do ativismo judicial no Brasil, momento em que é feito um exame crítico desses casos e em que se procura demonstrar quais as implicações do ativismo judicial para o Estado de Direito. E, para finalizar o capítulo, tendo em consideração a realidade brasileira, trilha-se um caminho de busca por meios e instrumentos para a solução ou amenização do ativismo judicial no que se relaciona com a atuação do parlamento.

CAPÍTULO I - SEPARAÇÃO DOS PODERES

Trabalhar o tema ativismo judicial é tratar da atuação dos juízes, do poder judicial e dos limites que devem ser observados por esse poder para que ele não invada o que é de competência dos outros poderes. É tratar da relação entre os poderes. De modo que, antes de se falar propriamente sobre ativismo judicial e da sua relação com a atuação do parlamento, torna-se interessante trabalhar algumas ideias a respeito da teoria e do princípio da separação dos poderes. Pois, expor, analisar e procurar entender esta teoria e princípio se torna pressuposto para uma boa compreensão do que vem a ser ativismo judicial.

Desde já, registra-se que trabalhar o tema separação dos poderes apresenta certas dificuldades. A separação de poderes é um tema complexo – para alguns dos mais controversos do direito público e/ou constitucional –, pois foi e é considerado ou entendido de várias formas, em diferentes momentos históricos, partindo de diversos pontos de vista e tendo em conta as mais variadas circunstâncias.

Dito isto, cumpre antecipadamente esclarecer, a título de delimitação do que será trabalhado em seguida, que dentre as diferentes formas que a separação dos poderes pode ser considerada, o tema será trabalhado focando-se dois entendimentos: 1) como doutrina que busca um equilíbrio entre as forças sociais e políticas existentes em determinada sociedade; e, 2) como princípio constitucional orgânico-funcional. A este último será dada maior ênfase. Todavia, numa tentativa de melhor sistematização e clareza, não se deixará de abordar alguns outros aspectos que se mostrem importantes para a formação de um melhor entendimento e clareamento sobre a separação dos poderes.

Importa fazer ainda um esclarecimento sobre o uso do termo “separação dos poderes”. Como ensina Canotilho,

“A constitucionalística mais recente salienta que o **princípio da separação de poderes** transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controlo’, e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de **divisão de poderes**; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a ideia de **separação de poderes**.”³

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250.

Diante disso, interessa dizer que, em regra, o termo separação dos poderes será usado de forma geral, no sentido do “princípio da separação de poderes”, englobando as duas dimensões de que fala o autor.

1.1 Algumas considerações sobre as origens da separação dos poderes

Como doutrina que busca equilíbrio entre forças políticas e sociais, a separação dos poderes “assume-se como tema recorrente do pensamento ocidental, desde a Antiguidade clássica”⁴. Segundo Dalmo Dallari, “o antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em Aristóteles (...)”⁵. Sobre este ponto, deve ser dito que, além da contribuição desse pensador na Grécia, em Roma também se viu algumas ideias relacionadas com a separação dos poderes serem trabalhadas, em especial por Cícero e Políbio, ganhando um pouco mais de destaque as apresentadas por este último⁶. O que foi apresentado por estes autores romanos também pode ser considerado antecedente ou origem remota da separação dos poderes.

Já no que diz respeito à separação de poderes como princípio orgânico-funcional – que tende a uma distinção entre as funções estaduais, prescrevendo a distribuição de cada uma dessas funções a um órgão separado e visando principalmente privilegiar uma ideia de liberdade individual –, sua origem histórica é moderna. Tal concepção vem surgir e ser desenvolvida na Inglaterra, no século XVII, quando aparece uma primeira sistematização doutrinária nesse sentido, elaborada por John Locke, na obra *Segundo Tratado Sobre o Governo*⁷⁻⁸.

Além de Locke, outros autores ingleses apresentaram teorias acerca da separação dos poderes, como Bolingbroke, por exemplo, que tratou da ideia dos *check and balances*,

⁴ Com essas palavras, Nuno Piçarra aponta a Antiguidade Clássica como “origem remota da doutrina da separação dos poderes”. 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. 31.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215.

⁶ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 37-40.

⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Costa. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

⁸ Nesse sentido é a afirmação de Nuno Piçarra: “Todavia, a doutrina da separação dos poderes, na parte em que desenvolve uma distinção entre funções estaduais, prescrevendo a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes (separados), em nome, sobretudo, da liberdade individual, é de origem inequivocamente moderna, tendo nascido em Inglaterra no século XVII”. Ainda segundo o autor português, “A própria expressão ‘separation of powers’ é dessa época.” In PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 31.

Essa afirmação encontra base ainda nas palavras de Dalmo Dallari quando diz: “No século XVII é que vai surgir, entretanto, uma primeira sistematização doutrinária da separação dos poderes, com a obra de Locke. Baseado evidentemente, no Estado Inglês do seu tempo (...)”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 215.

instituto que mais tarde seria defendido e melhor desenvolvido por autores norte-americanos, em especial nos *The Federalist*.

Posteriormente, no século XVIII, na França, Montesquieu, na sua clássica obra *O Espírito das Leis*⁹, desenvolveria a “versão” da separação dos poderes que serviria de base para o Estado Constitucional Moderno. Foi esta obra, principalmente o Capítulo VI do Livro XI, como se sabe, que fez com que o princípio da separação dos poderes ficasse fortemente ou automaticamente associado à obra e ao nome de Montesquieu¹⁰.

As contribuições de Locke, Bolingbroke e Montesquieu, e principalmente as deste último, ofereceram as ideias chave da atual compreensão do princípio da separação dos poderes. Contudo, não se pode deixar também de mencionar os contributos da doutrina norte-americana, nomeadamente as formulações de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay nos clássicos artigos “*The Federalist*”¹¹.

1.2 Diferentes contribuições para a separação dos poderes

Como já antecipado, o tema separação de poderes ao longo do tempo foi abordado, direta ou indiretamente, por muitos autores, juristas, publicistas, filósofos, sociólogos, por exemplo. Neste tópico, passa-se a analisar as contribuições de alguns autores que se destacaram no trato do tema e que têm suas teorias costumeiramente citadas pela doutrina em geral como origem remota, próxima ou antecedente da separação dos poderes, dentre outras designações.

1.2.1 Aristóteles: constituição mista e descrição de funções

Já na Grécia, Aristóteles, em sua obra *Política*¹², trabalhou ideias que apresentam alguma relação com as formulações teóricas desenvolvidas Locke e autores ingleses, autores norte-americanos e Montesquieu, em especial, acerca da teoria da separação dos poderes.

Aristóteles, pelo que se percebe diante das constantes invocações e exemplos de que se utiliza na mencionada obra, baseia-se em experiências vividas no seu tempo nas

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Murachco da obra *L'Esprit des Lois* (1748). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁰ Cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 19.

¹¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. do original “*The Federalist*” por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

¹² ARISTÓTELES. *Política*. Trad. António Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1988.

idades gregas, descreve e individualiza essas experiências para defender um melhor tipo de constituição¹³.

O filósofo de Estagira teve um papel importante para formação da teoria da constituição mista. Em relação ao que é constituição mista, Nuno Piçarra afirma que:

“(...) constituição mista já será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o ‘exercício da soberania’ ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhes, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político”¹⁴.

Diferente do pensamento de Platão, que tratava o Estado como unidade, Aristóteles analisa o Estado numa perspectiva de multiplicidade, composto por vários elementos¹⁵. Partindo dessa perspectiva, Aristóteles reconhece a dificuldade do Estado existir sem a colaboração das diversas partes e elementos que o compõe. Com essa base, defende que a melhor constituição é a que leva em conta, ao mesmo tempo, os pobres e ricos, e a mistura de elementos da oligarquia e da democracia¹⁶⁻¹⁷. Essa configuração tenderia a um “meio-termo” e favoreceria a formação e/ou predomínio de uma classe média. Isto tudo, no pensamento do autor, favoreceria uma melhor vida em sociedade e promoveria a própria ideia de bondade¹⁸.

De tal modo, essencialmente, tendo em conta concepções modernas, pode-se dizer que, ainda de forma um tanto rudimentar, Aristóteles trata indiretamente da ideia de que da participação e mistura de forças antagônicas no exercício do poder político se conseguiria um equilíbrio e balanceamento dentro do Estado, evitando-se assim que uma das classes sociais se sobrepusesse as outras¹⁹.

¹³ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Tradução espanhola de Constitutionalism and Separation of powers. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 23 e 24.

¹⁴ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 33.

¹⁵ Nessa linha Gaetano Silvestri afirma que “Nel pensiero del filoso di stagira la molteplicità dei fattori costitutive dello stato ne fonda il concetto. Vi è stato dove vi è molteplicità; la riduzione ad unità elimina lo stato” In SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 11.

¹⁶ Nesse sentido Gaetano Silvestri: “Dopo aver riconosciuto che lo stato non può esistere senza la collaborazione dei diversi elementi, Aristotele, nel tracciare le linee di una costituzione ottimale (...)”. Gaetano Silvestri considera ainda que nessa defesa ou descrição da melhor constituição Aristóteles leva mais em conta o princípio democrático do que o oligárquico dizendo que o filósofo grego “(...) si ispira piú al principio democrático che a quello oligarchico e risolve questa collaborazione nell principio di maggioranza”. *Ibid.*, p. 12.

¹⁷ E ao defender essa mistura, dentro de uma ideia de constituição mista, Aristóteles afirma: “Quanto mais misturado estiverem às partes de um regime, mais duradouro ele será (...)”. ARISTÓTELES. *Política*, p. 319, 1297-a.

¹⁸ Cf., SILVESTRI, Gaetano. *Op. cit.*, p. 12 e 13.

¹⁹ É o que se pode entender em: ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 301-345, 1294a – 1309a.

Destarte, o Estagirista em sua análise descritiva expõe que todas as formas de constituição apresentam três “partes”: 1ª) Deliberativa; 2ª) Magistratura; 3ª) Judiciária²⁰.

Sobre as funções dessas “três partes”, de forma bastante sintética²¹, a primeira se refere à “deliberação sobre os temas que dizem respeito à comunidade”²², competindo-lhe decidir sobre assuntos relacionados a guerra e a paz, inclusive no tocante as alianças e pactos; escolhas para cargos das magistraturas; fiscalização das contas públicas e etc²³.

Em relação à magistratura²⁴, esta se afigura ao poder que hoje é conhecido como Executivo. Apresenta-se como um poder de mando/comando, com funções governamentais. No entanto, nem todas as funções de executar ou fazer/realizar algo podem ser incluídas nesta parte. Nesse sentido, Aristóteles expõe que: “O nome de magistratura deve ser reservado em termos mais próprios e absolutos, de julgar e de exercer um poder efectivo, e de um modo especial para este último aspecto, porque mandar é aquilo que mais se coaduna com a função de governar”²⁵.

Já no que diz respeito à terceira e última parte, como o próprio nome sugere, ela se refere ao exercício da função que hoje é conhecida como jurisdicional²⁶. Na sua obra, Aristóteles descreve e trata de onde provêm os juízes, quais os modos de nomeação e quais atribuições exercem, citando oito espécies de tribunais – cada um com uma função –, que são: tribunal para fiscalização das verbas públicas; tribunal para tratar de atentados à comunidade; tribunal para tratar dos delitos à integridade da constituição; tribunal para conflitos entre magistrados e privados em questões de multas; tribunal para as questões que envolvessem contratos particulares de grande amplitude; tribunal para casos de homicídio; tribunal para conflitos entre estrangeiro e estrangeiro; e tribunal para conflitos surgidos entre estrangeiros e cidadãos²⁷.

²⁰ Aristóteles cita as três partes da seguinte forma: “Uma dessas três formas relaciona-se com a deliberação sobre assuntos que dizem respeito à comunidade. A segunda é a que se refere às magistraturas (ou seja, por um lado, quais as magistraturas e sobre que assuntos devem ter autoridade; por outro, de que modo se deve proceder à sua eleição). A terceira parte é a que respeita ao exercício da justiça”. *Ibid.*, p. 325, 1298a.

²¹ Dessa forma é feito por não ser o objetivo do presente trabalho um estudo detalhado e aprofundado sobre a concepção Aristoteliana, em tudo que esteja relacionado à separação dos poderes. Assim, e até pela complexidade e larga quantidade de informações em *Política*, trazer as descrições das “partes” e suas funções de forma pormenorizada poderia desviar o caminho que se pretende trilhar e dificultar a compreensão, ao invés de facilitar. Para todos os efeitos, vale dizer que a descrição das funções dessas “partes” pode ser encontrada em alguns trechos da obra *Política*, principalmente - e de forma mais específica - no Livro IV, 1298a – 1301a. *In Ibid.*

²² *Ibid.*, p. 325, 1298a.

²³ *Ibid.*

²⁴ Para um melhor entendimento sobre a divisão das magistraturas, prazo de vigência, autoridades que dispõem, como devem ser eleitas e etc. conferir: *Ibid.*, p. 331-341, 1298b-1300b.

²⁵ *Ibid.*, p. 333, 1299a.

²⁶ Em relação parte judicial, conferir: *Ibid.*, p. 341-345, 1300b e 1301a.

²⁷ *Ibid.*, p. 343, 1300b.

Convém registrar ainda que, na antiguidade, Cícero e Políbio também teorizaram a ideia de constituição mista, a partir da experiência da república romana em diferentes momentos, ou seja, a partir de uma experiência constitucional concreta²⁸.

Esses últimos dois autores também defendem que a Constituição Mista por ser uma mistura ou síntese de formas de governo puras é o melhor e o mais estável tipo de constituição. Todavia, no modelo Polibiano cada classe social participa apenas de um determinado órgão, tendo acesso apenas ao órgão que lhe está destinado, diferente do modelo Aristotélico que mistura as classes sociais em todos os órgãos constitucionais e que preza para que todas as classes sociais tenham acesso a todos os órgãos²⁹.

Por fim, deve ser dito que apesar de se ter que reconhecer algumas contribuições dessas teorias, em especial o que produziu Aristóteles, mesmo este autor não deve ser considerado o “nome” ou o “pai” da doutrina da separação dos poderes. Isto por não ter ele arquitetado tal teoria ou princípio e nem se preocupado propriamente com a relação entre os poderes. Pelo que parece, não era isso que o filósofo de Estagira conscientemente pretendia, seu objetivo era mais realizar uma síntese descritiva das partes e funções dos órgãos do seu tempo, o que bem fez³⁰.

1.2.2 Separação dos poderes em John Locke

No século XVII, viu-se que o tema que dá título ao presente capítulo começou a ser tratado com maior acuidade. Nessa esteira, dando sequência à exposição das contribuições para tal teoria, cumpre abordar as concepções e teorizações do inglês John Locke, que depois de Montesquieu talvez seja o autor que mais colaborou para a ideia de separação dos poderes que viria a servir de base para o Estado Constitucional Moderno.

Nos ensinamentos de Locke, já é possível identificar alguns contornos acerca da divisão dos poderes, por isso ele pode ser considerado antecedente ou origem próxima da teoria desenvolvida por Montesquieu. E, segundo consta, as elaborações do referido autor são consequência da sua tentativa de legitimar a deposição de Jaime II e a entrega do trono a

²⁸ Cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 37. Vale ressaltar que não se trata do termo “constitucional” no sentido que é entendido atualmente.

²⁹ *Ibid.*, p. 38-40

³⁰ BASSI, Franco. *Il Principio della Separazione dei Poteri (Evoluzione Problematica)*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, anno XV, 1965. p. 23.

Guilherme de Orange, bem como de justificar a declaração de direitos de 13 de fevereiro de 1689 e de rebater as teses que deram na época sustentação à monarquia absoluta³¹.

Conforme aduz Milagros Otero Parga, Locke é quem adverte expressamente, pela primeira vez, dos perigos que a concentração de poderes em mãos únicas pode ocasionar, pretendendo, frente a esses perigos, evitar os abusos e excessos que tal concentração ocasionaria³². E assim, para que o príncipe não exerça uma força arbitrária, injusta e ilegal, o autor inglês admite inclusive a possibilidade do uso da força por parte do povo em casos extremos³³⁻³⁴.

Importa mencionar também que Locke não se opõe rigidamente à Monarquia, mas apenas à sua forma absoluta. Desde que através da Monarquia se garanta a ordem, a paz, a propriedade e certa margem de liberdade, não se percebe uma oposição mais clara do autor inglês a esta forma de governo, assim entendida em um sentido atual³⁵.

Destarte, vê-se que a proposta de estruturação do estado e de separação dos poderes que Locke traz em sua obra tem como base, justamente, a harmonização e consecução de alguns fatores e/ou objetivos; caberia ao Estado através do desempenho de funções e da sua estrutura organizatória-funcional resolver os conflitos que surgirem na sociedade para que assim se garanta a segurança, a propriedade e a liberdade³⁶.

Para que os objetivos do “governo civil” sejam colocados em prática, Locke estrutura o estado em: poder legislativo, com função de para criar as leis; poder executivo, com a função de executar e aplicar as leis; poder federativo, que tem sua atuação e função ligadas primordialmente às questões externas e internacionais; e prerrogativa, que diz respeito a um poder de tomar decisões excepcionais em momentos críticos³⁷⁻³⁸.

Segundo Canotilho, para o filósofo inglês,

“Não bastava, porém, um olhar funcional. Era necessário o suporte *institucional*, ou seja, os ‘poderes’ ou ‘órgãos’ primariamente responsáveis por tais funções. O Parlamento – ele próprio ‘dividido’ em ou ‘composto’ por duas câmaras – constituía o ‘*supreme power*’ fundamentalmente baseado na sua função legislativa (mas não só), enquanto a Coroa soberana pontificava no ‘governo’, ‘administração’ e ‘tribunais’ funcionalmente

³¹ Cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 65.

³² PARGA, Milagros Otero. *División de poderes. Antes y ahora*. Separata de: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. n. 12. 1997. p. 120 e 121.

³³ LOCKE, John. *Segundo tratado Sobre o Governo Civil*, Cap. XVIII. p. 206 e ss.

³⁴ Cf., LOCKE, John. *Op. cit.*, parag. 203 e 204, p. 208 e 209. Cf. sobre também esse ponto, PARGA, Milagros Otero. *Op. cit.*, p. 122 e 123.

³⁵ PARGA, Milagros Otero, *Op. cit.*, p. 121 e 122.

³⁶ Neste sentido, PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 67 e 68.

³⁷ LOCKE, John. *Op. cit.*, parag. 134-138, p. 162-167.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 580.

competentes para o desempenho das funções executiva, federativa e prerrogativa.”³⁹

Tratando de algumas especificidades no que se refere aos “níveis”⁴⁰ funcional e institucional da estruturação de Locke, começando-se por ideias relacionadas ao Poder Legislativo, observa-se que para o autor inglês “O grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade”⁴¹. Assim, ele defende que “A primeira lei fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo”⁴². Estabelecido o Poder Legislativo, cumpre a ele a criação das leis, que devem ser dotadas de abstração e generalidade, serem fixas e estabelecidas⁴³. Essas características da lei são entendidas como instrumento de igualdade jurídica que se sobrepõe a igualdade social⁴⁴.

Ainda sobre o poder de legislar, o filósofo inglês afirma que o legislativo não pode transferir ou entregar seu poder para outros e nem depositá-lo em mãos que não aquelas que receberam a confiança do povo⁴⁵, o que constitui uma tentativa de evitar que as competências do *supreme power* possam ser por algum motivo desvirtuadas para outro órgão/poder.

Conforme já adiantado, o mencionado autor, versando sobre a hierarquia entre os poderes, apresenta o Poder Legislativo como poder supremo, afirmando que:

“Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo(...)”⁴⁶.

³⁹ *Ibid.*, p. 580 e 581.

⁴⁰ Cf. *Ibid.*, p. 580. Canotilho fala nos três níveis em que está estruturada a teoria de Locke, que são: Funcional, Institucional e Social. O nível funcional se refere às funções/poderes, o institucional aos órgãos responsáveis por desempenhar as funções e o social diz respeito à distribuição das forças sociais nos diferentes órgãos e funções. Essa divisão em “níveis” que Canotilho apresenta é baseada em painel esquemático de Winfried Steffani, *Pluralistische Demokratie*, Opladen, 1980, p. 121.

⁴¹ LOCKE, John. *Segundo tratado Sobre o Governo Civil*, parag. 134, p. 162.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, parag. 142, p. 168.

⁴⁴ Cf. SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*, p. 256.

⁴⁵ LOCKE, John. *Op. cit.*, parag. 142, 4º, p. 169.

⁴⁶ *Ibid.*, parag. 150, p. 174.

Locke não deixa de estabelecer, contudo, limites à atuação do poder legislativo. O poder legislativo é para ele um poder supremo, mas “fiduciário”, que encontra limites em determinados fins, permanecendo no povo um poder de destituir ou alterar o legislativo quando considerar que esse poder praticou ato contrário à confiança que nele foi depositada⁴⁷. Assim, conservar-se-ia o direito da comunidade de se salvaguardar contra intenções de preparar e desenvolver projetos contrários às suas liberdades e propriedades, mesmo que essas ações tenham sido tomadas pelo poder legislativo⁴⁸.

Ainda sobre a supremacia do legislativo, Maurice Vile esclarece que “Cuando Locke insistia en la supremacia del poder legislativo, se refería claramente a dos aspectos distintos”⁴⁹. Primeiro, que “la función legislativa es previa a la ejecutiva, y esta última debe ejercerse de acuerdo con las normas que resultan del ejercicio de la primeira”⁵⁰. Já o segundo aspecto diz respeito ao fato de que “en cierto sentido, la rama ejecutiva está necesariamente subordinada a la legislativa: ‘dado que si una instancia puede dictar leyes a outra, debe ser superior a ésta’”⁵¹.

Ademais, para que o Legislativo não agisse de forma arbitrária, o filósofo inglês defendia que a atuação deste deveria se limitar a aprovar leis gerais e não poderia funcionar de maneira constante e ininterrupta. Mais além, o Legislativo não poderia assumir um poder de governar por meio de decretos circunstanciais, improvisados e arbitrários, ou resoluções sem fundamento, estando obrigado a promulgar leis estáveis que fossem aplicadas por juízes reconhecidos e autorizados⁵². Nas palavras de Vile, “La autoridad legislativa es la autoridad para *actuar de manera determinada*”⁵³.

Dessa forma, não convém afirmar que o objetivo de Locke ao defender o Parlamento como *supreme power* seria deixar esse poder livre de quaisquer limites, com uma atuação que pudesse se sobrepor aos demais poderes, com o direito de fazer o que bem entender.⁵⁴ Ao contrário, pode-se dizer que na verdade o autor inglês temia que o legislativo avocasse mais funções ou competências do que as que deveria ter – que eram à razão de ser da sua instituição no governo civil –, e terminasse por se tornar tirano, assim como acontece

⁴⁷ *Ibid.* par. 149, p. 173.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 70.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² É o que se extrai em LOCKE, John. *Dois tratados Sobre o Governo Civil*, par. 136-138, 141-143, 153, 156. p. 164-166, 168-170, 175, 177. Ver também VILE, M.J.C. *Op. cit.*, p. 69.

⁵³ VILE, M.J.C. *Op. cit.*, p. 71.

⁵⁴ Neste sentido é a afirmação de Vile "(...) Con la expresión ‘supremacía legislativa’, Locke no se refería em absoluto a que el cuerpo legislativo tuviera derecho a hacer lo que le viniera en gana, de la manera en que le viniera em gana.”. *Ibid.*

quando muitas ou todas funções recaem na mãos do Rei e/ou do Poder executivo. Esse temor de Locke, assim como de outros autores ingleses, tinha como causa o que ocorreu no período conhecido como Longo Parlamento, em que o parlamento inglês abusou do poder, agindo de forma arbitrária⁵⁵.

Dito isto, importa expor que na estruturação de Locke a função legislativa é representada em “nível institucional” pelo Parlamento; este, por sua vez, apresenta em seu arranjo uma Câmara Baixa ou dos Comuns, uma Câmara Alta ou dos Lordes e conta ainda com o “*King In Parliament*”. Existe nessa arrumação uma estruturação também de “nível social”, uma divisão no plano sócio-estrutural, visando o equilíbrio das forças sociais ou estamentos da sociedade da época, realizada da seguinte forma: O povo representado na Câmara Baixa ou dos Comuns; Os Lords, a alta nobreza temporal e espiritual representados na Câmara Alta; e a família real representada com o *King in Parliament*⁵⁶.

Por essa composição do poder legislativo verifica-se que a doutrina política da separação dos poderes de Locke procura estabelecer também uma limitação de cunho político e social dentro do parlamento, podendo afirmar-se que o balanceamento de sua teoria da separação dos poderes advém sobremaneira do interior desse órgão ou poder⁵⁷. Nessa linha, a proposição do referido autor é considerada uma teoria que busca um equilíbrio de caráter intraorgânico⁵⁸, e é nesse sentido que Nuno Piçarra afirma: “Por isso, factores equilibrantes ou limitativos são apenas as três ‘partes do poder legislativo’ ou os seus três ‘órgãos parciais’”⁵⁹.

Em relação ao poder executivo, a necessidade que esse poder existisse decorria da argumentação de Locke de que para se conseguir a aplicação imparcial da lei é preciso que os homens que a fazem não sejam os mesmos que irão aplicá-la, pois se as mesmas pessoas que fazem as leis fossem as que aplicassem elas poderiam adequar a lei à sua vontade, no momento de criação ou de execução, e poderiam se esquivar do dever de obediência às leis⁶⁰. Em outras palavras, o autor dos *Dois Tratados* considera essencial impedir que o legislativo

⁵⁵ *Ibid.* p. 71.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 580 e 581.

⁵⁷ É o que em outras palavras encontra-se em: PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 78.

⁵⁸ Analisando as lições de Locke, Nuno Piçarra afirma ainda sobre esse ponto que: “É isto que o distingue dos Republicanos, que apenas admitiam limites extra-estaduais ao poder da assembleia legislativa, e que o aproxima de Bolingbroke, de Montesquieu e dos constituintes norte-americanos. Todos estes se concentrarão, todavia, em limites internos de tipo interorgânico.”. *Ibid.*, p. 78.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 78.

⁶⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado Sobre o Governo Civil*, parag. 143, p. 170.

execute as leis, e aí chega ao cerne do tema da separação dos poderes, defendendo que para execução das leis exista um poder diferente⁶¹.

Dessa forma, o poder executivo é estabelecido como aquele competente para executar as leis internamente no Estado⁶². E, por um motivo de ordem pragmática, a conduzir a uma separação orgânico-pessoal entre poder executivo e poder legislativo⁶³, deve o executivo atuar de forma permanente para que a execução das leis seja assegurada na medida em que são feitas e durante o período de sua vigência, já que as leis permanecem em vigor de maneira contínua e constante⁶⁴.

Pelo fato de haver algumas decisões que precisam ser tomadas de maneira mais rápida, elas não deveriam ficar a cargo da função legislativa – que funciona durante um curto período – e sim da função executiva, que funciona de forma permanente.⁶⁵ A execução das leis deveria ficar então a cargo de um órgão restrito ou singular, que é o poder executivo, ficando este poder nas mãos do Rei, como se percebe, não só por segurança, mas também por questão de eficiência e agilidade⁶⁶.

Ainda sobre o poder executivo, vale mencionar o que acentua Gaetano Silvestri, quando afirma que “L'esecutivo è quindi vincolato dalla legge, anzi esiste per eseguire la legge.”⁶⁷, acrescentando o referido autor que essa formulação do aparato do Estado em Locke é uma versão mais rigorosa “di quello che verrà chiamato in seguito principio di legalità e che era in nuce contenuto anche nelle applicazioni tardo-medievali della rule of law”⁶⁸.

Não obstante seja a dicotomia executivo-legislativo o ponto central da obra de Locke, o filósofo inglês estabelece ainda outro poder, que considera existir em toda comunidade civil e que o classifica como natural, o chamado Poder Federativo⁶⁹. Tal poder dizia respeito, basicamente, ao desempenho das funções de administração da segurança e do

⁶¹ Sobre esse aspecto Nuno Piçarra afirma que “Locke retoma aqui, claramente, a versão originária da doutrina da separação dos poderes, que a concebia como um pré-requisito da *rule of law*: para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem, a aplicá-la”. In PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 71.

⁶² LOCKE, John. *Segundo tratado Sobre o Governo Civil*, par. 147, p. 171.

⁶³ Cf. PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 72.

⁶⁴ LOCKE, John. *Op. cit.*, par. 144 e 153, p. 170 e 175.

⁶⁵ Cf., *Ibid.* Ver também PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 72.

⁶⁶ Neste sentido Vile aduz que: “La desconfianza de Locke tanto hacia los reyes como hacia los cuerpos legislativos hacía que se resistiera a aceptar la concentración del poder en manos de una sola de estas dos instituciones. Por esta razón, sumada a otras de eficacia y agilidad en los trámites, Locke llegaba a la conclusión de que era necesario atribuir los poderes legislativo y ejecutivo a instancias diferentes.” In VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 69. Ver também PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.* p. 72.

⁶⁷ SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*, p. 259.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ LOCKE, John. *Op. cit.*, par. 145, p. 75.

bem público externo, tendo competência para assuntos sobre guerras e paz, ligas e alianças, e transações com pessoas que estejam fora da sociedade civil⁷⁰.

A diferença do poder federativo para o poder executivo reside notadamente em dois aspectos. Primeiro, que um diz respeito às relações externas e o outro à aplicação das leis internamente. Segundo, que as competências do poder federativo fazem com que este tenha um menor grau de vinculação a lei do que o poder executivo. Todavia, como ambos exigem força da sociedade e rapidez para o seu exercício, devem estar nas mãos de uma só e mesma pessoa, e assim o poder federativo também ficaria nas mãos do Rei⁷¹.

Por último, Locke trata do poder de prerrogativa, que consiste em um “poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele (...)”⁷². Devido à impossibilidade de o legislativo prever e prover leis para todos os acontecimentos possíveis fica o poder de prerrogativa com competência para tratar de situações excepcionais e sem previsão, e da mesma forma que o poder executivo e federativo o poder de prerrogativa ficaria confiado ao Rei⁷³⁻⁷⁴.

Vale ressaltar que, embora possua certa margem de discricionariedade, o exercício do poder de prerrogativa ficava sujeito em última instância ao controle do poder legislativo, que poderia modificar substituir ou revogar tais decisões. Por outro lado, estaria englobada nas competências do poder de prerrogativa convocar o parlamento e estabelecer a duração, data e hora das assembleias⁷⁵⁻⁷⁶.

Importa registrar também que Locke não constituiu um poder judiciário ou jurisdicional, ficando tal função a cargo do poder executivo⁷⁷, como executor das leis. Esse fato é justamente uma das principais críticas que se faz a estruturação do Estado de Locke, no sentido de que a ausência do poder judicial autônomo consistiria um limite conceitual e estrutural da sua doutrina⁷⁸. Apesar dessa crítica, no geral, a estruturação de Locke além de ser apontada como uma “origem próxima”⁷⁹ do princípio da separação dos poderes é

⁷⁰ *Ibid.* parag. 146, p. 75.

⁷¹ *Ibid.* parag. 147 e 148, p. 171 e 172. Cf., também sobre esse ponto PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 73.

⁷² LOCKE, John. *Segundo tratado Sobre o Governo Civil*, parag. 160, p. 182.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.* p. 74.

⁷⁵ Sobre esse ponto Cf., *Ibid.* E ainda, VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 73.

⁷⁶ LOCKE, John. *Op. cit.*, parag. 167, p. 185.

⁷⁷ É o que se subentende do que explica Locke. *In Ibid.* parag. 88, p. 133.

⁷⁸ SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*, p. 259, nota de rodapé 108.

⁷⁹ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 18.

considerada uma das mais importantes contribuições para o desenvolvimento por Montesquieu da sua teoria da separação dos poderes⁸⁰.

1.2.3 Bolingbroke e os *checks and balances*.

Além de Locke, outro autor inglês, Henry St John⁸¹, Visconde de Bolingbroke, merece também certo destaque no que diz respeito às contribuições para a atual compreensão do princípio da separação dos poderes, a ponto de poder-lhe ser atribuído o pioneirismo⁸² na abordagem do instituto dos “*checks and balances*”, que mais tarde seria desenvolvido na obra “*The Federalist*”, por autores norte-americanos, ganhando maior destaque e autonomia a partir de então.

Os argumentos de Bolingbroke sobre a necessidade da separação dos poderes e dos freios e contrapesos foram em grande intensidade consequência de sua posição de opositor ao fenômeno do gabinete e ao sistema de influências que se tornaram comuns na época do governo do chefe de gabinete/primeiro ministro Walpole, entre 1721 e 1742 em Inglaterra⁸³.

Nesse período, a corrupção e influência sobre os membros do parlamento, nomeadamente em relação aos membros da Câmara Baixa ou dos Comuns, tornou-se prática corriqueira quando era preciso aprovação de medidas do executivo no parlamento. Para se criar uma maioria favorável aos interesses do executivo e dos ministros, comumente, apoios e votos eram trocados por cargos públicos, pensões e subsídios⁸⁴.

Como à época as regras de disciplina partidária não eram fortes, as práticas de influência ganharam força e terminaram por se tornar uma forma de subversão do equilíbrio constitucional, a ponto de por em causa o equilíbrio entre os poderes, por sujeitar na prática o legislativo aos interesses do executivo⁸⁵.

Nesse contexto, Vile ensina que em tal período o chefe de gabinete Walpole defendia o sistema de influências e o Gabinete, afirmando que uma independência excessiva

⁸⁰ Sobre esse ponto: *Ibid.*, p. 61,62 e 78.

⁸¹ Nuno Piçarra fala sobre Bolingbroke que: “Os seus textos fundamentais, bem como outros escritos políticos de então sobre o tema, encontram-se nos vários números do jornal de oposição fundado em 1726 – *The Craftsman*”. *Ibid.*, p. 85

⁸² Sobre esse “pioneirismo” de Bolingbroke, Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. pres. Francisco Ayala; epílogo de Manuel García-Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 187.

⁸³ Cf. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 81; PIÇARRA, Nuno. *Segundo tratado Sobre o Governo Civil*. p. 85.

⁸⁴ Cf. VILE, M. J. C. *Op. cit.*, p. 81; PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 84 e 85.

⁸⁵ Cf. VILE, M. J. C. *Op. cit.*, p. 81.

dos poderes do Estado poderia criar um estado de guerra ao invés de um estado civil⁸⁶. E assim, nesse contexto, segundo Vile, “quienes defendían el sistema ministerial creado por Walpole argüían que los asuntos no podían salir adelante, ni era posible que el Estado funcionara, si se basaba em ‘varios poderes absolutamente diferenciados y absolutamente independientes’”⁸⁷.

Diante disso, Bolingbroke começou a tecer críticas aos que defendiam e tentavam justificar as práticas já referidas, afirmando que seus opositores ao defenderem a corrupção como forma de dar eficiência ao Estado e à Administração tratavam a Constituição como algo ridículo e digno de desprezo⁸⁸.

Assim, nessa conjuntura, segundo Nuno Piçarra, Bolingbroke “retoma o clássico tema da excelência da constituição inglesa enquanto monarquia mista e, por isso, garante da liberdade e obstáculo à tirania.”⁸⁹, e aponta ainda que, apesar da Constituição inglesa possuir essas características, estampava uma notória “susceptibilidade de ser subvertida por um chefe do executivo aspirando a plenos poderes e não hesitando em dominar o legislativo”⁹⁰.

Partindo dessa premissa, Bolingbroke afirma que para impedir a subversão de um poder por outro teria que se manter uma independência entre eles e atribuir a cada um dos poderes um meio de controle recíproco, de modo que, com isso e só assim, seria possível manter os órgãos constitucionais em equilíbrio⁹¹. Bolingbroke explica esse arranjo afirmando que

“A dependência Constitucional (...) consiste nisto: 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 dos órgãos e o equilíbrio entre estes da sua mútua independência.”⁹²

Em outras palavras, esse autor inglês defende que os órgãos constitucionais não sofram qualquer tipo de influência e tenham independência na tomada de decisões que estejam dentro de suas competências, e que quando essas decisões tiverem potencial de

⁸⁶ *Ibid.*, p. 82.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 82 e 83.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 82.

⁸⁹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 85.

⁹⁰ *Ibid.*,

⁹¹ Cf. *Ibid.*, p. 86.

⁹² Bolingbroke *apud* Nuno Piçarra *In Ibid.*, p. 86.

interferir em situações que vão além do âmbito de competência do órgão que as tomam, possam ser fiscalizadas e controladas pelos outros órgãos. Dessa forma, a independência dos órgãos do Estado se configuraria como condição *sine qua non* para que houvesse uma dependência mútua/interdependência, pois, do contrário – existindo os meios de controle, mas não a independência –, o que se teria seria uma dependência individual e permanente de uma das partes em relação às outras⁹³.

Bolingbroke, então, se resguarda das críticas e defende que “la postura de que la independencia de las distintas partes del Estado, que había sido socavada por el sistema de corrupción, era perfectamente compatible con su ‘dependencia mutua’”⁹⁴.

Exemplificando, de certa forma, os efeitos práticos dessa estruturação, Nuno Piçarra aduz que:

“Não faria sentido dotar o Parlamento de meios de controlo sobre o Executivo se ele não fosse independente de influências deste na tomada das decisões da sua competência – justamente o que ao tempo não estava a acontecer, devido ao sistema de ‘corrupções e influências’. Por outro lado, perderia todo sentido útil atribuir ao Executivo uma *negative voice* relativamente aos decretos do Parlamento se este não estivesse, à partida, livre de toda influência do primeiro.”⁹⁵.

Em últimas palavras em relação às contribuições de Bolingbroke, é interessante observar que não é muito comum encontrar nas doutrinas mais recente muitas referências ou desenvolvimentos sobre suas ideias. Geralmente quando se referem aos *check and balances* tratam apenas das contribuições da doutrina norte-americana. Contudo, a nosso ver, não se deve deixar de atribuir boa margem de importância às discussões suscitadas e aos argumentos de Bolingbroke, até porque, segundo consta, suas ideias teriam chegado ao conhecimento e sido levadas em conta por Montesquieu no desenvolvimento de sua teoria da separação dos poderes, como afirma Vile: “Bolingbroke y Montesquieu se conocían, y no cabe duda de que el filósofo francés obtuvo gran parte de sus conocimientos sobre la separación de poderes de Bolingbroke y sus escritos”⁹⁶.

⁹³ Cf. neste sentido: PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 86; e também, VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 83.

⁹⁴ VILE, M. J. C. *Op. cit.*, p. 83.

⁹⁵ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.* p. 86.

⁹⁶ VILE, M. J. C. *Op. cit.*, p. 81.

1.2.4 A teoria da separação dos poderes em Montesquieu

Em sequência, passa-se ao momento de se abordar as principais ideias da teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu, na sua obra “*O Espírito das Leis*”, especialmente o que escreveu este autor no Capítulo VI (Da Constituição da Inglaterra) do Livro XI.

Inicialmente, cumpre trazer algumas ideias básicas que norteiam a teoria apresentada por Montesquieu e que estão relacionadas com alguns dos seus motivos e objetivos. Isto é feito numa tentativa de oferecer subsídios para uma melhor compreensão das proposições quanto à estruturação do Estado apresentadas na obra do referido jus-filósofo francês.

Então, começa-se por dizer que as ideias e a obra de Montesquieu receberam não só a já citada influência de Bolingbroke, mas também de Locke – em especial – e de outros autores ingleses, com os quais o filósofo francês teria convivido ou tomado conhecimento das obras, escritos e ensinamentos, inclusive, no período em que esteve residindo na Inglaterra⁹⁷.

Além disso, vale mencionar também que as ideias de Montesquieu estão envoltas por certo “pessimismo antropológico”⁹⁸, fato que encontra fundamento na realidade histórica do seu tempo e que também estava presente nos pensamentos de Locke. Esse pessimismo antropológico se vê, por exemplo, no sempre citado trecho de “*O Espírito das Leis*”: “Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar”⁹⁹.

Movido por esse fator/sentimento, o filósofo francês desenvolve sua teoria partindo de uma preocupação quanto à necessidade de frear o abuso do poder¹⁰⁰, e nas palavras de Agapito Serrano, “El propósito que anima su exposición tiene, pues, que ver con el objetivo teórico de formular de manera sistemática los supuestos de la organización de un Estado que tiene por objeto directo la libertad.”¹⁰¹

Em relação à ideia de liberdade defendida por Montesquieu, Nuno Piçarra afirma que ela decorre de uma concepção da *rule of law*, nega a liberdade natural e reporta a

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 90.

⁹⁹ Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, Cap. IV, Livro XI, p. 166.

¹⁰⁰ Nesse sentido, confrontando as teorias de Locke e Montesquieu, Parga afirma que essa é uma das similitudes, mas não a única, entre os dois autores: “El punto de partida es el mismo. En realidad ambos parten de la misma preocupación, la necesidad de frenar el abuso del poder simbolizado en la monarquía absoluta del momento. Y esta similitud no es lá única que les une ya que ambos poseen muchos puntos em común.” In PARGA, Milagros Otero. *División de poderes. Antes y ahora*, p. 126.

¹⁰¹ SERRANO, Rafael de Agapito. *Liberdad y división de poderes: El Contenido Essencial del Principio de la División de Poderes a partir del Pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos, 1989. p. 148.

liberdade do homem à lei, ou seja, uma ideia intimamente ligada à de legalidade, sendo ou podendo ser considerada, portanto, uma “liberdade normativa”¹⁰². Com isso, pode-se dizer que a proeminência da lei é o cerne ou uma “marca registrada” da teoria da separação dos poderes de Montesquieu. Tais afirmações decorrem e se confirmam quando o referido autor afirma que:

“Liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder. (...) Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.”¹⁰³.

Nessa linha, para que se possa evitar o abuso de poder, de modo a garantir margem de liberdade para a sociedade, seria necessário construir um sistema onde a liberdade não fosse apenas proclamada abstratamente, mas também concretamente garantida¹⁰⁴. E para que isso fosse possível Montesquieu afirmara: “(...) É preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.”¹⁰⁵.

Diante disso, segundo Gaetano Silvestri, dois princípios fundamentais e conexos são estabelecidos nas proposições de Montesquieu, primeiro o de que “l'abuso dei potere non può essere evitato da normative astratte, proposizioni ideologiche o opinioni, ma solo da un altro potere.”¹⁰⁶, e segundo o de que “il potere limita il potere al solo scopo di permettere la vigenza della legge, che assicura a sua volta l'esistenza della libertà.”¹⁰⁷

Feitas essas primeiras considerações sobre as ideias que norteiam os ensinamentos de Montesquieu no tocante à separação dos poderes, passa-se a expor de forma mais específica como o filósofo francês entendia que deveria ser a organização e/ou estruturação dos poderes do Estado, como deveria ser a separação dos poderes mais concretamente.

Pois bem, da leitura do Capítulo VI do Livro XI do Espírito das Leis, percebe-se que logo no início Montesquieu fala da existência de dois tipos de poder, “o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.”¹⁰⁸. É interessante observar que o referido trecho, isoladamente, faz surgir

¹⁰² PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 90.

¹⁰³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, Cap. III, Livro XI, p. 166 e Cap. IV, Livro XI, p. 166 e 167.

¹⁰⁴ Cf. Neste sentido Silvestri afirma: “Se la libertà è intimamente connessa con la legalità è necessario costruire un sistema in cui la prima non sia solo astrattamente proclamata, ma anche concretamente garantita.”. SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*, p. 286

¹⁰⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Op. cit.*, Cap. IV, Livro XI, p. 166.

¹⁰⁶ SILVESTRI, Gaetano. *Op. cit.*, p. 287.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Op. cit.*, Cap. VI, Livro XI, p. 167 e 168.

alguma dúvida quanto ao que e quais seriam na verdade os poderes existentes, e aparentemente seria um ponto de clara aproximação entre as ideias de Montesquieu e as ideias de Locke, que tinha na dicotomia executivo-legislativo um dos pontos centrais da sua teoria. Todavia, essa não é a melhor interpretação da teoria desenvolvida por Montesquieu.

O autor de “*O Espírito das Leis*” defende na verdade uma teoria tripartite, onde constam os poderes legislativo, executivo e judicial (ou de julgar), devendo cada um se ocupar das suas funções com uma larga independência e onde uma pessoa estando a cargo de um poder não deveria ocupar lugar nos outros¹⁰⁹. Argumentava o autor francês que a falta de separação/divisão entre esses poderes ocasionaria o cerceamento ou não existência de liberdade, uma facilidade e tendência ao abuso de poder. Isso se torna claro em alguns trechos da já referida obra, especialmente quando Montesquieu começa a explicar as matérias que esses poderes devem se dedicar e quando começa a defender a divisão/separação dos poderes do Estado¹¹⁰.

Ademais, além de defender a nível funcional uma divisão em executivo, legislativo e judicial, Montesquieu distingue a nível institucional o Parlamento, o Governo e os Tribunais, e ainda, a nível sócio-estrutural, se refere à Coroa, ao clero e à nobreza e ao povo¹¹¹. Em outras palavras, se dedica a descrever não somente uma estruturação orgânica-funcional, mas também se preocupa – de forma menos acentuada – com a harmonização as forças sociais e políticas existentes na sociedade.

¹⁰⁹ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 101 e 102.

¹¹⁰ Dentre os trechos que parecem mais esclarecedores e caracterizadores da teoria tripartite de Montesquieu, da existência dos poderes legislativo, executivo e judicial e da necessidade de separação/divisão orgânica-funcional e pessoal dos poderes do estado, estão os seguintes: “Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as questões entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (...) Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (...) Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”. In MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, Cap. VI, Livro XI, p. 168.

¹¹¹ Nas palavras de Canotilho: “Tal como Locke, a doutrina da divisão dos poderes de Montesquieu (1689-1755) distingue, a nível funcional, vários poderes, mas opta por uma divisão tripartida: legislativo, executivo e judicial. A nível institucional distingue entre Parlamento, Governo e Tribunais. No plano sócio-estrutural, Montesquieu refere a Coroa, o clero e nobreza e o povo (“le peuple”).” In CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 581.

Na teoria do filósofo francês, o poder legislativo representa a “vontade geral do estado”¹¹² e “traduz-se no poder de fazer as leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas”¹¹³. Este poder está confiado ao parlamento. Segundo Montesquieu, o ideal seria que o povo em conjunto tivesse o poder legislativo, mas, dessa forma, surgiriam algumas dificuldades e se tornaria inviável a tomada de algumas decisões¹¹⁴. Por sua vez, o parlamento em Montesquieu é dividido em Câmara Baixa ou do Povo e Câmara Alta ou dos Nobres. A primeira câmara formada por representantes escolhidos pelo povo, para que “o povo faça por meio dos seus representantes tudo que não pode fazer por si mesmo”¹¹⁵, pois os representantes seriam capazes de discutir assuntos, coisa que o povo não é capaz¹¹⁶. Já a segunda câmara deveria ser formada pela nobreza, tendo em vista o fato de sempre existir num Estado pessoas com interesses a defender que são distintas pelo nascimento, riquezas ou pelas honras, e a escolha dos membros seria feita por nomeação¹¹⁷.

Além disso, Montesquieu defendeu que não seria bom que o poder legislativo passasse muito tempo sem se reunir, pois correria o risco de que na ausência de leis e resoluções do legislativo o Estado caísse em anarquia ou o poder executivo assumisse o papel do legislativo, tornando-se absoluto. Seria prejudicial, da mesma forma, que o Legislativo estivesse sempre reunido, pois isso atrapalharia o executivo, que poderia ter de deixar de executar as leis para defender suas prerrogativas junto ao legislativo¹¹⁸.

Em relação ao poder executivo, Montesquieu afirma ser ele a “execução da vontade geral do Estado”¹¹⁹, cabendo-lhe a execução das leis e das resoluções públicas internamente e externamente fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, de manter a segurança e de prevenir invasões¹²⁰ e ainda a definição da época e duração das assembleias do parlamento¹²¹. Sobre a quem cabe o poder executivo, o autor de “*O Espírito das Leis*”

¹¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, Cap. VI, Livro XI, p. 169.

¹¹³ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 91.

¹¹⁴ Nas palavras de Montesquieu: “Como, em um Estado livre, todo homem que supostamente tem uma alma livre deve ser governado por si mesmo, seria necessário que o povo em conjunto tivesse o poder legislativo. Mas, como isto é impossível nos grandes Estados e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça através de seus representantes tudo o que não pode fazer por si mesmo.”. In MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Op. cit.*, Cap. VI, Livro XI, p. 170.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Nas palavras de Montesquieu: “A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia.”. *Ibid.*, p. 171.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 171 e 172.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 173.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 169.

¹²⁰ Observa-se que o Poder Executivo na teoria de Montesquieu abarca as funções do Poder Executivo e do Poder Federativo que existem na teoria de Locke. Neste sentido, Cf. PARGA, Milagros Otero. *División de poderes. Antes y ahora*, p. 127.

¹²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Op. cit.*, Cap. VI, Livro XI, p. 173.

defendia que deveria estar nas mãos do Monarca. Isto, pela própria natureza da função de executar as leis, já que geralmente esta função precisa de uma ação rápida ou instantânea, que é realizada melhor por uma só ou poucas pessoas, diferente dos assuntos tratados pelo legislativo que são melhores resolvidos por muitos¹²².

O jus-filósofo francês estabelece também algumas regras que devem ser observadas na relação entre Executivo e Legislativo, instrumentos que visam uma coordenação ou interdependência entre esses dois poderes e que estão relacionadas com a noção de freios e contrapesos.

Segundo Montesquieu, o poder executivo deveria participar da legislação apenas para defender suas prerrogativas, pois, se assim não o fosse, poderia o poder legislativo avocar para si todos os poderes e anular os outros. Todavia, o executivo possuiria somente uma “faculdade de impedir”¹²³, não deveria então o monarca participar da legislação com um poder de decidir, pois se isso ocorresse não existiria liberdade¹²⁴. Essa seria uma forma de fazer com que o executivo se ocupasse primordialmente da sua função de executar, tivesse independência, e ao mesmo tempo possuísse em mãos um instrumento para evitar que o legislativo excedesse os limites de suas competências.

Já em relação ao legislativo, não seria necessário que esse poder tivesse uma faculdade de limitar o poder executivo, pois a função executiva, por ser vinculada à lei, já é limitada por natureza, e é exercida sobre coisas momentâneas. Mas, apesar de o poder legislativo não ter um instrumento direto para frear o executivo, ele teria o direito e o dever de “fiscalizar” a forma com que estariam sendo executadas as leis que criou¹²⁵.

Como se vê, o fato de Montesquieu dotar o poder legislativo de um instrumento de freio de força relativamente menor (do que a faculdade de impedir do poder executivo) se explica na própria sistemática da teoria do autor francês, em que a competência maior do legislativo – que é a de criar as leis – já serve como instrumento de limitação e freio ao poder

¹²² Sobre este ponto, afirma Montesquieu: “O poder executivo deve estar entre as mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários; ao passo que o que depende do poder legislativo é com frequência mais bem ordenado por muitos do que por um só”. *Ibid.*, p. 172.

¹²³ Montesquieu diferencia em determinado ponto de sua obra a “Faculdade de Impedir” e a “Faculdade de Estatuir”. A primeira seria “o direito de anular uma resolução tomada por outrem”, sendo necessário que quem possua essa faculdade “tenha também o direito de aprovar, no entanto, esta aprovação não é mais do que uma declaração de que ele não faz uso da faculdade de impedir e deriva desta faculdade.” Já a segunda seria “o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem.” *Ibid.*

¹²⁴ Mais precisamente Montesquieu afirma: “O poder executivo, como já dissemos, deve participar da legislação com sua faculdade de impedir, sem o que ele seria logo despojado de suas prerrogativas. (...) Se o monarca participasse da legislação com poder de decidir, não haveria mais liberdade. Mas, como é necessário, no entanto, que participe da legislação para se defender, é preciso que torne parte nela com a faculdade de impedir.” *Ibid.*, p. 173-175.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 174.

executivo, e, assim, a atribuição de mais um instrumento de “freio” poderia prejudicar a independência que deve ter este poder.

Além desses aspectos, Montesquieu tratou ainda de como o poder legislativo poderia “responsabilizar” o poder executivo, advogando que o corpo legislativo não deveria ter o poder de julgar a pessoa e a conduta daquele que executa (o monarca, pessoa sagrada), porque tal poder deixaria margem para que o legislativo se tornasse tirânico. Já em se tratando dos ministros, estes poderiam ser procurados e punidos, sendo-lhes transferida a responsabilidade pela má execução das leis porque “aquele que executa não pode executar mal sem ter maus conselheiros.”¹²⁶.

Quando ao poder judicial, competente para “castigar os crimes, ou julgar as querelas entre particulares”¹²⁷, Montesquieu defende que na maioria dos casos ele precisa ser exercido por pessoas do povo e não por profissionais, e deve ser realizado respeitando o que a lei prescreve. Esses fatores seriam fundamentais para que o poder de julgar fosse invisível e nulo, como era/deveria ser na opinião do jus-filósofo francês¹²⁸.

Montesquieu defendia também que “Os julgamentos devem ser fixos a ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei.”¹²⁹. É nessa linha que ele faz a celebre afirmação de que os juízes não são nada mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”¹³⁰.

Assim, apesar de o autor do *Espírito das Leis* defender que o poder judicial deveria ter independência orgânica e pessoal em relação aos outros poderes, ele esquematizava a atuação desse poder com um elevado grau de vinculação à lei, devendo o juiz desempenhar uma função mecânica, lógico-formal, sem nenhum grau de criatividade, apenas devendo reproduzir o que já teria sido decidido pelo legislador ao elaborar o texto legal¹³¹.

Já no fim do célebre Capítulo VI do Livro XI, vê-se também que Montesquieu – talvez numa tentativa de se antecipar às críticas de que uma separação/divisão dificultaria o desenvolvimento das atividades do Estado e prejudicaria sua eficiência – acredita que, com a

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*, p. 168.

¹²⁸ Nas palavras de Montesquieu: “O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. (...) Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo.” *Ibid.*, p. 169.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*, p. 175.

¹³¹ Cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 96 e 97.

construção teórica que propõe, todos os “poderes” desenvolveriam naturalmente suas funções, de forma eficaz e harmônica. Isso porque, do conjunto da construção do jus-filósofo francês – da independência que deve ter o poder judiciário, juntamente com o fato de o corpo legislativo ser composto por duas partes, que estariam presas uma a outra pela sua faculdade de impedir e pelos seus interesses, e que, da mesma forma, se prenderiam ao poder executivo, e este, por sua vez, preso ao poder legislativo –, os poderes que deveriam estar em repouso são obrigados a atuar e atuam concertadamente¹³². Em outras palavras, descartando a possibilidade de a separação deixar os poderes em estado de inatividade, Montesquieu defende que essa estruturação serviria de incentivo para que os membros de cada poder entrassem em acordo e tomassem decisões corretas e moderadas.

Outro aspecto interessante de se ressaltar, que constitui uma das diferenças das teorias de Locke e Montesquieu, e que pode ser notado numa comparação entre a estruturação do poder legislativo dos dois autores, já descritas anteriormente, é o de que na teoria da separação dos poderes do jus-filósofo francês não se verifica a figura do *King In Parliament*. Diferente da teoria de Locke, em que a presença do rei é um meio de se buscar um balanceamento no parlamento, na teoria de Montesquieu verifica-se a busca de um equilíbrio de caráter interorgânico¹³³, em que se busca conseguir um balanceamento entre os poderes e não só dentro do parlamento.

Uma diferença também importante entre Locke e Montesquieu é a de que o autor inglês não se colocava de forma contrária ao exercício da titularidade ou a presença do monarca em todos os poderes, já Montesquieu, como se viu, defendia que o monarca participasse primordialmente do poder executivo, não tendo assento no poder legislativo, por exemplo. Esse fato pode ter sido, inclusive, um motivo propulsor do uso da teoria do referido autor francês por parte dos detratores do absolutismo, por servir como argumento de combate à concentração de poderes e funções nas mãos do monarca.

Outro fator que merece destaque em relação aos ensinamentos de Montesquieu, é que este autor apresenta as “funções” de uma maneira mais atual, de uma forma que mesmo ainda influenciado pelo vocabulário do seu tempo ele usa um vocabulário e emprega esses termos de uma forma semelhante a que conhecemos atualmente¹³⁴.

Assim sendo, vale dizer que apesar das opiniões de que Montesquieu não mais teria feito do que sistematizar melhor ideias apresentadas e trabalhadas anteriormente, em

¹³² Sobre a “atuação em concerto” dos poderes legislativo e executivo Cf., MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, p. 176.

¹³³ Cf., PIÇARRA, Nuno *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 78.

¹³⁴ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 97.

especial pelos autores ingleses, não há como negar a importância que assumiu a teoria desse autor para o futuro, a ponto de, como se sabe, até hoje, sempre que se fala de separação dos poderes ser feita uma remissão ao nome e a obra de Montesquieu¹³⁵. E, como consequência da importância – ou talvez, como causa da importância – que ganhou, sua teoria serviu como fonte de debate e inspiração para a assembleia nacional francesa de 1789¹³⁶, que consagrou a separação dos poderes no artigo 16 da declaração de direitos do mesmo ano. Declaração esta de grande importância para que a separação dos poderes se difundisse como princípio constitucional e fosse consagrada em Constituições de inúmeros países, sendo visto como pilar e critério universal do Estado Constitucional Moderno¹³⁷.

1.2.5 A teoria da separação dos poderes nos Estados Unidos da América

Em sequência, cabe escrever algumas linhas, fazendo uma síntese do tratamento inicial dado à separação dos poderes nos Estados Unidos da América, abordando ideias gerais sobre o sistema norte-americano e outras específicas que dizem respeito às contribuições de Madison, Hamilton e Jay nos artigos Federalistas, que serviram como meio de difusão/justificação e fonte de inspiração para o estabelecimento e desenvolvimento de vários aspectos e elementos do modelo de estruturação do Estado adotado na Constituição Norte-Americana de 1787 e seu posterior desenvolvimento. E, esclarece-se, desde já, que neste tópico se analisará a distribuição dos poderes e os poderes do “Estado Federal” ou “União”, não se estendendo à questão da organização das Unidades Federativas.

Inicialmente, cumpre notar que os norte-americanos foram responsáveis pela primeira Constituição escrita e deram uma considerável contribuição no campo da separação dos poderes e no que diz respeito à forma que esses poderes devem atuar, inovando em alguns aspectos, mas tendo como base, principalmente, as obras filosóficas, políticas e jurídicas existentes à época que tratavam dos problemas relacionados à distribuição, uso e mau uso do poder, sendo influenciados e tendo levado como base muitos esquemas doutrinários já

¹³⁵ Nesse sentido, VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 85; URBANO, Maria Benedita. *The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle?* In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXVI (p. 621-638). 2010. p. 621.

¹³⁶ Vale ressaltar que as ideias de Montesquieu não foram acolhidas em sua totalidade e também não eram unanimidade entre os membros da assembleia. Sobre a forma como as ideias de Montesquieu foram debatidas e eram vistas pela referida assembleia, Cf. DUGUIT, Léon. *La separación de poderes y la asamblea nacional de 1789*. Trad. Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. p. 12-17.

¹³⁷ VILE, M. J. C. *Op. cit.*, p. 108.

conhecidos em Inglaterra e França, frutos de trabalhos de Locke e Bolingbroke, e em especial os de Montesquieu¹³⁸.

Nessa linha, Jorge Miranda ensina que a organização política adotada nos Estados Unidos da América inspira-se diretamente em Montesquieu, constando os três poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judicial. Todos eles com uma faculdade de estatuir, mas não só. Esses poderes podem também praticar atos não só inerentes as suas funções; podem interferir também em atos praticados pelos outros órgãos, contribuindo na produção dos efeitos dos atos praticados por estes ou impedindo essa produção de efeitos, ao se utilizarem de uma faculdade de impedir¹³⁹⁻¹⁴⁰.

Com o modelo da Constituição do ano de 1787, os norte-americanos procuraram uma maior igualdade ou paridade entre os poderes, procurando afastar-se da ideia de proeminência da lei e da supremacia legislativa. A adoção dessa postura era motivada por um pessimismo antropológico¹⁴¹ e também por um receio de que o legislativo, mesmo eleito de forma democrática, no caso dos Estados Unidos, se sobrepujasse aos demais poderes, se utilizasse de forma arbitrária do seu poder, e se tornasse demasiadamente forte, como ocorrido em outros momentos¹⁴². Assim, partindo da premissa de que o Poder Legislativo também pode representar perigos e tem uma tendência a predominar sobre os outros poderes, foi defendida uma mitigação do legislativo, visando um maior equilíbrio entre este poder e os outros, tentando fortalece-los. Esta tentativa de fortalecimento dos outros poderes em

¹³⁸ Cf. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *A separação dos poderes na Constituição Norte Americana*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 23-25. E também: MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 127

¹³⁹ Para explicações sobre as faculdades de estatuir e de impedir, Cf. *supra* nota de rodapé número 123.

¹⁴⁰ Cf. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁴¹ Como se observa na seguinte afirmação nos artigos federalistas: “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 (...)” In HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*, p. 318.

¹⁴² Além do conhecimento de experiências de outros países em que o Legislativo utilizou-se de forma abusiva do seu poder, os Norte-Americanos tinham seu próprio exemplo para desenvolver esse receio, segundo Pedro Vasconcelos “(...) a experiência de governo nos Estados da Confederação, no período compreendido entre 1776 e 1787, acumulou ressentimentos e profunda insatisfação para com os respectivos parlamentos, acusados de prepotência, demagogia e desprezo pelas minorias. O lançamento de impostos para fazer face ao esforço de guerra e a depressão económica de 1784 chegaram inclusive a desencadear motins populares.” In VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Op. cit.*, p. 24. Outra confirmação do receio em relação ao poder legislativo pode ser observada em alguns trechos dos artigos federalistas, por exemplo, no nº 47: “(...) Os aumentos sucessivos do Poder Legislativo, reunindo todos os poderes nas mesmas mãos, podem conduzir às mesmas tiranias do corpo executivo.” E ainda no nº 51, onde se fala de uma tendência de o poder legislativo predominar necessariamente, quando se trata de governos republicanos. E, para que isso não ocorra, os autores defendem que é necessário dividir o poder legislativo em frações e desliga-las umas das outras, usando maneiras diferentes para elegê-las e atribuindo diferentes tipos de ações as suas competências. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. cit.*, p. 306, 318 e 319.

detrimento do legislativo é mais clara ainda no que concerne ao Poder Executivo¹⁴³, tendo se traduzido, por exemplo, na atribuição a este último de um poder de veto¹⁴⁴.

Nessa linha, para que fosse respeitada a separação e se conseguisse um equilíbrio entre os poderes, foi defendido/proposto um sistema baseado na presença de mecanismos de controle mútuo, ou freios e contrapesos¹⁴⁵⁻¹⁴⁶. Segundo Vasconcelos, “Através de controles e recíprocas dependências pretendia-se exatamente dotar cada Poder dos meios necessários para resistir às tentativas de intromissão (...)”¹⁴⁷. Em tal sistema, quanto mais e melhor estiverem articulados todos os mecanismos de controle mais se tem sucesso na relação e equilíbrio entre os poderes.

No modelo dos Federalistas, nota-se que o arranjo entre as forças políticas e sociais ou estamentos não é uma preocupação tão latente, sendo mais importante o fato de que a ocupação dos poderes deve ocorrer na maior medida possível por processos eleitorais diferentes e sem relação entre si; deve cada poder ter vontade própria e o nível de influência de um poder sobre o outro ser o menor possível¹⁴⁸.

¹⁴³ Segundo Pedro Vasconcelos, no contexto em que surgiu a Constituição Americana “(...) compreende-se que a separação dos poderes tenha sido encarada não só como meio de limitar o Poder, mas também como uma técnica para construir um governo mais estável e eficiente, do qual se destacasse um Executivo autónomo”. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *A separação dos poderes na Constituição Norte Americana*, p. 25.

¹⁴⁴ Este fato pode ser observado, por exemplo, na afirmação de que “Se o excesso da influência do Poder Legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado. O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo, para que se defenda; mas, o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente.”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*, p. 319.

¹⁴⁵ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 136 e 137.

¹⁴⁶ Alguns exemplos de trechos em que se advoga a necessidade dos mecanismos de controle mútuo, ou freios e contrapesos: “(...) Sem uma tal ligação que dê a cada um dos poderes o direito constitucional de fiscalizar os outros, o grau de separação, essencial à existência de um governo livre, não pode na pratica ser eficazmente mantido. (...) Como todos os remédios exteriores são sem efeito, não há outro remédio possível senão traçar de tal maneira a construção do governo, que todas as suas diferentes partes possam reter-se umas às outras nos seus lugares respectivos. (...) Mas o verdadeiro meio de embarçar que os diferentes poderes não se vão sucessivamente acumulando nas mesmas mãos, consiste em dar àqueles que os exercitam meios suficientes e interesse pessoal para resistir às usurpações. Nesse caso, como em todos os outros, os meios de defesa devem ser proporcionados aos perigos do ataque; é preciso opor ambição à ambição e travar de tal modo o interesse dos homens, com as obrigações que lhes impõem os direitos constitucionais dos seus cargos, que não possam ser ofendidas as últimas sem que o primeiro padeça.” In HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. cit.*, nº. 47, p. 305; nº. 51, p. 317 e 318. Esses mecanismos de freios e contrapesos são descritos ao longo dos artigos federalistas, em especial nos capítulos XLVII à LI, com destaque para este último.

¹⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁸ Nesse sentido é o que consta nos artigos federalistas, na seguinte passagem: “Para manter a separação de poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo, que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes. Isso suposto e admitida a necessidade da rigorosa observância desse princípio, é necessário que as nomeações para as supremas Magistraturas Legislativa, Executiva e Judiciária saiam do povo, que é a fonte primitiva de toda a autoridade, por meio de canais que não tenham entre si a mínima comunicação; e talvez que esse modo de organizar os diferentes poderes seja menos difícil do que à primeira vista parece.”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. cit.*, nº. 51, p. 317.

No que concerne à estruturação de cada poder na Constituição Americana de 1787, o Poder Legislativo foi dividido em duas Câmaras: um Senado e uma Câmara dos representantes. O Senado, com mandatos mais longos, atua habitualmente como uma entidade legislativa, mas participa ainda na administração, em certos casos, em particular no que diz respeito à escolha dos funcionários do executivo. Além disso, o Senado participa também da função judicial, por exemplo, ao pronunciar determinados delitos políticos. Já a Câmara dos representantes, o outro ramo da legislatura, não participa no poder administrativo e só desempenha a função judicial de forma remota ou indireta, com a possibilidade de acusar funcionários públicos perante o Senado¹⁴⁹.

Importa mencionar também a previsão de instrumentos de freios e contrapesos à disposição do poder legislativo como forma de privilegiar a interdependência entre os poderes, sendo os dois principais: 1) “(...) autorizações e aprovações relativas a nomeações para altos cargos, a tratados e a créditos orçamentais, bem como comissões de inquérito (...)”¹⁵⁰⁻¹⁵¹; 2) a possibilidade de *impeachment* do Presidente, ficando este instrumento não a cargo do poder judicial, mas sim do congresso norte-americano. À Câmara dos representantes foi dada a competência para indiciar os crimes de responsabilidade e ao Senado a competência para realizar o julgamento e proferir a decisão final¹⁵².

Quanto ao poder executivo, de acordo com o artigo 2º da Constituição Norte-Americana, fica investido no Presidente e é eleito pelo povo para exercer um mandato de quatro anos de duração. Segundo Jorge Miranda, no sistema político *stricto sensu* norte-americano verifica-se que na prática foram atribuídas ao Presidente, sobretudo, faculdades de impulso ou iniciativa¹⁵³.

Ao chefe do poder executivo também foi dado um instrumento de freio e contrapeso para atuar perante a legislatura. Como afirmara Tocqueville, analisando o poder executivo na Constituição Americana, o Presidente “Dispõe de um veto de suspensão ou, pelo menos, tem a possibilidade de travar, segundo a sua vontade, os movimentos daquela.”¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*. Trad. Carlos Correia Moreira de Oliveira, Estoril: Princípia, 2007. p. 124-126.

¹⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 137.

¹⁵¹ Vale registrar que o “veto legislativo”, que servia como instrumento de controle a algumas medidas adotadas pelo Presidente Norte-Americano no exercício de atribuições que lhe eram conferidas, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal em 1983. In MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 137, nota de rodapé nº 3. E para esclarecimentos sobre os vetos legislativos, Cf. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. *A separação dos poderes na Constituição Norte Americana*, p. 37-53.

¹⁵² Essas competências estão previstas no art. 1, sec. 2, número 5 e art. 1, sec. 3, número 6 da Constituição Americana de 1787. Sobre esse ponto, Cf. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Op. cit.*, p. 31 e 32.

¹⁵³ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 138.

¹⁵⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Op. cit.*, p. 126.

Escrevendo sobre a figura do presidente, o referido autor explica ainda que “Ele expõe as necessidades do país ao corpo legislativo e dá-lhe a conhecer os meios que julga ser útil para os alcançar; é o executante natural dos seus desejos em todos os empreendimentos que interessem o conjunto da nação”¹⁵⁵.

Já em relação ao poder judicial, o modelo e regras adotadas pelos Norte-Americanos talvez tenham sido a contribuição mais considerável. Ao poder judicial foi dada uma autonomia como não vista antes, tornando-se tal poder a partir da Constituição de 1787¹⁵⁶ mais do que a “mera boca que pronuncia a lei”¹⁵⁷. Assumiu o Poder Judicial um importante papel perante o Estado e os cidadãos, processo que pôde ser visto de forma mais acentuada já em 1803, no célebre caso *Marbury vs. Madison*, caso este em que pela primeira vez se colocou em prática a *judicial review* a nível judicial e que se tornou um importante acontecimento para o desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade e da própria jurisdição constitucional¹⁵⁸.

Um dos autores que mais contribuíram para a autonomia e liberdade dadas ao poder judicial, e que forneceu uma fundamentação doutrinária para a implementação pela via jurisprudencial da *judicial review*, foi Alexander Hamilton. Nos artigos Federalistas, mais especificamente no número 78, Hamilton começa a defender um sistema baseado nesses elementos, partindo da ideia de que o judiciário, em governos em que os poderes estejam devidamente separados e pela natureza das suas funções, é o poder que menos se deve temer, pois é o que menos meios tem para atacar a Constituição¹⁵⁹. O referido autor segue seu raciocínio defendendo a independência dos tribunais e afirmando a necessidade de impor algumas restrições ao Poder Legislativo, o que não se alcançaria de outra forma que não fosse através dos tribunais de justiça, que teriam o dever de declarar nulo todos os atos que fossem manifestamente contrários ao que estabelece a Constituição¹⁶⁰. Em seguida, Hamilton defende a superioridade da Constituição e certa vinculação também do legislador, afirmando que

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ E também pelas discussões que a antecederam, como pelo que Hamilton escreveu e defendeu, por exemplo, nos artigos federalistas, mais especificamente no n.º 78.

¹⁵⁷ Cf. *supra*, nota de rodapé número 130.

¹⁵⁸ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 134 e 135.

¹⁵⁹ “Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela natureza de suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem para atacá-la.” In HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*, n.º 78, p. 458.

¹⁶⁰ “A independência rigorosa dos tribunais é particularmente essencial em uma Constituição Limitada; quero dizer, em uma Constituição que limita a alguns aspectos a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar *bills of attainder* e decretos de proscricção, leis retroativas ou coisas semelhantes. Restrições desta ordem não podem ser mantidas na prática, senão por meio dos tribunais de justiça, cujo dever é declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição. Sem isso, ficariam absolutamente sem efeitos quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares.” *Ibid.*, p. 459.

“Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da Constituição é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não poder ter validade”¹⁶¹.

Numa linha de afastamento dos tribunais e dos juízes de uma função puramente mecânica e indo ao encontro de uma concepção de Constituição como lei fundamental, Hamilton defende como função essencial a possibilidade de os juízes interpretarem e ainda de determinarem o sentido da Constituição. Mais precisamente, ele afirma que:

“A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação da lei é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como o de todos os outros atos do corpo legislativo.”¹⁶².

Contudo, ainda segundo o autor norte-americano, isso não significa que o Poder Judiciário é superior ao Poder Legislativo. Significa que os juízes devem obediência à Constituição, e, quando for o caso de se depararem diante de uma querela entre a lei fundamental e outras que não o são, devem decidir dando preferência à lei fundamental, respeitando a vontade do povo em detrimento de uma vontade do legislador que desrespeite o texto constitucional¹⁶³.

Dentro desse contexto, em que o Poder Judicial goza de liberdade de interpretar e determinar o sentido do texto constitucional, todavia, limitado pela própria Constituição – que também exige um compromisso de respeito tanto por parte do Poder Legislativo e dos próprios cidadãos –, Tocqueville chama atenção para um aspecto interessante, que diferencia o Poder Judicial Norte-Americano do Francês e do Inglês, qual seja, o de gozar o Poder Judicial nos Estados Unidos da América de um imenso poder político. Segundo Toqueville isto poderia representar algum perigo, mas pelo fato de os tribunais judiciais só poderem atacar as leis pelos meios judiciais tal perigo teria sido diminuído de forma considerável¹⁶⁴.

De fato, deve-se ressaltar esse maior poder político como diferenciador e instituidor de um modelo singular (ou inovador) em que o Poder Judicial ganha mais força para interferir na arena política e na garantia dos direitos dos cidadãos. Vale lembrar também,

¹⁶¹ *Ibid.* Hamilton afirma ainda que “Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representa; ou aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem.” *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*, n.º 78, p. 460.

¹⁶³ Nas palavras de Hamilton: “Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada em seus estatutos, está em oposição ao 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.” *Ibid.*

¹⁶⁴ Sobre as características gerais do Poder Judicial nos Estados Unidos e sobre seu poder político, Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*, p. 139-144.

que o tratamento dado pelos norte-americanos ao poder judicial, seja pelo texto da Constituição de 1787, pelos debates doutrinários e muito também pela jurisprudência que se seguiu, terminou por colocar esse poder em um patamar de maior igualdade em relação aos demais poderes, em alguns momentos até de superioridade ou protagonismo.

É importante observar, que o papel que assumiu o poder judicial nos Estados Unidos, apesar de ter sido importante para conter possíveis transgressões do poder legislativo e do poder executivo, representou em alguns momentos perigos para os cidadãos, também para a separação dos poderes e para o próprio sistema constitucional norte-americano¹⁶⁵. Abriu-se espaço para um ativismo judicial em que nem sempre os tribunais fizeram prevalecer o texto constitucional, os direitos fundamentais, os interesses da sociedade, das minorias e dos menos favorecidos, o que só confirma que é preciso ter cuidado com todos os poderes, mesmo com o que aparentemente é menos inofensivo ou temível. Estes questionamentos, todavia, serão trabalhados e enfrentados mais adiante.

1.3 Princípio constitucional da separação dos poderes: funções e características

Após apresentar as ideias e principais contribuições que norteiam a teoria da separação dos poderes e que se relacionam com o tema ativismo judicial, é importante notar e fixar o fato de que esse princípio foi desenvolvido para dar respostas ao acúmulo do poder nas mãos de uma mesma pessoa ou grupo, de modo que se possa garantir a liberdade das pessoas e proporcionar uma conjuntura favorável à consagração e realização dos direitos fundamentais. Essa é a sua função primeira ou principal. Todavia, a utilidade do princípio constitucional da separação de poderes não se esgota nesse ponto. Um olhar mais dinâmico e um pouco mais profundo em relação ao princípio da separação dos poderes nos faz enxergar outras funções e características que só reforçam a importância deste princípio.

Começando uma apresentação e análise das funções e características do princípio constitucional da separação dos poderes, importa reafirmar que a primeira ou principal função ou característica deste princípio é mesmo a dele ser um “princípio fundamental organizacional da Constituição”¹⁶⁶⁻¹⁶⁷. Isto é, serve como (ou pode ser visto como) meio de “(...)

¹⁶⁵ Isto também pôde e pode ser observado em vários outros países, com maior ou menor intensidade.

¹⁶⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 378.

¹⁶⁷ Ou “princípio organizatório fundamental” como traz Canotilho, também citando HESSE. Cf., CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 251.

racionalização, estabilização e delimitação do poder estadual (...)”¹⁶⁸, o que já pôde ser percebido no decorrer do tópico anterior e que talvez constitua sua principal característica. Esta faceta possibilita que “através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco do poder (*checks and balances*) e uma *organização jurídica de limites* dos órgãos do poder”¹⁶⁹. Segundo Nuno Piçarra, o entendimento do princípio da separação dos poderes dessa forma tem ganhado progressiva importância no sentido de se determinar o seu valor normativo¹⁷⁰, e, nas palavras do referido autor,

“Ele vai no sentido de precisar a capacidade do princípio para fornecer critérios de solução quanto à exacta delimitação de competências entre órgãos constitucionais, sobretudo em casos tão problemáticos como o direito judicial, o controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa e dos vários tipos da chamada discricionariedade imprópria, a inconstitucionalidade por omissão e o instituto dos assentos.”¹⁷¹

Além de princípio fundamental organizacional, o princípio da separação dos poderes atua como “princípio jurídico normativo-autónomo”¹⁷², invocável nos casos de litígios jurídicos constitucionais em que um poder considere lesado o núcleo essencial das suas funções.¹⁷³ Essa também é uma função importante, por servir como meio e instrumento de defesa da Constituição, até porque “(...) quando o núcleo essencial (*kernbereich*) dos limites de competências, constitucionalmente fixado, for objecto de violação pode estar em jogo todo o sistema de *legitimação, responsabilidade, controlo e sanção*, definido no texto constitucional”¹⁷⁴. Assim, o princípio constitucional da separação dos poderes pode ser utilizado para prevenir que aconteça ou para impedir e combater os efeitos maléficos dessa violação ao núcleo essencial das competências dos poderes.

O princípio da separação dos poderes é considerado também, por Konrad Hesse, como um “princípio histórico”.¹⁷⁵ Isto significa que ele deve ser entendido não necessariamente da forma que foi concebido, no tempo, por Locke, Montesquieu ou pelos

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 251.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Nas palavras de Nuno Piçarra, “Ganha progressiva importância na actualidade o entendimento do princípio da separação dos poderes como princípio de organização óptima das funções estaduais, cujo contributo tem sido significativo para a determinação do seu valor normativo.” In PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 262.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 252.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 368.

Federalistas, pois não é um “dogma de validez jusnaturalista-intemporal”¹⁷⁶; deve ser considerado levando-se em conta a forma como foi inserido e está positivado em determinada constituição, ou seja, entendido como “princípio-histórico ‘em contacto’ com uma ordem constitucional concreta”¹⁷⁷.

Outra função/característica do princípio da separação dos poderes – mesmo considerando-se um contexto em que a separação pessoal governo-parlamento não exija uma delimitação rigorosa entre parlamento e governo – é a de ser ele um “princípio fundamentador de incompatibilidades”¹⁷⁸, que serve para evitar “um completo entrelaçamento entre *cargo* (executivo) e *mandato* (parlamentar)”¹⁷⁹ e um acúmulo de funções nas mãos de um só poder ou pessoa e consequentemente uma possível privação da liberdade pelo mau ou abuso do poder.

Observa-se também, que “A separação dos poderes é um *pressuposto institucional* para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do que meras declarações de intenção.”¹⁸⁰ Pode-se dizer também que a separação dos poderes traz consigo uma carga valorativa permissiva e estimuladora da proteção e realização dos direitos fundamentais. Permissiva, pois, na medida em que a separação dos poderes seja garantida e observada e os direitos fundamentais estejam positivados, se cria uma conjuntura em que é possível se buscar a realização de tais direitos; pois, já não dependerá da vontade de uma só pessoa, grupo ou poder dizer quais os direitos que devem ser observados e como devem ser observados. Estimuladora porque dentro dessa conjuntura pode-se assegurar um grau satisfatório de liberdade aos cidadãos, o que cria um ambiente propício para que estes se sintam à vontade para exigir dos poderes o respeito e a realização dos direitos fundamentais e garantias constitucionais, e, até mesmo para que os poderes exijam uns dos outros que tais direitos e garantias sejam respeitados e realizados. De modo que, com tudo isso, torna-se oportuno o que ensina Nuno Piçarra, quando afirma: “(...) a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental sobre a organização do poder político-estadual”¹⁸¹.

Ainda sobre a relação do princípio constitucional com a proteção e realização dos direitos fundamentais, segundo Jorge Miranda, vale atentar-se para o fato que, além de uma limitação formal, o princípio da separação dos poderes diz respeito também a uma limitação

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 557.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 252.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 191.

¹⁸¹ *Ibid.*

material; visa permitir a existência de um Estado de Direito que limite o poder e ao mesmo tempo seja capaz de realizar os direitos fundamentais. Por isso, diz-se que o Estado de Direito “é limitação para garantia dos direitos fundamentais; é expressão de institucionalização e de racionalidade máximas”¹⁸².

1.4 Da doutrina ou teoria pura da separação dos poderes à teoria do núcleo essencial

Do que foi exposto até o momento, pode-se perceber que para se garantir margem de liberdade para a sociedade torna-se importante que o poder seja dividido, que existam limites à atuação dos poderes e que esses poderes tenham meios e instrumentos para garantir que suas funções não sejam usurpadas pelos outros poderes. Contudo, o que se observa na prática é que não existe uma demarcação precisa do campo de atuação de cada poder. Isto levanta alguns questionamentos, por exemplo: como deve ser entendida a separação dos poderes atualmente; qual, ou quais, das teorias melhor se coaduna(m) com as atuais necessidades e com a atual conjuntura do Estado Constitucional de Direito; em que grau ou intensidade deve ser aplicado o princípio da separação dos poderes atualmente; e qual os limites de atuação de cada poder. Este último, a nosso ver, o de mais difícil resposta.

De forma a tentar responder a esses questionamentos, convém procurar entender e definir, pelo menos em termos gerais, uma concepção da separação dos poderes que seja mais adequada.

Primeiramente, se fosse o caso de se falar em uma “doutrina pura” da separação dos poderes, Vile afirma que ela poderia ser formulada da seguinte forma:

“es esencial para el establecimiento y conservación de la libertad política que el Estado se divida en tres ramas o departamentos, llamados cuerpo legislativo, cuerpo ejecutivo y cuerpo judicial. A cada una de estas tres ramas corresponde una función, que lleva su mismo nombre. Cada rama Del Estado debe limitarse a ejercer la función que le es propia, sin que se le permita interferir en las funciones de las otras dos ramas. Además, las personas que componen cada una de estas tres agencias deben ser diferentes, sin que se permita que un solo individuo forme parte de más de una rama simultaneamente. De este modo, cada una de las tres ramas controlará a las dos restantes, y el manejo de la maquinaria del Estado nunca podrá estar en manos de un solo grupo de individuos.”¹⁸³

¹⁸² MIRANDA, Jorge. *Divisão do Poder e Partidos Políticos*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. LI, nº 1 e 2, (p. 25-32). Coimbra Editora, 2010. p. 25.

¹⁸³ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 13 e 14.

Porém, segundo o próprio autor, essa formulação nem sequer foi posta em prática e raramente foi defendida¹⁸⁴.

Ademais, parece-nos que uma concepção ou formulação do tipo que limite a atuação de um poder de forma restritiva ao exercício de apenas uma função não é suficiente para dar as respostas que necessita a sociedade e o Estado Constitucional, atualmente, em toda sua complexidade. Até porque, o desempenhar de funções atípicas por parte dos poderes é algo que se tornou comum, que encontra permissão e que está positivado em várias Constituições mundo a fora. Para o bom funcionamento dos Estados, é realmente necessário que os poderes, vez por outra, exerçam funções atípicas. Por isso mesmo, permite-se que o poder executivo, por exemplo, tenha em alguns casos poder legislativo próprio, possa dar impulso ao processo de criação de leis, exerça uma função legislativa delegada e elabore medidas provisórias com força de lei (o que ocorre no Brasil)¹⁸⁵; da mesma forma, permite-se que o poder legislativo realize funções de natureza judicial, como, por exemplo, julgar crimes de responsabilidade, decidir sobre *impeachment*, e também funções de natureza executiva, como o exercício de funções de polícia pelo presidente do parlamento ou congresso e possibilidade de dispor sobre organização interna, provimento de cargos.¹⁸⁶; e que, em alguns casos, o poder judicial exerça funções administrativas (executar o orçamento que lhe é destinado, provimento de cargos, administração dos tribunais, administração dos recursos humanos e servidores e etc.), e normativas (como a que é dada para que os tribunais elaborarem os seus regimentos internos)¹⁸⁷. O desempenhar de funções atípicas, todavia, deve estar restrito às competências previstas constitucionalmente, de forma que se possa evitar o acúmulo de várias funções e/ou muitas competências nas mãos de um mesmo poder.

Pode-se dizer então que uma separação absoluta ou total entre os poderes é algo não vantajoso e deve ser descartada. Antes de mais, porque a eficiência dos Estados e a realização de muitos direitos dependem da separação dos poderes e da correta distribuição de funções, mas muito também da cooperação e da harmonia dos poderes no exercício das suas funções, entre os poderes e entre os que desempenham cargos e funções públicas.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹⁸⁵ Sobre as medidas provisórias, importa citar as palavras de Gilmar Mendes que elas são o “(...) poder de que dispõe o Presidente da República de editar medidas provisórias, com força de lei, em caso de relevância e urgência, devendo submetê-las, de imediato, ao Congresso Nacional.”, e complementa: “Trata-se de atribuição conferida ao chefe do Poder Executivo no âmbito da chamada ‘legislação de emergência’”. In MENDES, Gilmar; BRANDO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 986.

Essas medidas provisórias estão previstas no artigo 62 da Constituição Brasileira de 1988.

¹⁸⁶ Cf., MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 416

¹⁸⁷ Cf., BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1245 e 1246.

Nessa linha, são importantes as palavras de Canotilho e Vital Moreira, quando afirmam: “Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de *lealdade institucional* (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã)”¹⁸⁸. Os autores explicam que essa lealdade institucional compreende uma vertente negativa e uma positiva. A positiva “consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objectivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis”¹⁸⁹. Já a negativa “determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar à prática de <<guerrilha institucional>>, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira”¹⁹⁰. Canotilho e Vital Moreira complementam ainda afirmando que: “Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statemanship*).”¹⁹¹.

Assim sendo, o princípio da separação dos poderes atualmente deve ser considerado não na sua forma clássica (ou mais rígida, absoluta), por as necessidades atuais de uma leitura menos rígida desse princípio, que não impeça o bom funcionamento do Estado e não prejudique sua eficiência. Contudo, isso não pode significar um enfraquecimento ou relativização de tal princípio, a ponto de um poder querer se sobrepor a outro sob um argumento de que estaria por agir visando uma maior eficiência do Estado e uma maior e melhor realização dos direitos fundamentais, por exemplo. É preciso se respeitar o núcleo essencial das funções de cada órgão ou poder, de modo que se evite o esvaziamento das suas funções e seja respeitada a essência da atividade principal que deve ser desenvolvida por eles¹⁹². Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Canotilho quando aduz:

“Em geral, afirma-se que a nenhum órgão 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.”¹⁹³.

¹⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República (Especialmente em matéria de defesa e política externa)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.71.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Sobre a teoria do núcleo essencial, Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 559 e referências aí citadas.

¹⁹³ *Ibid.*

Em um quadro onde o núcleo essencial das funções de um órgão deve ser respeitado, também é de extrema importância que cada poder cumpra de forma satisfatória suas funções, pois, do contrário, poderão a realização de um projeto de Estado e a realização dos direitos fundamentais serem colocadas em difícil situação. Isto porque, para que muitas ações estatais sejam tornadas efetivas é necessário a colaboração e o trabalho de mais de um poder; é necessário que as várias peças da engrenagem estejam em perfeito funcionamento para que o todo possa cumprir seu papel e exteriorizar de forma concreta toda sua utilidade. Do mesmo modo, torna-se importante que cada poder respeite as funções e os espaços dos outros, pois se o inverso ocorrer o que pode acontecer é um esvaziamento e o encolhimento das funções de algum dos poderes, causando um desbalanceamento do equilíbrio entre os poderes e prejuízos ao Estado e a sociedade.

Em algumas situações, todavia, não se verifica por parte dos poderes um bom exercício das suas funções, ou, em outras palavras, determinado poder não preenche o espaço que deveria preencher e não ocupa o núcleo essencial de funções que é de sua responsabilidade. Quando isso ocorre, surge a questão de se saber o que se deve ser feito quando um órgão/poder, ao não cumprir de forma efetiva e eficiente suas funções, termina prejudicando a realização de direitos fundamentais e emperrando o bom funcionamento do Estado; mais além, aflora um questionamento também em relação à possibilidade de um poder ocupar o vazio deixado por outro ou persuadi-lo a cumprir seu papel. É o que acontece, por exemplo, quando o poder legislativo não desempenha suas funções corretamente e o poder judicial, sob o pretexto de não deixar a sociedade desassistida e a proteção de direitos à espera da atuação do legislador, age com o objetivo de preencher os espaços e amenizar os efeitos da omissão ou da má atuação do legislador. E aí se levanta a questão de saber até que ponto, com que intensidade e de que forma a atuação do poder legislativo contribui, interfere ou pode evitar que o poder judicial extrapole seus limites e atue de forma ativista.

1.5 Controles recíprocos e limitação do poder

Sobre a relação entre os poderes e a separação de poderes, pode-se levantar mais um questionamento sob um ponto controverso e que merece atenção, que é a questão dos controles recíprocos e da limitação do poder¹⁹⁴. As constituições e a estrutura geralmente

¹⁹⁴ Segundo Maria Benedita Urbano, em trabalho sobre a criação judicial e o ativismo judicial, pode-se dizer que esse é o principal problema subjacente ao ativismo judicial, sendo mais importante, inclusive, do que a questão da legitimidade democrática do poder judicial. Cf., URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo*

adotada pelos países ocidentais impõem aos poderes Executivo, Legislativo e Judicial limitações, e possibilitam o controle de algumas das ações e da atuação desses poderes.

Observa-se que a atuação e as ações do poder executivo sofrem limitações das leis e medidas legislativas adotadas pelo parlamento e estão ainda sujeitas a um controle de legalidade exercido pelo poder judiciário. Mesmo em atos a que é dada margem de discricionariedade ao poder executivo e ao governo, essa discricionariedade é determinada geralmente por regras advindas do poder legislativo e se exercida além do que foi previsto o Executivo pode sofrer sanções do Poder Judicial.

Do mesmo modo, o poder legislativo, como órgão competente para criar leis, está limitado ao que prevê o texto constitucional. Pode-se dizer que a atuação do poder legislativo, do parlamento, sofre um “controle anterior”, de forma direta ou indireta, pois as leis que o legislador edita devem estar em conformidade com texto constitucional já estabelecido, que permite ou não determinado tipo de legislação e estabelece as regras do processo legislativo, inclusive, no que concerne à alteração ou reforma do próprio texto constitucional. Além dessa limitação e desse “controle” que geralmente impõem as constituições, o poder legislativo ainda está sujeito ao controle do poder judicial, feito mediante o controle de constitucionalidade que este exerce, por exemplo. De forma que, como se sabe, pode, inclusive, o poder legislativo ver as leis que elaborou serem anuladas ou declaradas nulas pelo poder judicial quando não for respeitado o que estabelece a constituição.

Já no que concerne ao Poder judicial, como “controlador” que é da atuação dos outros poderes, levantam-se os seguintes questionamentos de quem controla¹⁹⁵ e como controlar este poder, em especial os tribunais constitucionais, se e quando atuarem de forma que não encontra ressonância na constituição e nas leis e porventura extrapolarem o seu campo de atuação adentrando no espaço dos outros poderes, mesmo que movido por um suposto sentimento de realização da justiça e com o intuito de corrigir as falhas ou omissões dos outros poderes; e, ainda, até que ponto pode ir o poder judicial, em especial os tribunais constitucionais, para transformar em realidade um projeto de Estado previsto constitucionalmente e realizar os direitos previstos nas constituições.

judicial: as duas faces de uma mesma função? In Tribunal Constitucional -35º aniversário da Constituição de 1976. 1ª ed. Vol. 2. (p. 7-41) Lisboa: Coimbra Editora, 2012. p. 31 e 32.

¹⁹⁵ Em outras palavras, diz respeito ao problema de se saber “quem controla o controlador?”. Sendo válido reproduzir as palavras de Maria Benedita Urbano, quando afirma que: “O problema de saber quem controla os controladores só não se colocará àqueles que entendem que o direito criado pelos juízes constitucionais é perfeito”. *Ibid.*, p. 31.

Tais indagações e inquietações estão relacionadas a um ponto crucial do ativismo judicial, de como se evitar ou combater tal fenômeno e como controlar o poder judicial. E por enquanto ficam em aberto, mas serão enfrentadas no capítulo dedicado ao ativismo judicial.

CAPÍTULO II – ATUAÇÃO DO PARLAMENTO

Como o presente trabalho se propõe a fazer uma abordagem também acerca da relação entre o ativismo judicial e a atuação do parlamento, torna-se importante trabalhar algumas ideias sobre as funções e importância deste órgão.

Destarte, começa-se chamando atenção para o fato de que dentre os três poderes não se pode ao certo determinar ou apontar um que seja mais importante ou que deva ter uma supremacia pré-estabelecida em relação aos outros. Apesar disso, não se pode deixar de levar em conta que enquanto poder que tem como função a criação e produção de leis e dispõe de um poder constituinte derivado ou reformador, o poder legislativo (e o parlamento que em regra exerce este poder) assume um papel de grande importância dentro do Estado de Direito. Afinal, é ele (ou deve ser) o responsável por colher as necessidades sociais e transformá-las em legislação, exercendo um papel importante no que diz respeito à criação de condições e instrumentos para proteção e exercício por parte da sociedade dos direitos previstos constitucionalmente.

Tendo isso em conta, e para uma melhor sistematização do trabalho, passa-se a analisar as funções e a importância da atuação do parlamento para a realização dos direitos fundamentais e para o bom funcionamento do Estado. Isso numa tentativa de se verificar como que a atuação do parlamento pode contribuir, amenizar e/ou fechar espaços para que o poder judicial não extrapole os seus limites e para evitar que a má atuação do parlamento seja utilizada como justificativa para a existência do ativismo judicial.

Desde já, esclarece-se que o emprego do termo “parlamento” é feito não apenas restrito ao corpo ou assembleias de onde se adota o parlamentarismo como sistema de governo, mas, sim, “parlamento” entendido como assembleia de representantes eleitos. Em outras palavras, é empregado o termo parlamento para se referir aos órgãos, instituições e/ou corpos (designados das mais variadas formas: câmaras – unicameral ou bicameral – congresso nacional, assembleias nacionais ou da república e etc.) eleitos, que exercem poderes legislativos (e outras funções) também em sistemas presidencialistas ou semipresidencialistas.

2.1 Funções do parlamento

Para compreender a importância do parlamento e a forma como este pode contribuir para o bom funcionamento do Estado, para a realização dos direitos fundamentais e

de que forma a atuação do parlamento apresenta relação com o ativismo judicial, torna-se importante uma apresentação e análise das funções desse órgão. E sobre essas funções, muitas são as classificações apresentadas por autores que tratam do tema.

Cristina Queiroz, por exemplo, apresenta e faz uma análise das funções clássicas do parlamento, baseando-se em ensinamentos de Walter Bagehot na obra *The English Constitution*, em que este autor descreve o período clássico do “governo parlamentar” inglês. As funções clássicas apresentadas são as seguintes: função electiva; função de condução política; função de expressão; função pedagógica; função informativa; função legislativa; função financeira¹⁹⁶. A autora aponta ainda funções atuais do parlamento, destacando as seguintes funções: função de representação; função de legislação; função de controle; e fala ainda numa função de direção política. Essa última classificação, da forma como é exposta pela autora, a nosso ver, não é suficiente e não engloba as várias formas que o parlamento pode realizar sua atuação e as funções que pode desempenhar, seja em regimes parlamentares, presidencialistas ou semipresidencialistas¹⁹⁷.

Outro autor que trata das funções do parlamento, nesta feita tendo em consideração uma realidade concreta, é Canotilho. Tal autor discorre sobre as funções da Assembleia da República, o parlamento português, ensinando que este órgão possui as seguintes funções: 1) função eletiva e de criação; 2) função legislativa; 3) função de Controlo; 4) função de fiscalização; 5) função autorizante; 6) função de representação; 7) função europeia¹⁹⁸.

Já José Afonso da Silva, em um trabalho que trata da estrutura e funcionamento do Poder Legislativo, aduz que as funções que este poder possui são as de: 1) representação; 2) legislação; 3) legitimação da ação governamental; 4) controle; 5) juízo político; 6) constituinte¹⁹⁹.

Mais uma classificação das funções do parlamento é apresentada por Gary W. Copeland e Samuel C. Patterson. Estes autores aventam sobre a inviabilidade de se construir uma lista completa das funções do parlamento, afirmando que o que pode ser feito é a identificação das funções dos parlamentos que apresentam uma tendência a serem universais

¹⁹⁶ A apresentação e análise dessas funções são extraídas e podem ser melhores vistas na seguinte obra: QUEIROZ, Cristina. *O parlamento como fator de decisão política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 15-18.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 37-41.

¹⁹⁸ Para a descrição dessas funções, Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 639-640.

¹⁹⁹ Cf., SILVA, José Afonso da. *Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo* In Revista de informação legislativa. N. 187. Vol. 47. p. 137-154. jul./set. de 2010. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198698/1/000897822.pdf>>. Último acesso em 15 de Abril de 2013.

no tempo e no espaço²⁰⁰. Nessa linha, os autores destacam como principais as seguintes funções: 1) Legitimação; 2) Ligação; 3) Decisão. Essa classificação é adotada e trabalhada por Maria Benedita Urbano, como sendo as funções habituais exercidas pelo parlamento, acrescentando a referida autora a essas três funções ainda a função de controlo²⁰¹. Será essa classificação, em especial o que foi desenvolvido por esta autora, que servirá de base para o estudo das funções do parlamento no presente tópico.

A primeira função a ser analisada é a função de legitimação. Esta função diz respeito à atuação dos parlamentos na resolução de conflitos e procura de consensos para tomada de decisões, de integração e ainda na seleção e recrutamento de pessoal político²⁰².

Em uma análise das funções do parlamento, percebe-se seu importante papel de contribuir “para a contenção da conflitualidade, típica das democracias pluralistas”²⁰³. Isto porque a forma como geralmente estão organizados, o modo como desenvolvem suas atividades e as suas responsabilidades para tomar decisões, proporcionam um espaço em que as partes envolvidas nos conflitos, inclusive os grupos de oposição e as minorias, possam livremente demonstrar suas opiniões (mesmo que as decisões não sejam de acordo com essas opiniões), de modo que, as tensões geralmente existentes, norteadoras das questões políticas e sociais em uma democracia, podem ser equacionadas, resolvidas da melhor forma e quando for o caso transformadas em lei²⁰⁴. Nessa linha, o parlamento torna-se indispensável, por se tratar de órgão capacitado “para definir opções políticas genéricas e para tomar decisões aptas para responder à generalidade das demandas da sociedade, o que pressupõe um trabalho prévio de negociações e de tentativas de unificação da vontade do parlamentar.”²⁰⁵. Em outras

²⁰⁰ Nas palavras de Gary Copeland e Samuel Paterson: “Any delineation of parliamentary functions will leave a sense of incompleteness. A comprehensive list is impossible; indeed, a list of functions for any particular parliament at any particular time is impossible. What we can do is identify the major functions of parliaments that tend to be universal across both time and space (...)”. COPELAND, Gary; PATERSON, Samuel. *Changing an Institutionalized System*. In *Parliaments in the modern world: Changing Institutions*. Michigan: Ann Arbor – The University of Michigan Press, 1994. p.153.

²⁰¹ URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Proteção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 42-53.

²⁰² *Ibid.*, p. 43-45.

²⁰³ *Ibid.*, p. 43.

²⁰⁴ Sobre esse ponto, Maurizio Cotta aduz que: “Proprio nella misura in cui offrono una arena permanente e ad alta definizione istituzionale per il pluralismo politico i parlamenti si pongono come un fondamentale fattore di regolazione di quello che è indubbiamente l'elemento piú delicato e critico della democrazia moderna: la competizione pluralistica. (...) Il contributo delle assemblee parlamentari al contenimento del conflitto politico (i soggetti dei quale sono rappresentati all'interno di esse) si realizza da un lato attraverso una sofisticata ritualizzazione del conflitto stesso che attribuisce alle parti opposte (e quindi anche alle minoranze) ruoli, poteri e forme espressive specifiche, dall'altro incentivando una certa misura di coliborazione tra le parti stesse.” In COTTA, Maurizio. *Parlamenti e rappresentanza*. In PASQUINO, Gianfranco. (coord). *Manuale di Scienza della Politica*. Bologna: Il Mulino, 1986. p. 317.

²⁰⁵ URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*, p. 43

palavras, o parlamento constitui-se um local idôneo e apropriado para que sejam discutidas e decididas as grandes questões e os temas polêmicos da sociedade e para se discutir e decidir acerca da criação, adoção e implementação de políticas públicas, que têm como destinatário a própria sociedade que o parlamento representa²⁰⁶.

Como já adiantado, relacionada à função de legitimação está ainda a função de integração, que com o passar do tempo aperfeiçoou-se e adquiriu sua validade plena a partir do momento em que se instituiu o sufrágio universal e se garantiu o direito de associação política, em especial²⁰⁷. Essa função verifica-se no fato de ser o parlamento um local onde as diversas forças sociais se encontram, se enfrentam e chegam a uma resolução das questões, respeitando-se a regra das maiorias, evitando-se que as forças sociais se digladiem a ponto de ensejarem um extermínio mútuo²⁰⁸. Ademais, justamente por tal função favorecer a tomada de decisões observando essa(s) forma(s) descrita(s) é que se cria um convencimento de cunho psicológico no meio social de que as normas emanadas do parlamento devem ser cumpridas, o que contribui para o reconhecimento dos cidadãos de que o parlamento detém e exerce um poder legítimo e favorece, naturalmente, a legitimação/legitimidade do parlamento enquanto poder²⁰⁹.

Ainda em relação à função de legitimação, nota-se que ao se legitimar o parlamento, de forma reflexa, legitimam-se também outros titulares de órgãos políticos ou não políticos, posto que, em muitos casos, cabe ao parlamento a escolha, a seleção e o recrutamento de pessoal político, muitas vezes por meio da chancela ou confirmação de membros dos outros poderes, por exemplo, de funcionários do governo, juízes ou ministros dos tribunais constitucionais, supremos e superiores, ministros de Estado e etc²¹⁰.

Outra função apontada por Gary Copeland e Samuel Paterson e que é descrita por Maria Benedita Urbano é a função ligação/conexão. Diz-se que os parlamentos são instituições de ligação/conexão entre os parlamentares e os seus eleitores, criando-se uma

²⁰⁶ Em sentido próximo Morillo afirma que: “(...) es preciso reconocer en el un verdadero órgano de negociación política. (...) Parece necesario reconocer que los parlamentos son órganos especialmente idóneos para la composición de los distintos intereses conflictivos que se dan cita en las materias de las que conoce.” *In* MORILLO, Joaquín García. *Mitos y realidades del parlamentarismo*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N. 9. Maio-Agosto de 1991. (p. 115-144). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 143.

²⁰⁷ URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 44.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*, p. 44 e 45.

relação em que aqueles têm responsabilidades e um dever de resposta perante estes²¹¹⁻²¹². Todavia, vale ressaltar, pode acontecer o indesejável e prejudicial fato de na prática e em certos momentos essa função não ser bem observada, tornando-se os parlamentos e os parlamentares representantes de si mesmo, alheios aos interesses da sociedade e ao que acontece fora dos seus domínios²¹³.

Quanto à função de decisão, verifica-se de forma correlacionada a esta que o parlamento desempenha um papel de promoção de discussões e debates políticos, atuando também na articulação e agregação de interesses e como responsável pela adoção de medidas legislativas.

De fato, o parlamento ocupa um importante lugar na discussão e no debate político para a tomada de grandes decisões. E em relação a isto, é de se ressaltar que através do exercício das liberdades de expressão e de imprensa por parte dos meios de comunicação, da evolução e desenvolvimento destes e com a transmissão dos debates e discussões, estes e a própria atividade parlamentar se tornaram de mais fácil acesso e mais abertos a população. E diante disso, os meios de comunicação, detentores e propagadores das informações à população, passaram a dividir o papel de centro da dinâmica política da sociedade, a ponto de não ser incomum ver, por exemplo, o governo, ao adotar uma medida e para anunciá-la, se dirigir primeiro aos meios de comunicação que ao parlamento²¹⁴. Até mesmo os parlamentares comumente se utilizam dos meios de comunicação como uma extensão da “tribuna” e interior do parlamento, fato que tanto contribui para preencher os vazios de uma menor visibilidade de determinado parlamentar ou partido dentro do parlamento quanto pode funcionar como fator propulsor de desigualdade e/ou diferenciação – que pode ocorrer quando algum parlamentar controle ou passe a controlar e possua uma maior força junto aos meios de comunicação e, por isso, receba um maior espaço e atenção destes²¹⁵.

²¹¹ Gary Copeland e Samuel Paterson afirmam que: “Legislatures are linkage institutions, featuring relationships of representation and accountability between their members and the constituencies.”. COPELAND, Gary; PATERSON, Samuel. *Changing an Institutionalized System*, p. 05.

²¹² Cf. URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*, p. 45.

²¹³ Tal como ocorreu com a Assembleia Nacional no período da IV República, em que este órgão se tornou uma “house without windows”, playing an endogenous parliamentary game indifferent to the environment outside.” In COPELAND, Gary; PATERSON, Samuel. *Op. cit.*, p. 6. Também, Cf. URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 45.

²¹⁴ URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 46.

²¹⁵ Sobre essa relação do parlamento e dos parlamentares com os meios de comunicação, García Morriilo chama atenção para o fato não tão lógico de as intervenções parlamentares terem como objeto real não apenas a máxima projeção das palavras e ideias, mas servirem de suporte para um maior contato com os meios de comunicação nos corredores do parlamento ao final das sessões. O autor afirma que com isso “El Parlamento deja de ser, así, el foro de un debate que será trasladado al público por los medios de comunicación para transformarse, casi exclusivamente, en un lugar de encuentro con los mismos” e continua dizendo que: “No es infrecuente que los parlamentarios limiten su intervención a lo indispensable para, a continuación, decir em los pasillos ante los

Essa função de debate e discussão política para tomada de decisões é algo fundamental para que o parlamento se fortaleça aos olhos da população e contribua para o bom funcionamento do Estado; por isso, é necessário que o parlamento cada vez mais busque exercê-la e traga para si a responsabilidade de ser o *locus* dos debates e acontecimentos mais importantes da democracia. Para a sociedade não é interessante que essa função seja desvirtuada, nem que os parlamentos substituam o debate e a discussão político-democrática por um jogo de negociações e interesses entre os partidos²¹⁶, em que muitas vezes são levados em conta muito mais interesses próprios ou partidários e colocados em segundo plano ou mesmo deixados de lado os interesses da sociedade.

Dentro da função de decisão, os parlamentos têm também um papel de articulação e agregação de interesses. Tal função não é exclusiva do parlamento, pois habitualmente é desempenhada pelos partidos políticos e grupos de pressão, que são considerados estruturas agregativas típicas²¹⁷⁻²¹⁸.

Ainda sobre essa função de articulação e agregação de interesses, importa trazer as palavras de Maria Benedita Urbano, quando afirma que:

“Efectivamente, sendo uma evidência que os parlamentos se ressentem da representação funcional, cabe-lhes ainda assim a mediação e coordenação destas várias estruturas e respectivos interesses, assim como a indicação ao governo da necessidade de concretizar aqueles último”²¹⁹.

periodistas lo que no dijeron en ell hemiciclo (...) Hemos pasado, así, del Parlamento como foro que constituye una caja de resonancia al Parlamento como lugar geográfico en que se obtiene resonancia.” In MORILLLO, Joaquín García. *Mitos y realidades del parlamentarismo*, p. 137 e 138.

²¹⁶ Verifica-se na prática que muitas vezes a discussão e o debate político são desvirtuados, em outras palavras, é o que Maria Benedita Urbano afirma: “O que se pode observar ultimamente é que, desde logo, o debate democrático no parlamento (entre os seus membros) tem vindo progressivamente a ser substituído por um jogo de negociações entre os partidos.” Cf. URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*, p. 46 e 47.

²¹⁷ Sobre esse ponto, Domenico Fisichella afirma que: “La funzione di articolazione degli interessi ha nei gruppi di interessi e di pressione le sue strutture tipiche di espletamento, ma accade che la rappresentanza, anziché mediarle e coordinare, riprenda fotograficamente istanze articolate dai gruppi e le riproduca, demandando al governo il compito di comporle. Anche se, come sottolineano Almond e Powell, il partito politico può essere considerato la struttura aggregativa tipica delle società odierne, questi stessi autori riconoscono che la funzione di aggregazione degli interessi (consistente nel convertire le domande in scelte politiche alternative, di carattere più generale) non è estranea ai compiti dell’organismo rappresentativo”. FISICHELLA, Domenico. *La rappresentanza politica*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1996. p. 44. Ver também, Maria Benedita URBANO, *Op. cit.*, p. 47.

²¹⁸ Especificamente sobre a função dos partidos políticos na articulação e agregação de interesses, desenvolvimento e uma análise crítica, Cf., MAIR, Peter. *Os partidos políticos e a democracia*. In Revista Análise Social. Vol. XXXVIII. n. 167. (p. 277-293). Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2003. p. 282-285.

²¹⁹ URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 47.

Ainda nas palavras da referida autora, “Embora possa parecer um paradoxo, diríamos que, apesar de residual, o papel do parlamento neste domínio é cada vez mais importante.”²²⁰. Esta afirmação é feita tendo em vista a crescente particularização de interesses, o que exige do parlamento uma atuação no sentido de contrariar essa “lógica” e fazer valer o interesse geral²²¹.

Outra faceta da função de decisão dos parlamentos é a sua função de adoção de medidas legislativas. Continua a ser das mais importantes a função de produção normativa e adoção de medidas legislativas. E, vale dizer que na sua função de elaborador de leis, o parlamento não é livre, é limitado e ao mesmo tempo limitador. Como afirma Iris Tavares: “Limitado pela Constituição – no sentido em que só pode elaborar leis Constitucionais e limitador porque no Estado de Direito não há poder que possa decidir a não ser em conformidade com o dispositivo de uma lei anterior.”²²², e complementando esse raciocínio a autora afirma ainda que: “Até mesmo o próprio Poder Legislativo é sujeito à lei que elabora. Pode derogá-la ou ab-rogá-la e até substituir a lei antiga por uma nova; mas, enquanto ela existir, estará submetido a seu império, não podendo tomar decisão que seja contrária a seu mandamento.”²²³.

Ademais, pode-se dizer que a função de produzir normas não é atualmente “exclusiva” do parlamento²²⁴. Isto porque, devido ao fato de os parlamentos e os parlamentares lidarem com questões cada vez mais complexas – em face da própria complexidade que o Estado e a sociedade atual apresentam –, nota-se um natural deslocamento da produção de atos normativos e da adoção de medidas legislativas do parlamento para o governo e seus órgãos, ficando estes em muitos casos responsáveis por completar as bases dos regimes jurídicos, que continuam a ser definidas pelo parlamento²²⁵.

Na prática, corriqueiramente, nos deparamos com proposições legislativas de iniciativa dos governos, além de se verificar um grande número de leis que refletem muito mais os interesses e necessidade do governo do que puramente os do parlamento²²⁶. Em outras

²²⁰ *Ibid.*, p. 48.

²²¹ *Ibid.*

²²² TAVARES, Iris Eliete T. N. de Pinho. *O Poder Legislativo: Funções e Órgãos*. In Revista Brasileira de Estudos Políticos. N. 83. (p. 107-129). Julho de 1996. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1996. p. 108.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Sobre esse ponto, Cf., MANZELLA, Andrea. *Il Parlamento*. Bologna: Il Mulino, 1999. p. 332-334.

²²⁵ URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*, p. 48.

²²⁶ Sobre esse ponto, convém salientar que existem casos mesmo em que o governo exerce funções legislativas, com competência para criar leis e/ou decretos-leis sobre determinadas matérias, sem que seja preciso, inclusive, que essas passem pelo parlamento. Como exemplo, cita-se aqui o caso de Portugal, país cujo artigo 198º da Constituição prevê possibilidade de tal tipo.

palavras, muitas leis tem seu conteúdo determinado não pelos parlamentos, mas pelo governo e também por grupos de pressão, o que pode ser denominado de fenômeno da “transmutação legislativa”, levando, inclusive, a afirmação de que a proeminência do legislativo em relação à adoção de medidas legislativas estaria, hoje em dia, falseada ou ameaçada²²⁷⁻²²⁸.

Ainda que se admita tal conjuntura, há de se notar que até nas leis propostas pelo governo a adoção de medidas legislativas, a criação das leis, ainda depende em grande intensidade da “vontade” do parlamento e dos parlamentares; pois, as propostas chegadas ao parlamento podem ser arquivadas, modificadas e/ou não serem transformadas em lei; apesar de materialmente, em determinados casos, a lei ser obra conjunta do governo com o parlamento, formalmente este continua a ser o autor da lei²²⁹.

Mesmo diante dessa dinâmica “relativamente” nova, fazendo-se uma análise de forma integrada pode-se concluir que o parlamento continua com decisivo papel quanto à adoção de medidas legislativas e criação de leis, e, mais ainda, desempenhando também um controle interorgânico das propostas legislativas e das ações apresentadas pelos governos, na medida em que o parlamento tem uma função de outorgar, concordar ou não concordar que tais propostas e ações se transformem em lei²³⁰. Nessa conjuntura, não deixa de ser pontual e oportuna a afirmação de que “Nos países democráticos, a forma mais elevada de produção normativa continua a ser invariavelmente atribuída aos parlamentos – sendo certo que a regulamentação das questões mais relevantes para a vida de um país é reservada para as leis.”²³¹.

Outra função também apontada e desempenhada pelo parlamento é a função de controle, tanto político quando financeiro.

Sobre o controle político, nas palavras de Maria Benedita Urbano, “Esta função implica que o governo seja chamado a responder politicamente perante o parlamento – colocando-se deste modo um problema de responsabilidade política e de responsividade

²²⁷ URBANO, Maria Benedita, *Representação Política e Parlamento*, p. 49.

²²⁸ Sobre essa questão, Morillo afirma: “Para expresarlo gráficamente, puede decirse que la ley há pasado de ser la expresión de la voluntad popular a ser un instrumento de gobierno. (...) De esta suerte, aunque siga siéndolo formalmente, la ley há dejado de ser funcionalmente la expresión de la voluntad popular, representada en el Parlamento, en los asuntos de importantes repercusión nacional: se ha convertido de plano, también funcionalmente, en un instrumento de la política desarrollada por el Gobierno que es luego convalidado, con modificaciones más o menos relevantes, por el Parlamento.” In MORILLO, Joaquín García. *Mitos y realidades del parlamentarismo*, p. 129.

²²⁹ Cf., PIERRE, Avril. *Estructura y servicios de apoyo para el trabajo legislativo*. In FIX-ZAMUDIO, Hector; PIERRE, Avril. *et. all. El Poder Legislativo en la Actualidad*. Ciudad de México: Cámara de Diputados Del H. Congreso de la Unión e Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=967>>. Último acesso em 15 de março de 2013. p. 197 e 198.

²³⁰ Cf., URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 48 e 49.

²³¹ *Ibid.*, p. 48.

daquele em face deste”²³². E ainda, valendo-se do que afirma Canotilho, pode-se dizer que essa função não se identifica com os mecanismos utilizados apenas para se obter operacionalidade na relação entre governo e parlamento, tendo por objetivo, além das atividades de governo, outras esferas de atividades e existindo mesmo em regimes não parlamentares²³³.

Destarte, o controle político é uma função essencial do parlamento²³⁴ e ao contrário da legislativa – que teria sofrido certo enfraquecimento e/ou deslocamento durante o tempo – tem aumentado em importância e intensidade²³⁵. A importância do bom exercício dessa função cresce tanto quanto aumenta o domínio ou influência do poder executivo, governo, no processo legislativo. É fundamental que o governo seja responsável perante o parlamento e que este tenha instrumentos a sua disposição para exercer um controle sobre o governo, de modo que seja possível assegurar a própria legitimidade da ação governamental²³⁶⁻²³⁷. E além de ser de interesse do legislativo, o controle exercido por este contribui ainda para a própria estabilidade do poder executivo; pois, mesmo quando o controle político é realizado de forma rígida (ou até injusta), colabora para diminuição dos níveis de tensão por parte dos cidadãos, já que estes terminam se sentindo mais protegidos contra os arbítrios e discricionariedades do governo²³⁸.

Alguns atos podem ser considerados “atos típicos”²³⁹ dessa função de controle, por exemplo: a prática de atos concretos de natureza deliberativa que envolva autorizações, aprovações, sustações de atos; pedidos de informações, perguntas e interpelações, que possibilitam os parlamentares fazerem uma apuração da veracidade de um fato ou averiguar a tomada ou não tomada de decisões, cumprimento de resoluções e etc.; controle sobre a nomeação de certas autoridades; instalação de inquéritos ou comissões parlamentares de inquérito para apurar irregularidades, geralmente exigindo-se a observância de alguns requisitos, como *quorum* de instauração, tratar-se de assunto de interesse público, ter por

²³² *Ibid.*, p. 51.

²³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 635.

²³⁴ Pierre Avril e Jean Gicquel chegam ao ponto de afirmar que a função que caracteriza os parlamentos nos regimes parlamentares é mais a função de controle político do que a função legislativa. In PIERRE, Avril; GICQUEL, Jean. *Droit Parlementaire*. 3 ed. Paris: Montchrestein, 2004. p. 143.

²³⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La función actual del poder legislativo*. In FIX-ZAMUDIO, Hector; PIERRE, Avril. et. all. *El Poder Legislativo en la Actualidad*. Ciudad de México: Cámara de Diputados Del H. Congreso de la Unión e Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=967>>. Último acesso em 15 de março de 2013. p. 21, 32 e 33.

²³⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. *Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo*, p. 150.

²³⁷ URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*, p. 50.

²³⁸ LEGRÉS, Antoine. *Les fonctions d'un Parlement moderne*. In *Revue Politique et Parlementaire*. N. 779. Junho de 1967. Paris : A. Colin, 1967. p. 50.

²³⁹ Assim considerados por Canotilho. Cf., CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 635.

objeto apuração de fato determinado, respeito aos direitos fundamentais e garantias constitucionais; petições, que possibilitam o parlamento controlar abusos da administração; e, moções de censura²⁴⁰, que podem em casos especiais ser utilizadas²⁴¹.

Já no que concerne ao controle financeiro, essa é considerada uma função clássica e das primeiras a ser desempenhada pelo parlamento, e inicialmente estaria ligada à concessão de autorização para criação de impostos, das receitas e despesas do monarca, passando depois ao controle financeiro das despesas públicas²⁴².

Tal função é de grande relevância para que a atividade financeira do Estado seja desenvolvida em conformidade com princípios morais, éticos, constitucionais e legais que exigem um Estado Democrático e de Direito. Até porque, “Utilizar fondos públicos y ejercer la actividad económico-financiera, sin la debida fiscalización, inspección e intervención, equivale a ejercer el poder sin responsabilidad, lo que constituye un contrasentido en un Estado de Derecho”²⁴³.

Atualmente, contudo, verifica-se um esvaziamento da função de controle financeiro em termos de discussão e aprovação do orçamento, devido a alguns fatores, tais como: a complexidade das questões financeiras atingirem um patamar inacessível a maior parte dos parlamentares; parte do orçamento já estar comprometida com despesas pré-existentes; o fato de a bancada de apoio ou a maioria que sustenta o governo estar previamente compromissada com a aprovação da proposta enviada pelo governo ao

²⁴⁰ Legrés afirma que: “La procédure de la motion de censure ne doit être utilisée qu'exceptionnellement mais les parlementaires ont la possibilité et le droit de poser au gouvernement es questions embarrassantes et ils devraient pouvoir constituer plus facilement des commissions d'enquête.” In LEGRÉS, Antoine. *Les fonctions d'un Parlement moderne*. p. 50.

²⁴¹ Essa listagem é baseada nos atos elencados por CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 635-638 e também por SILVA, José Afonso. *Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo*, p. 150 e 151.

²⁴² Nesse sentido, Pablo Lucas Murillo DE LA CUEVA escreve que: “Por lo demás, no se puede olvidar que el origen de las asambleas legislativas ha estado indisolublemente unido a la potestad estatal de establecer los tributos. Así, para limitar el poder de los reyes y preservar, de este modo, la libertad y la propiedad de los súbditos, muy tempranamente las Cortes, el Parlamento, los estados generales o las Dietas, asumieron, en los diversos reinos europeos, la competencia de votar los impuestos que demandaban los monarcas. La expresión ‘not taxation without representation’, firmemente arraigada ya antes del triunfo del liberalismo político, pone de manifiesto esa estrecha relación de la representación política parlamentaria con los aspectos económicos y financieros del Estado.”. DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *El control del legislativo sobre el presupuesto y la cuenta pública*. In FIX-ZAMUDIO, Hector; PIERRE, Avril. et. all. *El Poder Legislativo en la Actualidad*. Ciudad de México: Cámara de Diputados Del H. Congreso de la Unión e Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=967>>. Último acesso em 15 de março de 2013. Cf., também, URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*, p. 52.

²⁴³ BORJA, María de La Luz Mijangos. *El control del presupuesto en una Democracia*. In FIX-ZAMUDIO, Hector; PIERRE, Avril. et. all. *El Poder Legislativo en la Actualidad*. Ciudad de México: Cámara de Diputados Del H. Congreso de la Unión e Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=967>>. Último acesso em 15 de março de 2013. p. 100.

parlamento. De modo que, sobra para os parlamentares uma margem de atuação limitada a pequenos retoques e alterações parciais²⁴⁴.

Além da questão da discussão e aprovação do orçamento, de forma mais ampla, pode-se dizer que a função de controle financeiro está relacionada também à possibilidade e/ou dever que tem o parlamento de fiscalizar as contas e gastos do governo e da administração pública, de fiscalizar a própria execução orçamento, de apreciar relatórios sobre execução de obras e políticas públicas, de fiscalizar a criação e execução de despesas extraordinárias, de analisar e aprovar as contas do governo, e, de um modo geral, fiscalizar o respeito às normas financeiras e orçamentárias previstas na constituição e nas leis.

Como se vê, as funções e competências que cabem ao parlamento vão muito além da tradicional função de adoção de medidas legislativas e fiscalização do governo, apesar dessas continuarem a se apresentar como fundamentais. De modo que, diante das várias funções que podem desempenhar, é possível afirmar que o sucesso e o bom funcionamento de um Estado de Direito estão relacionados em grande medida com a forma que o parlamento e os parlamentares desenvolvem suas atividades e suas funções.

2.2 Importância do parlamento

Das próprias funções apresentadas que podem e devem exercer os parlamentos já é possível se extrair a sua importância. O conjunto de funções que o parlamento exerce o coloca em patamar de grande importância para a realização e desenvolvimento de qualquer Estado de Direito que adota o princípio democrático. Vê-se que eles têm um grande potencial de reger e/ou influenciar os mais variados setores da sociedade e os órgãos e poderes do Estado. Importa, contudo, fazer uma abordagem sobre alguns pontos e desenvolver alguns raciocínios que ajudam a clarear, confirmar ou realçar a importância dos parlamentos no que concerne a fatores e aspectos relacionados.

Primeiramente, vale ressaltar que o parlamento tem uma grande importância na representação dos interesses da sociedade; pois, é necessário que por ele passe os temas mais importantes para que sejam debatidos e regulamentados. E nesse papel de representante da vontade dos cidadãos, nota-se a importância do parlamento para a existência e o bom funcionamento da democracia, fatos estes de difícil e improvável contestação. Em qualquer realidade concreta, seja qual for o país, que se adote ou não o sistema parlamentar, para que

²⁴⁴ URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*, p. 52.

sejam extraídos todos os benefícios que a democracia pode ofertar é preciso que o parlamento se mantenha forte e atuante, assim não sendo, estará em risco o princípio democrático. Talvez, por isso, em quase todas as situações que se tentou substituir ou que foi substituído um regime democrático por um autocrático, o parlamento foi um dos primeiros, senão o primeiro, a sofrer restrições nos seus poderes²⁴⁵. Pode-se dizer que o parlamento é peça chave para democracia e para que seja entendida e realizada a vontade da coletividade.

Ademais, se bem desempenhar as suas funções, os parlamentos assumem um papel importante também para que se verifique o bom funcionamento tanto do Poder Judicial quanto do Poder Executivo.

A partir do momento em que o parlamento exerce bem suas funções – por exemplo, realiza adequadamente o controle político e financeiro; acompanha de perto as ações do poder executivo; apresenta falhas e propõe soluções; defende verdadeiramente os interesses da sociedade e repassa à população informações acerca do governo –, diante de uma maior exigência e pressão, naturalmente, o poder executivo tenderá a exercer melhor suas funções e a respeitar os princípios e valores éticos, morais, constitucionais e legais que devem reger suas atividades. Ao contrário, um governo que atua sem o devido acompanhamento do parlamento apresenta maior possibilidade de acomodar-se e encontra espaço para praticar desmandos, ilegalidades e arbitrariedades.

Nesse contexto, a eleição de parlamentares corruptíveis, sem comprovada capacidade e sensibilidade para exercer as funções parlamentares e comprometidos com interesses que não são os da coletividade, pode desvirtuar um governante com as melhores intenções e com a melhor capacitação. Isso, por exemplo, mediante um jogo de interesses obscuros e desprovidos de qualquer preceito moral por parte dos parlamentares para com o governante, fazendo-se chantagens financeiras ou por meio da exigência de cargos políticos em troca de apoio para aprovação de medidas de interesse do governo.

Do contrário, um parlamento que seja formado por representantes capacitados, comprometidos com os interesses da coletividade e que atuem com respeito à moralidade, pode fazer com que governantes sem capacitação e/ou com intenções deturpadas sigam um caminho correto e façam o poder executivo funcionar da melhor forma. Para que isso aconteça não faltam meios à disposição dos parlamentares, cita-se, por exemplo, a possibilidade do uso de instrumentos de fiscalização proporcionados pelos avanços tecnológicos e a pressão que pode ser exercida no sentido de se exigir de adoção de medidas

²⁴⁵ Cf. *Ibid.*, p. 39.

realmente benéficas à sociedade, que se realmente tiverem uma motivação legítima e bem intencionada poderão até despertar o interesse dos cidadãos, e estes por sua vez, em apoio ao parlamento, exercerão pressão para que os governantes atuem em conformidade com os interesses da coletividade, deem o seu máximo e sigam um caminho correto.

Caso não siga pelas vias da omissão e da baixa produtividade – discuta, debata e legisle quantitativa (não criando leis desnecessárias e/ou repetitivas, também não deixando de legislar quando for necessário) e qualitativamente (elaborando leis com redação clara e precisa, respeitando formalmente e materialmente o texto da Constituição, as regras de processo legislativo e etc.) – o parlamento favorece o melhor funcionamento do Poder Judicial. Pois, na medida em que existam leis suficientes e de qualidade contribuirá o parlamento para a diminuição das divergências jurídicas, evitando-se alguns questionamentos, por exemplo, sobre a constitucionalidade das leis que elaborou, além de evitar também uma enxurrada de ações, que abarrotam o judiciário para este pôr fim a uma divergência que poderia ter sido impedida por uma legislação melhor elaborada ou pela existência de determinada lei.

Uma atuação do poder legislativo nos moldes descritos diminui a margem de manobra hermenêutico-interpretativa do poder judiciário, evitando o nocivo contorcionismo hermenêutico às vezes realizado por este poder na (tentativa de) resolução de alguns casos que envolvem a existência de texto constitucional ou legal não suficientemente claro, uma omissão legislativa ou a inexistência de previsão constitucional e legal.

Tudo isso ocorrendo, provavelmente, o próprio parlamento sairia como maior beneficiado, já que, provavelmente, a intensidade e quantidade das investidas do poder judicial às suas funções diminuiriam (investidas estas realizadas muitas vezes sob o pretexto de que o parlamento foi omissivo ou que a legislação produzida não é qualificada).

2.3 Problemas na atuação do parlamento brasileiro

Depois de apresentadas e analisadas as funções e a importância dos parlamentos em tópicos anteriores, passa-se agora a expor alguns problemas que enfrenta o parlamento, em uma realidade concreta, o Brasil. Tais problemas são causados em grande intensidade pela forma de agir dos parlamentares e estão, a nosso ver, direta ou indiretamente ligados à existência e desenvolvimento do ativismo judicial neste país.

Antes de mais, importa dizer que o parlamento brasileiro – designado Congresso Nacional – é formado por duas casas: 1) Câmara dos Deputados e 2) Senado Federal. A

primeira formada por representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em quantidade definida por lei complementar tendo em consideração a população de cada Estado Federado e do Distrito Federal, não podendo nenhum desses ter menos de oito e mais de sessenta deputados, cabendo ainda aos Territórios²⁴⁶, em existindo, eleger quatro deputados. A segunda é formada por representantes dos Estados Federados e do Distrito Federal, eleitos pelo princípio majoritário, em número igual de três senadores para cada unidade da federação, para um mandato de oito anos²⁴⁷.

2.3.1 Omissões legislativas

Um problema corriqueiramente levantado em julgamentos nos tribunais superiores e em especial pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) é o de que o parlamento brasileiro apresenta um déficit de atuação/produção legislativa, certa omissão em relação a algumas matérias. De fato, algumas normas constitucionais de eficácia limitada²⁴⁸ ainda necessitam de leis complementares e outras normas constitucionais necessitam de leis ordinárias específicas para que sejam regulamentadas e atinjam um grau satisfatório de eficácia. Além disso, vários temas – alguns polêmicos – não receberam a devida atenção e o necessário tratamento por parte do Congresso Nacional.

Em uma rápida pesquisa na jurisprudência do STF encontra-se pelo menos trinta decisões em que este tribunal declarou a mora do Poder Legislativo, e que ainda se espera resposta por parte do parlamento, por exemplo: os Mandados de Injunção de nºs 788, 795, 796, 797, 808, 809, 815, 825, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962, 998, 758, 670, 708, 712, 721, 695, 278, 95, 124, 369 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, nºs 3.682 e 3.276²⁴⁹. Ainda como exemplo da falta de adoção de medidas legislativas pelo parlamento pode ser citado a inexistência de lei complementar que institui e regulamenta o

²⁴⁶ Na realidade não existe nenhum território atualmente, mas a possibilidade de existência está prevista na Constituição Brasileira de 1988, no seu artigo 18, parágrafo 2º.

²⁴⁷ Ver artigos 44, 45 e 46 da CF/88.

²⁴⁸ Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais de eficácia limitada são “(...) todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. (...) as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade dada ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surta outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se estabelecerá depois.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. 3ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 1998. p. 82 e 83.

²⁴⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Omissão Inconstitucional*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional> >. Último acesso em 18 de Maio de 2013.

“Imposto Sobre Grandes Fortunas”, previsto no art. 153, VII da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Em alguns casos, de forma mais marcante, é possível perceber a omissão do parlamento e a relação desta com uma postura mais criativa do STF, como na questão da falta de lei complementar que regule o direito de greve dos servidores públicos. Será este, diante dos muitos casos, que será utilizado para melhor ilustrar o quadro que se trata neste tópico.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 inicialmente previa no art. 37, VII que o direito de greve dos servidores públicos seria exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar. Depois, com a Emenda Constitucional nº 19/1988, a expressão “lei complementar” foi substituída por “lei específica”. Essa mudança no texto constitucional, todavia, não significou grande coisa, pois, de qualquer forma, passados quase vinte cinco anos, o Congresso Nacional ainda não adotou medida legislativa no sentido de regulamentar tal direito.

Diante dessa omissão legislativa, alguns mandados de injunção foram interpostos com o intuito de garantir aos servidores públicos o direito de greve. No primeiro deles, o Mandado de Injunção n. 20/1996²⁵⁰, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a mora legislativa, tomou posição de que o direito de greve dos servidores públicos só poderia ser exercido depois da edição de lei complementar por parte do Congresso Nacional e comunicou este da decisão, solicitando que fossem tomadas as medidas necessárias para que tal direito de greve pudesse ser exercido pelos servidores. Em 2002, o STF julgou no mesmo sentido os Mandados de Injunção n^{os} 485/2002²⁵¹ e 585/2002²⁵², reconheceu a mora legislativa e a necessidade de regulamentação por lei específica.

Em 2007, depois de quase vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, e dez anos depois de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a mora legislativa do parlamento, dado ciência e solicitado providências, a mais alta corte brasileira julgou três

²⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 20/1996*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%27%E3o%29%2820%2E+OU+20%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d7n5vsk>>. Último acesso em 25 de Abril de 2003.

²⁵¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 485/2002*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%27%E3o%29%28485%2E+OU+485%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d6lzx23>>. Último acesso em 25 de abril de 2013.

²⁵² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 585/2002*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%27%E3o%29%28585%2E+OU+585%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d2m4d27>>. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

Mandados de Injunção: MI 670/07²⁵³, de relatoria original do Ministro Maurício Corrêa, e que teve a relatoria para o acórdão do Min. Gilmar Mendes; MI 708/07²⁵⁴, relatoria do Ministro Gilmar Mendes; MI 712/07²⁵⁵, relatoria do Min. Eros Grau. Na decisão dos três acórdãos o STF mudou seu entendimento sobre o tema, reconheceu a mora legislativa, mas não se limitou a dar ciência e solicitar providências ao legislativo, foi mais além; decidiu o Supremo dar diferente efeito aos Mandados de Injunção e eficácia *erga omnes* à decisão e, para que os servidores públicos não ficassem restritos de exercer o seu direito de greve, decidiu que deveria ser aplicada, no que coubesse, a lei existente que dispõe sobre o direito de greve na iniciativa privada, lei n. 7.783 de 1989, sanando assim a omissão legislativa pela via judicial até que o parlamento legisle.

Os ministros que votaram de forma favorável a essa decisão entenderam que diante do “conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro (...)”²⁵⁶ e “(...) tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão somente dispor sobre a adequada configuração da disciplina”²⁵⁷, a melhor decisão seria o STF preencher a lacuna existente de forma provisória. Deste modo, segundo Gilmar Mendes, o STF, ao mudar seu entendimento, “(...) passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio judiciário”²⁵⁸, adotando assim “(...) uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção”²⁵⁹.

Como no caso do direito de greve dos servidores públicos, a inatividade do parlamento constitui muitas vezes um dos principais argumentos para que o STF atue de forma mais criativa. Esse argumento é geralmente invocado como sendo justificador dessa

²⁵³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 670/2007*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Mandado+de+Injun%27%20%29%28670%2EENUME%2E+OU+670%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/njkg9ho> >. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

²⁵⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 708/2007*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Mandado+de+Injun%27%20%29%28708%2EENUME%2E+OU+708%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/or8bwk6> >. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

²⁵⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 712/2007*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Mandado+de+Injun%27%20%29%28712%2EENUME%2E+OU+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pjudmc7> >. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

²⁵⁶ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1374.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 1375.

atuação mais criativa mesmo em casos que não se está diante de uma omissão inconstitucional do legislativo, por exemplo, em casos que se relacionam, direta ou indiretamente, com a atuação política dos parlamentares, como os que envolvem questões relacionadas ao sistema político e regras eleitorais. Atribui-se, geralmente, ao parlamento, devido à inatividade dos parlamentares, a culpa pela existência de determinados problemas, evocando o STF para si o papel de solucionador desses problemas.

2.3.2 Uso de leis simbólicas pelo parlamento brasileiro

Outro fato que merece referência é o de que o parlamento brasileiro constantemente faz uso da chamada “legislação simbólica”²⁶⁰, que em pouco ou em nada contribuem para resolução dos problemas jurídicos e sociais que a sociedade espera serem resolvidos. Segundo Marcelo Neves, a “(...) ‘legislação simbólica’ aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”²⁶¹. O referido autor, com o intuito de desenvolver uma tipologia do conteúdo dessas leis, aponta a existência de três tipos de legislação simbólica: 1) As que servem para confirmação de valores sociais²⁶²; 2) A legislação álibi²⁶³; 3) A legislação como fórmula de compromisso dilatatório²⁶⁴.

Quanto à legislação simbólica utilizada para confirmar valores sociais, observa-se que este tipo de legislação existe pelo fato de constantemente se exigir do legislador que este assumira uma posição a respeito de determinados conflitos sociais sobre determinados valores. Geralmente, os grupos que se encontram envolvidos em alguns debates ou lutas para confirmação de alguns valores procuram influenciar a atividade do legislador para que os valores que defendem sejam acatados ou adotados em forma de legislação. Tais grupos entendem que a elaboração de leis confirmadoras dos valores que defendem significa um reconhecimento de uma “superioridade” ou predominância da concepção do grupo, de forma que a eficácia normativa da lei aprovada é tratada de maneira secundária.

²⁶⁰ No sentido apresentado por Marcelo Neves. In NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

²⁶¹ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*, p. 23.

²⁶² *Ibid.*, p. 33-36.

²⁶³ *Ibid.*, p. 36-41.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 41-42.

Em relação à legislação álibi, esta é aquela que tem como objetivo reforçar “a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado”²⁶⁵, produzindo uma confiança nos sistemas político e jurídico²⁶⁶. São aqueles casos em que o legislador elabora uma lei com o objetivo de “satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”²⁶⁷, às vezes apenas para responder de forma imediata a uma insatisfação popular sem se importar se a legislação elaborada solucionará de forma permanente o problema. Nesse caso, a atitude legiferante serve apenas como álibi para que o legislador melhore sua imagem diante da sociedade, se mostre sensível e bem intencionado em relação aos problemas sociais e passe a impressão de que o Estado está preocupado e engajado na resolução desses problemas.

Adotada uma legislação álibi, não apenas não se resolve o problema como também obstrui os caminhos que poderiam levar a uma resolução²⁶⁸. O legislador com isso se utiliza de uma crença instrumentalista de parte da sociedade de que a lei tem o poder e a função de resolver todos os problemas, quando na verdade muitos problemas dependem da adoção de variáveis não normativo-jurídicas²⁶⁹. Segundo Marcelo Neves, “(...) pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema contra alternativas, desempenhando uma função “ideológica”²⁷⁰. Também por isso, o uso da legislação álibi de forma desenfreada pode conduzir a sociedade a uma descrença no próprio sistema jurídico; pois, justamente pelo fato desse tipo de legislação não responder concretamente aos problemas existentes, os cidadãos passam a não acreditar na função jurídico-instrumental das leis²⁷¹.

A legislação simbólica também pode ser utilizada como forma de adiar e dilatar no tempo a resolução de conflitos sociais. Nas palavras de Marcelo Neves, “Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei.”²⁷². Ainda segundo o referido autor, isso acontece porque “O acordo não se funda no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.”²⁷³⁻²⁷⁴.

²⁶⁵ Kindermann *apud* Marcelo Neves. In NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*, p. 36.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 39.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 39 e 40.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 40 e 41.

²⁷² *Ibid.*, p. 41.

²⁷³ *Ibid.*

Pois bem, feitas essas considerações sobre o que são as legislações simbólicas, traz-se alguns exemplos que ilustram o uso deste tipo de legislação pelo parlamento brasileiro. No presente tópico optou-se por trazer dois casos relacionados a questões penais e de segurança pública. Isto porque, apesar dessa prática ser utilizada nos diversos campos, é em relação aos problemas de segurança pública e as questões penais que se percebe mais claramente a utilização das legislações simbólicas no Brasil. A segurança é um dos maiores problemas enfrentados pela sociedade brasileira e, por isso, causa grande clamor nos cidadãos e repercussão nos meios de comunicação social, o que faz com que estes exijam do Estado uma resposta ao problema. É comum ver o legislador adotar legislações simbólicas na seara penal, principalmente a legislação do tipo *álibi*, para dar respostas à sociedade e passar uma sensação de segurança, sem que isso signifique a resolução concreta dos problemas e às vezes implicando no surgimento de muitas controvérsias jurídicas²⁷⁵.

2.3.2.1 Lei 11.293/2009 e a tipificação do “sequestro relâmpago”

O primeiro exemplo que se traz do uso de leis simbólicas é o acréscimo feito pela Lei 11.923/2009 de um terceiro parágrafo ao art. 158 do Código Penal Brasileiro, com vistas a tipificar o chamado “sequestro relâmpago”²⁷⁶. Esta conduta, basicamente, seria aquela em que um indivíduo priva a liberdade de outrem por um pequeno espaço de tempo, com o intuito de subtrair dinheiro, pertences, enfim, obter alguma vantagem econômica.

Na época em que surgiu a mencionada lei, pretendia-se, mais especificamente, dar resposta aos casos em que os criminosos privavam a liberdade das pessoas e as levavam para

²⁷⁴ Como exemplo desse tipo de legislação Marcelo Neves cita a lei Norueguesa sobre as empregadas domésticas. Essa lei tinha uma clara perspectiva de ineficácia, pois, apesar de se garantir direitos que melhorariam as condições de trabalho e protegeriam os direitos das empregadas domésticas, a suavidade das normas sancionadoras para as donas de casa nos casos de violação da lei constituíam um importante indício de que não se conseguiria atingir satisfatória eficácia. Cf., *Ibid.*, p. 41 e 42.

²⁷⁵ Neste sentido, Marcelo Neves afirma que: “No Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes. (...) no Brasil a partir das últimas duas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um *álibi*, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência de pressupostos socioeconômicos e políticos para efetivação da legislação.”. *Ibid.*, p. 38.

²⁷⁶ O referido artigo possui a seguinte redação: “Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.” A Lei 11.923/2009 acrescentou o parágrafo terceiro, escrito da seguinte forma: “§ 3º: Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa (...)”. BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848/1940 – Código Penal Brasileiro*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

alguma agência bancária para que levantassem o máximo de dinheiro no serviço de autoatendimento ou que realizassem compras em lojas. Com o crescente número de ocorrências desse tipo, a sociedade e os meios de comunicação social passaram a cobrar providências do Estado, para que este adotasse medidas que pusessem fim a essas ações. Diante desse clamor social, o parlamento aprovou a lei supramencionada.

Todavia, o texto legal acrescentado ao art. 158 do Código Penal Brasileiro pela Lei 11.923/2009 na verdade não significou nada de novo em termos de tipificação de condutas; pois, a redação do parágrafo acrescentado é semelhante ao *caput* do próprio artigo. Além disso, tal prática se encaixa perfeitamente no tipo penal previsto em outros dispositivos do Código Penal Brasileiro, mais especificamente, no art. 157, parágrafo segundo, inciso V²⁷⁷ e no art. 159, *caput*²⁷⁸. Também por esse motivo, a aprovação da Lei 11.923/2009 causou certa confusão para saber em qual pena recairia quem praticasse o ato já descrito, gerando uma série de controvérsias jurídicas.

Por esses motivos, pelas circunstâncias que levaram a edição da Lei 11.923/2009 e pelo seu próprio texto, nota-se que esta lei é um típico caso de edição de lei simbólica. Pode-se dizer que tal lei se enquadra naquela categoria designada de legislação *álibi*²⁷⁹, em o parlamento adota uma medida legislativa que cria uma sensação de tranquilidade, transmite uma mensagem simbólica de que tudo está resolvido, passa a sensação de que o Estado está a adotar e realizar as medidas e as ações necessárias para pôr fim ao problema.

2.3.2.2 Lei 8.930/1994 e o caso Daniela Perez

Outro exemplo, que segue a mesma linha do primeiro, é a Lei 8.930/1994, chamada por alguns de “Lei Glória Perez”. Em decorrência do Caso do assassinato da atriz Daniela Perez²⁸⁰ surgiu esta lei, que alterou a Lei 8.072/1990, conhecida como “Lei dos

²⁷⁷ “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.” *Ibid.*

²⁷⁸ “Art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos.” *Ibid.*

²⁷⁹ Conforme já descrito, baseado em: NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*, p. 36 e ss.

²⁸⁰ Em 28 de dezembro de 1992, a atriz de telenovela Daniela Perez foi assassinada brutalmente com 18 golpes de objeto cortante, tesoura. O acontecimento se tornou um dos casos de homicídio mais conhecidos do Brasil, e, mesmo dividindo os noticiários com a notícia do impeachment do presidente Collor, ganhou grande repercussão social e causou enorme clamor popular. Não era para menos, à época Daniela Perez era protagonista de uma das telenovelas de maior audiência da Tv Globo, era casada com o também ator Raul Gazolla, filha da autora e escritora de novelas Glória Perez, e foi assassinada por Guilherme de Pádua – seu par romântico na novela – e sua esposa Paula Thomaz.

Crimes Hediondos”, para incluir o homicídio qualificado no rol desses crimes²⁸¹. Dentre outras coisas, essa alteração impedia a progressão de regime²⁸² de cumprimento de pena por aqueles que praticassem homicídio qualificado²⁸³.

Os assassinos de Daniela Perez foram a julgamento em 1997 – Guilherme de Pádua em Janeiro e Paula Thomaz em Maio – e foram condenados pelo crime de homicídio qualificado à pena de prisão de 19 anos e 18 anos e seis meses, respectivamente, com direito a progressão de regime de cumprimento de pena, já que o crime foi cometido antes da entrada em vigor da Lei 8.930/1994.

Diante do clamor social, bem como pelo fato de os condenados terem direito a progressão de regime durante o cumprimento da pena, a mãe de Daniela, Glória Perez, reuniu mais de um milhão e trezentas mil assinaturas para propor, por iniciativa popular, uma alteração na lei penal.

O objetivo de Glória Perez era que crime o de homicídio qualificado – como o que ocasionou a morte da sua filha – fosse incluído no rol de crimes hediondos, para os que os condenados por tal crime cumprissem a pena em regime integralmente fechado²⁸⁴. Essa mobilização e recolha de assinaturas por Glória Perez fez com que o parlamento criasse a lei 8.930/1994 e fizesse a alteração já mencionada.

²⁸¹ De acordo com o art. 121, paragrafo 2º do Código Penal Brasileiro, diz-se que o homicídio é qualificado quando é cometido: “I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. A pena para este crime é de reclusão de 12 a 30 anos”. BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848/1940 – Código Penal Brasileiro*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

Em relação aos crimes hediondos, estes são os que constam na Lei 8.072/1990, tendo recebido um tratamento diferenciado por serem considerados crimes de pior tipo, colocados em patamar de reprovação igual a crimes como, por exemplo, os de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo. A Constituição Federal de 1988 trata de tais crimes no art. 5º, XLII, com a seguinte redação: “Art. 5º: (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; Citar a referência constitucional aos crimes hediondos.”.

²⁸² No Brasil existem, basicamente, três regimes de cumprimento de pena: a) Fechado, em que a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) Semi-Aberto, em que a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e c) Aberto, em que a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado, tendo o preso a obrigação de comparecer ao estabelecimento conforme determinado. Para mais, Cf., art. 33 e ss. do Código Penal Brasileiro. In BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848/1940 – Código Penal Brasileiro*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Último acesso em 25 de Abril de 2013. E também, Cf., GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. rev. amp. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2010. p. 96 e ss.

²⁸³ De acordo com a redação do art. 2º, paragrafo 1º da Lei 8.072/1990 na época – a qual o homicídio qualificado passara a constar em seu rol em virtude da alteração feita pela Lei 8.930/1994 –, os crimes hediondos teriam que ser cumpridos integralmente em regime fechado.

²⁸⁴ Ver nota 282.

Em 2006, todavia, o STF declarou de forma incidental a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, dispositivo este que estabelecia que a pena dos que cometessem crimes hediondos deveria ser cumprida em regime integralmente fechado, o que fez com que o objetivo e motivo que levou o legislador a elaborar a Lei 8.930/1994 perdessem total sentido. O STF entendeu que esse dispositivo violaria a garantia da individualização da pena, prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal²⁸⁵.

Pode-se dizer, frente à realidade brasileira da época, que esse foi mais um caso em que se verifica a adoção de uma legislação simbólica álibi pelo parlamento, por pressão, sem que fossem medidas as consequências, para passar à sociedade a sensação de que o problema da existência de crimes desse tipo estaria sendo diretamente combatido ou resolvido. Na prática, com essa ação, o parlamento não resolveu praticamente nada. Até porque, como se sabe, para se diminuir a criminalidade, necessita-se não só de leis, mas de um conjunto de medidas e políticas públicas que diminuam as desigualdades sociais e regionais, possibilitem oportunidades aos jovens, melhorem quantitativa e qualitativamente a educação, dentre outras.

2.3.3 Corrupção, ação penal 470 (caso “mensalão”) e desvios éticos dos parlamentares

Outro problema que se aponta em relação à atuação do parlamento brasileiro é a considerável quantidade de casos – bastante noticiados, inclusive – de desvios éticos por parte dos parlamentares e o envolvimento de deputados e senadores em esquemas de corrupção que se relacionam com a atuação institucional dos parlamentares.

Como caso célebre que ilustra os problemas de corrupção pode ser citado a Ação Penal 470 – conhecida como caso do “Mensalão” –, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que expôs à vista da sociedade a existência de tais problemas.

Podem ser citados também como desvios éticos dos parlamentares, principalmente: o mau uso das verbas de gabinete; o aproveitamento de cargos de assessoria para tráfico político e jogo de influências; a existência dos chamados “empregados fantasmas” – assessores e funcionários que recebem mas não cumprem expedientes e não desempenham as atribuições que lhes competem; suposto envolvimento de deputados com quadrilhas e com

²⁸⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n. 82.959/2006*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959.NUME.+OU+82959.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cs5myub> >. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

traficantes; recebimento de valores financeiros ou utilização de bens de empresas para que estas sejam beneficiadas com algum tipo de vantagem, dentre outros.

Acontecimentos como esses, por mais que não signifiquem uma alteração estrutural das funções e importância do parlamento – enquanto instituição –, indicam a existência de uma crise, que se não é propriamente do parlamento pode ser considerada uma crise dos parlamentares.

2.3.3.1 Ação penal 470 (caso “mensalão”)

Muitos são os casos noticiados e ações existentes, algumas já julgadas, que tratam de problemas de corrupção por parte dos parlamentares no exercício das suas funções. Mas, não restam dúvidas de que o chamado “Caso do Mensalão”, que deu origem à Ação Penal 470²⁸⁶, proposta pelo Ministério Público Federal, é atualmente o símbolo, e para alguns a comprovação, da existência dos problemas de corrupção no parlamento brasileiro.

Devido à extensão da ação - que conta com mais de 50 mil páginas – e do acórdão de julgamento – que depois dos quatro meses e meio de julgamento, possui mais de 8 mil páginas – não seria possível apresentar todos os detalhes do caso, o que não impede, todavia, que seja feito um resumo capaz de clarear o que se quer mostrar.

A referida ação penal, movida pelo Ministério Público Federal, tem como objeto um engenhoso e articulado esquema de corrupção, que teria servido, inclusive, para comprar votos de parlamentares para que estes aprovassem determinados projetos de interesse do governo. Foram denunciados 40 réus, dentre os quais: vários parlamentares, alguns empresários, banqueiros, publicitários, o secretário e o tesoureiro do Partido dos Trabalhadores. Dos denunciados, 25 foram condenados e 12 absolvidos. O caso aguarda ainda julgamento de recursos de embargos interposto por parte de alguns condenados.

O esquema de corrupção teria sido desenvolvido do final de 2002 e início de 2003 a junho de 2005. Segundo a denúncia feita pelo Ministério Público Federal e de acordo com o voto da maioria dos ministros dos STF, as práticas eram capitaneadas por: José Dirceu, do Partido dos Trabalhadores (PT), ex-ministro da Casa Civil, que era quem supostamente

²⁸⁶ Para ver o inteiro teor do acórdão do acórdão da AP 470, resumos da denúncia e votos dos ministros. Cf., BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Penal 470*. Disponível em: <[ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf](http://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf)>. Último acesso em 25 de Abril de 2013. Para outros detalhes da Ação, ementas, recursos e outras decisões, Cf., BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa Jurisprudencial - Ação Penal 470*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28470.NUME.+OU+470.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9jtork>>. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

comandava as ações; José Genuíno, ex-presidente do PT e hoje deputado; e Delúbio Soares, tesoureiro do mesmo partido²⁸⁷. Segundo o que foi dito pelo Ministério Público Federal, estes formavam o “núcleo político” do esquema. Ainda segundo a denúncia, o objetivo principal seria o de:

“garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros Partidos Políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais (...) pôr em prática o plano de corrupção de parlamentares da então frágil base aliada”²⁸⁸.

Para dar operacionalidade ao esquema teriam os acusados se utilizado de uma estrutura empresarial fornecida pelo publicitário e empresário Marcos Valério, recebendo este em troca vantagens do governo. Valério, junto com seus sócios e parceiros, Rogério Tolentino, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz, formaram o chamado “núcleo operacional” ou “núcleo publicitário”²⁸⁹.

Ainda segundo o acórdão e a denúncia, faziam parte ainda do esquema de corrupção, à frente do chamado “núcleo financeiro”, Katia Rabello e José Roberto Salgado, que na época ocupavam os cargos de Presidente e Diretor do Banco Rural, respectivamente. Estes dois, com auxílio de outros funcionários do Banco Rural do Brasil, teriam

“(...) criado as condições necessárias para a circulação clandestina de recursos financeiros entre o núcleo político e o núcleo publicitário, através de mecanismos de lavagem de dinheiro, que permitiriam aos réus o pagamento de propina, sem que o dinheiro transitasse por suas contas”²⁹⁰.

Entre os parlamentares condenados por receber dinheiro do mensalão estão: João Paulo Cunha, do Partido dos Trabalhadores (PT), presidente da Câmara dos Deputados entre 2003 e 2005 (época que ocorreu o mensalão) e atualmente deputado federal; Roberto Jeferson, ex-deputado Federal pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), que teria participado e denunciou o esquema de compra de votos de parlamentares; José Borba, ex-deputado Federal pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB); Bispo Rodrigues, ex-deputado Federal pelo Partido Liberal (PL, hoje Partido da República – PR); Romeu Queiroz, ex-deputado federal pelo PTB; Valdemar Costa Neto, ex-deputado federal pelo PL, hoje deputado federal pelo PR; Pedro Henry, deputado federal pelo Partido Progressista (PP);

²⁸⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Penal 470/MPF*. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Último acesso em 25 de Abril de 2013. p. 172.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 172 e 173.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 172 e 220.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 173.

Pedro Corrêa, ex-deputado federal pelo PP. Além destes, também foi condenado José Genuíno, que a época que teria ocorrido o mensalão era presidente do PT e que se elegeu em 2010 e atualmente exerce o mandato de Deputado Federal pelo mesmo partido, compondo, inclusive, a comissão de constituição e justiça da Câmara dos Deputados. Outras pessoas que mantinham contato com os deputados teriam também participado do esquema e também foram condenados, como: João Cláudio Genu, ex-assessor parlamentar do PP; Jacinto Lamas, ex-tesoureiro do PL; Emerson Palmieri, Ex-Secretário do PTB.²⁹¹.

Como se esperava ser, o julgamento da Ação Penal 470 atraiu de forma bastante intensa a atenção da sociedade, dos meios de comunicação e dos juristas. A transmissão ao vivo das sessões de julgamento despertou o interesse da população sobre o caso e expôs as mais diversas faces de um julgamento desse tipo, o que contribuiu para que aumentassem as discussões e a polêmica em torno do julgamento. Diversos questionamentos jurídicos e políticos foram levantados, alguns que continuam rendendo discussões, outros causaram, inclusive, certa tensão entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal. Dentre as muitas questões levantadas e polêmicas geradas sobre o caso, pode-se citar como exemplo: discussões acerca das competências do STF; utilização de teorias jurídicas supostamente distorcidas; suposta inversão indevida de ônus da prova em relação a determinados fatos; mudança de posicionamento do STF sobre algumas matérias “para” o caso do mensalão; divergências sobre a interpretação de diversos dispositivos legais; suposta ausência de provas sobre determinados pontos que geraram a condenação dos réus; discussões a respeito da necessidade e das vantagens da transmissão ao vivo dos julgamentos que ocorrem no STF; postura que devem ter os ministros do STF; dúvidas quanto aos efeitos da condenação penal em relação à perda dos mandatos dos parlamentares em exercício; e, dúvidas quanto a quem caberia a decretação da perda de mandato dos parlamentares.

2.3.4 Descrédito e desconfiança da sociedade no parlamento brasileiro

Outro problema por que passa o parlamento brasileiro, que está relacionado à atuação deste órgão, é a existência de um descrédito da sociedade em relação a ele. Tal fato é percebido e afirmado comumente pela sociedade e por juristas. Esta afirmação, todavia, merece algum esclarecimento e alguma reflexão. O descrédito da sociedade brasileira na forma com que atua o parlamento existe e é fato notório; tornou-se algo comum e corriqueiro

²⁹¹ *Ibid.*, p. 8365 e ss.

as críticas em relação ao parlamento. E, nessa esteira, acontecimentos como do tipo do julgamento do mensalão funcionam como fator intensificador do descrédito do parlamento perante a sociedade. Contudo, muito embora a desconfiança seja dita ou direcionada ao parlamento, na verdade esse sentimento é fruto, pode-se dizer que em quase sua totalidade da (má) atuação de alguns parlamentares. É uma descrença nos parlamentares que termina irradiando numa desconfiança no próprio parlamento, enquanto instituição.

Para exemplificar essa realidade, em pesquisa publicada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) em 2009, o Congresso Nacional apresentou o segundo pior índice de confiança social do Brasil. Dentre vinte e duas pessoas e instituições pesquisadas, o parlamento só teve maior índice de confiança do que a que tem a sociedade em relação aos partidos políticos²⁹². Já em outra pesquisa, realizada em dezembro de 2012, dentre sete instituições pesquisadas, o parlamento foi a instituição que obteve o pior índice de confiança, alcançando apenas 35 pontos. Nesta última pesquisa também se mediu o índice de confiança da sociedade no STF, especificamente, e na Justiça e no Judiciário, de forma geral. Constatou-se que estes têm maior confiança social do que o parlamento. A Justiça e o Judiciário alcançaram 47 pontos e o STF 54 pontos. Ou seja, a confiança do brasileiro especificamente no STF é maior do que na Justiça/Judiciário em geral e a confiança nestes é maior do que no parlamento²⁹³.

A maior confiança no STF do que no Parlamento é consequência de uma série de problemas por que passa este último, mas é ocasionada também por uma maior exposição dos ministros e do STF ultimamente, como no caso do mensalão, por exemplo, que foi transmitido para todo o país e que ocupou um grande espaço nos noticiários, ganhando ares de série de TV ou de filme cinematográfico. A sociedade foi chamada à atenção pelos meios de comunicação social para acompanhar e assistir o julgamento do mensalão e assim como nas grandes tramas criou-se para a sociedade a figura de vários personagens: o mocinho, o vilão, os que queriam salvar o país da corrupção e os que afundaram o país na corrupção. Neste interregno, a imagem de um parlamento pouco atuante, alheio aos interesses da sociedade, palco de esquemas de corrupção, foi explorada e exposta de forma intensa.

²⁹² *À prova da confiança*. In Revista Eletrônica GiroIbope. Edição 14. Ano 4. Julho/Agosto/Setembro de 2009. Disponível em: <<http://www4.ibope.com.br/giroibope/14edicao/capa02.html>>. Último acesso em 26 de Abril de 2013.

²⁹³ *População confia mais no STF do que no Congresso Nacional*. Revista Consultor Jurídico. 24 de Dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>>. Último acesso em 26 de Abril de 2013. Dados da pesquisa em: *Confiança do brasileiro no STF é maior do que na Justiça*. Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE). Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Confianca-do-brasileiro-no-STF-e-maior-do-que-na-Justica.aspx>>. Último acesso em 26 de Abril de 2013.

Tudo isso contribui que a sociedade deixe de confiar no parlamento, que elegeu, e confie mais no Supremo Tribunal Federal, que tenta/tende a assumir um papel de maior protagonismo, não só judicial, mas, inclusive, na cena política.

Em decorrência dessa conjuntura cria-se espaço para que o STF exerça um protagonismo exacerbado desequilibrador da relação dos poderes, um ambiente permissivo para que a mais alta corte atue de forma mais criativa e para que os ministros sintam-se a tentados a atuarem de forma mais ativista, muitas vezes agindo “em nome da população” e com base num ideal de justiça próprio. Naturalmente, esta forma de atuar à primeira vista seduz a sociedade, pois, supostamente, estar-se-ia encontrando um caminho para a resolução dos problemas do Estado, para uma maior e satisfatória realização dos direitos fundamentais e para uma maior eficiência e moralização do sistema político.

Deve-se, todavia, atentar para o fato de que uma atuação mais ativista por parte do poder judicial, e do STF, pode representar perigos e danos incontornáveis e irreparáveis para a sociedade e para o sistema jurídico Brasileiro. E, frente essa problemática, passa-se agora a tratar mais diretamente do fenômeno do ativismo judicial.

CAPÍTULO III – ATIVISMO JUDICIAL

Como evidenciado no capítulo anterior, os parlamentos possuem e desempenham (devem desempenhar) importantes funções, que a depender da forma que forem desenvolvidas podem favorecer ou prejudicar a atuação dos outros poderes. Em relação ao ponto que no momento mais interessa nesta altura do trabalho, vale reiterar, em dedução ao que já foi dito e exposto, que quando o parlamento não desempenha bem suas funções pode dar ensejo a um maior protagonismo e a uma atuação mais criativa do poder judicial, em que este, em alguns casos, pode chegar a trilhar pelo caminho do ativismo judicial.

Destarte, para se entender melhor a relação entre a atuação do parlamento e o ativismo judicial, no presente capítulo é feita uma análise deste fenômeno, naquilo que aqui é considerado seu “núcleo central”. São tecidas algumas considerações sobre a origem da expressão e do próprio fenômeno, os conceitos de ativismo judicial apontados por alguns autores e o que se considera ativismo judicial neste estudo. Em seguida, serão apontados também os tipos de ativismo judicial, levando em conta dois critérios: o da índole e o do conteúdo da decisão. Isto sem a pretensão de apontar todos os tipos de ativismo que possam existir, mas sim com o objetivo de facilitar e contribuir na tarefa de verificação de se determinada decisão pode ou não ser considerada ativismo judicial, e, ainda, complementar o conceito apresentado.

Depois de trabalhado o “núcleo central” do fenômeno ativismo judicial, aborda-se algumas teorias relacionadas a este fenômeno que consideramos importantes e também esclarecedoras, nomeadamente o tema da autocontenção judicial, que é apontada como o outro lado da atuação dos juízes, em contraponto ao ativismo judicial. E, além disso, é dedicado espaço para a relação entre o ativismo judicial e o neoconstitucionalismo (“à brasileira”) na concepção apresentada e difundida por Luís Roberto Barroso, considerado por muitos o maior expoente dessa teoria no direito brasileiro, o que é feito com foco voltado à influência que alguns elementos dessa concepção de novo constitucionalismo têm para a existência e/ou desenvolvimento do ativismo judicial na realidade jurídico-política brasileira.

Também, sem a aspiração de trazer uma solução efetiva ou de se apresentar um caminho exato a se seguir – até pela profundidade e complexidade do tema, que para ser bem abordado mereceria um trabalho exclusivamente dedicado a ele – levanta-se a questão de como devem atuar os tribunais constitucionais em tempos de crise econômico-financeira,

como a vivida na Europa hodiernamente, trazendo-se o exemplo português como objeto de reflexão e análise.

Em sequência, são apresentados alguns casos que ilustram a ocorrência do ativismo judicial no Brasil, em especial decisões que são fruto da atuação do Supremo Tribunal Federal, o “guardião” da Constituição Brasileira. Tais casos são alocados em duas categorias, a do juiz ou tribunal como legislador e a do juiz ou tribunal como co-constituente.

Com a casuística que nos propomos a realizar, tem-se também o objetivo de clarear os laços e a relação entre o fenômeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento brasileiro. E, um pouco mais além, de forma conexas a apresentação dos casos e decisões, procura-se demonstrar algumas implicações do ativismo judicial para o Estado Constitucional de Direito brasileiro que puderam ser observadas ou colhidas durante a investigação feita, notadamente algumas vantagens e/ou desvantagens que podem decorrer da adoção de uma postura ativista por parte de um tribunal como o STF.

Por fim, diante das muitas questões e dificuldades já observadas nos capítulos anteriores e outras que ainda serão apontadas, finaliza-se o presente capítulo com algumas reflexões propositivas sobre para a superação ou amenização do fenômeno do ativismo judicial, com enfoque voltado mais especificamente a ocorrência de tal fenômeno no que se relaciona a atuação do parlamento brasileiro.

3.1 Origem da expressão e do fenômeno ativismo judicial

Como não poderia deixar de ser, até numa tentativa de possibilitar uma melhor contextualização, com o intuito de oferecer uma melhor sistematização e facilitar a compreensão do que será tratado em seguida, começa-se a abordar o tema ativismo judicial apresentando as suas origens, tanto a origem da expressão “ativismo judicial” quanto a origem do fenômeno “ativismo judicial”.

De início, importa dizer, com Maria Benedita Urbano, que várias são as designações ou nomenclaturas utilizadas por autores que tratam da extrapolação ou ultrapassagem do poder judicial das suas funções e para as incursões deste às funções dos outros poderes, em especial do poder legislativo. Para o uso abusivo da função judicial por parte dos juízes geralmente são utilizadas várias expressões, tais como: “ativismo judicial”, “criativismo judicial”, “governo dos juízes”, “juristocracia”, “direito judicial”, “legislação

judicial”, “jurisprudência legislativa”.²⁹⁴ Como ensina a referida autora, “Qualquer uma destas expressões soa familiar àqueles que hoje em dia participam no debate constitucional, nomeadamente no relativo ao papel do poder judicial e, ainda mais especificamente, ao da sua relação com o poder político.”²⁹⁵ No presente trabalho optou-se por utilizar a expressão “ativismo judicial”. Isto por se entender que essa expressão é a que melhor se aplica ao trato do papel e limites do poder judicial, especificamente no que concerne ao fenômeno da extrapolação dos limites de atuação deste poder.

Pois bem, em relação à origem da expressão “ativismo judicial”, segundo consta, teria sido ela pela primeira vez utilizada pelo jornalista, historiador e crítico social norte-americano Arthur Schlesinger Jr, em um artigo publicado em janeiro de 1947, na revista popular *Fortune*²⁹⁶. Segundo Craig Green, entre propagandas de whisky e Aqua Velva²⁹⁷.

No seu artigo, Schlesinger fez uma análise do perfil dos juízes da *Supreme Court*, atribuindo-lhes o *status* de ativistas (juízes Black, Douglas, Murphy e Rutlege), campeões da autocontenção (juízes Frankfurter, Jackson e Burton) e colocando ainda outros como pertencentes a um grupo intermediário (os juízes Reed e *chief justice* Vinson)²⁹⁸. Mas, segundo Paulo Gonet Branco, “a nenhuma dessas etiquetas era devotada alguma reflexão conceitual”²⁹⁹. De fato, Schlesinger não se dedicou a fazer um trabalho de cunho jurídico-científico, não adentrando na questão do que seria considerado ou como poderia ser definido o ativismo judicial ou ainda a autocontenção, por motivo, talvez, de que a revista *Fortune*, para qual escreveu e onde foi publicado o artigo, não era uma revista jurídica, mas de temas gerais e de atualidades, mais voltada para um público juridicamente leigo³⁰⁰.

No que concerne à origem do fenômeno “ativismo judicial”, assim como à origem da expressão, também teria tido início nos Estados Unidos. Antes de apresentar os casos que são apontados como os primeiros sinais desse fenômeno, parece desejável pelo menos referir

²⁹⁴ URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 7.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of “Judicial Activism”*. *California Law Review*, 92 (p. 1441-1478). Outubro. 2004. p. 1445 e 1446.

²⁹⁷ GREEN, Craig. *An intellectual history of Judicial Activism*. *Emory Law Journal*. vol. 58. Issue 5 (p. 1197-1260). 2009. p. 1201.

²⁹⁸ KMIEC, Kenan D. *Op. cit.*, p. 1446.

²⁹⁹ BRANCO, Paulo Gonet. *Em busca de um conceito fugido – Ativismo Judicial*. In NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes (orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 389.

³⁰⁰ Cf., CANON, Bradley. *Defining the dimensions of Judicial Activism*. *Judicature*. vol. 66. n. 6 (p. 236-247). Dezembro-Janeiro. 1982-1983. p. 239; BRANCO, Paulo Gonet. *Op. cit.*, p. 389; GRECCO, Sibebe Regina Luz. *Fenômeno do ativismo judicial: análise teórica e estudo do caso da fidelidade partidária na ótica do Supremo Tribunal Federal brasileiro*. (Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra: 2010. p. 10; VALLE, Vanice Regina Lírio. (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 19 e 20.

que a preocupação com a forma que os juízes atuam já vem de muito tempo e é até mais antiga do que a própria expressão ativismo judicial³⁰¹.

Com efeito, como resulta intuitivo, o fenômeno que dá título ao presente capítulo está intrinsicamente ligado à experiência jurídico-constitucional norte-americana, sendo geralmente os primeiros casos deste fenômeno atribuídos à jurisprudência da *Supreme Court*. O que pode ser visto de forma até natural, em especial pelos seguintes fatores: considerável poder político do poder judicial norte-americano; surgimento e desenvolvimento da *judicial review*; pelo próprio texto constitucional, que se apresenta de forma bastante sintética, o que exige dos juízes uma maior criatividade e esforço interpretativo para extrair direitos da Constituição e concretizá-los; e, pelo fato de se ter adotado o *Common Law*.

Ainda sobre tal origem, vale dizer que há quem aponte já no célebre caso *Marbury v. Madison* alguns traços de ativismo judicial³⁰². Todavia, segue-se aqui a linha de que é no caso *Dred Scott v. Sandford*³⁰³, do ano 1857, que são verificados os primeiros sinais mais claros do fenômeno em questão. Outros casos julgados pela *Supreme Court* podem ser apontados também como de um período inicial, por exemplo, o caso *Lochner v. New York*³⁰⁴ e o caso *West Coast Hotel Co v. Parrish*³⁰⁵. Esses casos, junto com alguns outros, serão descritos e analisados mais à frente, quando se for tratar dos tipos de ativismo judicial, nomeadamente no que se ao critério da “índole” das decisões.

3.2. Conceito de ativismo judicial

Neste tópico, inicialmente vale dizer que a forma como a expressão ativismo judicial foi introduzida nos Estados Unidos da América facilitou a sua popularização, fez com que passasse a ser usada tanto por juristas quanto pelo público em geral, muitas vezes sem

³⁰¹ Segundo Maria Benedita Urbano, Lambert, já em 1921, na obra “Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis”, em que abordou a experiência americana sobre o controle de constitucionalidade das leis, já levantava algumas suspeitas e questionamentos sobre o direito criado pelos juízes e os perigos de que o poder judicial extravasasse sua função. Além do mencionado autor, Tocqueville, ainda antes, já se admirava e chamava atenção para o poder político que tinham os juízes norte-americanos, nomeadamente o poder destes de deixar de aplicar uma lei que não estivesse em conformidade com a Constituição norte-americana. URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 8. Cf., sobre este ponto, também, PIZORUSSO, Alessandro. “Governo dei giudici” e democrazia. In *Questione Giustizia*. n. 5 (p.814-824). Milano, 1999. p. 814-816.

³⁰² Cf., CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*. In *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 2. n. 6 (p. 4693-4791). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf>. Último acesso em 20 de Julho de 2013. p. 4707-4713.

³⁰³ 60 U.S. 393 (1857)

³⁰⁴ 198 U.S. 45 (1905)

³⁰⁵ 300 U.S. 379 (1937)

tanto rigor técnico-científico e com sentidos diametralmente opostos – em alguns casos apenas para se atacar alguma decisão ou postura do poder judicial a que de forma pré-estabelecida o autor já se contrapunha³⁰⁶. Ademais, além de ter se popularizado nos Estados Unidos, observa-se também que o termo ativismo judicial passou a ser usado em vários países, universalizou-se³⁰⁷, mas sem adquirir uma conceituação homogênea, de modo que existem diferenças quanto ao seu entendimento, uso e aceitação, também de acordo com o local em que é utilizado, por exemplo, podendo ser entendido e encarado de forma diferente em países que adotam o *common law* e em países que adotam o *civil law*³⁰⁸.

Provavelmente devido a esses fatores é que muitos autores usam o termo ativismo judicial em textos e artigos sem determinar o que seria ou em que sentido o utiliza. Isso gera certa dificuldade de compreensão e contribui para que tal termo torne-se um daqueles que pode ser dito polissêmico. Torna-se imperioso, devido a isso, que frente a alguma afirmação de um juiz ou decisão serem ativistas procure-se esclarecer primeiro em que sentido se entende o ativismo judicial ou qual significado se dá a esta expressão³⁰⁹.

Do que foi dito até agora, pode-se já observar que conceituar e explicar o que é tal fenômeno e estabelecer critérios e apontar situações que sirvam para verificar se uma determinada decisão ou atuação pode ou não ser considerada ativista tornam-se tarefas não tão fáceis, mas, ao mesmo tempo, de extrema importância para se compreender qualquer trabalho que trate sobre o tema. Diante disso, convém fazer uma apresentação dos conceitos de ativismo judicial apontados por alguns estudiosos e demonstrar o que se entende e se considera ativismo judicial para o presente trabalho.

Frente à vastidão de conceitos existentes sobre o tema e a impossibilidade do esgotamento de todos eles, optou-se por selecionar e trazer conceitos que possuem elementos iguais ou próximos ao entendimento do que se considera ativismo judicial no presente trabalho. É esse o critério utilizado para a escolha dos autores e dos conceitos que se seguem.

³⁰⁶ Cf., BARNETT, Randy E. *Constitucional Clichês*. In *Capital University Law Review*. n 36 (p. 493-510). 2007. p. 495; BRANCO, Paulo Gonet. *Em busca de um conceito fugido – Ativismo Judicial*, p, 287-289; GRECCO, Sibeles Regina Luz. *Fenômeno do ativismo judicial*, p. 9; URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 14-16.

³⁰⁷ Cf., URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 10.

³⁰⁸ Pela diferença entre os dois sistemas jurídicos é possível levantar questionamentos sobre ser mais ou menos desejável, prejudicial, exigível e/ou dispensável uma atuação mais criativa de um juiz em um país que adote predominantemente o *common law* ou o *civil law*. Em sentido próximo, Cf., URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 19.

³⁰⁹ Mark Tushnet, apesar de levantar a possibilidade de se avaliar uma decisão sem usar os termos ativismo ou autocontenção, aborda a questão dos vários significados que podem ter a expressão ativismo judicial, e afirma que: “(...) when someone describes a decision or a judge as activist, we have to know which meaning is intended.” Cf., TUSHNET, Mark V. *Comment: The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint*. *Maryland Law Review*. n° 47 (p. 147-150). 1987. p. 147.

Pois bem, começa-se então pelas definições que sistematizou o autor norte-americano Kennan Kmiec³¹⁰. Este autor aponta cinco principais definições que seriam trabalhadas e difundidas por autores e juízes nos Estados Unidos, são elas: 1) a que relaciona o ativismo judicial com a invalidação judicial de um ato emanado do poder legislativo e ao fato de um juiz ou tribunal ultrapassar os limites da constituição para impedir ou restringir ações dos outros poderes, em especial do legislativo³¹¹; 2) a de que o desrespeito aos precedentes implicaria na prática de ativismo judicial, definição esta que seria utilizada por juízes para censurar os colegas que praticam ato desse tipo³¹²; 3) a criação de direito pelos juízes, referindo o autor que constantemente se faz a rotulação de ativistas judiciais aos juízes que “legislate from the bench”³¹³; 4) a que considera ativismo judicial o caso em que um juiz ou tribunal decide afastando-se dos cânones ou métodos de interpretação apropriados e aceitos³¹⁴; 5) a que considera ativismo judicial um julgamento realizado já orientado para que atingir determinado(s) resultado(s)³¹⁵.

Também a enveredar pela tarefa de definir os contornos do ativismo judicial, outro autor, Bradley Canon³¹⁶, buscou dar uma estrutura geral ao conceito, e apontou “seis dimensões”³¹⁷ diferentes por meio das quais se poderia identificar tal fenômeno. Para isso, o autor levou em consideração a dificuldade de se conceituar ativismo, a variedade de conceitos

³¹⁰ KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of “Judicial Activism”*, p. 1463 e ss.

³¹¹ *Ibid.*, p. 1463-1466.

³¹² *Ibid.*, p. 1466-1469.

³¹³ *Ibid.*, p. 1471.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 1474.

³¹⁵ Vale ressaltar que, esta última definição apresenta uma sensível diferença em relação às outras já descritas, já que ela está em maior medida relacionada à intencionalidade do julgador. *Ibid.*, p. 1475 e 1476.

³¹⁶ CANON, Bradley. “*Defining the Dimensions of Judicial Activism*”. *Judicature*. vol. 66. n. 6. (p. 236-247). Dec-Jan, 1983.

³¹⁷ As seis dimensões apontadas por Brandley Canon são as seguintes: “(1) Majoritarianism - the degree to which policies adopted through democratic processes are judicially negated. (2) Interpretive Stability - the degree to which earlier court decisions, doctrines, or interpretations are altered. (3) Interpretive Fidelity - the degree to which constitutional provisions are interpreted contrary to the clear intentions of their drafters or the clear implications of the language used. (4) Substance/Democratic Process Distinction - the degree to which judicial decisions make substantive policy rather than affect the preservation of democratic political processes. (5) Specificity of Policy - the degree to which a judicial decision establishes policy itself as opposed to leaving discretion to other agencies or individuals. (6) Availability of an Alternate Policymaker - the degree to which a judicial decision supersedes serious consideration of the same problem by other governmental agencies (...).” *Ibid.*, p. 239.

Como afirma Vitovsky, “comum a cada um destes itens é a noção de usurpação judicial”. Cf., OLIVEIRA, Umberto Machado; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coords.). *Ativismo Judicial*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 111. Vale referir que, Saulo Tourinho Leal, apesar de reconhecer a importância das dimensões apontadas por Bradley Canon para o estudo do ativismo judicial e para fixação de critérios para identificar quando uma corte atua de forma ativista, afirma que “(...) se levados ao pé da letra, são inaplicáveis e se mostram em completo despropósito em relação ao direito constitucional brasileiro.” Cf., LEAL, Saulo Tourinho. *Ativismo ou Ativez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2008. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/87/disserta%25E7%25E3o_Saulo%2520Tourinho%2520Leal.pdf?sequence=1>. Último Acesso em 26 de Agosto de 2013. p. 22 e 23.

apresentados na doutrina norte-americana, bem como duas concepções diferentes: a do ativismo judicial como uma interferência e mudança significativa dos tribunais nas políticas públicas e a do ativismo judicial relacionado a fatores de ilegitimidade, observados quando a *Supreme Court* desvia-se daquilo que é comumente considerado o papel do judiciário³¹⁸. É possível notar também, mais especificamente, certa preocupação do autor com a forma que os juízes e tribunais interpretam, alteram entendimentos doutrinários e jurisprudências anteriores e interferem na lógica democrática da função legislativa.

Mais um autor, Elival da Silva Ramos, por sua vez, relaciona o conceito de ativismo judicial aos limites da atuação do poder judiciário e aos limites que o texto constitucional impõe a este poder³¹⁹. Na sua obra “Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos”, o referido autor introduz uma noção preliminar afirmando que o ativismo judicial “reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional”³²⁰. Depois, Ramos esclarece que quando se faz menção ao ativismo judicial está-se a referir “à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”³²¹ e ao “(...) desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”³²². O autor explica então que:

“Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho jurídico, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídos a outros poderes³²³”.

Já Luís Roberto Barroso traz a ideia de ativismo judicial focada numa concepção que relaciona este fenômeno com a expansão da atuação do judiciário e como uma postura e/ou atitude que assumem os juízes. Isso se extrai mais especificamente de quando o referido autor afirma que “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e

³¹⁸ CANON, Bradley. “*Defining the Dimensions of Judicial Activism*”, p. 239.

³¹⁹ Também nessa perspectiva William P Marshall traz entre os sete “pecados” do ativismo judicial – que seriam os de maior ocorrência e discussão na literatura doutrina norte-americana – um que denomina de “ativismo jurisdicional”, que seria “the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power”. Essa “pecado” seria o mais reclamado pelos conservadores. MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. Colorado Law Review. V. 73. (p. 1217-1256). Setembro. 2002. p. 1219, 1220, 1236-1240.

³²⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

³²¹ *Ibid.*, p. 116 e 117.

³²² *Ibid.*, p. 138.

³²³ *Ibid.*, p. 116 e 117.

intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”³²⁴, o que segundo ele “(...) expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.”³²⁵⁻³²⁶.

Ainda segundo Luís Roberto Barroso, a postura ativista de um juiz ou tribunal se manifesta por meio de condutas variadas, dentre as quais se incluem:

“(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”³²⁷

Vale ressaltar, com a devida vênia, que as duas primeiras situações caracterizadoras do ativismo judicial trazidas por Barroso podem ser consideradas, a depender da óptica, exercício normal da jurisdição constitucional e da função do poder judicial³²⁸. Pois, no que concerne à primeira, diante da inexistência de texto constitucional ou legal prevendo determinada situação, é até defensável que um juiz ou tribunal aplique a Constituição de forma direta ou utilize de métodos de preenchimento de lacunas para resolução do caso, o que não necessariamente significa que estaria o juiz ou tribunal autorizado a criar normas gerais e abstratas para serem aplicadas irrestritamente às mais variadas situações a ponto de assumir o papel reservado ao poder legislativo. Em relação à segunda situação, o exercício do controle de constitucionalidade de forma satisfatória e eficiente é algo que deve ser buscado e realizado pelo poder judicial, de modo que quando o autor relaciona o ativismo judicial com o uso de “critérios menos rígidos” não nos fica claro a que ele se refere – se se refere à utilização de método ou determinado tipo de sentença constitucional (que ele não considera

³²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 02 de Julho de 2013. p. 06.

³²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 17.

³²⁶ Esta última afirmação nos parece contraditória se contraposta com outra afirmação do autor na mesma obra, quando ele aduz: “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito”. A indagação que surge é a de como o intérprete pode “ir além do legislador ordinário” e não invadir “o campo da criação livre do direito”, levando em conta que nem mesmo o legislador ordinário cria direito livremente, já que está limitado pelo próprio texto constitucional. A nosso ver, o “ir além do legislador ordinário” pode em determinadas situações ser considerado ativismo judicial. Cf., *Ibid.*, p. 07.

³²⁷ *Ibid.*, p. 06.

³²⁸ Em sentido próximo ao que se expõe: Cf., TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 24 e 25.

aceitável) para declarar a inconstitucionalidade ou se se refere especificamente à norma (regra ou princípio) constitucional usada como parâmetro para verificar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Em obra de recente publicação, Clarissa Tassinari demonstra entender o ativismo judicial “(...) como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”³²⁹, devido a uma postura ou conduta assumida pelos juízes e tribunais que os levam a extrapolação dos seus poderes³³⁰⁻³³¹. A autora aduz também que o ativismo judicial é um problema criado pelo direito, exclusivamente jurídico, mas que gera consequências nas mais diversas esferas³³² (na política, por exemplo) e que tal fenômeno é “decorrente de um ato de vontade do julgador”³³³.

Para mais, diante de todos esses conceitos e características apresentadas, e depois da devida reflexão, a nosso ver, o ativismo judicial pode ser conceituado – e é a essas concepções que se faz referência ao falar de ativismo judicial no presente trabalho – de modo geral (uma concepção mais abrangente do que seria) e de modo específico (apontando-se, mais especificamente, situações em que ocorre o ativismo judicial).

De modo geral, a nosso ver, pode-se dizer que o ativismo judicial é uma postura ou conduta assumida por juízes e tribunais, em especial pelos que exercem a jurisdição constitucional, que os faz ultrapassar os limites das suas funções e os limites do próprio texto constitucional, às vezes sob o pretexto de corrigir a atuação dos outros poderes ou preencher os espaços deixados pela falta de atuação destes, movidos por um senso de justiça que se sobrepõe à observância do direito posto e à própria constituição. Nessa linha, não se entende o ativismo judicial como uma decorrência normal do exercício da jurisdição constitucional ou como uma mera constatação da atuação dos juízes constitucionais, que devam ser consideradas naturais diante da complexidade das sociedades e da existência de uma constituição analítica. Assim, o ativismo judicial, vale ressaltar, a nosso ver, não deve ser encarado de forma tão natural e não é tão abrangente, remetendo-se, notadamente, numa visão geral, aos casos em que não se está diante do exercício normal e aceito da jurisdição constitucional e aos casos em que a constituição é posta de lado e/ou os limites da atuação do poder judicial e os limites do texto constitucional são ultrapassados.

³²⁹ *Ibid.*, p. 29

³³⁰ *Ibid.*, p. 44 e 45.

³³¹ Também nesse sentido, Marcelo Pereira afirma que o fenômeno do ativismo judicial é “eminentemente comportamental”. In PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. LII. nº 1 e 2 (p. 305-352). 2011. p. 315.

³³² TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial*, p. 45.

³³³ *Ibid.*, p. 46.

De modo específico, em busca de um conceito que permita apontar as situações em que ocorre o ativismo judicial, concorda-se e adota-se no presente trabalho o entendimento de Maria Benedita Urbano, que considera existir ativismo judicial nas seguintes situações:

“a) Quando juízes constitucionais se opõem a uma decisão política contida numa norma com base em critérios, motivações ou raciocínios políticos, ainda que juridicamente – em regra, principalmente – fundamentados; ao fazê-lo, estarão a criar uma orientação política autónoma e alternativa à dos governantes. (...) b) Quando juízes constitucionais criam direito *ex nihilo* e *ex novo*, ainda que o façam para combater a inércia do legislador, e ainda que a pretensão seja a de criar direito temporário (...) c) Quando juízes constitucionais não se limitam a aplicar a constituição, ainda que de forma construtiva, acabando por completa-la ou corrigi-la com normas da sua própria autoria. (...) d) Quando juízes constitucionais, mais do que corrigir, pura e simplesmente derrogam norma constitucional.”³³⁴.

Pois bem, indicados o conceito e o posicionamento adotados, passa-se agora a apresentar os “tipos” de ativismo judicial, com base em alguns “critérios” que, diante da complexidade conceitual que se observou, têm, além de tudo, o condão de complementar o sentido da conceituação apresentada e contribuem para a tarefa de verificação de se determinada decisão pode ser considerada ou não ativismo judicial.

3.3 Tipos de ativismo judicial

3.3.1 Critério da índole

A primeira classificação dos tipos de ativismo judicial que se traz é a que leva em conta a índole do juiz ou do tribunal, presente na decisão ou usada para tomar a decisão. Nessa classificação é possível apontar a existência do ativismo conservador e do ativismo liberal ou progressista. Da atuação da Suprema Corte norte-americana, berço do fenômeno em análise, extraem-se alguns casos que ilustram bem esses tipos de ativismo judicial, podendo-se dizer, inclusive, que alguns deles, analisados conjuntamente, caracterizam períodos em que predominam um ou outro tipo³³⁵.

³³⁴ URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 36 e 37.

³³⁵ Desde logo, deixa-se claro que o objetivo aqui não é fazer um apanhado completo da história do ativismo judicial na jurisprudência da mais alta corte norte-americana, mas, de forma específica, apontar casos que podem ilustrar a ocorrência e a existência dos dois tipos de ativismo judicial mencionados.

Em relação ao ativismo judicial conservador, como o próprio nome sugere, este é aquele em que juízes ou tribunais decidem baseados em ideias eivadas do que normalmente se considera expressões de conservadorismo jurídico e/ou político.

Nos Estados Unidos, o período que vai da segunda metade do século XIX ao ano 1937 é avaliado como um período caracterizado por um ativismo conservador³³⁶. Este período tem tido seu início marcado pelo caso *Dread Scott v. Standford (1857)*³³⁷, englobando o período de conservadorismo da *Lochner Era (1897-1937)*, que ficou caracterizada pela decisão *Lochner v. New York*³³⁸, e as pelepas decorrentes do *New Deal (1935-1937)*, tendo como fim o caso *West Coast Hotel Co v. Parrish (1937)*³³⁹.

O primeiro caso é o de um escravo, Dred Scott, que pretendia comprar sua liberdade e acionou a justiça para tal fim. Em decorrência desse pleito, no ano de 1857 a Suprema Corte norte-americana anulou o *Missouri Compromise Act*, de 1830, legislação que tinha como intenção pôr fim à escravidão em estados da região norte. A mais alta corte considerou que a mencionada legislação violava a cláusula do devido processo legal. Nessa decisão firmou-se posicionamento de que afrodescendentes, mesmo livres, de acordo com a Constituição, não poderiam ser considerados cidadãos norte-americanos. Consequentemente, não teriam os africanos e seus descendentes os mesmos direitos e imunidades que os cidadãos norte-americanos, e, por isso, não poderiam processar alguém, lhes sendo restrito o acesso à jurisdição. A *Supreme Court*, nesse mesmo caso, pronunciou-se também no sentido de que o Congresso não era competente para pôr fim à escravidão e que os escravos não poderiam ser retirados da posse do seu dono sem que fosse observado em relação a estes últimos o devido processo legal, previsto na Vª emenda à Constituição norte-americana³⁴⁰.

O caso *Drad Scott v. Standford* externou a deferência descabida da *Supreme Court* à cláusula do devido processo legal, de onde, genericamente, foram extraídos os argumentos conservadores não expressos na Constituição para pôr abaixo legislação que privilegiava a igualdade entre os cidadãos. Além disso, como afirma Carlos Campos “Em vez de evitar questão tormentosa, a Corte acabou constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do Congresso de tratar do tema”³⁴¹. Todos os fatores que envolvem esse caso torna-o tão marcante que Green Craig chega a desqualificá-lo como infame, aduzindo ser ele um caso

³³⁶ Cf., URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 91. e ss.

³³⁷ 60 U.S. 393 (1857)

³³⁸ 198 U.S. 45 (1905)

³³⁹ 300 U.S. 379 (1937)

³⁴⁰ Cf., CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*, p. 4713-4718. E, URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 91.

³⁴¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Op. cit.*, p. 4715.

sem concorrentes na história judicial norte-americana e um dos poucos em torno do qual se existe consenso de se considerar ativismo judicial, em sentido pejorativo³⁴²⁻³⁴³.

Outro caso que ilustra o ativismo judicial de tipo conservador, nomeadamente pela preferência dos juízes por matérias e direitos econômicos, além de caracterizar o período denominado de *Era Lochner*, é o *Lochner v. New York*. Neste caso, decidido em 1905, a *Supreme Court* invalidou uma lei editada pelo estado de Nova Iorque que estabelecia um limite máximo de horas de trabalho para funcionários de padarias. Tal lei foi considerada atentatória a cláusula do devido processo legal, constante na XIV^a emenda. Desta cláusula, mesmo não existindo previsão expressa na Constituição de liberdade contratual do tipo, extraiu-se o entendimento de que a limitação trazida na referida lei do estado de Nova Iorque seria uma interferência indevida do Estado na liberdade e autonomia das partes de fixarem os limites de compra e venda da força de trabalho nos contratos dessa natureza³⁴⁴⁻³⁴⁵.

Também caracterizado por um ativismo judicial conservador foi o período em que a Suprema Corte travou disputa com o Presidente Roosevelt em decorrência do plano de medidas sociais e econômicas que este tentava implementar, o chamado *New Deal*. Com este plano, visava-se amenizar os efeitos causados pela crise econômica de 1929, recuperar a força da economia e resguardar os cidadãos das camadas sociais mais baixas³⁴⁶.

Nesse período caracterizado por uma grande tensão e que teve seu ápice entre 1935 e 1937, a mais alta corte norte-americana trilhou caminho semelhante ao do caso *Lochner v. Nova York* e golpeou os direitos sociais, assumindo uma postura que confundia e/ou misturava política e direito, perfilhando as fileiras do conservadorismo econômico e da contrariedade à regulação da liberdade privada em detrimento de uma política econômica e de direitos que favoreciam as classes menos abastadas. A *Supreme Court* entendera que o congresso havia delegado inconstitucionalmente para Roosevelt o poder de intervir na economia, da forma que se tentava com o *New Deal*, argumentando ainda que nem mesmo a situação excepcional pela qual passava os Estados Unidos permitia uma intromissão na autonomia privada e na liberdade negocial, considerada pela corte demasiada e invasiva³⁴⁷.

³⁴² GREEN, Craig. *An intellectual history of Judicial Activism*, p. 1213 e 1214.

³⁴³ Nesse sentido, Cf. também: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*, p. 4713. E, BRANCO, Paulo Gonet. *Em busca de um conceito fugido – Ativismo Judicial*. p. 392.

³⁴⁴ URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional*, p. 88, nota 273 e p. 92.

³⁴⁵ Segundo Maria Benedita Urbano, “este hallmark case de 1905 ficaria conhecido, pois, na sua sequência, e pela primeira vez, abertamente se criticaram e mesmo acusaram alguns Justices da *Supreme Court* de terem seguido uma agenda política e, por isso mesmo, de terem atuado de forma parcial”. *Ibid.*, p. 92

³⁴⁶ Sobre o período do *New Deal* e o que é dito neste parágrafo Cf., CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Op. cit.*, p. 4729-4731.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 4729 e 4730.

Diante da postura assumida pela mais alta corte dos Estados Unidos, o Presidente Roosevelt resolveu responder as negativas com o *Court-Packing Plan*, pelo qual pedia autorização ao congresso para aumentar em um o número de juízes da Corte para cada juiz que já tivesse passado dos setenta anos de idade. Como a *Supreme Court* à época apresentava umas das formações de idade mais elevadas (seis juízes acima de setenta anos no total), Roosevelt poderia nomear seis juízes e supostamente formaria a maioria desejada para aprovar seu plano de medidas e se sobrepôr à supremacia conservadora existente. Este plano não prosperou, todavia, significou pressão política suficiente para influenciar na atuação dos *justices* e, gradativamente, inverter a orientação que estes com fervor seguiram até 1937³⁴⁸.

No ano de 1937, com o caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* – como fruto também da pressão política exercida pela disputa política-institucional entre os três poderes – observou-se uma mudança de direção das decisões da *Supreme Court*. Nesse caso, a mais alta corte norte-americana julgou a constitucionalidade de uma lei do estado de Washington que instituía um salário mínimo para trabalhadores, decidindo pela sua constitucionalidade e, conseqüentemente, admitindo que poderiam ser impostas restrições à liberdade contratual por meio de uma lei de uma unidade federativa³⁴⁹. Vale referir que o caso em tela é apontado como o fim da era *Lochner* e o início de um período com jurisprudência menos conservadora, marcado por um ativismo judicial do tipo liberal ou progressista³⁵⁰.

Este outro tipo de ativismo, cuja denominação apresenta-se um tanto autoexplicativa, é aquele em que juízes ou tribunais se valem de ideias que são expressões de um liberalismo político e/ou jurídico, sendo geralmente observado em decisões em que optam por privilegiar direitos fundamentais, a igualdade e as liberdades dos cidadãos. Pode-se dizer que este ativismo judicial liberal ou progressista é o polo oposto do ativismo judicial conservador.

Ademais, com Maria Benedita Urbano, deve-se registrar que o ativismo judicial liberal ou progressista, à primeira vista, pode ser mais convidativo a um posicionamento favorável quanto à sua aceitação, justamente por privilegiar valores de certo modo mais aceitos e comumente apontados como fatores que contribuem para um progresso político, jurídico e social e para se atingir melhores níveis de justiça material³⁵¹.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 4729.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 4729 e 4730.

³⁵⁰ Cf., *Ibid.*, p. 4730. E também, URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional*, p. 88, nota de rodapé 273 e p. 92 e 93.

³⁵¹ Cf., URBANO, Maria Benedita, *Op. cit.*, p. 93.

Vale a ressalva, todavia, que tal tipo de ativismo também apresenta os seus perigos, por exemplo, em especial, o de uma corte ou tribunal, legitimando suas decisões em uma atuação nesses moldes, avocar para si um poder excessivo, inclusive com o respaldo da população, e, depois, começar a atacar o texto constitucional e legislações infraconstitucionais democraticamente adotados por estarem em desacordo com os preceitos liberais e progressistas que porventura movam a atuação dos juízes de cortes constitucionais ou ministros de supremos tribunais, mesmo que os dispositivos legais não apresentem algo de juridicamente incorreto ou inconstitucional. Tudo isso pode causar grave insegurança jurídica, instabilidades para o Estado Democrático de Direito, prejudicar a relação entre os poderes e colocar em risco direitos e garantias constitucionais a duras penas conquistados, apenas por destoarem dos preceitos e princípios pessoalmente preferidos pelos juízes.

Alguns casos servem e são geralmente apontados para ilustrar a ocorrência do ativismo judicial liberal ou progressista, por exemplo, os seguintes casos julgados na *Supreme Court*: 1) *Brown v. Board of Education* (1954)³⁵²; 2) *Miranda v. Arizona* (1966)³⁵³; 3) *Roe v. Wade* (1973)³⁵⁴. Vale mencionar que esses casos foram decididos durante a presidência de Warren – os dois primeiros – e de Burger – o terceiro. Períodos estes considerados de predomínio do ativismo liberal ou progressista, observado de forma ainda mais intensa quando Warren esteve à frente da referida corte³⁵⁵.

O primeiro, *Brown v. Board of Education*, foi um caso de separação ou discriminação racial em escola pública dos Estados Unidos. Neste caso, a Suprema Corte declarou que eram inconstitucionais leis estaduais que estabelecessem segregações entre estudantes negros e brancos em escolas públicas, pois tal segregação violaria a cláusula da igualdade de proteção. Embora não estivessem diretamente expressos na Constituição e supostamente não sendo a vontade do legislador constituinte originário, dessa cláusula é que foram extraídos os argumentos para a decisão. E apesar de tal decisão poder ser considerada até certo ponto “boa”, teria sido ativista na medida em que a *Supreme Court* negou às unidades da federação a competência de estabelecerem regras para o conjunto dos seus

³⁵² 347 U.S. 483 (1954)

³⁵³ 384 U.S. 436 (1966)

³⁵⁴ 410 U.S. 113 (1973)

³⁵⁵ Cf., WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. María Gracia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Editora Civitas, 1991. p. 353; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (II)*. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2. n 7 (p. 6515-6571). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_07_06515_06571.pdf>. Último acesso em 20 de Julho de 2013. p. 6520; PECH, Laurent. *Le remède au gouvernement des juges: le judicial self-restraint*. In Gouvernement des juges et Démocratie. Paris, Publications de la Sorbonne, 2001. p. 75 e 76.

cidadãos sobre a separação de negros e brancos, baseada em uma defesa aberta da liberdade e da igualdade e com uma interferência na política pública de ensino, depois de possibilitar por muito tempo essa segregação com apoio na doutrina *separate but equal* decorrente da sua própria jurisprudência, nomeadamente do julgamento do Caso *Plessy*³⁵⁶⁻³⁵⁷. Segundo Christopher Wolfe, o caso *Brown v. Board of Education* “(...) fue la primera vez que el Tribunal intervino deliberadamente en el establecimiento de una amplia política social.”³⁵⁸.

No segundo caso, *Miranda v. Arizona* (1966), a suprema corte entendeu que seria ilícita qualquer confissão dada por detidos suspeitos de terem cometido crimes sem que estes tivessem sido avisados sobre seus direitos no momento da detenção. Institui-se assim a necessidade de aviso formal sobre os direitos e garantias constitucionais do preso, exigindo ainda que para ser considerado preenchido tal requisito por parte da polícia o detido teria que ter compreendido que poderia fazer uso dos seus direitos antes, durante e depois do interrogatório³⁵⁹. Segundo Kmiec, este caso serve para exemplificar o fato de que decisões ativistas não são necessariamente sempre ruins; existe a possibilidade de serem consideradas boas quanto a determinados aspectos e em dados momentos, não devendo deixar de levar em conta mesmo assim que se está diante de um exercício impróprio da função jurisdicional³⁶⁰.

No terceiro caso, *Roe v. Wade* (1973), a Suprema Corte decidiu que lei criminal dos Estados que proibisse o aborto violava o direito à privacidade e à liberdade pessoal da mulher de decidir continuar ou não com a gravidez. Segundo o entendimento da mais alta corte norte-americana no julgamento deste caso, o direito da gestante seria, à luz da Constituição dos Estados Unidos, um direito fundamental que decorreria da cláusula do devido processo legal. Com essa decisão a mais alta corte norte-americana impôs a sua posição sobre aborto a todo país, o contribuiu para que, juntamente com o fato de se tratar de um tema polêmico e complexo, fossem geradas inúmeras críticas e grandes discussões nos Estados Unidos³⁶¹.

Vale notar e deve-se referir que existe um ponto comum nesses casos de ativismo liberal: é o de a mais alta corte americana ter firmado posicionamento com base não em direitos previstos expressamente, mas em direitos que derivariam indiretamente ou

³⁵⁶ *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896).

³⁵⁷ Cf., CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (II)*, p. 6525-6530.

³⁵⁸ WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*, p. 354.

³⁵⁹ 384 U.S. 436 (1966).

³⁶⁰ KMIIEC, Kenan D, *The origin and current meanings of “Judicial Activism”*, p. 1473.

³⁶¹ Cf., WOLFE, Christopher. *Op. cit.*, p. 426 e ss. E também, CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Op. cit.*, p. 6533.

implicitamente do texto da constituição e das suas emendas³⁶². De outro modo, como se costuma afirmar, os argumentos que fundamentaram tais decisões têm como base direitos extraídos de “zonas de penumbras da Constituição Federal”³⁶³.

Em últimas considerações, convém fazer a observação de que um mesmo caso pode ser considerado progressista em relação a determinado direito e conservador em relação a outro³⁶⁴. E, ressalta-se também o fato de tanto o ativismo conservador quanto o liberal ou progressista terem o potencial de causar prejuízos para o Estado Constitucional de Direito, não existindo necessariamente uma relação entre um ser melhor ou pior do que o outro, a ponto de os dois merecerem a devida atenção e preocupação. Isto para que se evite uma disfunção da atuação do poder judicial, que crie uma conjuntura em que as decisões deste estejam relacionadas muito mais à índole do juiz e/ou a suas preferências pessoais e políticas do que propriamente ao que prevê o ordenamento jurídico em que operam, pois, se assim for, indesejáveis efeitos podem ser causados para a própria sociedade.

3.3.2 Critério do conteúdo

O outro critério utilizado para apontar mais alguns tipos de ativismo é o critério do conteúdo da decisão. Com esse critério relaciona-se o ativismo judicial com os tipos de “criativismo judicial”, apontados por Maria Benedita Urbano, que são: a) criativismo tradicional, ortodoxo ou soft; b) criativismo limítrofe, de fronteira ou borderline; e, c) criativismo patológico, heterodoxo ou hard³⁶⁵. Desses podem ser extraídos dois tipos de ativismo: 1) Ativismo judicial decorrente do criativismo borderline; 2) Ativismo judicial decorrente do criativismo patológico, heterodoxo ou hard. Antes de abordar de forma mais direta cada um deles, convém tecer algumas considerações propriamente sobre a criação judicial do direito.

Primeiramente, em busca de um conceito ou caracterização, valendo-se das palavras de Inocêncio Mártires Coelho, pode-se afirmar que a atividade de “criação judicial

³⁶² URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional*, p. 95.

³⁶³ *Ibid.*, p. 93. Cf., também, PECH, Laurent. *Le remède au gouvernement des juges: le judicial self-restraint*. p. 76, nota 54.

³⁶⁴ URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 90.

³⁶⁵ O que é dito sobre esses tipos de “criativismo” é baseado no que consta no artigo URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 19-25 e no livro URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional*, p. 71-77. E, diante da impossibilidade de reprodução literal do que é apresentado – pela extensão, por uma questão de sistematização e até de “estética” do trabalho –, convém conferir na íntegra o conteúdo como exposto nas duas obras. Isso para que se possa entender melhor as bases teóricas e metodológicas que circundam esses tipos de “criativismo”, bem como o que são, em todos seus detalhes.

do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e material [do caso] (...)”³⁶⁶. E assim, dentro dessa perspectiva, e na perspectiva que se trabalha no presente estudo o ativismo judicial, este não se confunde com a criação judicial. Antes, aquele é um fenômeno que pode ocorrer em decorrência de uma extrapolação desta ou de uma manifestação patológica de uma criação positiva de direito³⁶⁷.

Cabe referir, que a possibilidade da criação judicial de direito é aceitável, e, a nosso ver, compatível mesmo com o princípio da separação dos poderes, de forma que pode ser entendida como um desdobramento da atividade normal de interpretação e integração que desempenham – podem desempenhar – os juízes, em especial os constitucionais³⁶⁸. A problemática maior que se encontra nessa questão está relacionada com o “(...) grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.”³⁶⁹. E, desde logo, com Maria Benedita Urbano, deve-se atentar para o fato de que a possibilidade de criação de direito não significa que possuem os juízes liberdade total na sua atividade de aplicação-interpretação³⁷⁰⁻³⁷¹.

Ainda sobre a aceitação da criação judicial do direito, é interessante notar que até mesmo Kelsen, ícone do positivismo, por assim dizer, em termos, refutou a ideia de uma aplicação mecânica e automática e reconheceu em certa medida que os juízes também são criadores de direito, estando tal fato atrelado ao processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Muito embora, vale advertir que o objetivo do referido autor não era necessariamente o de reforçar ou realçar o papel do intérprete; e, que, além disso, ele advogou

³⁶⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito*. In NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes (orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 482. Para melhor compreensão do que aduz o autor, acrescentou-se “[do caso]” ao texto transcrito.

³⁶⁷ Cf., LLORENTE, Francisco Rubio. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho* In Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8. n. 22 (p. 9-51) Enero-Abril, 1988. p. 39.

³⁶⁸ Nesse sentido, Mauro Cappeletti ensina que: “Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação jurídica do direito legislativo está insito certo grau de criatividade”. CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 20.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 21.

³⁷⁰ URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 20.

³⁷¹ Em sentido próximo, Francisco Rubio Llorente afirma, sobre a inovação ou criação de direito pela jurisdição constitucional, que “Esta creación a diferencia de la que lleva a cabo el legislador, no procede de simples consideraciones de oportunidad, no es creación libre, sino vinculada, pura declaración de un Derecho preexistente, cuyo contenido concreto como regla de solución del caso precisa el tribunal constitucional.” LLORENTE, Francisco Rubio. *Op. cit.*, p. 38.

ser o grau de liberdade de atuação do legislador nesse campo muito maior do que o do juiz³⁷²⁻³⁷³.

Feitas essas considerações, passa-se à abordagem dos tipos de “criativismo” judicial. O primeiro deles, o tradicional, ortodoxo ou soft, engloba, utilizando-se das palavras de Maria Benedita Urbano, aqueles casos de “criação de direito subordinada à lei ou nos limites da lei, e respeitadora do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático”³⁷⁴ e inclui situações/decisões com conteúdo tais como: integração de vazios legais, lacunas de lei; decisões de simples acolhimento ou de simples rejeição da inconstitucionalidade, que se encaixam na ideia do juiz-legislador negativo; casos de nulidade parcial e os de modulação/limitação temporal dos efeitos da decisão do juiz constitucional; e, aplicação do princípio da interpretação conforme a constituição³⁷⁵. Nesse tipo de criativismo e nessas situações, se está diante de um exercício de certa forma normal – dentro do que é razoavelmente aceito – da e/ou para a jurisdição constitucional atualmente, de modo que não é possível, a nosso ver (e, desde logo, na linha da mencionada autora), afirmar a verificação ou incidência do fenômeno ativismo judicial decorrente desse criativismo em comento.

Com relação ao criativismo limítrofe, de fronteira ou borderline já é possível, no nosso entender, apontar a existência de ativismo judicial decorrente dele, mesmo que com certa “nebulosidade”. Esse tipo de criativismo é apresentado como aquele em que se está de frente com “(...) uma situação de fronteira em que ainda não se verifica a criação de novas normas pelos juízes constitucionais, mas elas vão (ter que) ser criadas a instâncias do juiz

³⁷² Mais precisamente, em sua “Teoria Pura do Direito”, em tópico que se dedica a esclarecimentos sobre a interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade, Kelsen afirma: “A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação. (...) Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. (...) Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999. p. 248 e 289.

³⁷³ Sobre essa questão, Cf., RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 71 e 72.

³⁷⁴ URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional*, p. 73 e 74. E, URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 21 e 22.

³⁷⁵ *Ibid.*

constitucional”³⁷⁶. Fato este que decorre da dificuldade e impossibilidade de se apontar a existência de uma linha demarcatória precisa para atuação e dos limites dos juízes e tribunais, em especial constitucionais, da própria jurisdição constitucional, no que diz respeito à criação judicial de direito em determinados casos³⁷⁷. Destarte, nessa categoria estariam incluídas, segundo os ensinamentos da mentora dessa teoria, situações e decisões de conteúdo tais como: quando “(...) os juízes constitucionais definem linhas de orientação ou recomendações acerca da política legislativa”³⁷⁸; quando “(...) declaram uma norma inconstitucional mas deferem para um momento ulterior a sua expulsão da ordem jurídica, permitindo ao legislador elaborar uma nova norma de acordo com o estabelecido ou sugerido na decisão judicial”³⁷⁹; nas “ (...) decisões de admoestação, em geral com convite à atuação do legislador, da jurisprudência constitucional italiana (...)”³⁸⁰; nas “decisões de incompatibilidade sem nulidade”³⁸¹; e nas “decisões exortativas ou apelativas da jurisprudência constitucional alemã”³⁸².

Nesse criativismo abordado no parágrafo anterior, entendemos que caso a orientação ou recomendação política ou ainda o “comando” extraído da decisão forem impositivos ou firmes a ponto de chegarem a restringir ou interferir, em termos práticos, de forma considerável, na margem de escolha do poder legislativo ou colocar este em uma situação de pressão social³⁸³ também restritiva da liberdade de conformação e regulamentação do texto constitucional por parte do legislador, estar-se-á diante de um ativismo judicial, decorrente então desse criativismo limítrofe, de fronteira ou borderline.

Por último, tem-se o criativismo patológico, heterodoxo ou hard. Este pode ser observado basicamente nos seguintes casos: “situações em que os juízes adaptam ou emendam normas existentes ao invés de as declarar inconstitucionais”³⁸⁴ e “situações em que os juízes criam ou editam normas gerais, ocupando por vezes espaços vazios deixados pelo

³⁷⁶ URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional*, p. 75. E, URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 22.

³⁷⁷ URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional*, p. 75.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 76.

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ Esta que pode ser criada, indevidamente estimulada ou causada pelas ferramentas que possuem os tribunais constitucionais ou supremos atualmente, nomeadamente a grande exposição aos meios de comunicação social, que têm o potencial de formar e em alguns casos mesmo manipular a opinião popular, em especial em países como o Brasil, no qual inclusive as sessões de julgamento são transmitidas em tempo real, em canal aberto de televisão, pela internet e recebem grande atenção de revistas e jornais eletrônicos especializados na cobertura de notícias do mundo jurídico.

³⁸⁴ URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional*, p. 76 e 77. E, URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* p. 23 e 24.

legislador”³⁸⁵. Em tais casos, pode-se dizer que o conteúdo das decisões judiciais vai além do que é a mais aceita forma de exercício da jurisdição constitucional; vê-se um tipo de atuação que, a nosso ver, vai além do que está previsto no esquema de separação dos poderes que adotam a maioria dos países do mundo ocidental, principalmente no tocante aos que adotam o *civil law*. De tal modo, pode ser afirmado que esse tipo de criativismo potencializa ou aumenta o campo de atuação do poder judicial em detrimento, principalmente, do parlamento, detentor maior do poder legislativo. Nesse plano, está-se diante de um ativismo judicial decorrente do criativismo patológico, heterodoxo ou hard, de mais fácil constatação do que o ativismo decorrente do criativismo borderline e capaz de causar prejuízos consideráveis ao Estado Constitucional de Direito.

3.4 Ativismo judicial e teorias relacionadas

3.4.1 Ativismo judicial e autocontenção judicial

Como o outro pólo da forma que podem atuar os juízes, em sentido contrário ao ativismo judicial, está a autocontenção judicial (*judicial self-restraint*)³⁸⁶. Conforme ensina Maria Benedita Urbano, tal expressão teria sido utilizada e é atribuída ao *Chief Justice Stone*, que no caso *United States v. Butler* (1936) teria afirmado:

“O poder dos tribunais de declarar uma lei inconstitucional está subordinado a dois princípios decisórios básicos, que nunca devem estar ausentes da consciência judicial. Um deles é o de que os tribunais apenas estão comprometidos com a aplicação das leis, não com sua sabedoria. O outro é o de que, enquanto que a atuação inconstitucional dos outros poderes está sujeita ao controlo judicial, o único controlo que existe sobre o nosso próprio pode é nosso sentido pessoal de autocontenção”³⁸⁷.

Apesar do longo período decorrido da afirmação do *Chief Justice Stone*, convém destacar que a tarefa de se conceituar a autocontenção judicial apresenta dificuldade quase do mesmo nível do que a de se conceituar ativismo judicial. Pois, assim como este termo, aquele possui e é apresentado pela doutrina com vários sentidos (não com tantos, é bem verdade). A autocontenção é apresentada por alguns autores, em alguns casos, por exemplo, como uma forma de atuação mecânica do juiz; por outros é relacionada com uma aplicação menos criativa do direito ou com a postura de abstenção de criação de direito; e, ainda, há quem a

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, p. 7.

³⁸⁷ Stone *apud* Maria Benedita Urbano. URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional*, p. 102.

entenda como uma deferência demasiada aos outros poderes, em especial ao legislativo, dentre outros possíveis entendimentos. De forma tal, pode-se (re)afirmar a existência de uma pluralidade de entendimentos e certa divergência quanto ao que exatamente seja³⁸⁸.

Embora exista tal dificuldade, é possível se chegar a uma concepção que, a nosso ver, reflete de forma satisfatória o que significa uma atuação autocontida por parte dos juízes. Para isso, traça-se um caminho que parte de afirmações de alguns autores que trabalham o tema, seja quando dizem o que é/o que não é ou quando elencam um rol de condutas que poderiam ser consideradas como uma atuação autocontida.

Segundo Luís Roberto Barroso, por exemplo, a autocontenção judicial seria a “conduta pela qual o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes”³⁸⁹. O referido autor aponta algumas formas de agir dos juízes e tribunais que configurariam uma atuação autocontida, que são: a) a opção pela não aplicação de forma direta da constituição quando determinadas situações não estão expressamente previstas no texto constitucional, aguardando a resposta dos outros poderes, em especial do legislativo; b) a adoção e utilização de “(...) critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos”³⁹⁰; c) e a renúncia a um papel de interferir na definição de políticas públicas³⁹¹.

Por sua vez, Maria Benedita Urbano traz algumas afirmações do que não seria a autocontenção judicial, aduzindo que esta não coincide com a defesa de que os juízes e tribunais devam ter uma postura de “(...) meros autómatos que aplicam a lei de forma mecânica e formal”³⁹², concepção que, como afirma a autora, está totalmente ultrapassada; e, não significa também contraposição a uma atuação mais criativa por parte dos juízes. Para Urbano, na verdade, a autocontenção judicial significa:

“(...) em termos gerais, que essa aplicação mais criativa se deve manter nos limites do razoável e aceitável, ou seja, ela não pode implicar uma usurpação de poder por parte dos juízes, uma invasão das funções e competências de outros poderes e correspondentes órgãos (basicamente, dos poderes legislativo e executivo, que cabem, respectivamente, ao parlamento e ao governo)”³⁹³.

Outro autor, Otto Bachoff, ao abordar a autocontenção judicial, aduz que a conquista pelo tribunal constitucional alemão de respeito e elevada reputação perante a

³⁸⁸ URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional*, p. 102.

³⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, p. 7.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*, p. 102.

³⁹³ *Ibid.*

sociedade, governo e parlamento, “deve-se em não pequena medida à circunstância de ter compreendido a necessidade de traçar correctamente, numa sábia autocontenção, as fronteiras entre o direito e a política.”³⁹⁴ e que a adoção de uma postura desse tipo por um juiz “(...) implica certamente uma grande exigência no tocante à sua capacidade”³⁹⁵. Das afirmações desse autor alemão, pode-se extrair o entendimento de que a adoção de uma postura de *judicial self-restraint* pode ser necessária em muitos momentos também para o fortalecimento da própria avaliação dos tribunais que exercem a jurisdição constitucional perante a sociedade e os outros órgãos e poderes do Estado, servindo de estratégia legitimadora, além de (re)estabelecadora do respeito para com eles.

Feitas essas considerações e traçadas as premissas básicas para se entender o pode-se considerar autocontenção judicial, cumpre tecer os devidos comentários sobre a aceitação e adequação ou não da adoção – e em que medida – de uma postura deste tipo pelos juízes e tribunais, em especial pelos que exercem a jurisdição constitucional.

Desde logo, afirma-se entender que esta forma de os juízes e tribunais atuarem pode ser em muitos casos benéfica. Isso, pois, tem o potencial de naturalmente criar uma tendência à preservação do núcleo das funções dos outros poderes, o que conseqüentemente privilegiaria o princípio da separação dos poderes; além disso, tem o condão de diminuir as chances de desrespeito ao texto constitucional e ao princípio democrático; e poderia evitar

³⁹⁴ BACHOFF, Otto. *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LVI. (p. 9-24). Coimbra: 1980. p. 11 e 12.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 11 e 12.

No mesmo trabalho, Bachoff faz referência a alguns modos e métodos adotados pelos tribunais constitucionais alemães para colocar em prática essa postura autocontida (no que se refere à competência de controle que possuem esses tribunais face ao legislador) e, depois de fazer uma advertência das dificuldades de descrevê-los exaustivamente, apontou alguns exemplos à época observados, por ele considerados expressão da *judicial self-restraint*, tais como: a) pressuposição da conformidade das leis à constituição, notadamente com a utilização da técnica da interpretação em conformidade com a constituição, de modo a tentar salvar lei objeto de controle sempre que possível e respeitar a produção do poder legislativo; b) abstenção da análise de se os objetivos políticos que motivaram o legislador foram corretos e oportunos, limite que segundo o autor nem sempre é compreendido pelos que recorrem ao tribunal constitucional, por em algumas vezes considerarem tais tribunais um “conselho de sábios”; c) correção das opções políticas feitas pelo legislador apenas quando as valorações utilizadas para a tomada da decisão não estão eivadas de um grau mínimo de racionalidade; d) aceitação pelo tribunal das conjeturas legislativas presentes na base das regulamentações, até pela falta de certeza inerente às expectativas que o legislador tem, em muitos casos, sobre a evolução futura da lei, de modo que a atuação do poder judicial nesse campo fica condicionada a existência de erro manifesto; e) reflexão e ponderação por parte dos juízes e tribunais sobre as implicações das suas decisões, evitando-se decidir de forma que, mesmo juridicamente correto, possa gerar prejuízos ou significar algo injusto; f) criação da possibilidade de se declarar que determinada lei “ainda não era inconstitucional” mas que iria se tornar no futuro caso o legislador não tomasse as medidas de regulamentação necessárias e com suficiente celeridade. *Ibid.*, p. 12-17.

Cf., ainda, SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo e democracia*. In Revista de informação legislativa, v. 43. n. 172, p. 45-55, out./dez. 2006. p. 50. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93282/Santos%20Gustavo.pdf?sequence=4>>. Último acesso em: 24 de Agosto de 2013.

tensões ligadas a assuntos que dizem respeito à legitimidade que os poderes têm para decidir sobre determinados temas, como questões políticas e/ou políticas públicas, por exemplo.

Vale ressaltar, entretanto, que a adoção irrestrita e/ou exagerada da autocontenção judicial por juízes e tribunais pode representar perigos e prejuízos que chegam a ser comparáveis aos que podem decorrer de uma atuação ativista. Isso porque, em certos casos, para que determinadas controvérsias possam ser solucionadas e alguns direitos possam ser garantidos, exige-se e é necessário que os juízes e tribunais tenham uma atuação um pouco mais criativa e maior flexibilidade (mas claro, dentro do que permite o texto constitucional). Isso com vistas a não tornar inviável a realização de direitos por se decidir com base em concepção excessivamente legalista e/ou formal.

Assim, a forma de atuar dos juízes e tribunais, em especial os que exercem a jurisdição constitucional, deve-se adaptar a cada caso e a cada momento, e, no nosso ponto de vista, seguir uma fórmula de “não se avançar tanto” (para que o campo de atuação dos outros poderes não seja invadido, porventura causando outros prejuízos daí decorrentes) e “nem se contentar com tão pouco” (distanciando-se da “mera boca que declara as palavras da lei”, para não se tornarem inviáveis as tarefas de realização de direitos no caso concreto e de se atingir níveis satisfatórios de justiça material)³⁹⁶.

3.4.2 Ativismo judicial e neoconstitucionalismo

Trabalhada a questão ativismo/autocontenção judicial e avançando na problemática que envolve o fenômeno que dá título ao presente capítulo, vale chamar atenção para o fato de que é possível perceber a existência de algumas teorias ou tendências teóricas³⁹⁷ que têm o potencial de cooperarem para o afrouxamento dos métodos e/ou da forma de interpretação das constituições e da própria noção do papel que deve desempenhar o poder judicial, nomeadamente no exercício da jurisdição constitucional, e, conseqüentemente, contribuem para uma maior “liberdade” de atuação dos juízes, propiciando um contexto favorável à adoção de uma postura ativista por parte dos que decidem, a ponto de chegar a

³⁹⁶ Cf., URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional*, p. 106.

³⁹⁷ Elival Silva Ramos ao trabalhar a ideia de que, na realidade brasileira, o neoconstitucionalismo “desponta como um elemento de impulsão do ativismo judicial” faz uso de tal expressão e explica que: “O neoconstitucionalismo não chega a caracterizar um movimento ou escola, dada a falta de aglutinação de seus integrantes em torno de um corpo coerente de postulados ou propostas, constituindo, quando muito, um viés teórico no campo do Direito Constitucional. RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 279.

intensificar e/ou servir de base teórica e argumentativa para os que têm simpatia com o fenômeno do ativismo judicial defendam este.

Dentre as teorias que têm esse potencial, uma em especial tem servido (ou pode servir) de justificativa e possibilitado uma atuação mais ativista³⁹⁸, qual seja, a teoria do Neoconstitucionalismo, notadamente quando este é entendido em determinada linha que se mostrará. Na conjuntura jurídico-política brasileira é possível verificar de forma mais nítida tal fato, que é inclusive motivo de preocupação e já foi chamado à atenção por alguns estudiosos³⁹⁹. Diante disso, no presente tópico, embora de maneira sintética, se faz uma abordagem do que é considerado o neoconstitucionalismo no Brasil por aquele autor que talvez seja o que mais exerce influência no pensamento jurídico-constitucional brasileiro neste tema, de forma a demonstrar de que modo o neoconstitucionalismo interfere no fenômeno do ativismo judicial.

Cumpre dizer então que, como expoente de uma concepção de neoconstitucionalismo que influenciou e continua influenciando a teoria, alguns teóricos e a prática constitucional brasileira, têm-se os ensinamentos de Luís Roberto Barroso⁴⁰⁰. Este autor, de forma mais marcante no seu trabalho “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”⁴⁰¹, difundiu a existência de um neoconstitucionalismo como uma nova forma de percepção da Constituição e do papel desta para a interpretação jurídica em geral⁴⁰², tratando-o como “ (...) um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional”⁴⁰³.

³⁹⁸ Marcelo Pereira chega a afirmar que o neoconstitucionalismo é o marco teórico do ativismo judicial no Brasil. Cf., PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*, p. 325.

³⁹⁹ Alguns autores fazem ressalvas, levantam questionamentos, ou mesmo se contrapõe a ideia de neoconstitucionalismo difundida no Brasil. Nesse sentido, ver os seguintes trabalhos: STRECK, Lenio Luiz. *Contra o Neoconstitucionalismo*. In *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 4. (p. 9-27). Janeiro-Junho. 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Último acesso em 22 de agosto de 2013; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 279-288; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 359-377, Capítulo 21: “Notas sobre o direito constitucional pós-moderno – Em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira”; SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Ano 3. N. 9 (p. 233-272). Jan./mar. Belo Horizonte, 2009. p. 255-272.

⁴⁰⁰ Elival da Silva Ramos considera Luís Roberto Barroso “um dos mais proeminentes neoconstitucionalistas”. E Manoel Gonçalves Ferreira Filho, após confrontar algumas das ideias de Luís Roberto Barroso sobre o tema, chega a afirmar que este é mesmo a principal “estrela” do “neoconstitucionalismo à brasileira”. Cf., RAMOS, Elival da Silva. *Op. cit.*, p. 279; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 367 e ss e 377.

⁴⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Vol. 28. n. 60 (p. 27-65). Julho-dezembro. Porto Alegre, 2004.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 29.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 38.

Essa linha doutrinária de que se fala no parágrafo anterior, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é formulada com “sedutora graça literária”⁴⁰⁴ e “apresentada como uma verdade consagrada e indiscutida”⁴⁰⁵. Esta forma como é apresentada merece, desde logo, um esclarecimento: como aduz Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo “No se trata, (...) de un modelo consolidado, y quizá ni siguiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues tiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas.”⁴⁰⁶

Assumindo a tarefa de definir o que seria o neoconstitucionalismo e de “(...) reconstruir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas”⁴⁰⁷, Luís Roberto Barroso traz o que seriam os três marcos fundamentais desse novo direito constitucional, expressão de “Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.”⁴⁰⁸. Esses marcos são o marco histórico, o marco filosófico e o marco teórico.

Utilizando-se das próprias palavras do autor, os marcos do neoconstitucionalismo podem ser resumidos da seguinte forma: “como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX”⁴⁰⁹, segundo o autor decorrência da aproximação entre as ideias de constitucionalismo e da democracia, e que teria como principal referência do seu desenvolvimento a Lei Fundamental de Bonn de 1949 e a instalação do Tribunal Constitucional Alemão em 1951⁴¹⁰; “como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética”⁴¹¹⁻⁴¹², quadro em que se verifica ênfase na normatividade

⁴⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 366, nota de rodapé 36.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 364 e 365. Ferreira Filho faz severa crítica a esse fato.

⁴⁰⁶ CARBONELL, Miguel. *Prólogo. Nuevos tempos para el neoconstitucionalismo. In Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editora Trotta, 2003. p. 11 e 12.

⁴⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*, p. 29.

⁴⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico. Ano 1. Vol. 1. N. 6. Setembro. Salvador, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Último acesso em 22 de agosto de 2013. p. 2.

⁴⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*, p. 38.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 29 e 30.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 38.

⁴¹² Sobre a concepção de pós-positivismo do autor, cumpre trazer a forma como é apresentada. Em um de seus trabalhos o autor afirma que: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais” (...) O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a

dos princípios, na construção de uma teoria dos direitos fundamentais que tem como base a dignidade da pessoa humana, além de se referir o autor ao surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, que leva em consideração tais elementos e mais a utilização das técnicas da ponderação e da argumentação jurídica para resolução de conflitos⁴¹³; e “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”⁴¹⁴.

Não desconsiderando os méritos e o brilho intelectual do autor, entendemos que algumas ressalvas merecem ser feitas sobre esses marcos, pelo que aqui se dará maior enfoque às que concernem à forma de interpretar e aplicar a constituição defendida por tal corrente do neoconstitucionalismo e aos marcos histórico e filosófico. Este último que, apesar de alguns cuidados demonstrados na sua exposição⁴¹⁵, a nosso ver, é o que mais tem potencial de propiciar ou intensificar práticas ativistas, como se procura demonstrar mais a frente.

Inicialmente, importa referir que o marco histórico apresentado pelo autor supramencionado, por mais que tenha algum sentido se se tiver em mente países como Brasil e Portugal, data vênua, pode ser contestado e, a nosso ver, é possível se afirmar que ele não chega a ser um “marco” e/ou que o neoconstitucionalismo (numa perspectiva desse tipo) não constitui um fenômeno, movimento ou teoria de incidência e caráter universal e simultâneo (se for levada em conta a experiência constitucional de muitos países ocidentais)⁴¹⁶.

Isso, pois, ao relacionar e vincular esse novo direito constitucional ao processo de (re)democratização ocorrida em determinados países na segunda metade do século XX, como período de consolidação, e apontar a Lei de Bonn de 1949 e a instalação do Tribunal Constitucional Alemão como referência ou período inicial, o autor de certa forma deixa de

essencialidade dos direitos fundamentais.” BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, p. 19 e 31.

Em outro trabalho, em sentido bem próximo, Barroso afirma que: “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31274-34849-1-PB.pdf>>. Último acesso em: 22 de Agosto de 2013. p. 9.

⁴¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*, p. 30 e 31.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 38.

⁴¹⁵ Como exemplo, Luís Roberto Barroso quando fala do marco filosófico da sua teoria do neoconstitucionalismo, afirma que no contexto de pós-positivismo que apresenta “A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”. *Ibid.*, p. 31.

⁴¹⁶ Cf., RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 280.

levar em conta – ou pelo menos desvia atenção sobre – o que ocorreu, por exemplo, na história constitucional norte-americana, na da própria Alemanha, e na de países como Suíça, França, Itália⁴¹⁷. Como se tem conhecimento, esses países já possuíram experiências democráticas e constitucionais, na linha que o autor expõe e antes do período por ele trazido.

Cumpra observar que a relação (re)estabelecimento do estado constitucional de direito e (re)estabelecimento do regime político democrático não ocorreu “simultaneamente” e de nem de forma “homogênea”; ocorreu em cada país em períodos diferentes – por mais que próximos – e em conjunturas diferentes – por mais que apresentem alguns traços de semelhança. Em outras palavras, em cada local se deu com suas peculiaridades, tanto políticas, sociais e culturais, quanto temporais.

De modo que, mesmo nos países que se enquadram no período ou marco histórico descrito pelo autor, não entendemos que se possa apontar ao certo a existência desse neoconstitucionalismo (se apresentado como verdade indiscutida e consagrada), pois que faltam elementos de ligação homogêneos⁴¹⁸. O que ocorreu e muito provavelmente continuará ocorrendo, a nosso ver, na verdade, foi a evolução do constitucionalismo já existente; a adequação necessária para que esse acompanhe as mudanças ocorridas nas relações políticas e sociais nos países do mundo ocidental – internamente (nas relações “dentro” dos países) e externamente (na relação “entre” os países), sem que, contudo, isso possa significar que necessariamente exista uma “novo” tipo de Estado ou “neoconstitucionalismo” (da forma apresentada por Barroso) ou uma “nova” ciência do direito.

Já em relação ao marco filosófico, talvez seja ele o que mereça a mais intensa ressalva e os maiores cuidados. A forma como é apresentado e a referência que se faz ao “pós-positivismo”⁴¹⁹ dá margem para uma compreensão de que o positivismo jurídico esteja em muito superado ou demasiadamente defasado, deixando de lado os avanços e remodelagens doutrinárias pelas quais tem passado e experimentado este último ao longo dos anos⁴²⁰⁻⁴²¹. Deixa-se espaço para entendimentos de que o positivismo, por si só, é o vilão ou

⁴¹⁷ Esse é o entendimento presente em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 367 e 368.

⁴¹⁸ Seria até um tanto pretencioso esperar que existisse uma uniformidade de movimentos democráticos e constitucionais entre os países, já que estes apresentam diferenças históricas políticas e sociais, sendo natural que cada constituição absorva essas diferenças e, dessa forma, existam particularidades no campo constitucional em cada país.

⁴¹⁹ Ver nota 412.

⁴²⁰ Elival da Silva Ramos chega a afirmar que “Na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilho intelectual dos que a utilizam)”. *In*

impulsionador dos problemas políticos e sociais que são enfrentados na contemporaneidade pela sociedade e pelos juristas, por não fornecer possibilidades ou não ser um caminho viável para dar as respostas que a sociedade precisa e espera do direito; e de que o modelo de pós-positivismo apresentado constitui alternativa sólida, infalível, que dá nova roupagem ao direito, à forma de atuação do judiciário e à forma de se compreender a constituição, deixando no ar que por meio dele (pós-positivismo) é possível superar as complicações com as quais se deparam as sociedades e, principalmente, os juristas no desenvolver e no exercer da “arte” do direito, das suas atividades.

Outro ponto que no nosso entender merece atenção é o de que a compreensão do pós-positivismo como marco filosófico do neoconstitucionalismo vem acompanhada (ou compreende) de uma leitura que enfatiza (ou mesmo exalta) a utilização dos princípios na solução dos litígios e os aproxima em serventia daquilo que comumente é apontado como o papel ou utilidade das regras⁴²².

Esse fato descrito no parágrafo anterior abre possibilidade para existir uma supervalorização dos princípios⁴²³, que dá margem para distorções, discricionariedades, subjetivismos e decisionismos, pondo em risco a própria força do direito e da constituição – e a centralidade desta (nomeadamente em ordenamentos jurídicos de países ainda não integrados, que não fazem parte de blocos e, por isso, não estão inseridos em um contexto de maior influência de normas provenientes de instâncias supranacionais ou transnacionais). Propicia-se assim a formação de um quadro em que os que têm a responsabilidade de decidir judicialmente utilizam uma retórica fundamentada nos princípios para impor valores que não

RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 280 e 281. Sobre esse ponto, também Cf., FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 366 e 367.

⁴²¹ Como se sabe, muito tempo se passou e muito se avançou em termos de “concepção positivista”. De certa forma, tornou-se ultrapassado se defender uma aplicação mecânica, pura, excessivamente formalista, que não enxerga o direito além daquilo que é a seca letra da lei. Todavia, não se deve deixar de levar em conta, principalmente no que se refere aos países do *civil law*, que o direito positivo (e o positivismo nessa perspectiva) continua a possuir grande importância como fonte do direito; pois, todos os poderes ainda devem respeito ao direito positivado, e é deste que se parte ou para este que se dirige quando da resolução dos problemas jurídicos, algumas vezes também dos políticos e sociais. Daí dizer que o “positivismo” continua sendo base para a teoria e prática jurídica, não nas suas concepções mais extremas, mas, de certo modo, “suavizado”, por ter absorvido os necessários avanços da ciência e da filosofia do direito, em especial no que diz respeito a técnicas e métodos de interpretação e aplicação do direito (no campo do direito constitucional, basta citar, por exemplo, a interpretação conforme à constituição, o princípio da proporcionalidade, dentre outras que permitem ou terminam por possibilitar uma renovação e/ou moderação do positivismo exegético).

⁴²² RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, p. 283 e 284.

⁴²³ Sobre essa questão, vale transcrever as palavras de Elival da Silva Ramos, se referindo à teoria difundida no Brasil: “Se há algo de próprio ao neoconstitucionalismo em matéria de teoria da interpretação é o exagero na valorização dos princípios. Não se trata da afirmação do caráter vinculante das normas-princípio, algo que o constitucionalismo *tout court* já houvera incorporado de há muito tempo e sim de autêntica principiologização do Direito Constitucional, que passa a desprezar regras em favor de princípios e a deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar.” RAMOS, Elival da Silva. *Op. cit.*, p. 283.

são os consagrados democraticamente na constituição e nas leis, nem os da coletividade, e, sim, valores pessoais-unilaterais ou de pequenos grupos de interesses⁴²⁴⁻⁴²⁵.

Em síntese, da concepção apresentada pode se formar uma conjuntura em grande nível favorável à existência e desenvolvimento de um ativismo judicial prejudicial⁴²⁶. E, por mais que o neoconstitucionalismo no Brasil traga interessantes discussões e tenha a saudável preocupação de se construir um sistema mais justo e eficaz na proteção de direitos, é preciso não se deixar levar pelo romantismo jurídico propugnado por alguns autores de que o poder judicial é ou deve ser o salvador da República e que os princípios são o caminho para que isso seja realizado.

Importa, por fim, trazer a advertência em forma de conclusão que faz Daniel Sarmiento, com a qual concordamos:

“Enfim, o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda.”⁴²⁷

3.5 Atuação dos tribunais constitucionais em tempos de crise econômico-financeira

Outro ponto que nos propomos a trabalhar é a questão da atuação dos tribunais constitucionais – e/ou supremos que exercem a jurisdição constitucional – em tempos de crise econômica, como a que é vivida na Europa atualmente. Conforme já referido na introdução ao capítulo, não se espera aqui trazer uma “solução” ao problema, até pela sua complexidade. O que nos interessa é mais especificamente trabalhar e apresentar alguma posição sobre a

⁴²⁴ Sobre essa questão, Cf., EMERIQUE, Lilian Balmant. *Neoconstitucionalismo e Interpretação Constitucional*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. vol. XLVIII. n. 1 e 2. (p. 353-394), 2007. p. 384 e 385. E também, STRECK, Lenio Luiz. *Contra o Neoconstitucionalismo*, p. 22 e ss.

⁴²⁵ Sobre esse ponto, Daniel Sarmiento aduz que: “Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como autênticas normas por aqui – só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor da sua pretensão – com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água para o vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão.” SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, p. 263 e 264.

⁴²⁶ Ferreira Filho afirma que: “O neoconstitucionalismo à brasileira – apesar da sustentação da sua principal estrela – não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito. Ele serve de instrumento para implantar o politicamente correto, “reformular” o mudo, e de passagem o país (...)”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 377.

⁴²⁷ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 263.

indagação de ser permitida ou não, ou de se se justificaria ou não, uma atuação mais ativista desses tribunais em um contexto do tipo referido, sob o pretexto ou com o objetivo de favorecer a adoção de medidas ditas necessárias para se combater tal situação problemática. No presente tópico é utilizado como ponto de reflexão mais especificamente o exemplo de Portugal, país no qual seu tribunal constitucional já se pronunciou inclusive pela inconstitucionalidade de normas de algumas medidas que pretendiam ser adotadas pelo governo e pelo parlamento com o intuito de combater a crise.

Com efeito, em um contexto em que a quantidade suficiente de recursos deixa de existir e a necessidade de se adotar medidas para readequar a máquina estatal a essa nova conjuntura se impõem, em que o “Estado Social” necessita de alguns “ajustes”, surgem discussões acerca de qual(ais) o(s) melhor(es) caminho(s) a seguir em uma situação do tipo. Alguns desses caminhos e medidas põem em conflito a preservação e garantia de direitos fundamentais e a necessidade de se garantir a saúde e sustentabilidade financeira do Estado, bem como o cumprimento de obrigações e metas assumidas com organismos internacionais e/ou supranacionais. Nesse quadro, algumas questões e alguns conflitos terminam desembocando na seara constitucional e aí os tribunais constitucionais são chamados a se pronunciar, o que exige dose de esforço não só jurídico-constitucional, mas também político; pois, as decisões decorrentes desse quadro geram efeitos diretos ou indiretos na vida e no dia a dia dos cidadãos comuns e também para o futuro do país e, por isso, são aguardadas com certa expectativa pelo público em geral, pelo governo, pela oposição, pelas minorias e etc.

Para ilustrar tal quadro são citados os acórdãos do Tribunal Constitucional Português (TC) nº 353/2012 (Processo nº 40/2012)⁴²⁸, nº 187/2013 (Processos nº 02/2013, 05/2013, 08/2013, 11/2013)⁴²⁹ e o nº 474/2013 (Processo nº 754/2013)⁴³⁰. Em seguida é feito um rápido resumo desses acórdãos.

No primeiro, o TC, a pedido de um grupo de deputados, julgou inconstitucional a tentativa de corte de gastos públicos através da suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, de funcionários públicos, pensionistas e reformados, por entender que tal medida de austeridade violaria o princípio da igualdade, previsto no art. 13º da Constituição da República Portuguesa, na sua dimensão da igualdade na repartição dos encargos públicos. O referido

⁴²⁸ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Acórdão nº 353/2012*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Último acesso em 02 de setembro de 2013.

⁴²⁹ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Acórdão nº 187/2013*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Último acesso em 02 de setembro de 2013.

⁴³⁰ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Acórdão nº 474/2013*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130474.html>>. Último acesso em 02 de setembro de 2013.

tribunal considerou que essa medida significaria uma imposição de sacrifícios desigual, desproporcional e indevida. Muito embora, por considerar estar diante de interesse público de excepcional relevo e também para evitar maiores prejuízos à solvabilidade do Estado, o TCP modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que não alcançassem a suspensão de subsídios relativos ao ano de 2012, cujo orçamento já estava em execução.

No segundo, por provocação do Presidente da República, de alguns parlamentares e do Provedor de Justiça, o TC julgou inconstitucionais – sem restrição ou modulação dos efeitos – quatro normas do orçamento de 2013⁴³¹: uma que propunha a suspensão total ou parcial dos subsídios de férias de funcionários públicos, por violação ao princípio da igualdade; outra que propunha a suspensão parcial do pagamento do subsídio de férias de aposentados e reformados, por violação ao princípio da igualdade; outra que previa a cobrança de contribuição sobre prestações do sistema previdencial concedidas no âmbito das eventualidades de doença e de emprego, por violação ao princípio da proporcionalidade; e uma quarta que estendia corte de subsídios a contratos de investigação e de docência, também por violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos e do princípio da igualdade proporcional.

No terceiro, por provocação do Presidente da República, o TCP julgou inconstitucionais normas do denominado “plano de mobilidade dos funcionários públicos” ou “regime jurídico da requalificação de trabalhadores em funções públicas”⁴³². Este regime jurídico criava possibilidade de despedimento ou cessação do contrato de trabalho de funcionários públicos e alterava normas do regime jurídico até então vigente. Nesse terceiro caso, o Tribunal Constitucional Português entendeu que a inconstitucionalidade decorria da violação, por parte de algumas normas do referido plano, à proibição do despedimento sem justa causa, consagrada no artigo 53.º da CRP, em conjugação com o princípio da proporcionalidade, contido no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, e de violação do princípio da tutela da confiança e segurança jurídica que devem ser respeitados em um Estado de Direito, e que está previsto no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa. Seguiu-se o entendimento de que possibilidades de despedimento de funcionários públicos, à luz da CRP e do ordenamento vigente, não poderiam ser criadas por um regime jurídico do tipo proposto e que

⁴³¹ As normas declaradas inconstitucionais foram os artigos 29º, 31º, 77º e 117º, nº 1. Cf., PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Lei n.º 66-B/2012 – Orçamento do Estado para 2013*. Disponível em: <<http://www.dre.pt/util/getdiplomas.asp?idip=20122549>> . Último acesso em 04 de setembro de 2013.

⁴³² PORTUGAL. PARLAMENTO. *Decreto n.º 177/XII da Assembleia da República*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Paginas/DetailUltimosTextosAprovados.aspx?BID=17744>>. Último acesso em 04 de setembro de 2013.

não existiriam idôneas e objetivas razões de interesse público, suficientemente claras e bem definidas, para justificar a adoção das normas declaradas inconstitucionais, mesmo diante da situação de crise financeira e das metas existentes a serem cumpridas.

Dentro do que cabe aqui no presente tópico discutir, que é o tipo de postura que os tribunais podem adotar e se uma postura ativista nesse contexto seria aceita e justificável, a nosso ver, a atuação dos que exercem a jurisdição constitucional deve sempre estar sensível e aberta a uma colaboração no sentido de aceitar ou possibilitar a realização de medidas que visem à amenização ou solução da conjuntura criada pela crise e dos problemas desta advindos, mas, na medida do possível, e dentro dos limites constitucionalmente previstos. Isto não deve, portanto, implicar numa restrição excessiva ou violação aos direitos garantidos constitucionalmente aos cidadãos, nem em uma abstenção do próprio papel que cabe à jurisdição constitucional⁴³³. E, com essa base, entende-se que, no geral, em relação às especificidades nos casos apresentados, a postura adotada pelo TCP seguiu uma linha aceitável. Salvo melhor opinião, entende-se que não se pode exigir de um tribunal que exerce a jurisdição constitucional que deixe a constituição de lado.

Nessas coordenadas, entre uma postura autocontida (de tipo que não assuma um protagonismo na resolução dos problemas econômicos e no sentido de deferência ao que está garantido na constituição) e uma postura ativista (no sentido de realizar interpretação ou aplicação da constituição mais flexível, que se adeque às necessidades e demandas surgidas no contexto de crise e seja mais “pró-economia”), entendemos que, quando não for possível equilibrar e conciliar as duas, devem os tribunais constitucionais privilegiar o que é sua base, seu alicerce e seu principal instrumento de trabalho, a Constituição. Nessa linha, por mais que se esteja diante de uma situação excepcional, deve-se evitar trilhar os caminhos do ativismo judicial, pois, nessa perspectiva, se forem privilegiadas medidas de austeridade em detrimento dos direitos garantidos constitucionalmente, especialmente os sociais, em alguns casos sacrificando estes (além do que já normalmente se restringe nessas épocas), os prejudicados de maneira imediata seriam aqueles que mais carecem de proteção, para quem talvez as prestações estatais e os direitos sociais mais façam falta ou diferença, ou seja, os cidadãos

⁴³³ Vale a reflexão de que se os próprios titulares do exercício da jurisdição constitucional abdicarem do seu papel e colocarem em segundo plano os direitos consagrados na constituição darão margem para que se crie um clima de “insegurança” por parte dos cidadãos para com os tribunais e um descrédito ocasionado pela problemática de se nem aqueles que são os que devem antes de tudo preservar a ordem constitucional o fazem ao que ou a quem se poderia recorrer? Mais além, se os tribunais constitucionais flexibilizarem demais o texto da constituição, conseqüentemente a força desta, terminam de forma reflexa fragilizando a si próprios e correm o risco de se “desconfigurarem” e deixarem de ser o que são; afinal, quem tem a função de defender algo que não tem tanta força, defende algo fraco, e, por lógica, não tem lá uma função de tanta importância, como é a que se considera verdadeiramente a dos tribunais constitucionais atualmente.

comuns, principalmente aqueles que não possuem tanto capital, muitos dos quais trabalham diariamente ou que trabalharam a vida toda.

Levantando a possibilidade de um ativismo judicial “pró-direitos sociais”, que de alguma forma estendesse “demasiadamente” a proteção constitucional desses direitos, também, a nosso ver, esse não seria o caminho correto a se seguir. Isso, pois, apesar da necessária proteção que deve ser realizada e da qual não se deve abrir mão – para que não se restrinja “tantos direitos” ou “tanto os direitos”, a ponto de se atingir um patamar abaixo do razoável –, um ativismo no sentido levantado poderia prejudicar algumas ações “legítimas” do governo que visassem (ou visem) promover determinados cortes e enxugar a máquina estatal, que são necessárias diante dessa situação excepcional, e que, se inviabilizadas, poderiam provocar grande prejuízo às prestações sociais das futuras gerações e pôr em risco o futuro do Estado.

Em poucas linhas, o que se deve buscar é o equilíbrio, e, de forma concomitante, deve-se tentar ao máximo proteger da melhor forma os direitos constitucionais garantidos, de preferência sem se utilizar de uma postura ativista.

3.6. Ativismo judicial no Brasil: casos e implicações

3.6.1 O juiz ou tribunal legislador

Iniciando a exposição e análise de casos que ilustram a ocorrência do ativismo judicial no Brasil, primeiramente se traz aqueles que, a nosso ver, se enquadram na categoria do juiz/tribunal como legislador. Aqui, não na figura de legislador negativo, mas numa atuação do poder judicial, em especial do Supremo Tribunal Federal, que se aproxima em muito da figura de um legislador positivo; em termos práticos, assemelhando-se a função que é atribuída constitucionalmente ao parlamento brasileiro.

3.6.1.1 O caso do direito de greve dos servidores públicos

O primeiro caso que se invoca é o do exercício do direito de greve por servidores públicos, já descrito no segundo capítulo, para onde se faz remissão desde logo⁴³⁴. Nesse caso, entendemos clara a ocorrência do ativismo judicial, pela extrapolação pelo poder

⁴³⁴ Ver Capítulo II, tópico 2.3.1.

judicial da função que lhe cabe, já que, além de declarar a omissão inconstitucional, o STF definiu alguns critérios para o exercício do referido direito não regulamentado pelo poder legislativo⁴³⁵. Além disso, esse caso ilustra e torna possível perceber a relação entre a falta de atuação do parlamento com a adoção de uma postura ativista pelo STF para efetivar um direito constitucionalmente previsto, ao qual o parlamento não dedicou a devida atenção.

Frente à inércia do legislador, fez o STF ele próprio a adoção de medida que se pode perfeitamente comparar com uma de tipo legislativa. Muito embora, vale ressaltar que, mesmo depois de várias decisões do STF, o parlamento ainda não adotou nenhuma medida sobre o tema, o que demonstra que uma atuação desse tipo por parte de juízes e tribunais não significa necessariamente um estímulo ou uma coerção para que o parlamento atue de forma desejável.

Ademais, o caso mencionado já nos serve para revelar algumas implicações do fenômeno do ativismo judicial para o Estado de Direito. Como vantagem de uma atuação do tipo pode-se apontar a possibilidade de realização de um direito fundamental não regulamentado pelos outros poderes, nomeadamente pelo poder legislativo, o que possibilita o alcance de uma maior eficácia e efetividade do texto constitucional.

3.6.1.2 ADPF nº 54 e o aborto de anencéfalo

O segundo caso que se traz é o da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴³⁶ (ADPF) nº 54⁴³⁷, julgada em abril de 2012. Esta ação foi proposta pela

⁴³⁵ Sobre esse ponto, vale trazer as palavras de Vital Moreira, quando aduz que: “Na fiscalização das omissões inconstitucionais o juiz constitucional deve limitar-se a verificar se existem ou não as normas necessárias e adequadas ao cumprimento da incumbência constitucional, mas não lhe cabe naturalmente fazer injunções ou instruções concretas ao legislador sobre o modo de suprir a omissão constitucional, nem muito menos substituir-se ao legislador na sua emissão”. MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade*. In Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 197.

⁴³⁶ De forma sucinta, pode-se dizer, com base em explicação apresentada pelo próprio STF, que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), “É um tipo de ação, ajuizada exclusivamente no STF, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Neste caso, diz-se que a ADPF é uma ação autônoma. Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às ADIs, podendo questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição Federal, mas tal norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente (no caso, anterior à de 1988). A ADPF é disciplinada pela Lei Federal 9.882/99. Os legitimados para ajuizá-la são os mesmos da ADI. Não é cabível ADPF quando existir outro tipo de ação que possa ser proposto.” BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Glossário Jurídico*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>. Último acesso em: 23 de setembro de 2013. Para maior aprofundamento sobre esse tipo de ação no direito constitucional brasileiro, Cf., SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1126-1156; MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1268-1324.

Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que questionava os artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal Brasileiro⁴³⁸, tendo como objetivo que fosse declarada inconstitucional a interpretação de que o aborto de anencéfalo⁴³⁹ configuraria crime de aborto.

Ocorre que o Código Penal Brasileiro só prevê expressamente duas hipóteses em que o aborto não é punido como crime, que são as hipóteses do art. 128, I e II⁴⁴⁰, onde não consta expressamente menção ao aborto de anencéfalos. Mesmo diante do que prescreve o diploma legal referido, o STF entendeu por acatar a tese de que quando se estiver diante de gravidez de anencéfalo, em que a possibilidade de o feto viver é quase nula, o aborto não configuraria crime. Assim, na prática, a mais alta corte brasileira criou uma terceira hipótese de não punição do aborto; ou de outro modo, a ADPF 54, em termos práticos, acrescentou um terceiro inciso ao art. 128 do código penal. Pode-se dizer então que o STF, ao criar mais uma hipótese de não ocorrência do crime de aborto, agiu como legislador positivo, mais uma vez assumido uma postura ativista.

Sobre o assunto discutido e decidido nessa ADPF, convém dizer que várias vezes entidades médicas e trabalhadores da saúde já haviam chamado a atenção de parlamentares para que a questão fosse definida no âmbito do parlamento. Todavia, não se viu nenhuma tomada de decisão por parte deste, o que pode ser explicado talvez pela complexidade do tema e pela polêmica que envolve a questão do aborto, mesmo no caso de anencéfalo, visto que tema de tal tipo desperta e termina por envolver várias discussões éticas, morais, sociológicas e, principalmente, religiosas. Em palavras simples e diretas, um assunto como esse não é daqueles que os parlamentares brasileiros preferem discutir e se posicionar, pois é alta a possibilidade de se desagradar algum setor da sociedade (ou os profissionais da saúde e cientistas ou entidades e instituições religiosas, por exemplo).

⁴³⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Último acesso em 13 de setembro de 2013.

⁴³⁸ “Aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento: Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. (...) Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (...) Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. In BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848/1940 – Código Penal Brasileiro*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em 10 de Maio de 2013.

⁴³⁹ Walber de Moura Agra aduz que “Anencefalia é a má-formação congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, propiciando que haja apenas resíduo do tronco encefálico, ou seja, significa “ausência de cérebro”, inexistindo qualquer função superior do sistema nervoso central. A maioria esmagadora dos nascituros anencefálicos morre logo após seu nascimento”. AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 176 e 177.

⁴⁴⁰ Ver nota 438.

Com efeito, entende-se aqui que o Supremo assumiu um papel que não lhe compete, que não cabe no esquema de separação dos poderes⁴⁴¹. A nosso ver, a mais alta corte brasileira, por meio de sua decisão nesse caso, invadiu o núcleo essencial de funções do parlamento, nomeadamente no que se refere à adoção de medidas legislativas, mais especificamente à criação de tipos penais ou de hipóteses de atipicidade penal.

Esse tipo de postura adotada pelo guardião da Constituição brasileira apresenta também a desvantagem de deslocar temas complexos e importantes do local onde deveriam ser discutidos – o parlamento – para dentro de um tribunal. Passam então, em certos casos, os onze ministros do STF a decidir pela totalidade da população, e, mais ainda, é desvirtuada ou diminuída a obrigação e responsabilidade do legislador de tratar de alguns assuntos. Tudo isso inverte a lógica ou o processo natural do regime democrático e pode criar um quadro em que os parlamentares se abstêm, o poder judicial decide, parte da população fica satisfeita, outra parte não é ouvida e atendida em suas reivindicações, deixa de se cobrar na intensidade desejável do parlamento que este resolva o que lhe cabe e passa a se procurar o poder judicial para pôr fim aos problemas. O que, no fim, pode ocasionar um desequilíbrio na balança dos poderes, e, com o decorrer do tempo, implicar na criação de um “superpoder”, no esvaziamento das funções do parlamento e no enfraquecimento da importância deste.

3.6.1.3 ADI nº 4424 e a natureza da ação penal dos crimes de violência doméstica contra a mulher

Mais um caso que se traz para exemplificar a atuação do STF como legislador positivo é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424⁴⁴², julgada em fevereiro de 2012. Essa ação foi proposta pela Procuradoria-Geral da República e tinha como objetivo declarar a inconstitucionalidade dos art. 12, I; 16 e 41 da Lei 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Pena, que estabelece mecanismos para combater a violência familiar e doméstica contra a mulher.

O que se visava com tal declaração de inconstitucionalidade, requerida na ADI 4424, era que a ação penal relativa aos crimes previstos na lei 11.340/2006 deixasse de ser de natureza condicionada à representação da mulher ofendida e passasse a ser incondicionada,

⁴⁴¹ A título de nota, vale dizer que a separação dos poderes está prevista, inclusive, como cláusula pétrea, no artigo 60, par. 4º, III da Constituição Federal brasileira de 1988.

⁴⁴² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=maria%20da%20penha&processo=4424>>. Último acesso em: 13 de setembro de 2013.

para que o Ministério Público pudesse atuar e propor a ação independente da declaração de vontade ou autorização da vítima. A Procuradoria-Geral da República alegou que o espírito da Lei Maria da Penha era o de coibir a violência doméstica contra a mulher e que o fato de a ação ser condicionada à representação da vítima contribuía para grande impunidade, uma vez que, em muitos casos, por medo ou por outros motivos, a mulher ofendida não realizava tal representação. Alegou-se também que o condicionamento à representação, por supostamente criar um quadro de impunidade, não estaria em conformidade com os preceitos do art. 5º, I e XLI e 226, parag. 8º da Constituição Federal de 88, com textos, respectivamente, no sentido de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades” e que o “Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Com base nesses argumentos, o STF decidiu em sentido diferente do que estabeleceu o legislador e julgou a ação procedente. E, sob o argumento de que estava dando interpretação conforme aos artigos 12, I; 16 e 41 da Lei 11.340/2006, resolveu então em sua decisão final “assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico”⁴⁴³.

De forma resumida, os votos que construíram a maioria vencedora seguiram a linha de que proteger a vulnerabilidade da mulher ao máximo seria o que mais combinaria com o que prevê e com o que se extrai do texto constitucional; que tal proteção decorre da própria necessidade de tutela da dignidade da pessoa humana. Na opinião da maioria dos ministros, o STF não poderia deixar de declarar inconstitucionais os dispositivos contestados, por de certa forma esses dispositivos impedirem que os agressores fossem punidos, o que significaria uma proteção insuficiente à mulher, não representando um tratamento materialmente igual.

Contrário à maioria vencedora, o Ministro Cezar Peluzo, presidente do STF na época, entendeu que não se poderia declarar tal inconstitucionalidade. Primeiro, com base em alguns estudos e pesquisas, defendeu que existiria uma divisão doutrinária e dentro da própria sociedade civil quanto ao alcance da Lei Maria da Penha e, também por isso, entendia que não necessariamente o fato de tornar a ação penal pública incondicionada significaria uma maior eficácia da lei e da proteção constitucional que deve ter a mulher. Segundo, em respeito ao

⁴⁴³ Ver nota 442.

texto da lei e à opção do poder legislativo pela ação pública condicionada à representação, afirmou:

“Não posso supor que o legislador tenha sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e das relações humanas, inclusive por meio de audiências públicas, que apresentaram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal”⁴⁴⁴.

Em síntese, embora o parlamento tenha regulamentado a forma de proteção da mulher e o tipo de ação penal, o STF contrariou a vontade democrática do legislador, isso por claramente instituir um comando em sentido contrário ao que consta no texto da Lei 11.340/2006, o que no nosso entender só poderia ser feito pelo próprio parlamento. Nessa perspectiva, pode-se dizer então que tal decisão implica uma violação ao princípio democrático e ao princípio da maioria⁴⁴⁵. Ademais, o que o STF fez ao trocar a palavra “condicionada” por “incondicionada” foi comparável a se trocar um “sim” por um “não”, ou o inverso. Essa postura se enquadra dentro daquilo que no presente trabalho se considera ativismo judicial, nomeadamente na categoria do ativismo judicial decorrente de um criativismo heterodoxo, patológico ou hard⁴⁴⁶.

3.6.2 Juiz ou tribunal co-constituente

Apresentados esses três casos que ilustram a atuação do STF como legislador positivo, traz-se agora alguns que demonstram uma atuação ainda mais além, qual seja, a postura assumida pelo STF de criar, acrescentar, corrigir ou alterar o teor do texto constitucional. Postura essa que em muito se assemelha ao papel reservado ao poder constituinte, originário ou reformador.

3.6.2.1 ADPF nº 132 e ADI nº 4277 e a proteção jurídica das uniões estáveis homoafetivas

⁴⁴⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo julga procedente ação penal da PGR sobre Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Último acesso em 23 de setembro de 2013.

⁴⁴⁵ Segundo Vital Moreira, do princípio da maioria “decorre uma exigência fundamental da jurisdição constitucional, que consiste em não usurpar o papel do legislador ordinário, expressão da maioria de governo, substituindo-se àquele nas escolhas constitucionalmente admissíveis”. MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade*, p. 195 e 196.

⁴⁴⁶ Cf., Capítulo III, tópico 3.3.2.

Em maio de 2011 os ministros do STF julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277⁴⁴⁷ e junto com esta também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, propostas pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente. O que se tinha por objetivo com essas ações era básica e resumidamente que fosse dada interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil Brasileiro⁴⁴⁸, para que as uniões entre pessoas do mesmo sexo, que preenchessem os requisitos legais do instituto da união estável, recebessem a mesma proteção jurídica das uniões estáveis entre pessoas de sexo diferente. Isto, sob o argumento de que a inexistência de possibilidade de reconhecimento das relações homoafetivas como união estável contrariaria princípios constitucionais, nomeadamente os princípios da igualdade, da liberdade sexual e da dignidade da pessoa humana. O STF julgou de forma favorável às duas ações, o que possibilitou a garantia de uma série de direitos de direitos aos homoafetivos, dentre os quais direitos civis e previdenciários.

Ocorre que, independentemente do mérito de se proteger e reconhecer direitos a pessoas que preferem se relacionar com outras do mesmo sexo, a nosso ver, diante do texto do art. 226, par. 3º da Constituição Federal de 1988⁴⁴⁹ e do art. 1723 do Código Civil⁴⁵⁰, o STF incorreu em ativismo judicial, alterando a literalidade do texto constitucional e do referido dispositivo do código civil⁴⁵¹. Isso, pois, em ambos, apenas “é reconhecida a união estável entre homem *e a* mulher”, o que, data vênia, não deixa espaço para interpretação de ser possível a união estável entre homem *e* homem ou mulher *e* mulher⁴⁵².

As implicações que se extraem dessa atuação ativista do STF para o Estado Constitucional de Direito, são principalmente as seguintes: como vantagem, tal decisão serviu para assegurar direitos que não foram contemplados pelo legislador constituinte a uma minoria; como desvantagem, verifica-se uma incisiva violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático, isso por ter o STF assumido uma postura de co-constituinte e tratado de tema de grande complexidade e que é de interesse de toda população;

⁴⁴⁷ Esta ação é fruto da conversão da ADPF 178 em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁴⁴⁸ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. *In* BRASIL. *LEI 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Último acesso em: 13 de setembro de 2013.

⁴⁴⁹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁴⁵⁰ Ver nota 448.

⁴⁵¹ Como ensina Vital Moreira, “Não compete ao juiz constitucional corrigir a Constituição quando esta supostamente não contém as soluções mais acertadas ou avisadas.”. MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade*, p. 193.

⁴⁵² Cf., PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*, p. 316 e 317.

onde, logo, o palco legítimo para discussão e adoção da medida adequada (a nosso ver, emenda constitucional) para a problemática suscitada no caso seria o parlamento.

3.6.2.2 A adoção de regras sobre transfuguismo político e fidelidade partidária pelo STF e pelo TSE

Outro caso ainda mais marcante – e que por isso será dedicado maior espaço – de atuação do poder judicial como co-constituente é o que diz respeito à criação de regras de perda de mandato parlamentar por desfiliação partidária, em que se vê uma atuação ativista conjunta entre STF e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Sobre essa questão, começa-se por registrar que apesar de já ter existido previsão em constituições anteriores para perda de mandato eletivo por “infidelidade partidária”⁴⁵³, não se encontra na atual Constituição previsão expressa em nenhum de seus mais de duzentos artigos sobre tal possibilidade⁴⁵⁴. E, com base nisso, na primeira vez que o STF se pronunciou sobre o tema entendeu que devido ao silêncio do texto constitucional não seria possível se instituir ou reconhecer a possibilidade de perda de mandato por parte de parlamentar em caso de troca de partido⁴⁵⁵.

O marco inicial para a criação das regras de perda de mandato por “infidelidade partidária” foram duas consultas⁴⁵⁶ feitas ao TSE sobre a possibilidade de os partidos reaverem os mandatos de candidatos eleitos tanto pelo o sistema proporcional quanto

⁴⁵³ No Brasil é comum, inclusive no meio jurídico, o uso da expressão infidelidade partidária em sentido igual ao que, na verdade, pode ser considerado transfuguismo político, talvez por isso que o STF e o TSE tenham utilizado predominantemente a expressão “(in)fidelidade partidária” em suas decisões sobre o tema. Sobre o que é transfuguismo político, pode-se dizer que é a mudança de um partido para outro, realizada por parte de um parlamentar, no exercício de um cargo público eletivo, para o qual foi eleito democraticamente. Para mais, sobre esse conceito, Cf., ROCA, Javier García. *Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato*. Cuadernos de Derecho Público, nº 32, set-dez, p. 25-68. Instituto Nacional de Administración Pública: Madrid, 2007. p. 27; MALLÉN, Beatriz Tomás. *Transfuguismo parlamentário y democracia de partidos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 33 e 34; DIAS, Bruno Palloni Costa. *Representantes versus Partidos: O fenômeno do transfuguismo político no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2009. p. 91 e 92.

⁴⁵⁴ Vale dizer, mais especificamente, que no artigo 55 da CF/88, que trata das hipóteses de perda de mandato por deputado ou senador, não consta a previsão da possibilidade de perda de mandato por mudança/desfiliação de partido político.

⁴⁵⁵ No mandado de segurança nº 20.927, decidido em 1989, logo após a entrada em vigor da Constituição brasileira, o STF decidiu que: “Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu”. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança nº 20.927-5*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

⁴⁵⁶ Consultas 1.398/2007 e 1.407/2007.

majoritário. O TSE, em resposta, elaborou as Resoluções nº 22.526⁴⁵⁷ e nº 22.600⁴⁵⁸, posicionando-se no sentido de que os partidos políticos tinham o direito de preservar as vagas dos candidatos eleitos, mesmo diante da falta de previsão expressa.

Em resumo, o argumento utilizado pelo TSE nas resoluções foi o de que se deve levar em conta o conjunto de princípios constitucionais e a sistemática da CF/88. E, segundo os ministros, ao ser feito isso, pode-se extrair o entendimento de que a Constituição dá “exponencial qualificação constitucional aos partidos”⁴⁵⁹ e coloca os partidos políticos na centralidade da democracia brasileira, pois os candidatos se elegem com o voto das legendas. Defendeu também o TSE que em decorrência do art. 14º, §3º, V da Constituição de 1988⁴⁶⁰, que prevê a filiação partidária como condição de elegibilidade, “o vínculo existente entre o candidato e o partido é o mais forte, senão o único (...) podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do partido político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária.”⁴⁶¹

Com base nessas duas resoluções do TSE, os partidos políticos que mais tinham sido prejudicados com a mudança de parlamentares pediram ao presidente da câmara dos deputados que fossem declarados vagos os cargos ocupados pelos parlamentares trânsfugas e fosse dada posse aos suplentes para ocupar as vagas. O presidente da Câmara dos Deputados, a época o deputado Arlindo Chinaglia, indeferiu o pedido, por alegação de não constar no art. 55⁴⁶² da Constituição Brasileira causa de perda de mandato desse tipo e não ter competência para tanto.

Do indeferimento do pedido de vacância dos cargos, foram impetrados os mandados de segurança 26.602-3, 26.603-1 e 26.604-0, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista (PPS), Partido Social Democracia Brasileira (PSDB) e pelo Democratas (DEM). Nesses mandados, o STF mudou o posicionamento adotado em 1989 no MS 20.927⁴⁶³ e confirmou o que o TSE havia pronunciado nas resoluções 22.526 e 22.600. Ou seja, o STF

⁴⁵⁷ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Resolução 22.526 de 27/03/2007*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

⁴⁵⁸ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Resolução nº 22.600 de 16/10/2007*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=1407&processoClasse=CTA&decisaoData=20071016&decisaoNumero=22600>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

⁴⁵⁹ Ver nota 458.

⁴⁶⁰ “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”.

⁴⁶¹ Ver nota 458.

⁴⁶² Ver nota 454.

⁴⁶³ Ver nota 455.

decidiu pela possibilidade de perda pelo parlamentar eleito do direito de continuar exercer o mandato eletivo quando ocorresse desfiliação partidária.

Em síntese, os argumentos dos ministros que formaram a maioria configuradora da decisão do STF foram os seguintes: o de que no Brasil, a eleição dos deputados se faz pelo sistema proporcional, por lista aberta e nominal, colhendo-se, segundo o voto dos ministros, que o eleitor exerce a sua liberdade de escolha entre os candidatos registrados pelos partidos políticos, e então o destinatário do voto seria o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida, de forma que o parlamentar eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem no ideário e no programa do partido o norte de sua atuação⁴⁶⁴; o de que a fidelidade partidária é “corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal”⁴⁶⁵ e isso implicaria que sem ela não seria possível atender aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento jurídico constitucional.⁴⁶⁶; e, o de que, além do sistema eleitoral adotado, a regra de fidelidade partidária decorre da lógica e da sistemática estabelecida pelo art. 14, §3º, V⁴⁶⁷, que ao estabelecer expressamente a filiação partidária como condição de elegibilidade, destacou a importância dada aos partidos para a democracia do país.

Com esses argumentos, o STF, baseado em uma interpretação lógica, sistemática e em princípios supostamente implícitos na Constituição, decidiu então que o mandato pertence ao partido e é direito do partido manter o número de cadeiras obtidas, reconhecendo, porém, o direito à ampla defesa, para justificação e apresentação de justa causa da desfiliação, ao parlamentar que venha a se desfiliar de partido político⁴⁶⁸.

Dos ministros que foram contrários, destaca-se aqui o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa. Este, no seu voto, adota linha de argumentação no sentido de que a fundamentação utilizada pelo TSE, colocando os partidos políticos como centro de toda organização política no Brasil, apresenta problemas. Isso porque “Faz dos partidos políticos a fonte derradeira de toda legitimidade democrática no País.”⁴⁶⁹, argumento que, segundo o

⁴⁶⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança nº 26.602-3*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

⁴⁶⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança nº 26.604-0*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ Ver nota 460.

⁴⁶⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança nº 26.603-1*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

⁴⁶⁹ Ver nota 465.

Ministro, faz “a maior abstração daquele que em realidade, encarna a própria soberania - o povo.”⁴⁷⁰ Ainda segundo Barbosa, ao fazer isso o TSE deixou de lado o fato de que a organização político-constitucional é informada por um princípio capital, que consta no art. 1º da CF/88; o de que “todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da constituição”. Defendeu assim, que na organização política-constitucional brasileira, o povo é que é a fonte primordial e o titular absoluto do poder, e, diante disso, o mandato não necessariamente é dos partidos⁴⁷¹.

Importa destacar que o ministro Joaquim Barbosa, no seu voto, diz que da análise do direito positivo, percebe-se que o legislador constituinte de 1988 fez a opção deliberada de abandonar o regime da fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, pois optou de forma exaustiva por descrever quais seriam as causas de perda de mandato pelo parlamentar eleito com o voto popular, e dentre essas hipóteses não consta a fidelidade partidária. O referido ministro diz também que somente aos partidos e a mais ninguém compete aplicar a sanção por quebra de fidelidade partidária, fazendo referência ainda ao art. 15 da CF/88, afirmando que tal dispositivo não dá espaço para “cassação” dos direitos políticos dos parlamentares eleitos por infidelidade partidária⁴⁷².

Joaquim Barbosa encerra seu voto dizendo que seu posicionamento é o mesmo que o STF tomou no julgamento do MS 20.927, e profere as seguintes palavras:

“Por mais que eu comungue dos anseios generalizados em prol da moralização da vida político-partidária do nosso país, não vejo como fazê-lo nos termos propostos na impetração (...) Não me parece adequado resolver essa questão a luz de princípios supostamente implícitos da nossa Constituição”⁴⁷³.

Em suma, foram esses os principais argumentos utilizados na decisão dos mandados de segurança, que à margem do que diretamente está expresso no texto constitucional criou a possibilidade de perda de mandato por transfuguismo político. Abrindo espaço para que, diante do entendimento firmado, o TSE editasse a Resolução nº 22.610, e,

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ Em sentido próximo, importa trazer as palavras de Jorge Miranda, quando diz que: “A representação política hoje não pode deixar de estar ligada aos partidos, mas não converte os parlamentares em meros porta-vozes dos seus aparelhos. Pode-se dizer que o mandato parlamentar é (salvo em situações marginais) conferido tanto a eles quanto aos partidos; não é aceitável substituir a representação dos eleitores através dos eleitos pela representação através dos dirigentes partidários, seja qual for o modo que estes são escolhidos [...] os Deputados e Senadores são eleitos por todos os cidadãos e não apenas pelos militantes ou as bases activistas dos partidos e que juridicamente representam o povo e não os partidos. [...] Uma democracia representativa autêntica exclui tanto a livre circulação livre de representantes como uma fidelidade partidária cega, contrária a liberdade e à responsabilidade dos eleitos pelo povo” *In MIRANDA, Jorge. Divisão do Poder e partidos políticos*, p. 30 e 31.

⁴⁷² Ver nota 465.

⁴⁷³ *Ibid.*

por meio desta, criasse uma série de regras para a perda de mandato, tanto regras de natureza material quanto regras de natureza processual⁴⁷⁴.

No presente caso, a nosso ver, não restam dúvidas quanto a que o STF – e também o TSE – incorreram em ativismo judicial. De uma só vez, a mais alta corte brasileira derogou a norma que estabelece que regras de fidelidade partidária devem ficar a cargo dos estatutos dos partidos⁴⁷⁵ e alterou e/ou emendou o sentido do texto constitucional, acrescentando o entendimento de que o mandato pertenceria aos partidos e que o parlamentar que se desfilia sem justa causa perde o mandato. No que diz respeito ao TSE, este se utilizou indevidamente ou distorcidamente de competência que lhe é conferida para criar na verdade algo que se assemelha profundamente com uma “lei sobre o transfuguismo político”⁴⁷⁶.

Convém chamar atenção para o fato de que apesar da boa intenção percebida na atuação dos ministros de moralizar o sistema político brasileiro, na verdade não foi isso que se viu acontecer em sequência. No lugar de pôr fim ao troca-troca de partidos, STF e TSE institucionalizaram tal prática, pois, como é de conhecimento público no Brasil, parlamentares continuam mudando de partido, agora com a chancela da resolução 22.610. Como comprovação disso, basta citar a criação do Partido Social Democrático (PSD), quando parlamentares de muitos partidos, principalmente da oposição, criaram tal partido como forma de fugir das regras de perda de mandato criadas pelo TSE. Vários parlamentares se utilizaram de uma exceção⁴⁷⁷, prevista na já mencionada resolução, e formaram um partido novo, que com cinquenta e cinco deputados, já nasceu como a terceira maior bancada da câmara, muito forte politicamente, mas com ideologia não muito clara, por assim dizer⁴⁷⁸. Tudo isso mostra a incapacidade do poder judicial, de dentro dos tribunais, de adotar determinadas medidas e

⁴⁷⁴ Anexo A.

⁴⁷⁵ Artigo 17, parágrafo 1º da CF/88.

⁴⁷⁶ O art. 23, XII e XVIII da Lei 4.737/64 (Código Eleitoral Brasileiro), prevê que: “Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, (...) XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político (...) XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.”

In BRASIL. Lei 4.737/1965 – Código Eleitoral Brasileiro. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm >. Acesso em 22 de setembro de 2013.

O TSE ao responder a consulta e estabelecer em resolução que os partidos teriam o direito de preservar o mandato, criou direito e extrapolou, a nosso ver, a sua competência de “responder a consultas”. Bem como, ao editar a resolução 22.610, o TSE fez muito mais do que adotar medida conveniente à execução da legislação eleitoral. Isto, pois, se não existe nenhuma norma na constituição que preveja expressamente a perda de mandato por mudança de partido e nenhuma “legislação” eleitoral nesse sentido, sem sombra de dúvidas a resolução não trata de “providência para execução da legislação eleitoral”. Não há como se tomar providência para executar algo que não existe.

⁴⁷⁷ O art. 1º, par. 1º, II, da Resolução 22.610, considera justa causa para desfiliação a mudança de parlamentar para criação de novo partido, caso em que o representante eleito não perde o mandato. Ver Anexo A.

⁴⁷⁸ O próprio presidente do PSD, Gilberto Kassab, chegou a afirmar, em entrevista coletiva concedida em março de 2011, que o partido não seria “Nem esquerda, nem direita, nem de centro”.

resolver problemas do tipo⁴⁷⁹. E, especificamente nesse caso, pode ser dito até que a atuação do STF e do TSE além de não resolver os problemas de transfuguismo político fez foi agravar a situação⁴⁸⁰.

3.7 Em busca de meios e instrumentos para solução ou amenização da ocorrência do ativismo judicial no que se relaciona com a atuação do parlamento brasileiro: reflexões propositivas

Chegando quase ao fim do presente trabalho, dedica-se este tópico a algumas breves reflexões sobre quais seriam os caminhos possíveis para solucionar ou amenizar a ocorrência do ativismo judicial, no que se relaciona com a atuação do parlamento brasileiro, e as implicações ou efeitos oriundos da adoção de uma postura desse tipo.

Vale referir, desde já, que não se tem aqui a pretensão de apontar caminhos ou soluções já maduras, exatas e testadas; mas sim, diante da investigação realizada e de tudo que foi exposto, apontar algumas reflexões e levantar a possibilidade de algumas propostas servirem como solução, lançando bases ou pontos de partida para futuros trabalhos e investigações.

3.7.1 Necessidade de uma reforma político-eleitoral

A primeira proposta e reflexão que se lança é a da necessidade de uma reforma político-eleitoral no Brasil, de modo que, por meio de mudanças no sistema político e nas regras eleitorais se consiga melhorar a qualidade dos representantes ou extrair ao máximo suas qualidades; criar maior proximidade entre representados e representantes, com o objetivo de aumentar a fiscalização popular sobre estes; diminuir a influência do poder econômico nas escolhas tanto dos eleitores (na hora de votar) quanto dos eleitos (no exercício dos seus mandatos); possibilitar uma oxigenação e maior rotatividade no exercício de cargos políticos, oferecendo condições para que novos candidatos ou novas candidaturas tenham a possibilidade de concorrer com as grandes estruturas, inclusive familiares, que há anos estão

⁴⁷⁹ Cf., SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*, p. 261-263.

⁴⁸⁰ Para melhor ilustrar tal quadro, importa referir que, em rápida pesquisa em jornais eletrônicos, colhem-se as informações de que, em setembro de 2013, foram criados mais dois partidos políticos no Brasil, o Partido da Solidariedade e o Partido Republicano da Ordem Social, chegando-se ao número de 32 partidos neste país. Em 05 de outubro de 2013, data limite para que os parlamentares se filiassem aos partidos pelos quais pretendem disputar as eleições de 2014, estima-se que por volta de 50 deputados mudaram de partido. Destes, cerca da metade trocaram o partido que estavam pelos mencionados partidos recém-criados.

ocupando espaços, principalmente, no parlamento; dentre outros possíveis benefícios que poderiam e podem proporcionar uma reforma político-eleitoral.

Fica a questão de se saber, todavia, quais os meios e instrumentos que mais se adequariam e poderiam contribuir para a melhora da realidade política e eleitoral brasileira. Para se descobrir isso, acredita-se que é necessário um estudo específico e aprofundado, que consiga por meio da comparação e da análise da realidade de outros países, ver o que melhor se aplicaria as peculiaridades políticas, sociais, culturais e jurídicas do Brasil. Apenas para citar alguns pontos que mereceriam, a nosso ver, a atenção de um estudo do tipo, têm-se os seguintes: a discussão sobre a forma de financiamento de campanha; a criação de procedimentos de responsabilização dos parlamentares por quebra de compromissos assumidos perante os eleitores; a adoção de sistema de voto distrital ou distrital misto; a mudança ou não para o voto facultativo; a adoção de cláusula de barreira para dificultar a proliferação de mais partidos; existência de candidaturas independentes; a melhor distribuição de verbas do fundo partidário e do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão; a limitação de mandatos para parlamentares; dentre outros que poderiam ser incluídos.

Ademais, a nosso ver, umas das melhores formas de se contrabalancear e controlar a atuação do poder judicial no Brasil, em especial do STF, é através do fortalecimento do parlamento e do bom desempenho por parte deste das suas funções. E, nessa linha, mudanças no sistema político-eleitoral brasileiro contribuiriam para que se atingisse um quadro em que o parlamento realmente desempenhe o papel que lhe cabe e ocupe os espaços que lhe compete no esquema de separação dos poderes. Com isso, talvez se pudesse diminuir as chances de o STF, sob o pretexto de corrigir as falhas e vazios do parlamento, incorrer em práticas ativistas. Logo, o desbalanceamento evidenciado e exposto em tópicos anteriores, fruto da postura, em alguns casos, assumida pelo STF, em detrimento do poder legislativo, seria amenizado; e, também, frente ao fortalecimento do parlamento, seriam menores as chances do poder judicial se tornar ou tentar se tornar um “superpoder” ou o “poder dos poderes” no Brasil.

3.7.2 Criação de um procedimento de saneamento de omissões e de diálogo entre o poder judicial e o parlamento

Um dos problemas geralmente apontados para justificar a adoção de uma postura mais ativista é a existência de omissões por parte do parlamento, tanto de omissões legislativas inconstitucionais, como de omissões no sentido de se considerar que o parlamento

deveria tomar posicionamento, atuar e regulamentar determinadas questões (mesmo que não exista uma obrigação expressa na Constituição nesse sentido).

Diante disso, se levanta a indagação de se a existência de um procedimento para saneamento dessas “omissões”, bem como a adoção de um procedimento que possibilitasse um diálogo institucional entre o parlamento e, principalmente, o STF, para serem acionados especialmente quando este entendesse que o parlamento precisaria dar alguma resposta, não poderia contribuir para se evitar o ativismo judicial e amenizar os efeitos deste fenômeno.

Em outros termos, levanta-se a indagação de se não seria o caso de o próprio parlamento criar uma forma de diálogo entre ele e o STF, por meio de emenda constitucional e devida legislação. Isso para que a mais alta corte brasileira, ao se deparar com alguma omissão e antes de adotar alguma medida concreta, tivesse à sua disposição um “caminho” junto ao parlamento para que este solucionasse o problema. Este procedimento, todavia, teria que oferecer algum grau de vinculação e algum efeito emergencial, para que o parlamento não demorasse tanto na resposta e/ou na solução do problema colocado.

Dessa ideia, pode surgir o questionamento de se um procedimento do tipo não significaria uma submissão ou subserviência do parlamento em relação ao STF. A princípio e de maneira geral, não é assim que aqui se entende. Já que, na verdade, a nosso ver, o que o parlamento estaria a fazer seria criar um instrumento legal e institucional para garantir que a discussão e adoção de medidas que estão dentro de suas competências não saiam dos seus domínios (ou voltem para seus domínios).

Além disso, diante da existência de casos em que o STF acredita que é necessária uma atuação, mas que não está prevista na Constituição tal obrigação, o parlamento poderia se pronunciar no sentido de que na verdade não se trata de uma postura omissa por parte dele, mas, sim, que a não intervenção no determinado domínio é na verdade uma “opção” do parlamento em não atuar, o que em alguns casos, no nosso ponto de vista, pode ser mesmo feito pelo parlamento, por exemplo: quando se está diante de situações em que os representantes do povo considerem que a adoção de determinada medida pode trazer maiores complicações ou conflitos do que a inexistência; em casos em que entendam os parlamentares que não existem suficientes condições técnicas, políticas ou sociais, para legislar; em casos em que o que o STF considera adequado não é na verdade, comprovadamente, a vontade do parlamento, e, muito menos, da população; ou ainda em casos em que a medida que é proposta pelo STF pode gerar impactos prejudiciais ao parlamento ou ao governo (por exemplo, o que pode acontecer quando se envolva questões que signifiquem uma oneração ao orçamento do Estado).

Enfim, com a adoção de procedimentos como os levantados, talvez o parlamento possa garantir que questões de sua competência sejam discutidas e resolvidas dentro do próprio parlamento e não pelos onze ministros do STF, por exemplo. Coloca-se aqui então mais uma possibilidade. Esta, contudo, diante da complexidade e das várias questões que podem ser levantadas, naturalmente, merece ser melhor estudada e desenvolvida em um trabalho futuro.

3.7.3 Ativismo social político-participativo

Além de propostas que têm uma ligação mais direta com a atuação dos poderes, é possível vislumbrar que a resolução do problema do ativismo judicial, no que se relaciona com a atuação do parlamento, pode passar também pela adoção de uma postura diferente por parte da própria sociedade. Haja vista que, é até intuitivo, quanto maior a pressão exercida pela população nos atores políticos, maior a tendência de que os interesses da população sejam respeitados e de que a atuação dos parlamentares melhore quantitativa e qualitativamente.

Nessa esteira, o aumento dos níveis de participação política e de exercício da cidadania, por meio da instauração de um verdadeiro *ativismo social político-participativo* pela sociedade – em que esta se interesse e participe mais nas questões e temas públicos e coletivos, e fiscalize a atuação do parlamento e também do governo – pode-se melhorar a conjuntura política do país. Isso ocorrendo, existe a possibilidade, na nossa compreensão, de que seja amenizado o ativismo judicial.

Mais uma vez, trabalha-se dentro da perspectiva de que o parlamento exercendo melhor suas funções pode evitar o surgimento e desenvolvimento de muitos problemas jurídicos e sociais, que quando não solucionados geralmente desembocam no poder judicial, para que este os resolva, utilizando-se algumas vezes de práticas ativistas para tanto. Ademais, quanto mais fortalecido for ou estiver o parlamento, deslegitima-se ou fecha-se espaço para o argumento de que o *modus* ativista de atuar é uma decorrência necessária da falta de atuação ou da má atuação dos representantes do povo.

3.7.4 Indagações sobre soluções para se evitar a sobreposição de valores pessoais de juízes e ministros e o desrespeito a métodos e técnicas de interpretação e aplicação do direito

Um ponto que também pode ser colocado é o de que uma atuação ativista por parte do poder judicial decorre muitas vezes da sobreposição de uma opção pessoal de um juiz ou ministro (este influenciando na formação da “vontade” do tribunal) ao que está consagrado expressamente nas leis e, por vezes, até mesmo na Constituição.

Diante disso, levanta-se a indagação de se não seria o caso de se adotar e criar um meio de responsabilização pessoal de juízes e/ou ministros por decisões ativistas que fossem fruto de opções pessoais e comprovadamente prejudiciais ao Estado de Direito. É uma possibilidade que à primeira vista poderia surtir bons resultados. Todavia, é preciso maior aprofundamento para saber se seria possível e qual a melhor forma de se fazer algo do tipo.

Outro fato que merece menção é o de que o ativismo judicial, principalmente no tocante à criação de direito *ex nihilo* e *ex novo*, pode ser entendido de modo muito claro como desrespeito também aos métodos e técnicas aceites de interpretação e de aplicação do Direito. Coloca-se, diante disso, a indagação de como seria possível fazer com que os juízes e ministros respeitem, de forma mais fiel, esses métodos e técnicas, bem como o texto constitucional e a legislação infraconstitucional.

Esta indagação, a nosso ver, é das mais difíceis de serem respondidas objetivamente. Primeiro, porque não é tão simples se apontar exatamente quais as técnicas e métodos de interpretação e aplicação do direito que podem ser consideradas melhor para evitar esse problema e amenizar a ocorrência do ativismo judicial. Segundo, pela dificuldade de se apontar algum instrumento que seja (ou possa se tornar) concreto e eficaz para que os juízes e tribunais respeitem tais técnicas de interpretação e aplicação. Para essas respostas, mais uma vez, coloca-se aqui a necessidade de um estudo mais aprofundado e específico.

CONCLUSÃO

Terminado o percurso que no presente estudo se propôs a fazer, importa nesta altura apresentar uma síntese das conclusões a que se chegou, as quais em sua maioria já foram expostas durante o texto.

Primeiramente, no tocante a forma como deve ser compreendido o princípio da separação dos poderes, ficou claro que ele não deve ser considerado nas suas raízes clássicas ou tradicionais (de forma rígida, absoluta), pois as necessidades atuais exigem uma leitura desse princípio de um modo que não inviabilize o bom funcionamento do Estado, que não seja prejudicada a eficiência deste, e não que seja prejudicada a desejável atuação articulada dos poderes, para que estes possam assim realizar da melhor forma o que está previsto no texto constitucional.

Contudo, isso não pode vir a significar um enfraquecimento ou relativização do princípio da separação dos poderes a ponto de ser possível um poder se sobrepor a outro, sob um argumento de que estaria a agir visando uma maior eficiência do Estado e uma melhor realização dos direitos constitucionalmente previstos, por exemplo. É preciso se respeitar o núcleo essencial de cada poder e é preciso também que o relacionamento entre os órgãos e entre as pessoas que exercem cargos e funções públicas seja pautado na cooperação, no respeito e em normas de lealdade institucional. E, como isto vale para todos os poderes, vale também para o poder judicial. É nesses moldes que aqui se entende que este poder deve nortear sua atuação.

Conclui-se também, com a investigação feita e apresentada, que a ocorrência de vários problemas na atuação do parlamento brasileiro confirma a existência de uma crise que se não deve ser dita propriamente como do parlamento (enquanto instituição), pode-se afirmar ser uma crise dos parlamentares ou do sistema político.

Tais problemas terminam por criar espaço para que o poder judicial, em especial o STF, exerça um protagonismo exacerbado desequilibrador da relação dos poderes, existindo um ambiente estimulante para que a mais alta corte atue de forma mais criativa e para que os ministros se sintam tentados a incorrerem em ativismo judicial, muitas vezes agindo sob o pretexto de estar a tentar realizar os anseios da população que não são realizados de modo efetivo pelo parlamento. Dentro desse quadro, o fortalecimento do parlamento e o bom desempenho das funções por parte deste pode contribuir para que o fenômeno do ativismo judicial seja evitado ou amenizado.

Na abordagem do tema ativismo judicial, viu-se que tanto a expressão quanto o fenômeno têm origem nos Estados Unidos da América. Verificou-se também que, em grande medida, devido à forma como foi introduzida a expressão, o ativismo judicial apresenta grandes dificuldades de conceituação, podendo ser dito que se trata de um termo polissêmico.

Diante disso, com a base fornecida pelo estudo das origens e por meio de uma apresentação e análise de conceitos apontados por vários autores, percorreu-se um caminho para evidenciar como deve ser entendido e considerado o ativismo judicial. Demonstrou-se então que este pode ser conceituado de modo geral (uma concepção mais abrangente do que seria) e de modo específico (apontando-se, mais especificamente, situações em que ocorre o ativismo judicial)⁴⁸¹.

Na abordagem dos tipos de ativismo judicial, no que concerne ao critério da índole, viu-se que tanto o ativismo conservador quanto o ativismo liberal ou progressista apresentam perigos e podem causar prejuízos, não existindo necessariamente uma relação entre um ser melhor ou pior do que o outro, a ponto de os dois merecerem atenção e preocupação.

Mostrou-se ainda que, mesmo considerando-se que os juízes e tribunais, ainda que de forma limitada, criam direito para os casos que decidem, o exagero nessa atividade de criação implica na ocorrência do ativismo judicial. De modo que, relacionando tal fenômeno com espécies de criativismo judicial, podem ser apontados tipos de ativismo judicial de acordo com o conteúdo das decisões, dentre os quais citamos a existência do ativismo decorrente de um criativismo borderline, limítrofe ou de fronteira e do ativismo decorrente do criativismo patológico, heterodoxo ou hard.

Ao se trabalhar a relação entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial, evidenciou-se que uma atuação autocontida do poder judicial pode significar algumas vantagens, mas pode também resultar em prejuízos semelhantes aos que podem decorrer de uma atuação ativista. Assim, a atuação dos juízes e tribunais, em especial dos que exercem a jurisdição constitucional, deve se adaptar a cada caso e a cada momento, e se pautar em uma linha equilibrada.

Demonstrou-se também que certa concepção do neoconstitucionalismo, apresentada e desenvolvida no Brasil, em especial por Luís Roberto Barroso, apesar de trazer interessantes discussões, abrindo os horizontes sobre a forma que deve ser entendida e interpretada a Constituição e ter a saudável preocupação de se construir um sistema mais justo

⁴⁸¹ Sobre esses conceitos, faz-se aqui remissão ao tópico 3.2.

e eficaz na realização de direitos, pode formar uma conjuntura em grande nível favorável a existência e desenvolvimento do ativismo judicial.

No que diz respeito à forma de atuação dos tribunais constitucionais – ou supremos que exercem a jurisdição constitucional – em tempos de crise econômica e financeira, relacionando essa problemática com o fenômeno do ativismo judicial, arremata-se no presente estudo o ponto de vista de que não devem os tribunais trilhar pelo caminho do ativismo judicial (seja pró-economia, seja pró-direitos sociais). Devem sim, buscar o equilíbrio, ter algum grau de sensibilidade, para não inviabilizar medidas que se tornam necessárias nessas épocas, e, concomitantemente, tentar ao máximo proteger os direitos constitucionais garantidos, sem prejudicar o futuro do Estado.

Ademais, nos casos utilizados para ilustrar o fenômeno do ativismo judicial no Brasil, ficou perceptível a relação deste com a atuação do parlamento. Foi possível extrair também algumas implicações do referido fenômeno para o Estado Constitucional de Direito brasileiro.

Frente ao que foi exposto, conclui-se que, no Brasil, de uma forma geral, o ativismo judicial, na linha conceitual e na perspectiva que se segue no presente trabalho, apresenta mais desvantagens do que vantagens e é mais prejudicial do que benéfico. Isso, pois, apesar de alguns aspectos positivos, ele não dá resultado consistente e duradouro aos problemas jurídicos, políticos e sociais, e, principalmente, coloca em risco o princípio da separação dos poderes, que, como visto, é de fundamental importância à existência e bom funcionamento do Estado Constitucional de Direito. Mais além, a adoção de uma postura ativista por parte do poder judicial, em especial pelo STF, pode significar uma interferência indevida condutora a um esvaziamento das funções e da importância do parlamento brasileiro, o que, da mesma forma, é indesejável, haja vista que o enfraquecimento deste órgão implicaria em uma considerável vulnerabilidade do regime democrático.

Tendo isso em consideração, foram lançadas algumas reflexões propositivas para o problema, como o intuito de se buscar encontrar meios e instrumentos para solucionar ou amenizar a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial, no que se relaciona com a atuação do parlamento brasileiro.

Acredita-se, no presente trabalho, que por meio do fortalecimento do parlamento e por uma maior participação da sociedade na vida política do Brasil, poder-se-ia diminuir os fatores que contribuem para a ocorrência do ativismo judicial neste país. Acredita-se também que a responsabilidade de solucionar os problemas políticos e sociais não deve ser colocada nas mãos do poder judicial. Entende-se que tais problemas devem ser preferencialmente

resolvidos por outros meios, especialmente políticos, o que passa, acima de tudo, pelo fortalecimento do parlamento. Todavia, não se pode deixar de conferir importância ao fato de que a criação de instrumentos jurídicos podem também contribuir tanto para o fortalecimento do parlamento quanto para se evitar a ocorrência do ativismo judicial.

Assim, concluiu-se pela necessidade de se realizar uma reforma política-eleitoral e de se refletir e de se estudar e discutir a melhor forma desta ser realizada. Isto, para que as mudanças porventura realizadas realmente surtam o efeito desejado e sirvam para fortalecer a política, os partidos, o parlamento e todas as outras instituições democráticas.

Além disso, foi colocada a indagação de se a existência de um procedimento para saneamento das omissões do parlamento e a adoção de um procedimento que possibilite um diálogo institucional entre este órgão representativo e, principalmente, o STF, não poderia contribuir para se evitar o ativismo judicial e amenizar os efeitos deste fenômeno.

Expôs-se também a possibilidade de a própria sociedade contribuir para o fortalecimento do parlamento, enquanto instituição e, com isso, também colaborar para que sejam fechados os espaços para a ocorrência do ativismo judicial; o que é proposto por meio da “instauração”, pela sociedade, de um ativismo social político participativo.

Lançou-se também a necessidade de se encontrar meios para se evitar a sobreposição de valores pessoais de juízes e ministros e o desrespeito a métodos e técnicas mais aceites de interpretação e aplicação do direito.

Por fim, vale ressaltar que, como se pôde notar, o estudo do tema ativismo judicial e a sua relação com a atuação do parlamento apresenta interessantes questionamentos e, pelo menos a nosso ver, merece mais atenção, principalmente dos constitucionalistas, em especial no tocante à realidade brasileira. Até porque, como se viu durante todo trabalho, devido à grande complexidade que envolve o tema, algumas indagações ainda requerem respostas mais robustas, o que externa a necessidade de maiores desenvolvimentos e exige que se trabalhe cada vez mais tal assunto. Nesse cenário, serve o presente estudo como meio de chamar atenção para o tema, como contribuição para pesquisas sobre essa problemática, e, também, como ponto de partida para estudos e para o desenvolvimento de futuros trabalhos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. António Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 02 de Julho de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico. Ano 1. Vol. 1. N. 6. Setembro. Salvador, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Último acesso em 22 de agosto de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Vol. 28. n. 60 (p. 27-65). Julho-dezembro. Porto Alegre, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31274-34849-1-PB.pdf>>. Último acesso em 22 de Agosto de 2013.

BACHOFF, Otto. *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LVI. (p. 9-24). Coimbra: 1980.

BARNETT, Randy E. *Constitucional Clichês*. In *Capital University Law Review*. N. 36 (p. 493-510). 2007.

BASSI, Franco. *Il Principio della Separazione dei Poteri (Evoluzione Problematica)*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, anno XV, 1965.

BORJA, María de La Luz Mijangos. *El control del presupuesto en una Democracia*. In FIX-ZAMUDIO, Hector; PIERRE, Avril. et. all. *El Poder Legislativo en la Actualidad*. Ciudad de México: Cámara de Diputados Del H. Congreso de la Unión e Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=967>>. Último acesso em 15 de março de 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANCO, Paulo Gonet. *Em busca de um conceito fugido – Ativismo Judicial*. In NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes (orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2. n. 6 (p. 4693-4791). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf>. Último acesso em 20 de Julho de 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (II)*. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2. n 7 (p. 6515-6571). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_07_06515_06571.pdf>. Último acesso em 20 de Julho de 2013.

CANON, Bradley. *Defining the dimensions of Judicial Activism*. Judicature. vol. 66. n. 6 (p. 236-247). Dezembro-Janeiro. 1982-1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República (Especialmente em matéria de defesa e política externa)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel. *Prólogo. Nuevos tempos para el neoconstitucionalismo*. In *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editora Trotta, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito*. In NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes (orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

COPELAND, Gary; PATERSON, Samuel. *Changing an Institutionalized System*. In *Parliaments in the modern world: Changing Institutions*. Michigan: Ann Arbor – The University of Michigan Press, 1994.

COTTA, Maurizio. *Parlamenti e rappresentanza*. In PASQUINO, Gianfranco. (coord). *Manuale di Scienza della Politica*. Bologna: Il Mulino, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *El control del legislativo sobre el presupuesto y la cuenta pública*. In FIX-ZAMUDIO, Hector; PIERRE, Avril. *et. all. El Poder Legislativo en la Actualidad*. Ciudad de México: Cámara de Diputados Del H. Congreso de la Unión e Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=967>>. Último acesso em 15 de março de 2013.

DIAS, Bruno Palloni Costa. *Representantes versus Partidos: O fenômeno do transfuguismo político no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2009.

DUGUIT, Léon. *La separación de poderes y la asamblea nacional de 1789*. Trad. Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

EMERIQUE, Lilian Balmant. *Neoconstitucionalismo e Interpretação Constitucional*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. vol. XLVIII. n. 1 e 2. (p. 353-394), 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FISICHELLA, Domenico. *La rappresentanza politica*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1996.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La función actual del poder legislativo*. In FIX-ZAMUDIO, Hector; PIERRE, Avril. et. all. *El Poder Legislativo en la Actualidad*. Ciudad de México: Cámara de Diputados Del H. Congreso de la Unión e Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=967>>. Último acesso em 15 de março de 2013.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. rev. amp. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2010.

GRECCO, Sibeles Regina Luz. *Fenômeno do ativismo judicial: análise teórica e estudo do caso da fidelidade partidária na ótica do Supremo Tribunal Federal brasileiro*. (Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra: 2010.

GREEN, Craig. *An intellectual history of Judicial Activism*. Emory Law Journal. vol. 58. Issue 5 (p. 1197-1260). 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1988.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. do original “*The Federalist*” por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of “Judicial Activism”*. California Law Review, 92 (p. 1441-1478). Outubro. 2004.

LEAL, Saulo Tourinho. *Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/87/disserta%25E7%25E3o>>

_Saul%2520Tourinho%2520Leal.pdf?sequence=1>. Último Acesso em 26 de Agosto de 2013.

LEGRÉS, Antoine. *Les fonctions d'un Parlement moderne*. In *Revue Politique et Parlementaire*. N. 779. Junho de 1967. Paris : A. Colin, 1967.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho* In *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8. n. 22 (p. 9-51) Enero-Abril, 1988.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Costa. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. *Colorado Law Review*. v. 73. (p. 1217-1256). Setembro. 2002.

MAIR, Peter. *Os partidos políticos e a democracia*. In *Revista Análise Social*. Vol. XXXVIII. n. 167. (p. 277-293). Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2003.

MALLÉN, Beatriz Tomás. *Transfuguismo parlamentário y democracia de partidos*. Prólogo de Luís Lopes Guerra. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

MANZELLA, Andrea. *Il Parlamento*. Bologna: Il Mulino, 1999.

MENDES, Gilmar; BRANDO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Divisão do Poder e Partidos Políticos*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. LI, nº 1 e 2, (p. 25-32). Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Murachco da obra *L'Esprit des Lois* (1748). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade*. In *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORILLO, Joaquín García. *Mitos y realidades del parlamentarismo*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N. 9. Maio-Agosto de 1991. (p. 115-144). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Umberto Machado; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coords.). *Ativismo Judicial*. Curitiba: Juruá, 2010.

PARGA, Milagros Otero. *División de poderes. Antes y ahora*, Separata de: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. n. 12. 1997.

PECH, Laurent. *Le remède au gouvernement des juges: le judicial self-restraint*. In *Gouvernement des juges et Démocratie*. Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. LII. nº 1 e 2 (p. 305-352). 2011.

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.

PIERRE, Avril. *Estructura y servicios de apoyo para el trabajo legislativo*. In FIX-ZAMUDIO, Hector; PIERRE, Avril. *et. all. El Poder Legislativo en la Actualidad*. Ciudad de México: Cámara de Diputados Del H. Congreso de la Unión e Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=967>>. Último Acesso em 15 de março de 2013.

PIERRE, Avril; GICQUEL, Jean. *Droit Parlementaire*. 3 ed. Paris: Montchrestein, 2004.

PIZORUSSO, Alessandro. “*Governo dei giudici*” e democrazia. In *Questione Giustizia*. n. 5 (p.814-824). Milano, 1999.

QUEIROZ, Cristina. *O parlamento como fator de decisão política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCA, Javier García. *Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato*. Cuadernos de Derecho Público, nº 32, set-dez, p. 25-68. Instituto Nacional de Administracion Pública: Madrid, 2007.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo e democracia*. In *Revista de informação legislativa*, v. 43. n. 172, p. 45-55, out./dez. 2006. p. 50. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93282/Santos%20Gustavo.pdf?sequence=4>>. Último acesso em: 24 de Agosto de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Ano 3. n. 9 (p. 233-272). Jan./mar. Belo Horizonte, 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. pres. Francisco Ayala; epílogo de Manuel García-Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SERRANO, Rafael de Agapito. *Libertad y división de poderes: El Contenido Essencial del Principio de la División de Poderes a partir del Pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. 3ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo* In Revista de informação legislativa. N. 187. Vol. 47. p. 137-154. jul./set. de 2010. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198698/1/000897822.pdf>>. Último acesso em 15 de Abril de 2013.

SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*. Milano: Dott A. Giuffré Editore, 1979.

STRECK, Lenio Luiz. *Contra o Neoconstitucionalismo*. In Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. n. 4. (p. 9-27). Janeiro-Junho. 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Último aceso em 22 de agosto de 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, Iris Eliete T. N. de Pinho. *O Poder Legislativo: Funções e Órgãos*. In Revista Brasileira de Estudos Políticos. n. 83. (p. 107-129). Julho de 1996. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*, Trad. Carlos Correia Moreira de Oliveira, Estoril: Princípia, 2007.

TUSHNET, Mark V. *Comment: The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint*. Maryland Law Review. nº 47 (p. 147-150). 1987.

URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* In Tribunal Constitucional 35º aniversário da Constituição de 1976. 1ª ed. Vol. 2. (p. 7-41) Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Proteção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009.

URBANO, Maria Benedita. *The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle?* In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXVI (pp.621-638). 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio. (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *A separação dos poderes na Constituição Norte Americana*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Tradução espanhola de Constitutionalism and Separation of powers. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. María Gracia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Editora Civitas, 1991.

Jurisprudências e outros endereços eletrônicos

À prova da confiança. In Revista Eletrônica GiroIbope. Edição 14. Ano 4. Julho/Agosto/Setembro de 2009. Disponível em: <<http://www4.ibope.com.br/giroibope/14edicao/capa02.html>>. Último acesso em 26 de Abril de 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Último acesso em: 10 de Maio de 2013.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848/1940 – Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

BRASIL. *Lei 4.737/1965 – Código Eleitoral Brasileiro*. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

BRASIL. *LEI 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Último acesso em: 13 de setembro de 2013.

BRASIL. *LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006 – Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Último acesso em: 14 de setembro de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=maria%20da%20penha&processo=4424>>. Último acesso em: 13 de setembro de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Penal 470*. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Último acesso em: 13 de setembro de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – Petição Inicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Último acesso em: 13 de setembro de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Glossário Jurídico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>. Último acesso em: 23 de setembro de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa Jurisprudencial - AP 470*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28470.NUME.+OU+470.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9jtork>>. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n. 82.959/2006*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959.NUME.+OU+82959.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cs5myub>>. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 20/1996*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%E7%E3o%29%2820%2ENUME%2E+OU+20%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d7n5vsk>>. Último acesso em 25 de Abril de 2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 485/2002*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%E7%E3o%29%28485%2ENUME%2E+OU+485%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d6lzx23>>. Último acesso em 25 de abril de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 585/2002*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%E7%E3o%29%28585%2ENUME%2E+OU+585%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d2m4d27>>. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 670/2007*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Mandado+de+Injun%E7%E3o%29%28670%2ENUME%2E+OU+670%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/njkg9ho>>. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 708/2007*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Mandado+de+Injun%E7%E3o%29%28708%2ENUME%2E+OU+708%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/or8bwk6>>. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção nº 712/2007*. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Mandado+de+Injun%27%E3o%29%28712%2ENUME%2E+OU+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pjudmc7>>. Último acesso em 25 de Abril de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança nº 20.927-5*. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança nº 26.602-3*. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança nº 26.604-0*. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança nº 26.603-1*. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Omissão Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Último acesso em 18 de Maio de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo julga procedente ação penal da PGR sobre Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Último acesso em: 23 de setembro de 2013.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Resolução 22.526 de 27/03/2007*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Resolução nº 22.600 de 16/10/2007*. Disponível

em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=1407&processoClasse=CTA&decisaoData=20071016&decisaoNumero=22600>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

População confia mais no STF do que no Congresso Nacional. Revista Consultor Jurídico. 24 de Dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>>. Último acesso em 26 de Abril de 2013. Dados da pesquisa em: *Confiança do brasileiro no STF é maior do que na Justiça*. Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE). Disponível em: <

br/noticias/Paginas/Confianca-do-brasileiro-no-STF-e-maior-do-que-na-Justica.aspx>. Último acesso em 26 de Abril de 2013.

PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Lei n.º 66-B/2012 – Orçamento do Estado para 2013*. Disponível em: <<http://www.dre.pt/util/getdiplomas.asp?iddip=20122549>> . Último acesso em 04 de setembro de 2013.

PORTUGAL. PARLAMENTO. *Decreto n.º 177/XII da Assembleia da República*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Paginas/DetaileUltimosTextosAprovados.aspx?BID=17744>>. Último acesso em 04 de setembro de 2013.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Acórdão n.º 187/2013*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Último acesso em 02 de setembro de 2013.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Acórdão n.º 353/2012*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Último acesso em 02 de setembro de 2013.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Acórdão n.º 474/2013*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130474.html>>. Último acesso em 02 de setembro de 2013.

ANEXO A – Resolução 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral

RESOLUÇÃO Nº 22.610

Relator: Ministro Cezar Peluso.

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal.

§ 2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º - O mandatário que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.

Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado.

Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º - O mandatário que se desfilou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único – Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º - Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único – Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que empossa, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º, da Constituição da República.

Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Parágrafo único – Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.

Marco Aurélio – Presidente. Cezar Peluso – Relator. Carlos Ayres Britto.

José Delgado. Ari Pargendler. Caputo Bastos. Marcelo Ribeiro.

Brasília, 25 de outubro de 2007.

* Republicada por determinação do art. 2º da Resolução n.º 22.733, de 11 de março de 2008. Disponível em:<http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf>. Último acesso em 27 de setembro de 2013.