



Centro Universitário de Brasília -- UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS

JÚLYA EVELLIN DE ARAÚJO PENHA

CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO:
PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONTROLE
JURISDICIONAL EM FACE DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO PÓS-
CONSTITUIÇÃO DE 1988

Brasília
2017

JÚLYA EVELLIN DE ARAÚJO PENHA

CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO:

**PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONTROLE
JURISDICIONAL EM FACE DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO PÓS-
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

Brasília
2017

JÚLYA EVELLIN DE ARAÚJO PENHA

CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO:

**PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONTROLE
JURISDICCIONAL EM FACE DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO PÓS-
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

Brasília, _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Msc. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese
Orientadora

Examinador

Examinador

“Quem sabe utilizar a arte da dúvida vai ao encontro da sabedoria superior e, por isso, sempre considera o próprio conhecimento como uma pequena gota num oceano.”

Augusto Cury

***Dedico o presente trabalho à
memória do Professor Teori
Zavascki.***

AGRADECIMENTOS

*Não há palavra para expressar o meu reconhecimento e a
minha gratidão a Deus, por tudo.*

*A minha orientadora pelas inspirações e pelo despertar
crítico, porém equilibrado do direito.*

A minha família por ser o meu lugar mais seguro.

*E, finalmente, a todos os amigos que estiveram comigo e
aos entes queridos que torceram por mim nesta importante
caminhada.*

RESUMO

O presente estudo propõe elucidar a criação judicial do direito no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial cujo objetivo final consiste em avaliar a criação judicial em dois casos envolvendo os poderes judiciário, legislativo e executivo. Para tanto, foi necessário estudar o modo de atuação do referido Tribunal no exercício da jurisdição constitucional, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, que ampliou o espaço de suas competências. O primeiro capítulo serviu, então, para diferenciar criação judicial de ativismo, sob o prisma do princípio da Separação dos Poderes. Nesse sentido, a criação judicial é considerada inerente à atividade jurisdicional e o ativismo uma disfunção Judiciária que extrapola os limites constitucionalmente estabelecidos, especialmente a harmonia e a independência entre os poderes. Em seguida, foi analisada a busca incessante pela realização máxima da Constituição de 1988 bem como o papel do STF nesse processo. No segundo capítulo, foram abordados dois instrumentos importantes para o desenvolvimento deste estudo: a argumentação e o precedente judiciais. Finalmente, verificou-se a possibilidade de interferência do Judiciário nos atos discricionários dos demais poderes. Para tanto, foram selecionados dois casos recentes envolvendo questões políticas, nos quais o STF foi chamado a atuar: o processo de impedimento de Dilma Rousseff e a suspensão da posse de Lula como Ministro de Estado.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Criação judicial. Ativismo Judicial. Separação dos poderes. Argumentação. Controle jurisdicional

ABSTRACT

The purpose of this study is to elucidate the legal creation of the right in the Brazilian Supreme Court. The study consists of a bibliographical and jurisprudential research whose final objective is to evaluate the judicial creation in two cases that involve the judicial, legislative and executive power. In order to do so, it was necessary to study the Court's way of acting in the exercise of constitutional jurisdiction, especially after the promulgation of the 1988 Constitution, which extended the scope of its powers. The first chapter served, then, to differentiate judicial creation of activism, under the prism of the principle of Separation of Powers. Therefore, judicial creation considered inherent to judicial activity and activism a judicial dysfunction that goes beyond the constitutionally established limits, especially the harmony and independence between the powers. Then, the incessant search for the maximum realization of the 1988 Constitution was analyzed, as well as the role of the supreme court in this process. In the second chapter, two important instruments for the development of the case study were discussed: the judicial argument and precedent. Finally, it was verified the possibility of interference of the Judiciary in the discretionary acts of the other powers. In this case, two recent cases involving political issues were selected, in which the Court was called to act: Dilma Rousseff's impeachment and the suspension of Lula's appointment as Minister of State.

Keywords: Supreme Court. Judicial Creation. Separation of Power. Judicial Activism. Argumentation. Judicial control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO	13
1.1 A Distinção entre Criação Judicial do Direito e Ativismo Judicial	14
1.2 A Realização da Constituição e o Papel do STF	18
2 A JUSTIFICAÇÃO NAS DECISÕES DO STF	24
2.1 Superação do Positivismo Legalista	24
2.2 Argumentação judicial: forma de controle?	27
2.3 Aplicação dos Precedentes Judiciais	31
3 ESTUDO DE CASOS: ATIVISMO OU CRIAÇÃO JUDICIAL?	38
3.1 Controle judicial dos atos de competência privativa	38
3.2 Processo de impedimento de Dilma Rousseff	39
3.3 Suspensão da nomeação de Lula para o cargo de Ministro de Estado	46
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

A presente monografia final do curso de Direito tem por objetivo elucidar o fortalecimento da autoridade do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. Para tanto, buscou-se verificar quais são os parâmetros constitucionais legitimadores dessa atuação, especialmente quando em face do Executivo e do Legislativo.

Haja vista a crise do sistema representativo¹, os juízes intérpretes têm ignorado, em certa medida, o caráter programático das normas constitucionais, passando a dar maior efetividade aos direitos e princípios a fim de contribuir com a realização das finalidades democráticas projetadas pela Constituição de 1988.

Nesse cenário, incube ao Direito resguardar a ordem democrática em observância da segurança jurídica².

Sob uma perspectiva menos tradicional, o progresso jurídico aparentemente se dá mediante a superação de algumas fórmulas de aplicação da norma, pois a criatividade do aplicador do direito tem sido vista como necessária e inevitável³ para uma prestação jurisdicional capaz de realizar melhor a Constituição, especialmente os Direitos Fundamentais.

Com isso, a criação judicial do direito, que não se confunde com ativismo judicial⁴, se faz necessária uma vez que "o direito deve constituir-se ainda que *contralegem*, tendo em vista que a resistência às leis injustas começa nos juízes".⁵

Não obstante, a tese de que o juiz pode ser mais do que um aplicador do direito causa incômodo àqueles que denunciam uma suposta usurpação de poder⁶.

¹ Sobre a *crise do modelo democrático-representativo*: "Numa síntese preliminar: é unânime o apego à democracia e só a democracia é tida por legítima, mas o sistema dito democrático o é pouco e a prática, quase nada." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 1-11, jul./set. 1993. p. 8).

² CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. *Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do mandado de segurança*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 37.

³ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 2-22, 2015. Número Especial. p. 6.

⁴ Em uma de suas publicações, Inocêncio Mártires Coelho aponta que "Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria limites, a criação judicial do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incube aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado." COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 2-22, 2015. Número Especial. p. 15.

Já para os defensores, tal nível de criatividade por parte dos juízes se justificaria pela realização da Constituição bem como à efetivação dos direitos fundamentais:

Nesse contexto, a prática de uma hermenêutica constitucional predominantemente subjetivista tende a intensificar o impasse entre justiça e segurança. Sendo necessário, portanto, que o juiz, além de dispor de certa margem de criatividade na tarefa de interpretar e aplicar o direito tenha a sua discricionariedade delimitada mediante a exigência de soluções dotadas de uma argumentação mais consistente.

Segundo Cappelletti, o Estado Social, as Constituições Programáticas e a intensa produção legislativa propiciaram a aproximação entre o *common law* e os sistemas jurídicos de origem romana. Para ele, a expansão do direito legislativo constitui uma das principais causas no que tange ao destaque do papel criativo dos juízes⁷.

À vista de tais considerações, o foco do trabalho consiste em averiguar a justificação do STF no exercício da jurisdição constitucional quando exposto a casos envolvendo a crise da política nacional. Parte-se do pressuposto de que a construção argumentativa só poderia ser considerada genuína no caso de constituir-se a par de arbitrariedades e incoerências, cabendo ao intérprete demonstrar racionalidade e razoabilidade na fundamentação de sua decisão. Em especial quando se considera que, para todo o caso jurídico, há somente uma única resposta ou solução, conforme defendido por Dworkin⁸.

Trata-se, portanto, de um mínimo de segurança, no sentido de confiabilidade das construções argumentativas nas decisões judiciais, especialmente daquelas emanadas pelo STF, o qual será objeto de estudo deste trabalho.

Em princípio, considera-se que certo grau de criatividade ou discricionariedade seria inerente à interpretação do direito, conforme defendido por

⁵ SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*. 1989. 192 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. p. 22.

⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 2-22, 2015. Número Especial. p. 5.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris: Porto Alegre, 1999. p. 18.

⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2007.

Cappelletti⁹. Assim, uma vez reconhecida a criação do direito como sendo parte da atividade jurisdicional, caberia apurar, então, o grau, a forma, os limites possíveis e a legitimidade no exercício da criatividade judicial.

O estudo desenvolvido por Dworkin demonstra que os limites à produção de decisões judiciais são possíveis, incluindo-se os casos difíceis, não sendo necessário, para tanto, que haja uma mecanização dos magistrados. Seguindo tal raciocínio, seria defeso à criação judicial associar-se a convicções pessoais de justiça do intérprete, sob risco de restar caracterizado o ativismo e não a criação judicial do direito. Isso implica dizer que deve haver um “juízo muito mais apurado e discriminatório.”¹⁰

A criação judicial do direito será analisada, portanto, à luz de critérios decisórios e do princípio da segurança jurídica. No entanto, acredita-se que a adoção de tais elementos é um caminho que depende do interesse não só por parte dos julgadores, mas dos atores jurídicos no geral, inclusive do *povo*.

Levando-se em conta tais aspectos acerca da criação judicial do direito nesse contexto de busca pela realização da constituição, o primeiro capítulo servirá para analisar a criação judicial do direito a partir do estudo desenvolvido por autores como Saul Tourinho, Oscar Vilhena Vieira e Elival da Silva Ramos¹¹, que teceram considerações fundamentais para o desenvolvimento do tema.

Feita essa abordagem inicial, no capítulo seguinte se discorrerá sobre a teoria da argumentação desenvolvida por autores como Chaim Perelman¹², de modo a verificar em que medida argumentação jurídica poderia funcionar como instrumento de controle do processo hermenêutico e como ela tem funcionado, na prática, como uma forma de potencializar o alcance dos interesses do principal auditório do Supremo Tribunal Federal: a sociedade.

Por fim, no terceiro capítulo será feito um estudo mais aprofundado sobre a atuação do Supremo no processo de o processo de impedimento de Dilma Rousseff

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris: Porto Alegre, 1999.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 452.

¹¹ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

e na apreciação das ações que questionavam a indicação de Lula para o cargo de Ministro de Estado, especialmente os Mandados de Segurança 34.070 e 34.071, sendo dispensada uma metodologia necessariamente rígida, uma vez que o método utilizado é dotado de autonomia tanto na elaboração da narrativa como na estrutura de exposição do problema.¹³

A metodologia empregada consiste, então, na mescla entre o método indutivo e o estudo de casos, a fim de aclarar e compreender melhor o comportamento da Suprema Corte brasileira diante de julgamentos que colocaram à prova a harmonia e a independência entre os três poderes federativos da União.

Prezando pelo ideal de uma sociedade *livre*, na medida do possível, de arbítrios e de interesses institucionais destoantes da vontade geral,¹⁴ *justa* e *igualitária* na busca pelo estabelecimento do equilíbrio entre as escolhas da maioria e aos anseios da minoria, conforme os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos na Constituição¹⁵, a elaboração do presente estudo justifica-se essencialmente pela relevância de tratar o processo interpretativo sob o enfoque da segurança e da coerência, sobretudo quando o caso remete à atribuição conferida ao Judiciário para sanar eventuais desvios do Poder Executivo e do Poder Legislativo.¹⁶

¹² PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: M. Fontes, 2005.

¹³ FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. *Universitas Jus*, Brasília, p. 1-17, jul./dez. 2010. p. 2.

¹⁴ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. *Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do mandado de segurança*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 35.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

¹⁶ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. *Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do mandado de segurança*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 233.

1 CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

A atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional tem se tornado cada vez mais expressiva, especialmente quando o judiciário se depara com três hipóteses desconfortantes: constatação de duas ou mais respostas para o mesmo caso (ambiguidade), falta de previsão normativa específica (lacuna) e, finalmente, quando há colisão entre dois ou mais direitos a serem tutelados por um Estado que atua sob os ditames do regime democrático. O jurista alemão Robert Alexy fala, ainda, em uma quarta possibilidade, que seria quando a norma não pode ser aplicada no caso concreto.¹⁷

Na prática jurídica cotidiana, essas situações peculiares não oferecem ao órgão julgador uma decisão fácil de ser proferida, sendo inevitável, portanto, a adoção de um modo de decidir mais criativo quando se tem um caso mais complexo aguardando resposta judicial.

Cabe destacar que a maneira como o Supremo vem atuando ao enfrentar casos que demandam maior esforço argumentativo demonstra a notoriedade que esta instituição adquiriu desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, contribuindo, assim, para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo. Nesse sentido, existem autores que defendem que se trata, meramente, do exercício da jurisdição constitucional quando da realização ou defesa dos Direitos Fundamentais, como é o caso do autor Saul Tourinho.¹⁸

Em contrapartida, há aqueles, a exemplo de Elival da Silva Ramos, que entendem essa postura como sendo “ativista”, isto é, para além das atribuições daquela corte¹⁹.

Traçado esse cenário, faz-se necessário avaliar em que medida a forma criativa com que os juízes têm atuado atende aos princípios da segurança jurídica e da separação dos poderes, sendo este último apontado por Elival da Silva Ramos como a peça-chave do Estado Constitucional²⁰.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁸ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 44.

¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

1.1 A Distinção entre Criação Judicial do Direito e Ativismo Judicial

O judiciário vem assumindo posição de destaque quanto às expectativas que se tem a respeito dos direitos e garantias constitucionais. Nesse contexto, a expressão “ativismo judicial” é utilizada para definir a expansão da atuação do poder judiciário sobre as funções do legislativo e executivo.

A criação judicial, por sua vez, que não se confunde com ativismo judicial²¹, corresponde a uma consequência considerada inevitável e necessária da aplicação prática do direito.

Nesse ponto, vale destacar que a mera subsunção dos fatos à norma, característica das práticas mais legalistas, formalistas e positivistas ainda se mostra tolerável em se tratando da cultura jurídica defendida pela maior parte da doutrina, da jurisprudência e dos demais atores jurídicos. A tendência pós-positivista²², por sua vez, atua contra esses paradigmas formalistas, que limitam à legalidade estrita a abrangência do conceito de justiça.²³ Para o movimento, é permitido ao juiz abster-se de atuar como simples aplicador de normas e atuar forma mais criativa. Chaim Perelman²⁴, precursor da *Teoria da Argumentação*, já se mostrava a favor da ampliação da construção argumentativa e do campo de atuação dos magistrados.

No que diz respeito da postura do STF na resolução de casos peculiares que não encontram resposta no conteúdo textual da lei, Tourinho destaca três pontos determinantes dentre os quais: a necessidade da concretização dos princípios, a existência das normas com conceitos jurídicos indeterminados e, por fim, a

²¹ “Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria limites, a criação judicial do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incube aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado.” (COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 2-22, 2015. Número Especial. p. 15).

²² Segundo Luís Roberto Barroso, “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” (BARROSO, Luis Roberto. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, n. 3, p. 5-3, 2001. p. 36).

²³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, n. 3, p. 5-3, 2001. p. 13.

²⁴ PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: M. Fontes, 2005.

concretização das normas programáticas²⁵. Afinal, diante das situações peculiares que não encontram resposta no ordenamento jurídico, “não decidir seria a melhor decisão?”²⁶.

Outro aspecto importante diz respeito a uma *crise de legitimidade* entre os cidadãos e o poder legislativo²⁷. Não raro o Congresso Nacional é submetido à deliberação de temas notadamente controversos, porém, muitas vezes as votações são intencionalmente postergadas, resultando, assim, em vácuos legislativos.

Tourinho defende que não haveria enfraquecimento da democracia diante da atividade do STF por considerar que a sua atuação incisiva decorre de suas próprias competências. Dessa forma, conclui que não haveria que se falar em soberania do STF já que existiriam formas de controle. Percebe-se, assim, que ele entende essa atuação como sendo responsável por preencher o vazio deixado pelos outros poderes.

Oscar Vilhena Vieira, por sua vez, aponta a fragilidade do sistema representativo ao considerar que o Supremo estaria, atualmente, no centro no sistema político brasileiro²⁸. Porém, ele não caracteriza tal protagonismo como sendo positivo ou negativo.

Segundo o mencionado autor, a ambição do poder constituinte originário somada à concentração de poderes no âmbito da jurisdição da Suprema corte brasileira ocorrida nas últimas duas décadas implicou em mudança no equilíbrio no sistema de separação de poderes do Brasil²⁹. Ele entende que essa concentração se deu, sobretudo, com a criação das súmulas vinculantes.

²⁵ Segundo Cappelletti, o Estado Social, as Constituições Programáticas e a intensa produção legislativa propiciaram a aproximação entre o “Common Law” e o “Civil Law”. Nesse sentido, a expansão do direito legislativo constitui uma das principais causas ao destaque do papel criativo dos juízes. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris: Porto Alegre, 1999. p. 18).

²⁶ Trata-se da “self restraints” ou ‘jurisprudência defensiva”. (LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 16).

²⁷ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 16.

²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. p. 446.

²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. p. 444.

A *supremocracia* a que se refere Vieira trata, primeiramente, da autoridade adquirida pelo STF para governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário. Em segundo lugar, da prevalência do STF em detrimento dos demais poderes³⁰. Em síntese, o autor aponta que o Supremo detém a última palavra quando se trata da Constituição.

Contra-pondo-se a Tourinho, Vieira defende que não existe controle dessa atuação, o que seria um risco para a Democracia. Nesse sentido, sugere que a redistribuição das competências da Corte além de defender que os julgamentos ali proferidos deveriam apresentar um acórdão que representasse a decisão do Tribunal, não a decisão individual de cada juiz³¹.

Seguindo esse raciocínio, caso o resultado do julgamento representasse, de fato, a razão de decidir do Tribunal seria possível considerá-lo um processo de deliberação mais coerente, íntegro e consistente, tendo em vista que a mera articulação do raciocínio hermenêutico pode ser conduzida ao resultado desejado³².

Para aqueles que defendem uma postura mais contida dos juízes, como Carvalho Filho “o Judiciário deve pautar-se pela busca do equilíbrio, pela atuação judicial moderada”³³, trata-se da *autocontenção*. Segundo essa teoria, os juízes podem não intervir em matérias politicamente controvertidas no exercício do controle de constitucionalidade. Além disso, o Judiciário busca não se sobrepor ao Legislativo, isto é, ele não só deixa de criar conteúdo normativo como não atribui interpretação diversa ao sentido literal da lei.³⁴

Elival da Silva Ramos também aborda o tema sob um viés jurídico-dogmático. Ele examina a violação do direito, isto é, o afastamento do Poder Judiciário dos

³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. p. 445.

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. 2008 p. 457-458.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014. p. 167.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014. p. 172.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014. p. 172.

limites de sua competência na aplicação da norma constitucional³⁵ ressaltando que o debate acerca dos limites a serem observados só faz sentido em ordenamentos constitucionais estruturados sob a forma tripartida de poderes³⁶.

Considerando o Direito comparado como consequência do fenômeno da globalização, o autor referido também defende que hoje existe um processo de aproximação entre os sistemas jurídicos ocidentais.³⁷ A respeito disso, ele menciona, que é mais difícil caracterizar o que poderia ser considerado uma postura ativista no sistema *common law*, já que nele experimenta-se uma aproximação maior entre o legislativo e o judiciário.³⁸ Nesse sistema, portanto, adota-se uma conceituação mais ampla de ativismo.

Não obstante, seja na da cultura romano-germânica seja na cultura anglo-saxônica, os juízes são compelidos a justificar as suas decisões de modo que o fazem lançando mão de instrumentos próprios, seja na perspectiva da criação judicial do direito ou do *ativismo*.

Todavia, há uma dificuldade em estabelecer parâmetros. Sendo que, nos Estados Unidos, por exemplo, a discussão gira em torno da legitimidade do judiciário, que é pautada pela ideologia democrática característica daquele país, de maneira tal que o ponto central não perpassa aspectos inerentes à consistência jurídica³⁹ e tem como parâmetro a intenção original do constituinte.⁴⁰

De acordo com Ramos, a peça-chave do ativismo judicial seria o Princípio da Separação dos Poderes. O referido autor busca esclarecer se o suposto desvio no exercício da jurisdição ofende o referido princípio, ponderando que, apesar de as decisões judiciais serem necessariamente criativas, a liberdade de criação deferida

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32

³⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33

³⁷ Segundo Patrícia Perrone de Campos Mello, esse acontecimento “se deve a alguns eventos específicos dentre os quais a) o envelhecimento dos códigos, transferindo aos tribunais a função de formular respostas para situações não previstas e de adaptar os antigos diplomas às novas realidades b) o desenvolvimento de teorias hermenêuticas que colocaram em relevo o papel criativo (e não meramente declaratório) do Judiciário; c) o constitucionalismo.” (MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 316).

³⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

³⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

pelo sistema jurídico aos aplicadores deve ser considerada menor em relação àquela liberdade atribuída ao Poder Legislativo⁴¹.

No caso brasileiro, o parlamento tem se mostrado relutante ao enfrentamento das novas demandas sociais, sobretudo dos grupos minoritários. Por consequência, o judiciário vem assumindo a responsabilidade de dar uma resposta que considera mais adequada às novas realidades, sendo necessário, assim, que os juízes acabem tomando decisões com maior teor criativo.

Note-se que a ideia de que o STF passou a ser visto como o palco de representação de minorias e de grupos sociais preteridos do processo político formal⁴² muitas vezes é trabalhada em cima do controle concentrado de constitucionalidade, levando em conta, sobretudo, a ampliação do rol de legitimados para propor ações diretamente no STF.

1.2 A Realização da Constituição e o Papel do STF

Analisando as concepções de ativismo e criação judicial elencadas até aqui, verifica-se que a lógica jurídica não se caracteriza apenas por uma lógica formal, mas como argumentação que depende da maneira que tanto o legislador como o juiz concebem a sua missão. Depende, ainda, da ideia que ambos têm do direito e de seu funcionamento na sociedade.⁴³

Carlos Ayres Britto, em entrevista concedida ao *Estadão*⁴⁴, defendeu o seu ponto de vista sobre o assunto ponderando que incube ao Poder Judiciário garantir que as leis sejam elaboradas em conformidade com a Constituição e da mesma forma os decretos. Além disso, aponta que é seu dever também garantir os espaços de competência, de modo que um poder não seja usurpado por outro. Ele sustentou

⁴⁰ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. p. 79.

⁴¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119.

⁴² VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a vinculação para o futuro*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 98.

⁴³ ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 75.

também que ao desempenhar esse papel, na prática, o Judiciário acaba ditando o seu próprio espaço de competência.

Ao questionar a si mesmo se haveria um fortalecimento excessivo do STF, logo responde que não. Para ele, a própria Constituição receita a contenção do Poder Judiciário naquilo que ele denomina de “quadrantes de sua função de julgar”⁴⁵. Isto é, de não legislar nem de se substituir ao Poder Executivo.

Com isso, afirma que a Carta Magna apresta um eficaz estoque de antídotos contra descomedimentos funcionais, a exemplo do modo de julgar conforme as pautas processuais estabelecidas em lei; a publicidade das sessões de julgamento e das decisões proferidas; ao dever da fundamentação de todo e qualquer ato decisório, sob pena de nulidade; a concomitância entre a prestação jurisdicional e ao desempenho de deveres essenciais dessa mesma jurisdição a outros atores do Direito como os membros do Ministério Público, da advocacia pública e privada e da Defensoria Pública; a submissão àquilo que ele define como “o mais ampliado sistema recursal”; a permanente vigília correicional do Conselho Nacional de Justiça, com ênfase no controle da atuação administrativa e financeira de órgãos e agentes de qualquer escalão judiciário, exceto do STF e seus ministros⁴⁶.

Em resumo, ele defende que não deve haver confusão entre *ativismo judicial* e *proatividade interpretativa*, entendendo o ativismo como algo proibido e a proatividade como um dever. Sugere o aprofundamento dos dispositivos jurídicos no exercício de tal atribuição, tanto de forma isolada como considerando o sistema jurídico como um todo, alcançando, assim, o potencial normativo ali engastado. Isso corresponderia ao “dever, enfim, de imprimir aos enunciados jurídicos todos os ganhos de funcionalidade sistêmica a que eles se predisponham”.⁴⁷

⁴⁴ BRITTO, Carlos Ayes. Poder judiciário: ativismo versus proatividade. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 maio 2015. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>. Acesso em: 22 out. 2016.

⁴⁵ BRITTO, Carlos Ayes. Poder judiciário: ativismo versus proatividade. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 maio 2015. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>. Acesso em: 22 out. 2016

⁴⁶ BRITTO, Carlos Ayes. Poder judiciário: ativismo versus proatividade. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 maio 2015. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>. Acesso em: 22 out. 2016.

⁴⁷ BRITTO, Carlos Ayes. Poder judiciário: ativismo versus proatividade. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 maio 2015. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>. Acesso em: 22 out. 2016.

Já Luís Roberto Barroso aponta o anseio popular como sendo o ponto central acerca da forte atuação das cortes constitucionais no período pós Segunda Guerra Mundial⁴⁸.

Defende que com o fim desse cenário de conflito mundial, houve uma consolidação do ideal democrático e a centralidade dos direitos fundamentais, o que alavancou a ascensão institucional do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional em todo o mundo. Por consequência, juízes e tribunais passaram a fazer parte do cenário político, ao lado do Legislativo e do Executivo⁴⁹.

Nesse sentido, nota-se que teoria constitucional passou a desenvolver um discurso de justificação e legitimação democrática perante esse processo. Paralelamente, sugere a existência de uma crise da lei, fruto do aumento da indeterminação do direito como sendo responsável por essa nova configuração institucional. Além disso, menciona que a complexidade dos tempos modernos teria sido potencializada pela diversidade bem como pelo pluralismo. Transferindo-se, assim, uma maior competência decisória a juízes e tribunais⁵⁰.

Para Barroso, o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar o papel contramajoritário tradicional, que corresponde à função representativa por meio da qual se busca atender os clamores sociais relevantes não satisfeitos pelo processo político majoritário⁵¹.

Ressalta, contudo, que em se tratando do desempenho de tal atribuição, o juiz constitucional não estaria autorizado a impor as suas próprias convicções. Para ele, o intérprete deve atentar-se ao material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), considerando os princípios constitucionais como os valores civilizatórios. Sugere, nesse sentido, que o juiz leve em conta fatores como o

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 23-50, 2015. Edição Especial. p. 29.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 23-50, 2015. Edição Especial. p.46.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 23-50, 2015. Edição Especial. p. 46.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 23-50, 2015. Edição Especial

sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história, valendo-se de certa dose de prudência e de ousadia⁵².

Apesar de assumir o perigo eminente à democracia quando da adoção do papel puramente representativo das supremas cortes, entende que elas estão encarregadas de “empurrar a história” quando esta estagna, sendo, portanto, um papel imprescindível que vem sendo, na sua visão pessoal, apoiado pela satisfação popular⁵³. Com isso, a conclusão a que Barroso chega é a de que “uma crítica formulada com base em uma visão formal da democracia, mas sem povo, não deve impressionar.”⁵⁴

Ainda sobre o assunto, a título de ilustração de aspectos externos da atuação do Supremo, no julgamento da ADI 4277 os ministros pontuaram algumas questões curiosas sobre a legitimidade daquela Corte para reconhecer as uniões homoafetivas como forma de entidade familiar constitucionalmente admissível. Naquele caso, os ministros lançaram mão do método de interpretação conforme a constituição, de modo que, ao analisar o mérito do pedido, o relator da ação, Ministro Carlos Ayres Britto, argumentou que na própria Constituição encontram-se as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões entre pessoas do mesmo sexo.⁵⁵

Em contrapartida, o Ministro Ricardo Lewandowski assinalou que a corte estava ocupando um espaço que pertencia ao Congresso Nacional, ainda que verificada a inércia ou inapetência do Parlamento em regular aquela matéria. Assentou, então, a conclusão de que a comutação daquela lacuna seria meramente provisória, por entender que, na verdade, incube ao Poder Legislativo atuar nesta matéria, originariamente.⁵⁶

⁵² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 23-50, 2015. Edição Especial. p. 47.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 23-50, 2015. Edição Especial. p. 44.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 23-50, 2015. Edição Especial. p. 45.

⁵⁵ LEWANDOWSKI, 2011 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.277 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁵⁶ LEWANDOWSKI, 2011 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.277 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de

Contra-pondo-se a concepção de Lewandowski acerca daquele julgamento, o relator, Ayres Britto, defendeu que não se tratava de lacuna e, portanto, não haveria necessidade de colmatação. Para ele, o Supremo havia conferido uma espécie de *interpretação superadora da literalidade*, apontando que a própria Constituição oferece elementos interpretativos habilitadores daquele julgamento, reconhecendo, assim, que os fundamentos adotados por ambos eram diferentes, mas que os resultados de cada voto de aproximariam.⁵⁷

Ainda sobre essa questão, o Ministro Gilmar Mendes faz breves observações acerca dos dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional, citando casos onde se discutiu, por exemplo, sobre a fidelidade partidária e também a ocasião em que houve o julgamento quanto à autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa. Sobre este último, menciona que os próprios parlamentares diziam que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. Ao seu modo de ver, trata-se de uma perversão do sistema representativo, pois o Congresso havia aprovado uma lei para atender, precipuamente, às pressões populares imediatas, mesmo que ciente de que o Supremo logo a derrubaria, por se tratar de norma inconstitucional⁵⁸.

Com isso, percebe-se que os ministros rejeitam veementemente a ideia de que seriam “ativistas”, no sentido pejorativo da expressão. Em verdade, eles se veem como realizadores da Constituição, isto é, comprometidos com a promoção dos direitos fundamentais, com a democracia e com o avanço social.

Não obstante ao “clamor popular” invocado pelos ministros da Suprema Corte brasileira no embasamento de algumas decisões, há de se levar em conta que tal prática tende a contribuir para o afastamento do cidadão da esfera pública, pois quando demandas de cunho político são decididas pelo judiciário elas podem ser

maio de 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 mar. 2017

⁵⁷ BRITTO, 2011 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277 DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 mar. 2017

⁵⁸ MENDES, 2011 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277 DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 mar. 2017

camufladas por questões puramente técnicas de forma tal que “a política passa a ser encarada, então, como questão técnica, que deve ser deixada para profissionais, reduzindo a participação política ao momento do voto.”⁵⁹

Percebe-se que esse evento provém da busca pela concretização de direitos previstos na carta constitucional, que se dá mediante o processo de justificação nas decisões judiciais, tendo como recurso a argumentação jurídica, o que será analisado de com mais afinco no próximo capítulo.

⁵⁹ GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 191-206, 2015. Número Especial. p. 193.

2 A JUSTIFICAÇÃO NAS DECISÕES DO STF

Os juízes têm o dever de justificar as suas decisões e é partindo desse processo que o Direito, muitas vezes, para além de ser aplicado mediante mera subsunção da norma ao fato, acaba sendo criado argumentativamente pelo intérprete.

Bustamante entende que o Direito é um sistema dotado de normas superáveis. Não obstante à evolução do ideal positivista para a concepção pós-positivista de aplicação do direito, nota-se que a técnica positivista ainda persiste no nosso sistema, conforme anotações trazidas a seguir.

2.1 Superação do Positivismo Legalista

A diferenciação qualitativa entre regra e princípio é vista por alguns autores como uma das bases da dogmática constitucional mais atual. Com efeito, essa distinção se mostra fundamental para a superação do positivismo legalista, quando a “Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos”.⁶⁰

Bustamante considera imanente a superação dos princípios. Já a superação das regras considera ser excepcional, isto é, uma exceção para o caso concreto, seja com fundamento na razão motivadora da própria regra ou com base na concretização de princípios, sugerindo que os mesmos resultariam em “razões para o estabelecimento de uma cláusula de exceção”⁶¹. Comenta que a superabilidade seria uma característica essencial e excepcional das normas, sobretudo das regras. O jurista alemão Alexy também admitia essa ideia, porém, em sua teoria da argumentação deixou de apresentar diretivas argumentativas⁶². Para Bustamante:

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, n. 3, p. 5-3, 2001. p. 26.

⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 293.

⁶² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 293-294

“[...] é possível encontrar uma terceira via entre o ceticismo positivista, que acabou renunciando as questões mais profundas da Ciência do Direito, e o moralismo jusnaturalista, que converte o caráter controvertido da própria Moral, correndo o risco de ser arbitrário.”⁶³

Ávila, por sua vez, entende que os preceitos e normas constitucionais podem ser vistas ora como regra, ora como princípio. O que qualifica o princípio ou a regra é a argumentação⁶⁴. Com isso, assim como as regras, os princípios também possuem consequências normativas importantíssimas. Uma vez que não possuem um caráter frontalmente descritivo, por meio da interpretação é possível indicar espécies de comportamentos a serem adotados⁶⁵.

Já para Dworkin, “responsável por constituir o conhecimento convencional na matéria”⁶⁶, as regras são aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada) e os princípios, de modo gradual (mais ou menos). Sendo assim, afirma a aplicação desse modo absoluto das regras. Por outro lado, diz que os princípios não determinam absolutamente a decisão, mas que contêm fundamentos a serem conjugados com fundamentos provenientes de outros princípios.

Com o advento do fenômeno da constitucionalização do direito, o conhecimento acerca das faces do positivismo tornou-se insuficiente.⁶⁷ Repensando o formalismo jurídico, passou-se a não mais adotar o pensamento jurídico clássico que, segundo Barroso, matinha duas *ficções* revestidas de interesse ideológico: a de que o Direito seria a “expressão da razão”, de uma “justiça imanente” e a de que a operação lógica e dedutiva era suficiente a concretização do Direito⁶⁸, ou, simplesmente, a mera subsunção dos fatos à norma.

⁶³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 295.

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 33.

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 35.

⁶⁶ DWORKIN, 1997 apud BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, n. 3, p. 5-3, 2001. p. 26.

⁶⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. 2014. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017. p. 12.

Todavia, no decorrer do século XX, o Direito passou a ser entendido não como uma simples expressão de justiça, mas como um conjunto de interesses dominantes em determinado espaço e momento. Passou, ainda, a admitir a busca por respostas a partir das inúmeras situações, não de soluções pré-estabelecidas nas normas vigentes. Para Barroso, a solução “terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete, com recurso a elementos externos ao sistema normativo. Ele terá de legitimar suas decisões em valores morais e em fins políticos legítimos”.⁶⁹

O extremo da teoria positivista, por sua vez, defende que:

[...] o objeto da ciência jurídica é o direito real e possível, e não o direito justo. Toda valoração do direito supões a adoção de uma ideologia, à vista da qual a valoração é feita. Ora, o conhecimento do direito é ciência e não política. Por isso a Teoria Pura do Direito nega-se a servir a quaisquer interesses políticos [...]⁷⁰

Repensando tais ficções, a cultura jurídica pós-positivista nasce “nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica.”⁷¹ Assim, incube ao juiz procurar a resposta para além da letra da lei, superando o espaço imposto ao Direito e a Moral bem como entre o Direito e demais campos do conhecimento como a filosofia moral, a filosofia política podendo recorrer, inclusive, as ciências sociais. Sem excluir a importância da lei, o pós-positivismo “parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela”.⁷²

A constituição passa, então, a ocupar o centro do processo interpretativo, servindo de fonte de superação do extremo formalismo. Dentre os instrumentos

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. 2014. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017. p. 12.

⁷⁰ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. 2. ed. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 191.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. 2014. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017. p. 12.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. 2014. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017. p. 12.

legítimos disponíveis para realização dessa mudança paradigmática, tem-se a argumentação, que será tratada no tópico seguinte.

2.2 Argumentação judicial: forma de controle?

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, ainda no século XX, novas teorias de argumentação jurídica passaram a ser pensadas a partir do reconhecimento de alguns juristas de que a lógica puramente formal era insuficiente para tratar de boa parte dos aspectos construtivos das decisões judiciais, sobretudo dos casos dotados de maior grau de complexidade.

Dentre as teorias, se destaca a precursora *Teoria da Argumentação* desenvolvida pelo jurista e filósofo Chaim Perelman⁷³.

De acordo com Mendonça, o paradoxo entre o apego à lei e as demandas sociais faz parte do cenário de crise vivido pelo direito no período contemporâneo. Assim, considerando que é no âmbito dos tribunais onde o direito é materializado, o autor busca, em seus estudos sobre *A argumentação das decisões judiciais*⁷⁴, superar a crise entre o direito positivo e a realidade.

Tratando de algumas reflexões relevantes para o presente estudo no que concerne ao conflito entre as categorias tradicionais do direito e a realidade social, o referido autor defende que a discussão central estaria atrelada ao estudo dos mecanismos lógicos que formam o convencimento do juiz. Logo, na sua visão pessoal, a motivação funciona como um elemento retórico utilizado pelo juiz para conferir efetividade as suas decisões. Ele entende que o judiciário exerce um papel fundamental no processo de ampliação das normas, que se dá pela utilização de mecanismos retóricos na motivação das decisões judiciais.

Sua tese foi desenvolvida a partir da teoria apresentada por Perelman, considerando o processo argumentativo como sendo uma forma de flexibilização do conteúdo das categorias jurídicas formuladas pelas normas positivistas⁷⁵. Para

⁷³ PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: M. Fontes, 2005

⁷⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 3.

⁷⁵ PERELMAN, 2005 apud MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 6.

Perelman, os paradigmas interpretativos tradicionais não se mostram suficientes para tratar dos novos conflitos vivenciados pelas sociedades complexas, fazendo uma crítica ao modo de interpretação puramente formal⁷⁶. De fato, interpretar com base na literalidade da lei não parece capaz de atender aos conflitos decorrentes da dinâmica social⁷⁷.

Vale destacar, nesse ponto, o aspecto da imparcialidade dos juízes, que não pode, na visão do autor, remeter à indiferença ou insensibilidade do aplicador da norma, o qual se apresenta, institucionalmente, como representante de um órgão. Dessa forma, considerando a sua condição de servidor público, tem-se que a sua atividade sofre, inevitavelmente, a influência de valores seguindo uma abordagem mais pessoal.⁷⁸

De acordo com a Teoria da Argumentação proposta por Perelman, a argumentação é vista como o método mais adequado a ser adotado quando se fala em decisão judicial “razoável”⁷⁹. A base da teoria seria a diferenciação entre *demonstração* e *argumentação*, conforme distinguiu o filósofo, sendo que a primeira estaria ligada à lógica formal.

Interessa para a teoria em análise, precipuamente, a argumentação, que tem por requisito as regras básicas bem como a linguagem comum⁸⁰, uma vez que Perelman considera a receptividade do auditório imprescindível de tal forma que a tese apresentada tem de estar compatível com os valores adotados pelo grupo cultural a ser alcançado⁸¹.

Levando em conta a organização do judiciário brasileiro, nesse processo, os juízos de primeiro grau teriam como auditório os tribunais. E os tribunais de segunda instância teriam os tribunais superiores como sendo o seu auditório. E qual seria,

⁷⁶ PERELMAN, 2005 apud MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47.

⁷⁷ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 49.

⁷⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 11.

⁷⁹ PERELMAN, 2005 apud MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 58.

⁸⁰ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 64.

⁸¹ PERELMAN, 2005 apud MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 63

então, a audiência do Supremo? Segundo Barroso, não há que se falar em ausência de auditório quando na verdade a própria sociedade exerceria tal papel frente às decisões proferidas pela Corte⁸².

Na Teoria da Argumentação de Perelman, admitem-se as influências da sociedade no processo hermenêutico, sem negar, todavia, o caráter lógico do direito, o qual é estruturado no parâmetro de razoabilidade⁸³, de modo que a teoria perelmaniana faz uso da razão para alcançar a adesão de outras pessoas acerca da sua tese, demonstrando, assim, o lado dialético do seu modo de pensar o processo argumentativo⁸⁴.

Acerca dos reflexos da sociedade no processo hermenêutico, nota-se que é justamente na hermenêutica constitucional que esse processo interpretativo tende a adequar-se à sociedade pluralista, ou, ainda à sociedade aberta dos intérpretes definida por Peter Haberle. Sendo assim, a interpretação da Constituição não estaria restrita a figura do juiz.⁸⁵

Nessa esteira, como toda norma prescinde de interpretação, “a aplicação do círculo de intérpretes constitui, para Haberle, apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação”.⁸⁶ Sugere, assim, uma vinculação de outros participantes, dentre eles a sociedade, de maneira tal que quanto mais aberta e pluralista ela for, na mesma medida serão os critérios para interpretar as normas constitucionais.⁸⁷

Para o referido autor, viver a norma é uma forma de realizar atividade interpretativa. Seguindo essa linha de raciocínio, a Constituição é passível de atualização por qualquer indivíduo bem como para outras forças produtivas de

⁸² BARROSO, Luís Roberto. Casos difíceis e a criação judicial do direito. In: Seminário Teoria da Decisão Judicial, 2014, Brasília. [Vídeos...]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014. Youtube, 17 mar 2017.51'01". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BVpSb_pP-gl&t=3928s>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁸³ PERELMAN, 2005 apud MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 80

⁸⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 87

⁸⁵ HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 9

⁸⁶ HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 10

⁸⁷ HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 13.

interpretação, que correspondem aos intérpretes da constituição em sentido *latu*. Isso implica em uma democratização da hermenêutica constitucional.⁸⁸ Em suma, os indivíduos interessados da sociedade pluralista também atuam como intérpretes do direito e, segundo Habermas, isso seria uma forma de “mediação entre Estado e Sociedade”.⁸⁹

A necessidade de integração da realidade justificaria a ampliação do círculo de intérpretes no processo de interpretação.⁹⁰

Verifica-se, portanto, que o contexto atual tem dado espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de subjetivismo dos juízes. Porém, a prática de uma hermenêutica predominantemente subjetivista intensifica o impasse entre justiça e segurança sendo necessário que o juiz, além de dispor de certa margem de criatividade na tarefa de interpretar e aplicar o direito tenha a sua discricionariedade limitada, através da exigência de decisões com mais racionalidade e razoabilidade argumentativa.

A aceitabilidade racional prestigia a segurança jurídica e, associada com a moralidade social, torna a ideia de presunção de razoabilidade ainda mais segura. Logo, a racionalidade argumentativa deve prevalecer, mas precisa ser razoável quando se trata de se encontrar a melhor interpretação.

Nesse sentido, as decisões a serem estudadas no terceiro capítulo do presente trabalho, proferidas sob os ditames da Constituição de 1988, ilustra um Supremo Tribunal Federal aparentemente comprometido com a promoção dos valores republicanos, o aprofundamento democrático e com o maior alcance social. No entanto, o que se busca no presente trabalho é justamente avaliar a forma como esse comprometimento se dá na prática jurisdicional no âmbito da Suprema Corte. Nesse contexto, o estudo acerca da expansão da jurisprudência se mostra essencial ao desenvolvimento do presente trabalho, especialmente quanto à adoção do sistema de precedentes judiciais.

⁸⁸ HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 14.

⁸⁹ HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 18.

⁹⁰ HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 31.

2.3 Aplicação dos Precedentes Judiciais

Considerando a superação dos limites postos pelo positivismo em relação à aplicação, interpretação e criação do direito bem como a dificuldade em redefinir esses três atos, levando em conta, ainda, a magnitude das normas e dos preceitos constitucionais, a adoção do sistema de precedentes judiciais tem sido vista como um recurso importante para assegurar a natureza criadora intrínseca a todo processo decisório bem como para garantir a segurança jurídica esperada na prestação jurisdicional característica de um Estado Democrático de Direito.⁹¹

Para entender a gênese e a essência dos precedentes, é importante ponderar que no *common law* a regra do direito foi instituída “como um comando normativo geral, abstrato, enunciado, em parte, com base em considerações sobre justiça, moral e política e, em parte, como fruto de uma reflexão sistemática”⁹² que é empreendida a partir da prática. Ela não é necessariamente “precisa e determinada”, também não é casuística. Busca-se, no entanto, abranger em uma moldura as possibilidades futuras. Assim, é partindo do comando geral que se alcança a resposta para o caso específico. Esse processo se dá por meio do método de dedução.⁹³

Os precedentes são decisões judiciais, vinculantes ou não, que servem de *modelo* para as decisões futuras⁹⁴. No que se refere ao processo de adoção dos precedentes no *civil law*, a valorização da jurisprudência como fonte do direito tem contribuído de forma significativa para a inovação das interpretações judiciais, isto é, do poder-dever do Judiciário de dizer o direito mediante a explanação dos comandos normativos. Note-se que com a evolução das teorias tratadas no item anterior as decisões passaram a exercer um papel mais relevante: o de serem pautadas pela

⁹¹ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 115-133, 2015. Número Especial. p. 130.

⁹² MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 46.

⁹³ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47.

⁹⁴ VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a vinculação para o futuro*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 40.

pré-compreensão do texto, pela particularidade da demanda e, finalmente, pela retomada da norma ante a essencialidade do seu conteúdo⁹⁵.

Com isso, “a atividade jurisdicional pressupõe que os magistrados formulem juízo de valor, a partir dos fatos e dos argumentos apresentados pelas partes, legitimando a sua função criativa”⁹⁶. Esse processo *teve como marco o pós-positivismo*.

“A idéia de supremacia da Constituição e a necessidade de preservar a sua força formativa justificaram a atribuição de efeitos gerais e vinculantes às decisões sobre matérias constitucionais”, essa idéia eclodiu nas Cortes Constitucionais onde se adota o sistema romano, a exemplo da Alemanha, Espanha e Itália.⁹⁷

No caso do Brasil, “foi, contudo, sob a vigência da Constituição de 1988 que o papel da jurisprudência deu um grande salto”.⁹⁸ Nesse contexto, os precedentes constituem um instituto importante por se tratar de um instrumento de concretização de três valores.

O primeiro valor prescinde do *respeito aos precedentes* e diz respeito a segurança jurídica, ou a previsibilidade da decisão a ser proferida, vez que existindo uma lei, ela pode não ser suficientemente clara. Ou seja, toda lei se sujeita à interpretação, de modo que cada precedente que interpreta a lei reduz em certa medida o nível de indeterminação do conteúdo dela, embora ele também venha a ser interpretado posteriormente⁹⁹.

Tendo em vista que a submissão à lei, em tese, atinge a todos, o segundo valor seria a isonomia, a qual seria esvaziada nos casos em que há divergência jurisprudencial, isto é, quando são proferidas decisões diferentes para conflitos idênticos. Finalmente, o terceiro seria a eficiência. Uma vez que aquele caso já foi

⁹⁵ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 49

⁹⁶ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 50

⁹⁷ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 51

⁹⁸ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 56

⁹⁹ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. ‘Respeito aos precedentes’. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 8 out. 2015. Notas de aula.

decidido, cabe ao juiz “concentrar a sua energia” nos casos novos, isto é, aqueles casos que ainda não foram deliberados pelo judiciário¹⁰⁰.

Em matéria constitucional, se fala também em garantir a máxima eficácia da Constituição, sendo que, sob as críticas de alguns e os aplausos de outros, o STF acaba dando a última palavra. Logo, as normas constitucionais acabam tendo o significado que o Supremo diz. Portanto, a razão de ser do precedente corresponde justamente a respeitar o entendimento afirmado pela Corte, vez que seria por meio dele que, em tese, se extrai a última interpretação.

Há três tipos de eficácia dos precedentes: a) eficácia normativa, na qual coexistem os efeitos vinculantes e *erga omnes*, originados das súmulas vinculantes e das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade; b) precedentes com eficácia persuasiva, o qual só vincula as partes, sendo, portanto, a regra do ordenamento jurídico brasileiro; c) por fim, tem-se a eficácia impositiva intermediária. Nesta, a interpretação produzida deveria ser observada fora do processo. Mas não cabe reclamação se ela não for observada, a exemplo das súmulas simples¹⁰¹.

Hoje existe um processo de aproximação entre os sistemas.¹⁰² Pensando o Estado de Bem-estar Social (*welfare state*), os países que adotam o sistema do *common law* viram como uma alternativa de mudar a alguns entendimentos de forma “imediata” por meio da lei. O motivo estaria na demora da formação dos precedentes, visto que este se dá de forma mais sistemática e lenta justamente para se alcançar uma decisão final necessariamente coerente.

Não obstante o intérprete detenha um grau maior de liberdade para decidir nos sistemas *common law*, não se deve pensar esse processo decisório como sendo discricionário, pois nos sistemas de tradição anglo-saxônica a segurança jurídica está estruturada por um sistema de precedentes judiciais onde se busca, racionalmente, conferir coerência às decisões. Com isso, a vinculação aos

¹⁰⁰ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. ‘Respeito aos precedentes’. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 8 out. 2015. Notas de aula.

¹⁰¹ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 63-65.

¹⁰² MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13

precedentes impõe limites ao julgador. Por consequência, não lhe é permitido, em regra, contrariar decisões anteriores a respeito de determinada questão¹⁰³.

O contrario aconteceu com o *civil law*, visto que a necessidade de atribuir eficácia vinculante foi reconhecida, sendo uma tendência nas cortes constitucionais inseridas no sistema romano-germânico, como foi o caso do Brasil.

Inspirado nos modelos anglo-saxão e europeu-continental, o poder constituinte atribuiu à Corte Constitucional brasileira o dever de promover o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI e da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, criada em 1993.

No ano de 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, houve a Reforma do Judiciário e a súmula vinculante foi instituída. Por fim, entre a referida emenda e a criação da ADC, elaborou-se a lei que regulamentou Ação Direta de Inconstitucionalidade e criou-se a *ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, que também tem efeitos vinculantes e *erga omnes*.

No que concerne aos efeitos práticos da ampliação destes instrumentos, os resultados da pesquisa “*A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*”¹⁰⁴, feita por pesquisadores da Faculdade de Direito e do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília - UnB levantam alguns dados relevantes acerca de quais direitos fundamentais realmente tem sido prioridade do Supremo no exercício do controle concentrado.

A pesquisa se deu pela análise de quase 4.900 Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI propostas no Supremo Tribunal Federal desde a

¹⁰³ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 115-133, 2015. Número Especial. p. 120.

¹⁰⁴ O estudo foi elaborado por pesquisadores da Faculdade de Direito e do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (UnB), sob a coordenação dos Professores Juliano Zaiden Benvindo (Direito/UnB) e Alexandre Araújo Costa (Instituto de Ciência Política/UnB), realizada no período compreendido entre o ano de 2012 e 2014 e financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico - CNPq. [BENVINDO, Juliano Zaiden. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Brasília: CNPq, 2010. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017].

promulgação da Constituição de 1988 e o ano de 2012. A partir desse estudo, buscou-se compreender como têm funcionado os instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.¹⁰⁵

Apurou-se, a partir dos casos avaliados, que os novos legitimados em sua maioria atuam sob cooptação de grupos de pressão de modo que “não realizam o objetivo final do controle de constitucionalidade que seria o de servir como uma via concentrada e rápida para a solução de questões constitucionais mais amplas”¹⁰⁶, sobretudo na defesa dos direitos fundamentais. Para os pesquisadores, a narrativa de que a partir da promulgação da Constituição de 1988 houve a utilização do controle concentrado para consolidar os seus objetivos políticos merece ser repensada. Embora o rol tenha sido ampliado, verificou-se que “com a introdução de entidades que atuam na defesa dos seus interesses corporativos e que são muito abertas a serem cooptadas por interesses de grupos de pressão”¹⁰⁷. Os responsáveis pela pesquisa ressaltaram, ainda, outro obstáculo: as modificações ocorridas nos requisitos de pertinência temática, limitando, assim, “a possibilidade de que as entidades corporativas pudessem adotar uma atuação que ultrapassasse a defesa corporativa dos seus próprios interesses”¹⁰⁸.

Finalmente, cumpriram salientar que a OAB corresponde a única entidade legítima que não se vincula à pertinência temática. Por outro lado, sua atuação em ações dessa natureza parece esta “longe de mostrar uma especial concentração na

¹⁰⁵ BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: CNPq, 2010. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁰⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: CNPq, 2010. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁰⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: CNPq, 2010. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁰⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: CNPq, 2010. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

defesa do interesse público e dos direitos da coletividade”¹⁰⁹ de forma que tanto essa como as demais constatações teriam corroborado a hipótese da pesquisa. Conforme relatado na pesquisa, o controle concentrado de constitucionalidade praticado pelo STF serviria, basicamente, “ao controle da própria estrutura do Estado, voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados de buscarem desenhos institucionais”¹¹⁰.

Com isso, os pesquisadores apontam que houve, na prática, a ampliação do controle federativo e do controle corporativo, não uma ampliação do controle voltado prioritariamente aos interesses coletivos havendo, na verdade, uma prevalência de interesses corporativos:

Nessa medida, o processo de fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente no que toca às ADIs, aparentemente não se mostra apto a gerar um debate mais amplo das questões constitucionais relevantes para a população em geral, especialmente na medida em que os atores que podem protagonizar as ADIs estão mais vinculados aos seus interesses corporativos e institucionais que à garantia do interesse comum. Assim, o discurso que deu margem à ampliação do rol de legitimados na Constituição de 1988, como uma forma de tornar socialmente mais aberto o controle concentrado, mostra-se na prática vazio, pois os novos legitimados atuam quase que apenas em nome de interesses de grupos específicos. O que assistimos desde a promulgação da atual Constituição foi uma ampliação do controle federativo e do controle corporativo, e não uma ampliação do controle voltado à defesa dos interesses coletivos, que continua sendo realizado fundamentalmente pela PGR.¹¹¹

De forma geral, a partir dessas anotações percebe-se que em termos práticos a atuação do STF no julgamento dessas ações não tem se voltado prioritariamente

¹⁰⁹ BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: CNPq, 2010. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹¹⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: CNPq, 2010. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹¹¹ BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: CNPq, 2010. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

para a proteção dos direitos fundamentais de interesse comum, tampouco para a promoção do avanço social pretendido pela Constituição.

Com efeito, além de a expansão das competências do STF ter contribuído para o fortalecimento dessa postura *mais ativista* nos tribunais brasileiros no que tange a suposta priorização dos direitos fundamentais, que, a despeito da sua relevância, não é o foco de discussão no presente trabalho.

Note-se que partir dessa expansão jurisprudencial questões atinentes à política passaram a ser recorrentemente resolvidas no judiciário¹¹², aspecto bastante relevante para o desenvolvimento do terceiro capítulo.

¹¹² ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 115-133, 2015. Número Especial. p. 205

3 ESTUDO DE CASOS: ATIVISMO OU CRIAÇÃO JUDICIAL?

A Constituição de 1998 foi ambiciosa ao pretender uma interação independente e harmoniosa os Poderes da União: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.¹¹³

Percebe-se que a intervenção mais positiva do Judiciário na atividade fim (ou privativa) das outras esferas de poder tende a resultar no diálogo mais tenso entre as instituições, de modo que para assimilar essa ideia à luz da separação dos poderes, tal como previsto no texto constitucional faz-se necessário reconhecer essa configuração tripartida e o próprio constitucionalismo como elementos fundamentais à evolução dos sentidos atribuídos à Democracia e República¹¹⁴. Com isso, a abordagem a ser feita aqui sobre essa questão perpassa pela análise quanto à concepção mais atual acerca da legitimidade dessa interferência, sobretudo no período posterior a promulgação da última constituição.

3.1 Controle judicial dos atos de competência privativa

Uma reflexão importante a se fazer antes de adentrar ao cerne da questão a ser abordada nos dois próximos tópicos diz respeito ao meio termo entre a *racionalidade* e o *decisionismo*, que seria o ideal do agir prudente.¹¹⁵ Aqui, a racionalidade funciona como um filtro no que concerne à distinção fundamental entre direito e política, uma vez que notadamente “a separação dos poderes consagrada constitucionalmente não opera na atualidade em perfeita harmonia”.¹¹⁶

Sobre o segundo elemento, o constitucionalismo, vale destacar que este foi influenciado pelo modelo constitucional estadunidense mediante a instituição, inicialmente, das regras aplicáveis ao controle de constitucionalidade difuso. No caso brasileiro, como de costume, as regras partiram de expressa disposição

¹¹³ Art. 2º. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

¹¹⁴ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. *Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do mandado de segurança*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 36.

¹¹⁵ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. *Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do mandado de segurança*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 40.

constitucional. Vale lembrar, também, que foi com o advento da Constituição de 1988, marco da redemocratização do país¹¹⁷, que o STF foi criado. Para Barroso a partir de então o órgão de cúpula do judiciário brasileiro passou a exercer um papel de suma importância: de empurrar a história quando esta estagna.¹¹⁸

Por conseguinte, foi diante desse cenário que o Judiciário passou a exercer função saneadora dos desvios dos demais poderes¹¹⁹. Dessa forma, os conceitos estudados nos capítulos anteriores serão aplicados a duas atuações recentes do Supremo Tribunal Federal: o processo de impeachment de Dilma Rousseff e a suspensão da nomeação de Lula como ministro de Estado.

Ambos os casos se caracterizam pelo exercício de controle jurisdicional em face dos poderes legislativo e executivo bem como pelo dever atribuído ao Supremo quanto à garantia máxima de eficácia das normas, dos princípios e dos preceitos constitucionais.

Assim, a escolha de ambos foi feita com o intuito de elucidar e compreender o comportamento da Suprema Corte brasileira diante de julgamentos que colocaram à prova essa pretensa harmonia e independência entre os três poderes federativos da União.

3.2 Processo de impedimento de Dilma Rousseff

Inspirado no modelo estadunidense, o *impeachment* teve sua origem no ordenamento jurídico brasileiro apresentando características próprias, sobretudo em relação à definição dos crimes de responsabilidades e das regras de procedimento e julgamento a serem observadas. No entanto, essas definições dependem de lei ordinária que se encontra pendente de elaboração.

¹¹⁶ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. *Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do mandado de segurança*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 78.

¹¹⁷ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. *Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do mandado de segurança*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 101.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 23-50, 2015. Edição Especial. p. 44.

¹¹⁹ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. *Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do mandado de segurança*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 233.

No que diz respeito às circunstâncias tem fomentado o embate entre os três poderes, faz-se necessário, primeiramente, tecer considerações breves e pontuais acerca de fatores externos que incidiram diretamente neste caso. Pormenorizando, assim, aspectos relevantes do julgamento em estudo.

Em termos fáticos, acontecimentos como o desaquecimento da economia, a tomada de medidas governamentais impopulares e as manifestações da população, iniciadas em junho de 2013, indicavam um cenário desfavorável para a continuidade do governo de Dilma Rousseff.

Contudo, uma vez reeleita nas eleições ocorridas no ano seguinte, o ápice da instabilidade vivida pelo governo da ex-Presidente, se deu com a abertura do processo de *impeachment* no Congresso Nacional, que culminou no seu afastamento do cargo de Chefe de Estado na data de 12 de maio de 2016.

Segundo o relator do processo no Senado, o Senador Antônio Anastasia (PSDB), “Dilma pretendeu dar continuidade a práticas manifestadamente ilegais para sustentar politicamente o início de seu segundo mandato”.¹²⁰ Assim, somados 59 votos dos 81 senadores, o relatório foi aprovado pela maioria necessária para que o julgamento fosse iniciado.

Todavia, a configuração do crime de responsabilidade propriamente dito no caso do impedimento de Rousseff não interessa ao presente estudo, já que se busca compreender, precipuamente, questões mais atinentes ao processo que levou ao seu afastamento do cargo de Chefe de Estado, sobretudo o seu resultado, isto é, o fatiamento das penalidades previstas no parágrafo único do art. 52 da Constituição.

Sendo assim, o cerne da questão-jurídica problema neste caso está mais relacionada ao resultado do julgamento da ex-Presidente pelo Senado Federal, pois, havendo condenação pelo crime de responsabilidade com a consequente perda do cargo, resta dúvida quanto a isenção da ex-Presidente à pena de inabilitação por oito anos de exercício de função pública.

¹²⁰ BRASIL. Senado Federal. *Senado vai julgar presidente Dilma Rousseff por crimes de responsabilidade*. Brasília, 10 ago. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/10/senado-vai-julgar-presidente-dilma-rousseff-por-crimes-de-responsabilidade-1/tablet>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Acerca dessa matéria, a Constituição prevê que havendo crime de responsabilidade, o juízo competente para processar e julgar o Presidente da República não será do Judiciário, mas do Senado Federal, o qual será precedido do juízo de admissibilidade da Câmara dos Deputados.¹²¹

Segundo o ex-Ministro Paulo Brossard, “o Senado, quando julga o Presidente da República, não procede como órgão legislativo, mas como órgão judicial, exercendo jurisdição recebida da Constituição.”¹²². Tal pronunciamento ocorreu durante o julgamento de Mandado de Segurança 216891, impetrado pelo ex-Presidente Collor durante o seu processo de impedimento.

Quanto à competência do STF no julgamento, tem-se a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade e legalidade do processo¹²³. Isso se dá pela observância do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, o qual prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹²⁴.

No julgamento, o STF supriu a lacuna que o Congresso Nacional deixou, uma vez que a Lei n. 1.079 foi aprovada em 1950 e até hoje não foi atualizada pelo legislador.

No que tange às deliberações, por maioria, o Plenário do Supremo julgou parcialmente procedente a ADPF 378. Esta ação tinha por objeto discutir sobre a validade de dispositivos da Lei 1.079/1950, que regulamentam o processo de *impeachment* de presidente da República. Com o julgamento, firmou-se o entendimento de que a Câmara dos Deputados apenas seria responsável pela autorização quanto à abertura do processo de *impeachment*, cabendo ao Senado fazer o juízo inicial de instalação ou não do procedimento, prescindindo de votação

¹²¹ Artigos 51, I e 52, I. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

¹²² Nesta ação, Collor pleiteou, com fundamento nos arts. 5º, LIX, da Constituição, e 1º e seguintes da Lei nº 1.533/51, a anulação de pena a ele imposta por meio da Resolução nº 101, de 1992, do Senado Federal, buscando restabelecer, assim, os seus direitos políticos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 21.689-1/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 16 de novembro de 1993. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748746/mandado-de-seguranca-ms-21689-df?ref=juris-tabs#!>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

¹²³ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1251

da maioria simples; foi estabelecido que a votação para escolha da comissão especial na Câmara deveria ser aberta, sendo ilegítimas as candidaturas avulsas de deputados para sua composição; e, finalmente, que o afastamento de presidente da República ocorreria mediante apenas a abertura do processo pelo Senado.

A corrente majoritária seguiu o voto do ministro Luís Roberto Barroso, divergente do relator da ação, ministro Edson Fachin, que rejeitava alguns dos principais pedidos feitos pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), autor da ADPF, como a necessidade de defesa prévia do presidente da República, a vedação ao voto secreto para a formação da comissão especial e a possibilidade de o Senado rejeitar a instauração do processo.

A divergência, por sua vez, foi seguida pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e pelos ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, em menor extensão, e pelo presidente, ministro Ricardo Lewandowski. O ministro Teori Zavascki divergiu do voto do ministro Barroso apenas quanto à comissão especial, por entender cabível o voto secreto. Com o relator, votaram os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. O ministro Celso de Mello divergiu do relator em relação ao papel do Senado. Para ele, não há qualquer relação de subordinação do Senado em relação à Câmara.

Sobre os pontos que foram definidos, o seguinte quadro demonstra como votou cada ministro:

Tabela 1 – Votação ADPF 378

MINISTRO	CHAPA ALTERNATIVA	VOTAÇÃO SECRETA	AUTONOMIA DO SENADO	DEFESA PRÉVIA
Edson Fachin	SIM	SIM	NÃO	NÃO
Roberto Barroso	NÃO	NÃO	SIM	NÃO
Teori Zavascki	NÃO	SIM	SIM	NÃO
Rosa Weber	NÃO	NÃO	SIM	NÃO

¹²⁴ Artigo 5º, XXXV. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

Luiz Fux	NÃO	NÃO	SIM	NÃO
Dias Tóffoli	SIM	SIM	NÃO	NÃO
Cármem Lúcia	NÃO	NÃO	SIM	NÃO
Gilmar Mendes	SIM	SIM	NÃO	NÃO
Marco Aurélio Mello	NÃO	NÃO	SIM	NÃO
Celso de Mello	SIM	SIM	SIM	NÃO
Ricardo Lewandowski	NÃO	NÃO	SIM	NÃO
RESULTADO	7 x 4 NÃO	6 x 5 NÃO	8 x 3 SIM	11 x 0 NÃO

Fonte: <http://exame.abril.com.br/brasil/entenda-rito-de-impeachment-de-dilma-apos-julgamento-do-stf/>¹²⁵

A diversidade extraída desta votação retrata a forma individualizada mediante a qual se chega a um acórdão na prática jurisdicional colegiada experimentada pela Corte brasileira. Remete também a discricionariedade e a eleição entre alternativas diferentes. Contrariando, mais uma vez, a tese defendida por Dworkin no sentido de que haveria única resposta correta para questões pendentes de decisão judicial.

Após definido o rito para a tramitação do pedido de *impeachment* contra Dilma, o então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, recorreu da decisão por considerar "indevida interferência" da corte em assuntos internos do Parlamento e por discordar da atribuição conferida ao Senado no que diz respeito à última palavra sobre o impedimento. Além disso, o parlamentar questionou a derrubada da chapa avulsa e a vedação de que a eleição do colegiado ocorresse por voto aberto.

¹²⁵ MARTINS, Raphael. Entenda rito de impeachment de Dilma após julgamento do STF. *Revista Exame*, Rio de Janeiro, 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/entenda-rito-de-impeachment-de-dilma-apos-julgamento-do-stf/>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

Cunha optou, então, por paralisar as comissões de *impeachment* da Câmara até que os ministros analisassem os recursos interpostos, evidenciando, assim, uma situação de tensão entre ambas as instituições.

Vale lembrar que o rito do *impeachment* do presidente Collor foi elaborado individualmente pelo ministro Celso de Mello e aprovado em sessão administrativa convocada para discutir sobre o procedimento. Embora aprovado pela Corte, o rito foi levado ao Senado como uma proposta a ser avaliada pela casa para não passar a ideia de uma ingerência sobre o Legislativo.

Com isso, o ministro Sydney Sanches, que presidia o processo de *impeachment* no Senado, apresentou o roteiro aos senadores como uma proposta de sua autoria, ocasião em que o rito do processo de impedimento foi aprovado e posteriormente publicado no Diário Oficial da União de 08 de outubro de 1992.

Tal consideração aponta uma relevante diferença entre a atuação do STF no referido processo e o proceder dessa mesma instituição no ano de 2016, sendo importante ressaltar, neste ponto, que o Supremo da década de 90 atuava mais discretamente no cenário político. Além disso, há de se levar em conta que as decisões do STF à época eram mais dissociadas da opinião pública, porém, o que se tem hoje é a atuação mais protagonista da Corte, o que pode, de fato, representar um risco.¹²⁶

Após o presidente do processo de *impeachment*, o ministro Ricardo Lewandowski, interpretar como sendo possível o fatiamento do julgamento da então presidente Dilma Rousseff, o decano da atual composição do STF, Celso de Mello, concedeu entrevista à imprensa onde declarou que os componentes da Corte de 1992 proferiram entendimento no sentido de que seria lícito reconhecer a autotomia entre as sanções. Contudo, o ministro destacou que esse não foi o seu entendimento “por vislumbrar uma estrutura única, insuscetível de ser decomposta em duas penalidades”¹²⁷, sendo, portanto, voto vencido naquela ocasião.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 23-50, 2015. Edição Especial. p. 42

¹²⁷ RICHTER, André. *Decano do STF diz que caso Collor autoriza julgamento fatiado do impeachment*. Brasília: Agência Brasil, 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-08/decano-do-stf-diz-que-caso-collor-autoriza-julgamento-fatiado-do>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Assim, uma vez estabelecido que a perda do mandato e a inabilitação seriam votadas em separado, a maioria dos senadores votaram apenas pela aplicação da primeira penalidade. Desse modo, apesar de também ter sido condenada pela prática do crime de responsabilidade, Dilma não foi inabilitada para assumir cargo público, podendo concorrer a cargo eletivo já nas próximas eleições, ocupar vaga em secretaria de governo ou exercer magistério em universidades públicas.

Com isso, se mostra questionável o modo como se operou a aplicação das sanções nos dois processos de *impeachment* ocorridos no Brasil. Pois em um deles se viu um presidente perdendo o seu mandato e sendo impedido de exercer cargo público por força da decisão tomada pelos senadores. No segundo, por sua vez, a decisão final foi pela aplicação decomposta das penalidades, com o aval da figura representativa do Poder Judiciário naquele julgamento.

Em suma, a impressão que se tem é de que não houve consistência, coerência tampouco adoção de critérios procedimentais claros, principalmente em uma análise comparativa entre o resultado de ambos os julgamentos citados nesse estudo. Apesar da atuação do Senado como órgão judicial, havia também a competência do STF de exercer o controle judicial da constitucionalidade e legalidade do processo.¹²⁸ Logo, nota-se uma postura mais contida por parte da Suprema Corte neste caso.

Portanto, observando as definições inerentes à regra jurídica abordadas no segundo capítulo, o dispositivo constitucional que trata sobre a sanção deveria ser aplicado de modo absoluto, ou seja, tudo ou nada, consoante defendido por Dworkin, pois não se verifica, neste caso, hipótese de exceção. O parágrafo único do art. 52 da CF estipula, de forma expressa, que a eventual condenação por crime de responsabilidade decorrente de ato do Presidente da República se limita “à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública”¹²⁹. Sucintamente, o referido comando, a princípio, é:

¹²⁸ Segundo o ministro Gilmar Mendes “do ponto de vista da solução jurídica, parece realmente extravagante, mas certamente há razões políticas e tudo mais que justificam, talvez aí o cordialismo da alma brasileira e tudo isso”. GILMAR Mendes diz que votação fatiada de impeachment é, 'no mínimo, bizarro'. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 01 set. 2016. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/09/gilmar-mendes-diz-que-votacao-fatiada-de-impeachment-e-no-minimo-bizarro.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹²⁹ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo, Atlas, 2002. p. 1250

[...] objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.¹³⁰

Longe de ser ativista, a atuação do Supremo no processo de impedimento de Dilma Rousseff foi mais discreta do que protagonista. Note-se que se restringiu basicamente à definição do rito. Todavia, cabe dizer que o seu proceder foi decisivo, especialmente quando se leva em conta a associação do *impeachment* com a Operação Lava Jato¹³¹. Assim, por estar incluída nesse contexto, a corte constitucional proferiu decisões que refletiram no processo de impedimento, dentre elas a decisão que suspendeu a posse de Lula como ministro da Casa Civil¹³², correspondente a segunda decisão a ser estudada no presente trabalho.

3.3 Suspensão da nomeação de Lula para o cargo de Ministro de Estado

A suspensão da posse de Lula como ministro da Casa Civil feita por liminar concedida nos MS 34070 e 34071, trata de uma das inúmeras decisões extraordinárias que exerceram considerável influência no *impeachment*, pois foi mediante as deliberações do STF que restou definida a permanência ou o afastamento de figuras importantes naquele processo, o que acabou servindo, inclusive, de combustível para a opinião pública.¹³³

¹³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, n. 3, p. 5-3, 2001. p. 26.

¹³¹ Conforme definido pelo Ministério Público Federal, “A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato: entenda o caso*. Brasília: MPF, [2015]. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹³² ALMEIDA, Eloísa Machado de. STF em 2016: retrocessos em direitos e potencializador da crise. *Jornal Nexo*, São Paulo, 17 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2016/O-STF-em-2016-retrocessos-em-direitos-e-potencializador-da-crise>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹³³ ALMEIDA, Eloísa Machado de. STF em 2016: retrocessos em direitos e potencializador da crise. *Jornal Nexo*, São Paulo, 17 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2016/O-STF-em-2016-retrocessos-em-direitos-e-potencializador-da-crise>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Para o ministro Gilmar Mendes, “é notório que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva era pessoa de interesse em duas grandes investigações relativas a fatos ocorridos no seu governo: Operação Zelotes e Operação Lava Jato.”¹³⁴

Diante desse cenário, as ações propostas tanto no STF como em outras instâncias da Justiça na tiveram por objeto questionar o decreto da ex-Presidente Dilma Rousseff que nomeou Lula para cargo de ministro da Casa Civil. Apontando suposto de desvio de finalidade no ato de nomeação, as alegações eram no sentido de que o ato presidencial tinha por objetivo conferir a prerrogativa de foro a Lula no STF, haja vista a investigação em curso na 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.

Em síntese, as partes impetrantes sustentavam que o ato da ex-Presidente da República teria violado o princípio da moralidade previsto no art. 37, caput, da CF/1988, assim como outros princípios fundamentais, que tem por escopo subsidiar as atividades da Administração Pública; que a referida nomeação ofendia o princípio do juiz natural e do devido processo legal e que a ex-Presidente da República, pelo cometimento do ato questionado, teria praticado crime de responsabilidade ante a possível violação do art. 85, caput e os incisos II, IV e VII, da CF/1988. Assim, ambos os partidos intencionavam demonstrar que o ato se mostrava atentatório contra a Carta Magna, pois obstaria o livre exercício do Poder Judiciário, a probidade na administração e o cumprimento das decisões judiciais do juízo do primeiro grau de jurisdição.

Ao julgar inviável a tramitação das ADPFs 390 e 391 por entender que não correspondia ao instrumento processual adequado, o caso foi considerado pelo ministro Teori Zavasck como “um incomum e inédito ato isolado da Presidência, pelo qual se designou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para ocupar cargo de

¹³⁴ MENDES, 2016 apud. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado ne Segurança. *MC MS 34070 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado ne Segurança. *MC MS 34071 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322085203/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-mc-ms-34071-df-distrto-federal-0051795-9720161000000>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

ministro de Estado” não havendo notícia de outro caso análogo (precedente) até aquele momento¹³⁵.

No caso dos MS 34070 e 34071, objetos desse estudo, o ministro Gilmar Mendes concedeu liminar que impedia a iniciativa da ex-Presidente Dilma argumentando que *“a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar.”*¹³⁶ A tese defendida pelo ministro foi pautada em uma conversa grampeada entre Lula e a ex-Presidente Dilma, fruto de grampo disponibilizado por decisão do juiz Sergio Moro, responsável pelas ações decorrentes da Lava Jato na primeira instância.

A despeito da previsão contida no art. 84, inciso I, da CF, onde é expressamente atribuída à Presidência da República a competência para escolha de ministros de Estado, os fundamentos apresentados na decisão foram no sentido de que o que se teve foi a adoção de uma conduta que aparentemente estaria de acordo com a regra de competência, mas que na verdade levava a finalidades ditas absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional, motivo pelo qual seria ilícita.

Em suma, o ministro entendeu que o ato praticado por Dilma alcançava resultado incompatível com a ordem constitucional vigente, que seria conferir a Lula foro no Supremo Tribunal Federal, por entender que restaram comprovados os motivos subjetivos que a teriam levado a sua nomeação.

Cabe averiguar, portanto, em que medida essa decisão seria justificável, considerando, especialmente, o princípio da separação dos poderes e o princípio da segurança jurídica.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 390 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 04 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/320950824/andamento-do-processo-n-390-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-06-04-2016-do-stf>>. Acesso em: 17 mar. 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 391 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 04 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309136955&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

¹³⁶ Trecho extraído do voto proferido pelo ministro em sede liminar no MS 34.070. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança. *MC MS 34070 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

Acerca dos requisitos constitucionais para investidura no cargo de Ministro de Estado, o art. 87 da CF determina que eles sejam escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Logo, uma vez preenchidos, não haveria que se falar, a princípio, em nulidade do ato. A não ser no caso de se considerar questões que vão além, como foi o caso da decisão em comento. Trata-se de nulidade da nomeação por desvio de finalidade, sendo passível, neste caso, de controle judicial.¹³⁷

Considerando o sistema presidencialista adotado pela Constituição, se trata de cargo comissionado, de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República e, conseqüentemente, de sua exclusiva confiança, conforme artigo 84, inciso I, da CF. Diferindo, assim, do sistema parlamentarista, onde os ministros dependem da confiança do Parlamento e devem exonerar-se, isolada ou conjuntamente quando a confiança lhes é retirada.

Assim, os fundamentos para caracterizar o ato político da então Presidente da República como ilegal estariam previstos na Lei da Ação Popular n. 4.717/1965, que define que “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.¹³⁸

No que concerne à legitimidade ativa “ad causam” de partidos políticos para a impetração de mandado de segurança coletivo em matéria de proteção jurisdicional de direitos transindividuais, o entendimento predominante da jurisprudência é de que a medida não é autorizada. No entanto, hoje é discutível o cabimento de mandado de segurança coletivo impetrado por partido político para a tutela de direitos difusos.

Nota-se, assim, que a jurisprudência do STF havia firmado o entendimento de que não seria adequado partido político valer-se do mandado de segurança coletivo visando substituir todos os cidadãos na defesa de interesses individuais:

¹³⁷ Para Egon Bockmann Moreira, professor de direito constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR), considera que a nomeação de Lula como ministro é “frágil e contestável”, pois “quando se pretende assumir uma função com finalidade diversa daquela que autoriza a prática do ato, o procedimento torna-se passível de controle judicial”. BOCKMANN, 2016 apud NEITSCH, Joana. Nomeação de Lula como ministro é juridicamente questionável. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/nomeacao-de-lula-como-ministro-e-juridicamente-questionavel-1pc4r49l8z1cqll0rc0ucbfwk>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE PARTIDO POLÍTICO. IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹³⁹

Sendo voto vencido no julgamento supramencionado, a fundamentação da ministra Ellen Gracie, relatora, afirmava que os partidos políticos poderiam manejar a ação em defesa de quaisquer interesses difusos.

Vale destacar, neste posto, que o próprio ministro Gilmar Mendes ressaltou que na ocasião daquele julgamento ele manifestou discordância acerca da possibilidade do partido político impetrar segurança em defesa de interesses diversos aos de seus eventuais filiados. Todavia, atendendo ao pedido do PPS, o ministro impediu a posse de Lula, superando, assim o seu próprio posicionamento, apontando o critério da finalidade partidária como uma limitação supostamente segura e correta.

Para ele, a relevância da impetração da ordem de mandado de segurança coletivo por partido político teria sido reduzida ao impedir o uso da ação para a defesa de interesses individuais homogêneos não peculiares aos filiados, não sendo claros os limites de emprego do remédio na tutela de interesses coletivos e difusos. Diz, ainda, que no cenário jurídico atual casos envolvendo mandado de segurança coletivo seriam escassos.

Dessa forma, considerando que as hipóteses de superação dos precedentes encontradas nos sistemas de origem anglo-saxônica como sendo aplicáveis a realidade brasileira¹⁴⁰, verifica-se que o ministro pautou a sua argumentação na

¹³⁸ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 196184 AM*. Primeira Turma. Relator (a): Min. Ellen Gracie. Brasília, 27 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2965221/recurso-extraordinario-re-196184-am>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

¹⁴⁰ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p 308.

superação daquele precedente por considerar a solução como excessivamente restritiva, resultando na alteração do seu primeiro entendimento que se deu, aparentemente, por inadequação.

A impressão que se tem é de que não houve, naquela decisão, a ponderação dos valores inerentes à segurança jurídica, isonomia, eficiência e credibilidade do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, como normalmente se exigiria no *common law*, por exemplo. Muito embora haja flexibilização desses critérios em matéria constitucional¹⁴¹.

Ainda sobre os fundamentos para a mudança no entendimento, o ministro foi além, sugerindo um paralelo com o MS 32033, impetrado contra desvios no processo legislativo. Note-se que decisão final do tribunal no referido julgado foi pelo o cabimento da ordem para resguardar a regularidade jurídico-constitucional apenas quanto aos eventuais vícios formais do processo político de deliberação e aprovação das leis.¹⁴²

Com efeito, a escolha para o cargo de ministro é manifestadamente discricionária. Já o processo legislativo não é dotado de discricionariedade absoluta, tendo em vista os seus aspectos formais. Logo, o uso do precedente invocado pelo ministro não parece coadunar com a o caso em apreciação. Caberia refletir, então, sobre até que ponto seria adequado e seguro que esse tipo de mudança jurisprudencial ocorra tal como no caso em questão, sobretudo quando estão envolvidos aspectos de alto impacto social e político.

¹⁴¹ MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 309

¹⁴² Na ocasião do julgamento do MS 32.033, “o Plenário do Supremo Tribunal, por maioria de votos, conheceu do mandado de segurança, confirmando a tradicional jurisprudência da Corte acerca do cabimento da impetração preventiva em defesa do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo eivado de inconstitucionalidade (vício formal) ou cuja proposição apresentada traga proposta tendente a abolir cláusulas pétreas da Constituição Federal. No mérito, todavia, por maioria de votos, a Corte não referendou a posição do relator” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.003 DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 17 mar. 2017).

O que se viu do caso estudado foi que o STF adotou uma postura ativista, política e aparentemente legítima, porém, certamente ocultada por critérios técnicos¹⁴³.

¹⁴³ GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 191-206, 2015. Número Especial. p. 204.

CONCLUSÃO

A maneira como o Supremo vem atuando nos casos que demandam maior esforço argumentativo demonstra a notoriedade que esta instituição adquiriu desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, contribuindo, assim, para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo.

A partir do estudo realizado, foi possível constatar que a subsunção dos fatos à norma, característica das práticas mais legalistas, formalistas e positivistas ainda se mostra tolerável em se tratando da cultura jurídica defendida por boa parte dos atores jurídicos. Nota-se que o princípio da separação dos poderes e a vinculação à norma proveniente do processo legislativo formal ainda servem de respaldo à resistência as concepções pós-positivistas, as quais constituem um movimento em ascensão que atua contra paradigmas estritamente formalistas. Quanto ao campo de atuação, ela permite que o juiz se abstenha de atuar como mero aplicador de normas dispondo de uma forma mais criativa de exercer sua atividade jurisdicional.

Por ser um processo de transformação inserido no regime democrático, fala-se em uma crise de legitimidade entre os cidadãos e o poder legislativo. Não raro o Congresso Nacional é chamado à deliberação de temas notadamente controversos, porém, muitas vezes as votações são intencionalmente postergadas. Para alguns é dever do Judiciário desempenhar a atribuição de preencher esse vazio. Para outros, essa atitude tende a fragilizar o sistema representativo e a colocar o Supremo no centro no sistema político brasileiro.

Não se trata de prevalência do STF em detrimento dos demais poderes, mas sim uma atuação mais incisiva do poder judiciário no seu desempenho do papel criativo. A criação judicial do direito é, portanto, inerente à atividade jurisdicional. Logo, se a escolha do método é subjetivo, a justificação tem que ser pública e para que o exercício da função autônoma de controle constitucional seja visto como sendo legítimo, o intérprete tem de, necessariamente, demonstrar com clareza o caminho percorrido na sua fundamentação.

A consolidação do ideal democrático e a centralidade dos direitos fundamentais alavancaram a ascensão institucional do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional de modo que os tribunais passaram a fazer parte do cenário

político, ao lado do Legislativo e do Executivo. Muito embora o STF esteja exercendo um papel importante na proteção de minorias e de grupos sociais preteridos do processo político formal, a impressão que se tem é de que o descrédito em relação às instituições políticas tem crescido consideravelmente, a ponto de parecer cada vez mais difícil se pensar numa atuação mais equilibrada entre os poderes.

Se por um lado o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar esse papel contra majoritário tradicional para atender os clamores sociais relevantes, não satisfeitos pelo processo político majoritário, por outro ele não estaria autorizado a impor as suas próprias convicções. Porém, não há como assumir esse papel dotado de caráter representativo sem antes assumir esse risco.

Delimitar o espaço de competência do Supremo não é tarefa simples, sendo que a própria corte discute, recorrentemente, sobre a sua legitimidade para decidir questões atinentes à política. Porém, que se viu dos casos analisados ao longo do trabalho foi o retrato de um tribunal que se diz realizador da Constituição, isto é, comprometido com a promoção dos direitos fundamentais, com a democracia e com o avanço social. Apesar de a satisfação popular ser usada para reforçar determinadas decisões tomadas pelo Supremo, há de se levar em conta essa prática pode reduzir a participação direta da sociedade na política ao momento do voto.

O direito acaba, então, sendo pensado e criado argumentativamente pelo intérprete. Foi repensando o positivismo legalista que a Constituição passou a ocupar o centro do processo interpretativo. Dentre os instrumentos legítimos disponíveis para realização dessa mudança paradigmática, tem-se a argumentação. Dentre as teorias, se destaca a precursora Teoria da Argumentação desenvolvida pelo jurista e filósofo Chaim Perelman. Em suma, Perelman considera a receptividade do auditório imprescindível de tal forma que a tese apresentada tem de estar compatível com os valores adotados pelo grupo cultural a ser alcançado.

Acerca dos reflexos da sociedade no processo hermenêutico, nota-se que é justamente na hermenêutica constitucional que o processo interpretativo tende a adequar-se à sociedade pluralista. Dessa forma, interpretação da Constituição não está restrita a figura do juiz. Segundo Habermas, isso seria uma forma de mediação entre Estado e Sociedade. A necessidade de integração da realidade justifica, portanto, a ampliação do círculo de intérpretes no processo de interpretação. Nesse

sentido, a regra de interpretação do Direito como integridade é a interpretação sistemática. Logo, a aplicação do direito não deve ser limitada à aplicação de um artigo, é necessário avaliar todo o contexto. Essa regra se insere em um contexto democrático.

A adoção do sistema de precedentes judiciais é vista como um recurso importante para assegurar a natureza criadora intrínseca a todo processo decisório bem como para garantir a segurança jurídica esperada na prestação jurisdicional característica de um Estado Democrático de Direito. No que se refere ao processo de adoção dos precedentes no civil law, a valorização da jurisprudência como fonte do direito tem contribuído de forma significativa para a inovação das interpretações judiciais, isto é, do poder-dever do Judiciário de dizer o direito mediante a explanação dos comandos normativos.

Com efeito, a expansão das competências do STF ter contribuído para o fortalecimento dessa postura mais ativista nos tribunais brasileiros no que tange a suposta priorização dos direitos fundamentais, sendo importante atentar-se ao fato de que partir dessa expansão questões atinentes à política passaram a ser recorrentemente resolvidas no judiciário.

Percebe-se que a intervenção mais positiva do Judiciário na atividade fim (ou privativa) das outras esferas de poder tende a resultar no diálogo mais tenso entre as instituições e que na atualidade a separação dos poderes prevista no texto constitucional não opera em perfeita harmonia.

Ambos os casos estudados no terceiro capítulo caracterizam-se pelo exercício de controle jurisdicional em face dos poderes legislativo e executivo bem como pelo dever atribuído ao Supremo quanto à garantia máxima de eficácia das normas, dos princípios e dos preceitos constitucionais. Quanto ao primeiro, o STF atuou apenas para realizar o controle judicial da constitucionalidade e legalidade do processo, em observância do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Assim, a questão-jurídica deste primeiro caso consistiu no resultado do julgamento. Havendo condenação pelo crime de responsabilidade com a consequente perda do cargo, resta dúvida quanto a isenção da ex-Presidente à pena de inabilitação por oito anos de exercício de função pública.

Se por um lado o rito do impeachment do presidente Collor elaborado individualmente pelo ministro Celso de Mello e levado ao Senado como uma proposta a ser avaliada pela casa para não passar a ideia de ingerência sobre o Legislativo, o que se viu do caso de Dilma foi um tribunal de um tribunal menos discreto no cenário político e mais suscetível a opinião pública. Mostra-se questionável, portanto, o modo como se operou a aplicação das sanções nos dois processos de impeachment ocorridos no Brasil. Pois em um deles se viu um presidente perdendo o seu mandato e sendo impedido de exercer cargo público por força da decisão tomada pelos senadores. No segundo, por sua vez, a decisão final foi pela aplicação decomposta das penalidades, com o aval da figura representativa do Poder Judiciário naquele julgamento.

A impressão que se tem é de que não houve consistência, coerência tampouco adoção de critérios procedimentais claros no exercício do controle judicial da constitucionalidade e legalidade do processo de impedimento. Apesar de o controle jurisdicional ser restrito aos aspectos processuais do processo de impedimento, caberia ao Supremo assegurar os princípios do devido processo legal, dentre eles o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões. Todavia, longe de ser ativista, a atuação do Supremo no processo de impedimento de Dilma Rousseff foi mais discreta do que protagonista, pois se restringiu basicamente à definição do rito, caracterizando, assim, uma postura mais contida da Suprema Corte.

Já no segundo caso, a suspensão da posse de Lula como ministro da Casa Civil, o que se viu foi uma interferência mais ativista. O impedimento a sua posse se deu por liminar concedida nos MS 34070 e 34071, trata de uma das inúmeras decisões extraordinárias que exerceram considerável influência no impeachment, pois foi mediante as deliberações do STF que restou definida a permanência ou o afastamento de figuras importantes naquele processo, o que acabou servindo, inclusive, de combustível para a opinião pública. Apesar da previsão contida no art. 84, inciso I, da CF, onde é expressamente atribuída à Presidência da República a competência para escolha de ministros de Estado, os fundamentos apresentados na decisão foram no sentido de que o ato da nomeação levava a finalidades ditas absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional, motivo pelo qual seria ilícita.

Entretanto, a impressão que se tem é de que não houve, naquela decisão, a ponderação dos valores inerentes à segurança jurídica, isonomia, eficiência e credibilidade do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro. Pois, se por um lado houve a superação de um precedente firmado pelo plenário do Supremo por estar aparentemente inadequado, por outro se viu uma atitude monocrática de fazer um paralelo entre precedentes que não pareciam se coadunar. Com efeito, a escolha para o cargo de ministro é manifestadamente discricionária. Já o processo legislativo é passível de controle jurisdicional no que concerne aos aspectos estritamente formais, o que não era o caso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. STF em 2016: retrocessos em direitos e potencializador da crise. *Jornal Nexo*, São Paulo, 17 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2016/O-STF-em-2016-retrocessos-em-direitos-e-potencializador-da-crise>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Casos difíceis e a criação judicial do direito. In: Seminário Teoria da Decisão Judicial, 2014, Brasília. [Vídeos...]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014. Youtube, 17 mar 2017.51'01". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BVpSb_pP-gl&t=3928s>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 23-50, 2015. Edição Especial.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, n. 3, p. 5-3, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. 2014. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: CNPq, 2010. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato: entenda o caso*. Brasília: MPF, [2015]. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Senado vai julgar presidente Dilma Rousseff por crimes de responsabilidade*. Brasília, 10 ago. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/10/senado-vai-julgar-presidente-dilma-rousseff-por-crimes-de-responsabilidade-1/tablet>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.277 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 390 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 04 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/320950824/andamento-do-processo-n-390-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-06-04-2016-do-stf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 391 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 04 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309136955&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 21.689-1/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 16 de novembro de 1993. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748746/mandado-de-seguranca-ms-21689-df?ref=juris-tabs#!>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32.003 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado ne Segurança. *MC MS 34070 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado ne Segurança. *MC MS 34071 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322085203/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-mc-ms-34071-df-distrito-federal-0051795-9720161000000>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 196184 AM*. Primeira Turma. Relator (a): Min. Ellen Gracie. Brasília, 27 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2965221/recurso-extraordinario-re-196184-am>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRITTO, Carlos Ayes. Poder judiciário: ativismo versus proatividade. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 maio 2015. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>. Acesso em: 22 out. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da 'justiça constitucional'. *Revista do Tribunal Regional Federal, Quarta Região*, Porto Alegre, v. 12, n. 40, p. 15-49, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris: Porto Alegre, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. *Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do mandado de segurança*. Curitiba: Juruá, 2016.

COELHO, Inocência Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 2-22, 2015. Número Especial.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, p. 1-11, jul./set. 1993.

FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. *Universitas Jus*, Brasília, p. 1-17, jul./dez. 2010.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 191-206, 2015. Número Especial.

GILMAR Mendes diz que votação fatiada de impeachment é, 'no mínimo, bizarro'. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 01 set. 2016. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/09/gilmar-mendes-diz-que>>

votacao-fatiada-de-impeachment-e-no-minimo-bizarro.html>. Acesso em: 20 mar. 2017.

HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARTINS, Raphael. Entenda rito de impeachment de Dilma após julgamento do STF. *Revista Exame*, Rio de Janeiro, 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/entenda-rito-de-impeachment-de-dilma-apos-julgamento-do-stf/>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone de Campos. '*Respeito aos precedentes*'. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 8 out. 2015. Notas de aula.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NEITSCH, Joana. Nomeação de Lula como ministro é juridicamente questionável. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/nomeacao-de-lula-como-ministro-e-juridicamente-questionavel-1pc4r49l8z1cqll0rc0ucbfwk>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: M. Fontes, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RICHTER, André. *Decano do STF diz que caso Collor autoriza julgamento fatiado do impeachment*. Brasília: Agencia Brasil, 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-08/decano-do-stf-diz-que-caso-collor-autoriza-julgamento-fatiado-do>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 115-133, 2015. Número Especial.

SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*. 1989. 192 f. Dissertação

(Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1989.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. 2. ed. São Paulo: J. Oliveira, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a vinculação para o futuro*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.