

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

QUESTÕES ATUAIS

de Direito Constitucional

Coordenação:

Lilian Rose Lemos Rocha

Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitaresh



Lilian Rose Lemos Rocha
Pedro Almeida Costa

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

QUESTÕES ATUAIS

de Direito Constitucional

Organizadores:

Naiara Ferreira Martins

Pedro Almeida Costa

Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

Rafael de Almeida Guimarães

Brasília, 2016.

REITORIA

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Vice-Reitor

Edevaldo Alves da Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Presidente do Conselho Editorial

Elizabeth Lopes Manzur

Pró-Reitor Administrativo-Financeiro

Gabriel Costa Mallab

Secretário-Geral

Maurício de Sousa Neves Filho

DIRETORIA

Diretor Acadêmico

Carlos Alberto da Cruz

Diretor Administrativo-Financeiro

Geraldo Rabelo

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Capa

UniCEUB | Departamento de Comunicação e Marketing | ACC

Projeto Gráfico e Diagramação

AR Design

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : questões atuais do direito constitucional / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha, Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese. – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2016.

184 p.

ISBN 978-85-61990-51-0

1. Direito Constitucional I. Centro Universitário de Brasília. II. Título

CDU 342.4

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO	7
APRESENTAÇÃO	9
A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO	11
<i>CRISTIANE LOPES GONÇALVES</i>	
CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: A COMPETÊNCIA DO CNJ E A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	31
<i>GIOVANNA CAPUCHO CAMPANA</i>	
O CONTROLE JUDICIAL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE LEI EM TESE E A GARANTIA DO DIREITO DE OPOSIÇÃO	45
<i>VINÍCIUS DE BERRÊDO GUIMARÃES FERNANDES SOARES</i>	
CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	67
<i>WENDELL LUIZ RUFINO DA SILVA</i>	
DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL: CASO RAPOSA SERRA DO SOL	85
<i>DIOGO MESQUITA PÓVOA</i>	
ESTADO LAICO E ENSINO RELIGIOSO EM ESCOLAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO A LUZ DOS MODELOS ESTADUNIDENSE E ALEMÃO	103
<i>NATHALIA CORRÊA DE SOUZA</i>	
JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS: UMA ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.257/DF E A LEI DA PALMADA	123
<i>LEILIANE OLIVEIRA</i>	
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIÁLOGO ENTRE OS PODERES JUDICIÁRIO E EXECUTIVO	141
<i>TÉRCIA MARTINS DE BARROS FERREIRA</i>	
SOBERANIA PARLAMENTAR E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	159
<i>CHEILA MARIA PEREIRA NASCIMENTO</i>	
A AÇÃO POPULAR NO CONTROLE DOS ATOS LESIVOS AO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E A CRIATIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	183
<i>PEDRO CORRÊA PERTENCE</i>	



PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de *e-book*.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.



APRESENTAÇÃO

A atividade acadêmica constitui em um terreno fértil para o debate qualificado sobre temas pertinentes à evolução do Direito Constitucional. Nesse sentido, muito me alegra plantar, colher e partilhar com a comunidade acadêmica, os frutos provenientes da disciplina “Questões atuais de Direito Constitucional” desenvolvida no âmbito da Pós-graduação lato sensu em Direito Público do UniCEUB.

Em verdade, as questões que tangenciam o diálogo que permeia o constitucionalismo contemporâneo são mais bem compreendidas revisitando as teorias forjadas na modernidade. Mutatis mutandis e atentos às devidas contextualizações, não se pode olvidar que muitos dos temas que ocupam a agenda brasileira são resultados do amadurecimento das Instituições formadoras do Estado Democrático de Direito Republicano.

Com efeito, no marco de uma sociedade complexa e plural cumpre (re)pensar o papel das Funções do Estado em prol do dinamismo democrático e republicano. Esse cenário reafirma a constatação de que “democracia é dissenso”, isto é, prima pela liceidade da oposição. A dialética, a contraposição de ideias apresenta-se, como pilar de sustentação do sistema democrático. Assim uns dos maiores desafios do Direito Constitucional continua sendo a necessidade de se conciliar vontade de maioria e direito das minorias. Unidade e pluralidade, harmonia e tensão. Nesse campo, a jurisdição constitucional destaca-se no exercício de uma função conformadora dos conflitos, além de operar na vanguarda da evolução dos valores sociais materializados na Constituição. Trata-se de uma função atualizadora e garantidora da ordem jurídica.

Assim, o primeiro artigo de autoria de Cristiane Lopes Gonçalves demonstra como a estabilidade da democracia brasileira possibilitou a liberdade do intérprete para manter viva a essência da Constituição. E como, de fato, a atuação legislativa não consegue acompanhar na mesma medida, a dinamicidade social.

O artigo intitulado “soberania parlamentar e os limites da jurisdição constitucional” desenvolvido por Cheila Nascimento representa a importante e necessária reflexão sobre a atuação da Jurisdição Constitucional em temas afetos ao Poder Legislativo. A extensão da imunidade do poder legislativo é colocada em discussão, sobretudo no âmbito dos modelos constitucionais de Judicial Review. A onipotência parlamentar também poderia se converter em uma concentração excessiva de poderes. A criação de uma instituição desvinculada do governo e do parlamento configurou-se como um fator determinante para as modernas democracias.

O artigo de Tércia Ferreira analisa a incidência do modelo de freios e contrapesos na atuação dos Poderes Executivo e Judiciário. O controle judicial de atos

políticos é uma temática constante no Supremo Tribunal Federal e, sob esse aspecto, importa em compreender o papel do órgão de cúpula do Poder Judiciário como garantidor do equilíbrio e harmonia da ordem constitucional.

Vinícius de Berrêdo enfrenta a árida temática do controle preventivo de constitucionalidade. O estudo dessa matéria lança luzes para repensar o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, a natureza jurídica do mandado de segurança que, por vezes, pode ser utilizado como instrumento de manobra política.

Wendell Luiz Rufino no artigo sobre a criação judicial do direito como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, demonstra que há diferenças práticas e conceituais entre ‘ativismo’ e judicialização. Nessa seara, recupera a importância da interpretação constitucional para a compreensão do fenômeno jurídico, sobretudo nos casos em que a inércia do poder legislativo é intencional.

Ainda no campo de uma atuação mais positiva do Supremo Tribunal Federal, destaca-se o trabalho de Diogo Mesquita Póvoa que, a partir da análise do caso “Raposas Serra do Sol” (PET. 3.388/RR) expõe os efeitos da atuação do Poder Judiciário na delimitação de espaços de implementação das ações do Estado na busca por concretizar as novas gerações de direitos.

Pedro Corrêa Pertence investiga o tema da criatividade das decisões judiciais no âmbito da propositura da ação popular para efeitos de controle dos atos lesivos ao direito fundamental ao meio ambiente sadio. Para o autor, a amplitude e vagueza conceitual na seara do meio ambiente permite ao Judiciário criatividade na aplicação do direito as categorias concretas.

Outro ponto que desperta um intenso debate foi apresentado por Leiliane Oliveira ao discorrer sobre a “judicialização das relações sociais”, a partir da análise do mandado de segurança nº 32.257/DF e da apelidada “lei da palmada” (Lei 13.010 de 2014). Trata-se de um passo elementar para a indispensável atenção à atividade legiferante.

Instigante ainda é a temática aprofundada por Nathalia Corrêa de Souza qual seja, estado laico e ensino religioso em escolas públicas. O estudo parte da análise do caso brasileiro a luz dos modelos estadunidense e alemão. O pano de fundo do artigo revela-se através do debate promovido por ocasião da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.439/DF, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso no âmbito do STF.

Por fim, e para fechar essa trajetória emocionante e vivificante infundida através dos vastos caminhos do Direito Constitucional, Giovanna Capucho resgata a memória de um capítulo importante na história brasileira que foi a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A todos uma ótima leitura.

Brasília nas calorosas noites de novembro de 2015.

Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

Doutora e Mestre em Direito pelo UniCEUB

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Cristiane Lopes Gonçalves¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Interpretação Constitucional. 2.1. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. 3. Criação Judicial do Direito. 3.1. Limites da Interpretação Constitucional. 4. Análise de Caso Concreto: União Homoafetiva (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto). 5. Conclusão.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as formas de interpretação constitucional e o crescimento do uso da criação judicial do direito nos dias atuais. A estabilização da democracia no Brasil permitiu que o intérprete atuasse de forma mais livre para alcançar a solução de casos difíceis, ao mesmo tempo em que trouxe limites para essa interpretação, os quais se encontram na Constituição e na sociedade na qual o intérprete está inserido. Conclui-se que a criação judicial do direito é a liberdade do intérprete para manter viva a essência da Constituição diante de uma sociedade plural e complexa, cuja dinamicidade torna impossível de ser acompanhada pelo legislador.

Palavras-chave: Interpretação Constitucional. Criação Judicial do Direito. Limites da Interpretação Constitucional.

ABSTRACT

This article aims to analyze the forms of constitutional interpretation and the growing use of the judicial creation of law today. The stabilization of democracy in Brazil allowed the interpreter to act more freely to reach the solution of difficult cases, at the same time, brought limits to this interpretation, which are the Constitution and the society in which the interpreter is inserted. It concludes that the judicial creation of law is the freedom of the interpreter to keep alive the essence of the Constitution before a plural and complex society whose dynamism makes it impossible to be accompanied by the legislature.

Keywords: Constitutional Interpretation methods. Judicial Law Creation. Limits of Constitutional Interpretation.

¹ Servidora pública do Supremo Tribunal Federal e aluna de pós-graduação lato sensu no curso “Novas Tendências do Direito Público”, no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD).

1. INTRODUÇÃO

A interpretação constitucional faz parte do dia a dia dos operadores do direito e é capaz de solucionar problemas aparentemente de difícil resolução.

Diferentes casos são interpretados de diversas formas pelo intérprete inserido em um estado democrático de direitos. Essa liberdade é oriunda do próprio texto constitucional, que traz forte carga axiológica em seu texto, o que permite ao intérprete fugir da literalidade normativa, entrando na chamada criação judicial do direito, processo que permite ao intérprete uma discricionariedade quando da análise de casos concretos. Nas palavras de Mauro Cappelletti:

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal dessa amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia, etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreê-los e – caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplica-los” e “realiza-los” em novo e diverso contexto, tempo e lugar.²

A criação judicial do direito mantém dinâmica a interpretação do ordenamento jurídico, permitindo que um caso concreto se adéque ao contexto atual de uma sociedade mesmo que a norma que o regulamente esteja ultrapassada. Para alguns, esse processo pode parecer ousado e capaz de substituir o legislador, que seria o verdadeiro detentor do processo normativo³. No entanto, será demons-

² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 21.

³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 88.

trado que este mecanismo de interpretação é essencial para o bom andamento da justiça em um estado democrático de direitos.

Neste artigo, primeiramente serão apresentados o conceito de interpretação constitucional e os métodos e princípios que promovem este tipo de atividade. Serão apresentadas as principais técnicas utilizadas pela doutrina como forma de interpretar a Constituição.

Em seguida, será abordado o conceito de criação judicial do direito, instituto que apareceu após a estabilização da democracia nas sociedades plurais e que permite ao intérprete solucionar casos complexos, deixados de lado, por vezes de forma intencional, pelo legislador. Será demonstrado também que os limites dessa criação judicial no momento da interpretação constitucional, tendo em vista a impossibilidade da atuação arbitrária do intérprete.

Por fim, a discussão em torno da ADI 4.277/DF, que tratou sobre a validade do emprego das regras da união estável às relações homoafetivas, será apresentada como uma forma de diálogo entre os métodos de interpretação constitucional existentes na doutrina e os utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para o alcance do deslinde dessa controvérsia complexa e que fugiu aos olhos do Parlamento.

2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O operador do direito constantemente se depara com situações complexas em sua vida profissional, devendo alcançar o melhor desfecho possível para um caso concreto através da interpretação mais justa e coerente de uma norma jurídica.

A complexidade deste ato é de grande monta, no entanto, o intérprete jamais poderá romper os vínculos substantivos com o objeto interpretado, ou seja, existem limites para a interpretação jurídica.

Até pouco tempo atrás, a interpretação era compreendida pela doutrina como a simples aplicação do fato à norma (subsunção), porém o dinamismo da sociedade atual impede a manutenção deste simples método de interpretação.

Nos dias atuais, a interpretação jurídica consiste em adequar o caso concreto não só às normas que o regulam, mas também aos antecedentes históricos e legislativos, à realidade social em que o caso concreto está inserido, aos costu-

mes, à jurisprudência e aos dispositivos constitucionais vigentes, entre outros, tudo em prol da harmonia jurídica.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso:

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o ser ao dever ser. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão.⁴

Em resumo, um determinado caso concreto poderá ser interpretado de diferentes formas, no entanto, existem limites que são dados a esta interpretação, os quais serão verificados, sobretudo, na Constituição Federal. A interpretação decorre de métodos e técnicas, as quais podem sofrer influência da realidade social, da jurisprudência, dos costumes e de outros vetores, de modo que o estágio final dessa interpretação é a aplicação de uma norma jurídica ao caso concreto, caso esta exista, afastando-se, assim, o conceito inicialmente posto de que a interpretação seria a simples subsunção do fato à norma.

A interpretação constitucional é uma modalidade da interpretação jurídica. A Constituição concentra o direito constitucional positivo, sendo a expressão de vontade superior do povo, momento em que a soberania popular se converte em supremacia constitucional.⁵

As Constituições contemporâneas trazem conteúdo axiológico, princípios e conceitos jurídicos indeterminados. Dessa forma, se torna inviável a simples interpretação positivada dos dispositivos constitucionais, passando a ser neces-

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 304.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 306.

sário assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política no momento de sua interpretação.

Diante de casos difíceis⁶, as pré-compreensões dos intérpretes não podem ser descartadas, mas devem se submeter ao conteúdo essencial e ao propósito da Constituição, daí porque princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade passam a ser importantes quando da tomada de uma decisão.

O termo construção ganha força na interpretação constitucional diante de conceitos vagos, assim, o intérprete é capaz de alcançar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto constitucional, porém sempre mantendo a essência da Constituição. Sobre a interpretação constitucional, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que:

Esse exercício não pode conduzir à dissolução da Constituição no voluntarismo do juiz ou das opiniões das maiores de cada instante. A força da Constituição acha-se também na segurança que ela gera – segurança inclusive quanto ao seu significado e ao seu poder de conformação de comportamentos futuros. A interpretação casuística da Constituição é esterilizante, como também é insensata a interpretação que queira compelir o novo, submetendo a sociedade a algo que ela própria, por seus processos democráticos, não decidiu.⁷

Portanto, a liberdade de interpretação encontra limites, pois não é dado ao intérprete criar ou atribuir significados arbitrários às normas constitucionais, desvirtuando a soberania popular concretizada na Constituição Federal, este é o limite da atuação do operador do direito.

2.1 Métodos e princípios da interpretação constitucional

2.1.1 Métodos de interpretação constitucional

A doutrina e a jurisprudência têm fornecido métodos e técnicas em prol da interpretação constitucional. Apesar de o intérprete nem sempre se ater a um

⁶ Casos difíceis são aqueles em que não há uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá que ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito.

⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 82.

método específico ou mesmo perceber que, ao interpretar, está fazendo uso de algum processo interpretativo, fato é que esses métodos existem e são uma forma de melhor compreender a sistemática da hermenêutica e permitir uma racionalização e transparência no processo de interpretação.

Os métodos tradicionais de interpretação e os mais utilizados pelos operadores do direito são os elaborados por Ernst-Wolfgang⁸ e Savigny⁹. O primeiro autor distingue os métodos hermenêutico-clássico, tópico-problemático, e hermenêutico-concretizador. O segundo, por sua vez, apresenta os métodos gramatical, histórico, sistemático de interpretação jurídica e teleológico.¹⁰

O *método jurídico ou hermenêutico-clássico* possui a ideia da existência da verdade como conformidade, ou seja, toda a norma possui um sentido em si, seja aquele dado pelo legislador quando da criação da norma (*mens legislatoris*), seja aquele que a final e a cabo, restou emergido do texto (*mens legis*).

O *método tópico-problemático* é considerado um dos mais adequados para se chegar até a Constituição. O caráter axiológico, fragmentário e aberto de regras e princípios do Texto Magno permite que o intérprete escolha o melhor caminho a ser seguido diante da análise de um caso concreto. Assim, a Constituição se apresenta muito mais problemática do que sistemática e, sendo o foco o problema, os dispositivos constitucionais se apresentam como um catálogo ao intérprete.

O *método hermenêutico-concretizador* também envolve a análise do caso concreto, porém não é este o foco, mas sim o texto constitucional, o qual o aplicador está vinculado. Para alcançar o sentido da norma, o intérprete alcança a sua pré-compreensão do significado do enunciado, atuando sob a influência das suas circunstâncias históricas concretas, mas sem perder de vista o problema prático que demanda a sua atenção. Há um equilíbrio entre o texto e a situação a que ela se aplica.

O *método gramatical, literal ou semântico*, por sua vez, funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que

⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Normos Verlagsgesellschaft, 1993.

⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale*, 1886.

¹⁰ Vale ressaltar que estes são elementos tradicionais de interpretação e que sofreram influência de diversos autores, portanto, os conceitos aqui apresentados são frutos da exposição do tema do ponto de vista de diferentes doutrinadores.

integram a norma constitucional. Em muitas situações, o caso não envolverá complexidade, e ao intérprete, bastará aplicar textualmente os enunciados normativos. Por outro lado, diante das normas abertas existentes na Constituição, a interpretação gramatical não poderá trabalhar com sentidos únicos a serem extraídos dos relatos normativos. Nesse caso, os dispositivos constitucionais irão funcionar como ponto de partida e como limite máximo à atuação do intérprete.

O *método histórico* se assemelha ao hermenêutico-clássico, pois, novamente aqui, irá se analisar o conteúdo da norma (*mens legis*) e a intenção do legislador (*mens legislatoris*). Este é um método que deve ser utilizado com cautela, tendo em vista que quanto mais a Constituição e as leis se distanciam no tempo da conjuntura histórica em que foram promulgadas, a vontade subjetiva do legislador vai sendo substituída por um sentido autônomo e objetivo da norma, que dá lugar, inclusive, à criação judicial. Ainda assim, este é um método de bom uso e que já ganhou destaque em alguns julgamentos no Supremo Tribunal Federal, como na análise da Lei de Anistia, ocasião em que ficou assentada a recepção da mencionada lei em respeito ao contexto histórico em que foi editada¹¹.

O *método de interpretação sistemática* é uma técnica em que se prioriza a unidade e a harmonia da Constituição. A entrada de uma nova ordem constitucional produz impacto suficiente que obriga todas as normas presentes no ordenamento jurídico a se adequar e se alinhar a ela. Os conflitos devem ser reconhecidos em prol da harmonia Constitucional. Vale ressaltar que, recentemente, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer e a lidar com a possibilidade de colisões entre normas constitucionais, tendo desenvolvido teorias como dos limites imanescentes¹² e da ponderação¹³.

Por fim, o *método teleológico* incentiva que o Direito deve realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica

¹¹ Diante do pronunciamento das Nações Unidas sobre o tema, entidade da qual o Brasil faz parte, que considerou inviável a manutenção da Lei de Anistia, essa matéria será novamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal através da ADPF 320/DF, Rel. Min. Luiz Fux, reque-rida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

¹² Limites imanescentes aparecem sempre que se afete conteúdo essencial de direitos fundamen-tais, momento em que um direito poderá ser desconsiderado diante de outro, durante a aná-lise de um caso concreto.

¹³ Ponderar é analisar qual bem ou direito irá prevalecer no caso concreto, procurando realizar mais adequadamente a vontade constitucional.

e à dignidade da pessoa humana, tudo em prol do bem-estar social. No entanto, o intérprete deve ter o cuidado de não estimular simplesmente o utilitarismo, o pragmatismo e o consequencialismo quando isso afronta direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Conclui-se que são inúmeros os métodos e técnicas interpretativas, porém estes são reciprocamente complementares, o que só confirma o caráter unitário da atividade interpretativa. Percebe-se, assim, uma interdependência e uma complementaridade de formas e técnicas que são tão intimamente ligadas que cada uma pressupõe a anterior e, ao mesmo tempo, a ela se subordina, segundo determinado padrão de racionalidade.¹⁴

2.1.2 Princípios de interpretação constitucional

Diante da grande carga valorativa existente na Constituição Federal, a interpretação dos princípios ganha extrema importância para o operador do direito no momento da análise do caso concreto. Sérgio Nojiri destaca que:

os princípios carregam cargas axiológicas muito mais relevantes que os meros preceitos legais. Por esta razão, se diz que não há desrespeito maior do que infringir um princípio, por ser justamente este o vetor, o norte de todo o sistema. Os autores costumam enunciar como caracteres de diferenciação entre o princípio e a simples regra jurídica, o grau de abstração (muito mais acentuado no princípio), a aplicabilidade (no caso dos princípios o campo de aplicação é muito mais vasto) e a carga valorativa.¹⁵

Como o campo axiológico é amplo, é natural que certos princípios ganhem mais relevância que outros, cabendo ao intérprete ponderar qual deve ser aplicado diante de uma situação específica.

Além disso, certo é que muitos princípios utilizados pelos intérpretes nem sempre estarão positivados na Constituição, no entanto, são amplamente reconhecidos pela doutrina e jurisprudência. Na interpretação constitucional, ganham destaque alguns princípios como o da unidade da Constituição, da su-

¹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 97.

¹⁵ NOJIRI, Sergio. O Papel dos princípios na interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 21, 1997, out./dez, p. 320.

premacia constitucional, da interpretação conforme a Constituição, da máxima efetividade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

O *princípio da unidade* postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra, isso com o objetivo de se evitar contradições entre normas constitucionais.

O *princípio da supremacia da Constituição* diz respeito à soberania desse texto sobre todos os demais do ordenamento jurídico, tendo em vista ser fruto de uma manifestação especial de vontade popular em uma conjuntura própria, situação que deve ser constantemente observada e respeitada pelos operadores do direito.

O *princípio da interpretação conforme a Constituição* envolve a prudência política ou a política constitucional. A ideia é que, diante de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, o intérprete escolha as que torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo em que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pudessem invalidar os atos da legislatura.¹⁶

O *princípio da máxima efetividade* orienta o intérprete que analise a Constituição com o objetivo de lhe aperfeiçoar a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. Este esforço poderá ser mais pertinente nos casos de normas que se valem de conceitos indeterminados, de textura literal mais flexível¹⁷.

Finalmente, o *princípio da razoabilidade e da proporcionalidade* tem o seu fundamento nas ideias do devido processo legal e da justiça. Segundo Luís Roberto Barroso, esse princípio permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).¹⁸

¹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 96.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva,

Percebe-se, portanto, que os princípios são meios de grande valia para a interpretação constitucional, pois, possuindo grande carga valorativa, permitem que o intérprete alcance certos entendimentos não positivados na Constituição, isso sempre respeitando as ideias impostas pelos dispositivos constitucionais, como forma de subordinação à soberania popular, harmonizando a solução encontrada com o ordenamento jurídico vigente.

3. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Diante de uma sociedade cada vez mais complexa e plural, uma nova interpretação constitucional surge com o objetivo de alcançar a justiça no caso concreto. Os métodos tradicionais de interpretação parecem não ser mais suficientes, porém, ressalta-se, de maneira alguma deixam de ser aplicados nos dias atuais.

Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete, pois a norma muitas vezes traz apenas o início da solução, os fatos são de extrema complexidade que impedem o pronto deslinde da controvérsia e o intérprete se vê obrigado a criar soluções, tornando-se coparticipante do processo de criação do Direito. Aparecem, nesse momento, as diferenças entre interpretativistas e não interpretativistas.

São interpretativistas aqueles que admitem ser inviável ao aplicador do direito restringir-se à literalidade do texto constitucional, porém, consideram incompatível com o princípio democrático qualquer criatividade judicial em sentido forte, ou seja, qualquer forma de interpretação dos enunciados normativos que ultrapassem o âmbito do seu significado linguisticamente possível, pois isso implicaria atribuir aos juízes uma legitimidade privativa dos titulares de mandatos políticos.¹⁹

A ideia é que a criação de normas é atividade restrita aos detentores de mandatos políticos, em respeito ao sufrágio da maioria do eleitorado. Assim, haveria um desequilíbrio no sistema de freio e contrapesos se fosse dado aos juízes criar normas jurídicas a pretexto de aplicá-las, de modo que o ativismo judicial seria incompatível com a ordem constitucional.

2015, p. 340.

¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105/106.

Os não interpretativistas, por sua vez, entendem que, em nome do sentido material da Constituição, é legítima a invocação de valores substantivos como justiça, igualdade e liberdade, entre outros, para propiciar à magistratura uma competência interpretativa mais forte²⁰.

Com esse tipo de pensamento, os não interpretativistas acreditam que é possível manter a Constituição viva diante das mudanças da sociedade, fato que harmoniza com a chamada mutação constitucional, mudanças materiais que ocorrem na Constituição sem que se tenha alterado substancialmente o seu documento original.

A estabilidade democrática do Brasil após a Constituição Federal de 1988 permitiu que os pensamentos não interpretativistas aparecessem nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. A liberdade de decidir dos magistrados associada à dificuldade do Congresso Nacional em analisar temas complexos, permitiu que o ativismo judicial ganhasse força nos Tribunais brasileiros.

Diante de uma sociedade sedenta por soluções de casos complexos, inviável é o silêncio do Poder Judiciário, daí porque, diante de uma visão consequencialista, pode-se observar que o ativismo judicial tem feito mais bem do que mal à sociedade brasileira.

A interpretação se diferencia da concretização. Para Ernst-Wolfgang Böckenförde²¹, a interpretação é a indagação sobre a substância e o sentido de algo precedente, enquanto a concretização é o preenchimento criativo de algo simplesmente sugerido.

Nota-se, assim, que o não interpretativismo, por mais ousado que possa parecer, respeita os núcleos essenciais da Constituição quando da análise de um caso concreto. Por outro lado, a simples concretização durante a análise de uma situação específica autoriza o magistrado a escolher posicionamentos arbitrários e sem referência à ordem constitucional. Essa é uma diferença fundamental que permite identificar a maturidade de uma sociedade democrática.

A criação judicial, portanto, autoriza a utilização de valores substantivos não expressos na Constituição diante de casos complexos, porém sempre en-

²⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107.

²¹ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Normos Verlagsgesellschaft, 1993.

contrando limites na própria ordem constitucional e na legitimidade dada pela sociedade que o Poder Judiciário representa.

O legislador, quando cria uma lei, não proíbe o intérprete de interpretá-la, pois toda a norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito²². Isso porque a vontade do legislador não é um ato pronto e acabado quando a norma é criada, mas apenas um ponto de partida para a sua aplicação diante de um caso concreto.

Em suma, a criação judicial do direito se harmoniza com o princípio da separação dos poderes, e este é um novo passo alcançado na interpretação constitucional em uma sociedade democrática de direito. Nos ensinamentos de Inocêncio Mártires Coelho:

impõe-se re-interpretar o velho dogma para adaptá-lo às exigências do moderno Estado de Direito, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, não apenas pela legislativa dos Parlamentos ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, mais e mais comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais.²³

Fixadas as bases para a interpretação e criação do direito cumpre analisar os limites da interpretação constitucional.

3.1 Limites da interpretação constitucional

Em uma sociedade plural, não é correto pensar que o operador do direito detém o monopólio da interpretação constitucional. Cidadãos, grupos, organizações sociais, órgãos estatais, sistema público, mídia, opinião pública, entre outros, representam forças produtivas de interpretação constitucional em sentido amplo, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes.²⁴

²² COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a Criação Judicial do Direito. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano. 49, n. 187, jan/jun, 1996, p. 55.

²³ COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a Criação Judicial do Direito. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano. 49, n. 187, jan/jun, 1996, p. 56/57.

²⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*;

A ideia de que vários personagens podem influenciar o processo de interpretação constitucional é fruto da existência de uma sociedade democrática de direitos. É a democratização da interpretação constitucional, de modo que a teoria da interpretação constitucional deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.²⁵

Em resumo, todos aqueles que se submetem à ordem constitucional são capazes de influenciar no processo de interpretação. Esse conceito aberto de análise é fruto também do conceito republicano, o qual deverá ser observado no momento da análise de um caso concreto.

Conclui-se que a Corte Constitucional, inserida em uma sociedade democrática, tem o importante papel de manter a unidade da Constituição. Diante dos casos difíceis, aqueles capazes de dividir a opinião pública, cabe à Suprema Corte chamar os interessados para a discussão, proteger o direito de minorias e encontrar a solução que melhor se adéque aos termos da Constituição. Percebe-se, portanto, a influência de toda a sociedade para o alcance do deslinde da controvérsia, tendo a Corte Constitucional o dever de controlar a participação leal dos diferentes grupos durante o processo de interpretação constitucional. Esse é o limite da interpretação constitucional, momento em que o Tribunal deverá se posicionar avançando ou se contendo, tudo em prol da harmonia constitucional e da sociedade na qual está inserido.

Diante de um Poder Legislativo omissivo frente a casos complexos e de uma sociedade democrática plural, o Poder Judiciário tem se destacado, trazendo novas interpretações ao texto constitucional e favorecendo o processo de criação judicial. O ativismo judicial aparece nesse contexto, procurando manter o dinamismo social que o texto positivado do ordenamento jurídico não consegue acompanhar.

O Poder Judiciário passa a atuar inclusive na formulação de políticas públicas diante de um Poder Legislativo e Executivo silentes, o que deturba o princípio da separação dos poderes, daí a importância de o judiciário encontrar o equilíbrio dentro da ordem constitucional, mantendo a sua unidade e não

tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Imprensa: Porto Alegre, S. A. Fabris, 2002, pg. 27.

²⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*; tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Imprensa: Porto Alegre, S. A. Fabris, 2002, pg. 29.

simplesmente, sob o argumento da existência de uma mutação constitucional, alterar o sentido da norma sem a devida emenda constitucional, papel que deve ser concretizado pelo Congresso Nacional, representante indireto do povo. Luiz Gustavo Bambini de Assis destaca que

Sobrevalorizar, portanto, o papel do Judiciário, conferindo-lhe amplo poder para, inclusive, reconhecer mutação constitucional sem quaisquer limites, é o mesmo que ferir os princípios do Estado Democrático de Direito. Isso porque um dos mais importantes fundamentos desse Estado é o reconhecimento da soberania popular, soberania expressa, no presente caso, pelos representantes do povo na Assembleia Constituinte.²⁶

Portanto, limites devem ser impostos e a liberdade do intérprete não deve ser confundida com arbitrariedade. Até porque o magistrado nem sempre possui condições técnicas de adentrar livremente sobre determinados assuntos, isso cabe à atuação do legislativo e do executivo. Como ensina Mauro Cappelletti, diante da generalidade de juízes, existe a:

Dificuldade de controlar o emprego correto da discricionariedade legislativa e administrativa, especialmente nas hipóteses em que um sério controle exija o emprego de conhecimentos sofisticados ou técnicas especializadas, as quais, embora possam estar à disposição do legislador e da administração pública, são amiúde dificilmente acessíveis aos tribunais judiciais, pelo menos por razões financeiras. Com muita dificuldade, poderá o juiz, por exemplo, desenvolver ou fazer desenvolver investigações empíricas, cálculos econométricos ou apuradas pesquisas de laboratório. Existe, pois, também o perigo da inefetividade: como podem os tribunais controlar a correta atuação de pronunciamentos judiciais que, operando por definição no campo das obrigações

²⁶ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A Judicialização da Política e os Limites da Interpretação Constitucional: um estudo de caso. *Revista Gestão & Políticas Públicas*. v. 3, 2013, p. 109.

do *welfare state*, para serem efetivamente obedecidos implicam, frequentemente, por exemplo, uma atividade *continuativa* de parte das entidades administrativas ou até do legislador? E existe, enfim, o problema da legitimação democrática. Realmente é verdade que no estado moderno este problema, como já observei, apresenta-se também com agudeza em face de que, segundo a opinião de muitos, na criatividade jurídica dos legisladores democraticamente eleitos e dos administradores públicos politicamente responsáveis reside maior grau de “legitimação”, de qualquer maneira mais evidente do que no “ativismo judiciário”, vale dizer, na criatividade jurídica da magistratura, caracterizada exatamente pela tradição de independência política e isolamento.²⁷

Verifica-se, assim, que o princípio da separação dos poderes deve ser sempre preservado, tendo em vista que é inviável ao magistrado se envolver com os mais variados temas de uma sociedade plural sem ferir, desse modo, os termos da ordem constitucional e perder, conseqüentemente, a legitimidade perante a sociedade que representa.

O princípio republicano, orientador do Estado Democrático de direitos e consagrado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, deve ser o norte de atuação do Supremo Tribunal Federal. Esse princípio é a viga mestra do Estado Brasileiro, pois estabelece que o poder não estará concentrado nas mãos de um só.

O Poder Judiciário, portanto, por mais destaque que tenha ganhado após a Constituição Federal de 1988, deve encontrar limites para a sua atuação como já exposto, sob pena de ferir o princípio republicano, o estado democrático e o sistema de freios e contrapesos, tudo a pretexto de uma interpretação constitucional livre. Por isso a sociedade deve estar sempre atenta, impedindo a legitimação de certos comportamentos que ferem a ordem constitucional tão duramente conquistada.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 50.

4. ANÁLISE DE CASO CONCRETO – UNIÃO HOMOAFETIVA (ADI 4.277/DF E ADPF 132/RJ, REL. MIN. AYRES BRITTO)

No ano de 2011 foram julgadas em conjunto a ADI 4.277/DF e a ADPF 132/RJ, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, momento em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, entendeu que as regras da união estável previstas no art. 226, § 3º, da Constituição Federal²⁸ e no art. 1.723, *caput*, do Código Civil²⁹ são aplicáveis às relações homoafetivas.

A ADPF foi proposta pelo Governador do Rio de Janeiro com o objetivo de o Supremo Tribunal Federal interpretar artigos do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro e o art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição Federal, de modo a reconhecer a possibilidade de aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas.

A ADI, por sua vez, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de o Supremo Tribunal Federal declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estender a elas os direitos e deveres dos companheiros em uniões estáveis.

Da análise dos votos proferidos pelos Ministros, é possível identificar diferentes métodos de interpretação constitucional utilizados, mas que, ao fim e ao cabo, levaram a mesma conclusão: a validade do emprego das regras da união estável para as relações entre pessoas do mesmo sexo.

O Relator, Ministro Ayres Britto, proferiu um voto na linha não interpretativista, pois, em nome do sentido material da Constituição, invocou valores substantivos, tais como dignidade da pessoa humana, direito à intimidade e direito à privacidade, no momento da interpretação constitucional.

Entendeu o Relator que o art. 1.723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição para reconhecer as uniões homoafetivas como família,

²⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...];

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

tendo em vista que o texto constitucional promove o não preconceito. Assentou que a Constituição é silente com relação ao emprego do aparelho sexual humano, o que impõe uma atuação kelseniana de norma geral negativa: “se não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido”.

Concluiu que da análise dos diversos dispositivos constitucionais é possível assentar que o conceito de família não está restrito a casais heteroafetivos, nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.

O raciocínio apresentado pelo Relator foi seguido pelos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Todos apresentaram uma linha de interpretação não interpretativista, utilizando princípios presentes, ou não, na Constituição para alcançar o deslinde da controvérsia.

Valores como igualdade, proteção da autonomia individual (Ministro Luiz Fux), liberdade (Ministra Cármen Lúcia), direitos fundamentais (Ministro Joaquim Barbosa), dignidade da pessoa humana (Ministro Marco Aurélio), não-discriminação e direito de minorias (Ministro Celso de Mello) foram acrescentados ao raciocínio do Relator. Percebe-se, assim, que os Ministros fizeram uso da criação judicial no momento da interpretação constitucional, pois fugiram do que estava expressamente escrito no art. 226, § 3º, da Constituição Federal e no art. 1.723, *caput*, do Código Civil para permitir que um grupo de minorias usufruísse de um instituto até então restrito à maioria.

Dessa forma, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal *in casu*, atuou como garantidor dos direitos das minorias contra uma pretensa “tirania da maioria”. Cumpre ressaltar que os Ministros, diferentemente dos membros do Poder Legislativo e Chefes do Poder Executivo, não são investidos no cargo público por vontade popular. Contudo, esse tipo de comportamento do Poder Judiciário é de fundamental importância em um Estado Democrático de direitos, pois é justamente este o Poder capaz de dar voz aos grupos minoritários constantemente esquecidos pela maioria.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, por outro lado, apresentaram alguns pontos divergentes do Relator, apesar de, ao final, chegarem à mesma conclusão sobre os direitos dos casais do mesmo sexo.

Os Ministros entenderam que a união homoafetiva é um quarto gênero de entidade familiar que claramente não está enquadrado nos termos do art. 226

da Constituição Federal. Assentaram que cabe ao Parlamento dar o adequado tratamento legislativo ao caso, a fim de evitar que o Poder Judiciário promova direitos não previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Entenderam, por fim, que, diante da lacuna legislativa, não poderia o Poder Judiciário deixar de se posicionar sobre o tema e, assim, concluíram que a união estável era o instituo mais próximo existente no ordenamento apto a regular a relação entre as pessoas do mesmo sexo.

Observa-se, portanto, que os citados Ministros apresentaram uma linha de pensamento interpretativista, ou seja, apesar de não se prenderem à literalidade do texto constitucional, consideraram incompatível com o sistema democrático o Poder Judiciário substituir os legisladores.

Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal utiliza diferentes métodos de interpretação constitucional diante da análise de casos difíceis. O uso da criação judicial tem se mostrado extremamente válido e compatível com o princípio republicano e o Estado Democrático de direitos, permitindo que os magistrados alcancem soluções não previstas pelo legislador, mas compatível com a ordem constitucional e com os valores inseridos na sociedade que representa dando voz, assim, a grupos minoritários que dificilmente seriam representados em um governo autoritário de maiorias.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se chegar à conclusão que são os mais variados os métodos e técnicas de interpretação constitucional, sendo que estes se completam e se relacionam entre si, muitas vezes sem que perceba o operador do direito.

Frente uma sociedade cada vez mais plural e dinâmica, impossível é o intérprete se ater a um só método, sendo inviável também este se orientar apenas pelo texto positivado. O ordenamento jurídico claramente não acompanha a evolução da sociedade, sendo dever do intérprete criar saídas para o deslinde dos casos concretos.

A criação judicial surge como uma solução para os operadores do direito, mas encontra limites, não é um mecanismo que pode ser utilizado de maneira arbitrária. A Constituição Federal e a sociedade são os limites do intérprete.

A primeira porque expõe a essência daquilo que a soberania popular entende como correta, tendo em vista que o texto constitucional é a compilação dos valores conquistados pela vontade popular. A segunda representa a situação atual em que o intérprete está inserido, ou seja, é a sociedade diferente daquela em que o texto constitucional foi construído, por isso valores até então não conhecidos passam a ser, agora, considerados válidos, não podendo o intérprete deixar de considera-los, sob pena de perder a sua legitimidade de atuação.

Portanto, o intérprete precisa encontrar o equilíbrio no momento da interpretação constitucional para, assim, alcançar a harmonia da solução encontrada com o texto constitucional e com a sociedade que representa, encontrando, dessa forma, limites contra uma atuação arbitrária, mantendo, por outro lado, vivo os termos da Constituição.

6. REFERÊNCIAS

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A Judicialização da Política e os Limites da Interpretação Constitucional: um estudo de caso. *Revista Gestão & Políticas Públicas*. v. 3, 2013, p. 92-112.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Normos Verlagsgesellschaft, 1993.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade* n. 4.277/DF, Plenário. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2E%2E+OU+4277%2E-ACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/nhyfjc>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BULOS, Uadi Lamego. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a Criação Judicial do Direito. *Arquivos do Ministério da Justiça*. ano. 49, n. 187, jan/jun, 1996, p. 45-57.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Plurallista e “Procedimental” da Constituição*; tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Imprensa: Porto Alegre, S. A. Fabris, 2002, pg. 25-50.

NOJIRI, Sergio. O Papel dos princípios na interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 21, 1997, out./dez, p. 317-325.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale*, 1886

•

CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: A COMPETÊNCIA DO CNJ E A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Giovanna Capucho Campana¹

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar as questões resultantes da Emenda Constitucional 45/2004 que fez com que surgissem diversas perspectivas acerca da nova realidade constitucional do Poder Judiciário, com destaque na criação do Conselho Nacional de Justiça. A partir de então, surgiram diversas discussões a respeito da constitucionalidade do CNJ, desde o procedimento legislativo que lhe deu origem, até à ofensa ao princípio federativo. Mesmo tendo sido a Emenda 45/2004 submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, restou configurada a constitucionalidade do Conselho, mas nem todas as questões relacionadas ao poder normativo de tal órgão, seus limites e a questão da separação de poderes ficaram solucionadas.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça. Constituição Federal. Limites. Separação de Poderes.

ABSTRACT

This article seeks to demonstrate the resulting issues of Constitutional Amendment 45/2004 which has spurred several perspectives about the new constitutional reality of the judiciary, particularly the creation of the National Council of Justice. Since then, there have been several discussions about the constitutionality of the CNJ, since the legislative procedure that led to it, to the offense to the federal principle. Even being the Amendment 45/2004 submitted to the scrutiny of the Federal High Court, remains configured the constitutionality of the Council but not all issues related to the normative power of such a body, its limitations and the issue of separation of powers were resolved.

Keywords: National Council of Justice. Federal Constitution. Limits. Separation of powers.

¹ Advogada, aluna integrante do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito – Novas Tendências do Direito Público, do Centro Universitário de Brasília - Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento. giovanna.campana@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 45/2004² trouxe um capítulo importante na história recente do Brasil, onde pela primeira vez o Judiciário se viu em uma posição de reflexão em que foram destacadas diversas variantes, como a transparência, estrutura, competência e a efetividade de seus provimentos.

O Judiciário é um dos poderes que compõem a estrutura estatal e que sempre foi alvo de críticas. Com feito, a realidade da dificuldade de acesso à justiça e a demora dos trâmites processuais unidas com as denúncias de corrupção que envolvem membros do Poder Judiciário, fizeram com que as críticas e reclamações se tornassem cada vez maiores e surgisse a necessidade de uma Justiça mais célere, transparente e próxima daqueles que necessitam, o que fez com que a reforma do Judiciário se tornasse cada vez mais imperiosa e urgente.

A partir dessa realidade, foi publicada em 31/12/2004 a Emenda Constitucional 45, oriunda da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 96/92³, que tramitou na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal de número 29/00⁴, com vigência a partir da sua data de publicação, nos termos de seu artigo 10.

Por esta emenda, foram introduzidas diversas mudanças na estrutura do Poder Judiciário, que tiveram como escopo a celeridade processual e a efetividade da prestação jurisdicional. Dentre as modificações, houve a introdução do chamado controle externo pelo órgão denominado Conselho Nacional de Justiça, que acabou trazendo uma outra discussão, dessa vez, acerca de sua constitucionalidade, sendo inclusive, objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.367/DF proposta pela Associação de Magistrados do Brasil, que será objeto de análise nos próximos tópicos.

A discussão acerca de uma forma de controle a ser exercido pelo Poder Judiciário introduz diversas opiniões acerca do tema. Como exemplo, para José

² Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm > Acessado em 11/09/2015.

³ Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373> > Acessado em 11/09/2015.

⁴ Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/44577> > Acessado em 11/09/2015.

Afonso da Silva, o Poder Judiciário tem “por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto”⁵, de modo que a função jurisdicional que exerce se torna vital para o funcionamento do Estado Democrático de Direito. Ainda assim, conforme o Ministro Luis Roberto Barroso:

(...) não é possível deixar de reconhecer a repercussão, sobre o interesse público, de decisões judiciais sobre os temas mais variados, que incluem o valor de tarifas públicas, a definição das hipóteses legítimas de interrupção da gestação ou a definição dos poderes do Ministério Público na investigação criminal.⁶

No Brasil, o postulado de que o passado e o presente são marcados pelo autoritarismo não pode servir de empecilho para que se identifiquem alguns fragmentos de emancipação e democracia da jurisdição constitucional brasileira.

2. REPÚBLICA, DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DE PODERES

A teoria da separação de poderes é um construto histórico que tem suas origens na antiguidade clássica, mas que atinge sua ‘maturidade’ institucional na modernidade. Assim, na modernidade, tomando Montesquieu como base para conceituar república, democracia e separação de poderes é preciso primeiro ressaltar para a elaboração da tipologia das formas de governo, o autor levou em conta dois fatores: quem detém o poder e como esse poder é exercido. Saber quem governa não é o interesse principal, mas sim como governa (se é de acordo com as leis ou de maneira arbitrária), sendo a natureza de cada um dos poderes, determinada por quem possui o poder soberano.

Assim, República é a maneira em que governa todo o povo (democracia) ou apenas uma parte dele (aristocracia), já na monarquia governa um só de acordo com as leis e no governo despótico existe só uma pessoa, que governa sem leis ou sem freios.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 816.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (org.). *Reforma do Poder Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 425-445.

Ao lado da natureza dos governos, Montesquieu traz os princípios que os orientam, ou sejam, como o poder é exercido.

[...] sua natureza é o que o faz ser como é, e o seu princípio é o que o faz agir. A primeira constitui a sua estrutura particular e, segunda, as paixões humanas que o movimentam.⁷

Dessa forma, o princípio é a paixão que faz com que o governo funcione, sendo responsável pela estabilidade de cada governo. Assim, a virtude é o princípio da república, a honra o da monarquia e o medo é o do governo despótico.

A virtude como uma forma de mola para a República é na verdade uma virtude política, que consiste no amor à pátria, à igualdade e às leis. Neste governo existe a perfeita igualdade entre os cidadãos, e como consequência, predomínio do público sobre o particular, ou seja, o interesse particular se dobra perante a primazia do público, sendo um governo que depende dos homens e suas virtudes, que se traduzem em moderação e estabilidade do governo.

O governo republicano por ser o tipo de governo em que o povo possui o poder soberano, Montesquieu atenta para a questão de que a democracia nunca pode ser perseguida com todo o rigor, por ser algo muito difícil de conseguir se estabelecer plenamente, mesmo que a democracia tenha a igualdade como a “alma” do Estado, o que se busca é um equilíbrio que reduza as diferenças até certo ponto.

O tema da igualdade é tratado pelo autor com a preocupação de que se configure como um elemento benéfico ao funcionamento do pacto entre os homens, e não no sentido de promover uma sociedade sem regras e hierarquias. Assim, tanto a perda do espírito da igualdade como a defesa da igualdade extrema são prejudiciais à democracia, pois sendo levado ao extremo, todos pensariam que poderiam governar e que não existe necessidade de um representante. “[...] liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.”⁸

Nessa esteira, partindo do pressuposto de que é necessário um sistema

⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 57.

⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963. Livro II, p. 179.

de controle externo para que os sistemas políticos possam funcionar, Montesquieu propõe a criação de regras que buscam estabelecer limites aos que detêm o poder. A forma sugerida é a divisão da esfera administrativa em três poderes: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo que depende do direito civil.”⁹

[...] pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último de poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.¹⁰

Apenas com uma organização bem sucedida da divisão dos poderes e no seu cumprimento é que existe a possibilidade da garantia de liberdade, ou seja, a conservação e a harmonia das forças que compõem a sociedade.

Antes de tudo, a pretensão de Montesquieu é, antes de tudo, evitar o exercício arbitrário do poder. Para evitar esse abuso do governante “[...] é preciso que pela disposição das coisas, o poder freie o poder”¹¹, devendo ser distribuído pelas principais funções do Estado, de forma a evitar a concentração nas mãos de um só ou poucos. Para Bobbio, a figura do governo moderado “[...] deriva, contudo, da dissociação do poder soberano e da sua partição com base nas três funções fundamentais do Estado - a executiva, a legislativa e a judiciária.”¹²

O que deve ser ressaltada para o presente trabalho é a necessidade da cooperação entre os poderes, até porque pelo movimento natural das coisas serão “forçados a caminhar de acordo.” Como exemplo, temos hoje em dia o direito de veto do poder executivo e a necessidade de aprovação anual do orçamento pelo legislativo, o que reflete tanto na interdependência como a liberdade e a harmonia entre os poderes do Estado.

Foi a teoria de Montesquieu que melhor definiu a divisão de poderes, de-

⁹ Ibidem, p. 180.

¹⁰ Ibidem, p. 180.

¹¹ Ibidem, p.186.

¹² BOBBIO, Norberto. A teoria das formas de governo. 4. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 136.

monstrando que havia a necessidade dessa separação, tornando os poderes independentes, mas não rigidamente separados, julgando que fossem harmônicos, e posteriormente sofrendo mudanças, tanto nas legislações, como nas doutrinas.

Há separação de órgãos, especialização de funções, mas também existe cooperação entre os órgãos, justamente com o fim que Montesquieu aspirava, para o poder limite e o poder. Assim, a função legislativa tem ajuda do executivo em suas funções, propondo leis, limitando sanções ou vetando leis, tendo também a colaboração do poder judiciário, podendo declarar a inconstitucionalidade de lei, e por aí existe uma ampla gama de exemplos que demonstram que cada poder tem a sua função, mas esta não é exclusiva, pois pratica atos que por sua natureza pertencem a uma função diversa.¹³

De tal maneira, mesmo com a separação dos três poderes, existe uma relação de dependência para com os mesmos em que cada função de governo está diretamente ligada à outra, deixando-o de ser totalmente exclusiva, pois tanto o poder legislativo, como o executivo e o judiciário pode inferir nas decisões dos mesmos e em alguns casos é necessária a aprovação de algumas funções para que se ponha em prática o que está sendo proposto.

A Constituição da República Federativa do Brasil predispõe, em seu artigo 2º, que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Essa classificação, não foi realizada por obra exclusiva de apenas uma pessoa, mas objeto de anos de desenvolvimento teórico e prático.

Trata-se de um princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro em que o legislador constituinte originário consagrou, na Carta Política de 1988, expressamente como cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, III, que estabelece: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes”¹⁴.

Acontece que, atualmente a doutrina da divisão de poderes continua e a se desenvolver e assim como a evolução social ocorreram diversas mudanças, e fez com que a formulação de alguns aspectos nas funções dos poderes, que de acordo sistema de freios e contrapesos não é exclusiva de cada poder,

¹³ AZAMBUJA, Darcy, Introdução à ciência política. São Paulo: Globo, 2007, p. 212.

¹⁴ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acessado em 12/09/2015.

uma vez que cada um exerce sua função essencial, mas também fiscaliza as funções dos outros.

3. O CNJ E SUAS FUNÇÕES

Insta salientar que a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 (DOU de 31/12/2004), inaugurou um importante capítulo na história recente do Brasil, uma vez que o Judiciário se viu em reflexão, sendo destacadas diversas nuances, dentre as quais, a transparência, estrutura, a competência, a estrutura e a efetividade de seus provimentos.

Dentre as importantes medidas aprovadas destaca-se a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle composto para monitorar a atuação administrativo-financeira do Judiciário e que tem como principais competências, fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, zelar pelo acesso de todos à justiça.

De tal maneira, a Reforma do Judiciário trazida pela EC 45/04, busca nivelar a relação entre os três poderes, a partir de uma configuração mais humana e transparente, sendo as funções e prerrogativas do Conselho Nacional de Justiça as seguintes de acordo com o artigo 103-B da Constituição Federal.¹⁵

É inegável que a sociedade recebeu com reservas a notícia da criação do CNJ. A constatação de que era um órgão híbrido (que não ocupa um papel externo) inserto na estrutura judiciária, a sua composição majoritariamente formada por membros do poder judicante e a destinação de sua presidência e sua corregedoria aos ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, impunham dúvidas à vitalidade de sua criação.

O CNJ vem como um veículo de efetivação aos direitos basilares, tendo surgido em um momento no qual a sociedade clamava por uma resposta, ou seja, por mais transparência na Justiça brasileira, bem como maior eficiência e acesso a ela na prestação jurisdicional, uma vez que, era notável que os procedimentos judiciais não estavam de acordo com a realidade brasileira, e não cumpriam com a sua primordial finalidade que era a de fazer Justiça.

¹⁵ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acessado em 12/09/2015.

Dessa forma, a estrutura do Conselho pode ser encontrada em quase sua totalidade na legislação vigente, o instituto possui natureza jurídico-administrativa, conforme sua previsão constitucional. A prova dessa natureza está nas decisões a serem proferidas pelo CNJ, as quais não fazem coisa julgada material. Assim, resta superado o debate de que a sua natureza é jurisdicional, ficando praticamente incontroverso que sua estrutura é administrativa.

Quanto a sua composição, vislumbra-se do artigo que esta é de formação híbrida, pois composta por 15 juristas, de diferentes áreas de atuação. Todos os integrantes são nomeados pelo Presidente da República, depois de serem aprovados por maioria absoluta no Senado Federal. Com esta composição, o CNJ busca integrar membros dos mais variados ramos, provavelmente por sermos um país democrático.

A base de atribuições do Conselho Nacional de Justiça encontra-se disciplinada no art. 103-B, §4º, da Constituição Federal, podendo ser classificadas em: políticas, administrativas, de ouvidoria, correcionais, disciplinares, sancionatórias, impositivas e propositivas.

A atribuição política trata de meios para preservar a autonomia do Judiciário, ou seja, são metas feitas para que se concretizem as principais atribuições do órgão, garantindo a independência e a autonomia do poder. Já a política regulamentar importa na disciplina de autonomia interna do CNJ, mas sem inovar na ordem jurídica, tendo um sentido de “ordem” para os membros que o compõem. Em breve síntese, as atribuições políticas demonstram que sempre se busca a autonomia e a independência do Judiciário, o que contém no art. 103-B, §4º, I, da CF.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES X ATRIBUIÇÕES DO CNJ: INVASÃO DE COMPETÊNCIA OU APENAS CONTROLE ADMINISTRATIVO? ADI 3.367/DF.

Como demonstrado anteriormente, o Conselho Nacional de Justiça é de composição mista, sendo formado por além de alguns integrantes do Judiciário dos Estados e da União, membros do Ministério Público, advogados e cidadãos de notável saber jurídico, nomeador pelo titular do Poder Executivo, antecedida por prévia aprovação do Poder Legislativo.

Quando da criação do CNJ, o Poder Legislativo aprovou por maioria qualificada a sua admissão, mostrando não haver grande controvérsia acerca da sua instituição, sendo favorável ao Conselho e não salientando nenhuma irregularidade.

No plano político a matéria também pareceu superada, sem grandes divergências, mas o problema surgiu quando no plano jurídico os integrantes do Poder Judiciário travaram uma batalha. Por verificar que o CNJ era composto por pessoas externas à magistratura, bem como constatar a submissão do Judiciário dos Estados à supervisão administrativa e disciplinar do órgão, passaram a criticar sua instituição, argumentando que o CNJ era inconstitucional, pois feria princípio da separação dos poderes e o pacto federativo.

A Associação dos Magistrados Brasileiros ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF (ADI 3.367-DF)¹⁶, em 09 de dezembro de 2004, a fim de acabar com a estrutura do CNJ.

Para os fins do presente artigo, o argumento mais importante utilizado pela AMB, foi o da violação à separação de poderes. A AMB ingressou com a ADI antes citada com o fim de questionar a constitucionalidade do CNJ, uma vez que a presença de membros de outros poderes e órgãos poderia ferir a independência do Judiciário.

A separação de poderes no Brasil é dividida entre as três funções do Estado. Cada um desses poderes possui competências e atribuições distintas, sendo que um não possui legitimidade de ingressar na competência típica do outro, mas existem situações atípicas, por exemplo, quando o Legislativo administra seus órgãos, que é uma função típica do Executivo, mas que atipicamente o Legislativo desempenha dentro de seu poder. Assim, é a função atípica que harmoniza os três poderes e função típica que garante a independência de cada um.

A ADI 3.367 foi julgada improcedente:

No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou totalmente improcedente a ação, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que julgava integralmente procedente; a Senhora Ministra Ellen Gracie [que foi a primeira presidente do CNJ],

¹⁶ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371> > Acessado em 13/09/2014.

por presidir o STF] e o senhor Ministro Carlos Velloso, que julgavam parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X [composição de um membro do Ministério Público da União], XI [um membro do Ministério Público estadual], XII [dois advogados], XIII [dois cidadãos] do artigo 103-B.¹⁷

Os argumentos do indeferimento da ADI pelo STF, em relação à separação de poderes:

EMENTA: [...] 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação Direta. Emenda Constitucional n. 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do exercício imparcial e independente [...]. Interpretação dos arts. 2º e 60, parágrafo 4º, III, da CF. [...] Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do poder Judiciário nacional.¹⁸

Dessa forma, nota-se que foi afastada a inconstitucionalidade do CNJ referente à violação do princípio da separação dos poderes pela composição mista de seus membros, tendo em vista que o STF vê que o Conselho é um órgão meramente administrativo, não oferecendo nenhum tipo de risco à independência do Judiciário.

¹⁷ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371> > Acessado em 13/09/2014.

¹⁸ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371> > Acessado em 13/09/2014.

A existência de indivíduos no Conselho que não são magistrados – no caso, membros da OAB, do Ministério Público e dois cidadãos – violaria [...] a separação de poderes. [...]. Nem existe, no texto original da Carta de 1988 ou no atual, qualquer exclusividade de magistrados de carreira na composição de órgãos do Judiciário. O STF, para indicar apenas um exemplo, é composto, mediante a escolha conjunta dos poderes Executivo e Legislativo, de cidadãos que apresentem determinadas características e que não são necessariamente magistrados de carreira. Da Justiça Eleitoral participam advogados com magistrados propriamente ditos. Os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais são compostos por magistrados de carreira e indivíduos oriundos os quadros da OAB e do Ministério Público. Durante muito tempo, representantes de empregados e de empregadores participaram dos órgãos da Justiça do Trabalho. O Tribunal do Júri é composto por um magistrado e por cidadãos.¹⁹

Em contrapartida, membros do Judiciário e até alguns juristas discordam do posicionamento STF, inclusive internamente como foi o voto de alguns ministros na presente ADI. O ministro Marco Aurélio julgou totalmente procedente a ação, e a ministra Ellen Gracie e o ministro Carlos Velloso, julgaram parcialmente a ação, afirmando a inconstitucionalidade dos incisos X, XI, XII e XIII, do artigo 103-B da CF.

Existem também os que acreditam que o CNJ fere a cláusula pétrea da separação de poderes, afirmando que o Judiciário passaria a ser dependente, com um controle externo da magistratura, o que feriria a independência dos poderes com a presença de membros não magistrados.

A circunstância de estar prevista a preponderância de magistrados na composição do Conselho não tem importância ressaltada por alguns dos defensores da triste

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do conselho nacional de justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 447.

inovação. Basta a presença de uma única pessoa estranha aos quadros da magistratura para tornar o órgão heterogêneo; portanto, espúrio. Em nome de uma discutível abertura democrática, não se justifica esta aberração. O melhor aprimoramento da democracia começa justamente pela imperiosa e intransigente necessidade de preservação de seus postulados básicos e fundamentais, entre os quais avulta a separação de poderes, que não pode ser arranhada na democracia republicana presidencialista, sob pena de não qualificar o soberano e autônomo o poder Judiciário.²⁰

Em que pese a divergência de posicionamento o fato é que o Supremo Tribunal Federal, já pacificou tal entendimento, acordando que o CNJ está de acordo com a Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

A reforma do Judiciário veio estruturada a partir dos princípios acesso à Justiça, da razoabilidade e da eficiência processual e a fim de garantir que tais princípios fossem contemplados, foi criado o Conselho Nacional de Justiça.

A criação e as atribuições do CNJ parecem não configurar uma ameaça à separação dos poderes e o pacto federativo. Sendo controle interno do poder Judiciário, não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais.

Verifica-se que o Conselho vem caminhando para atingir cada vez mais legitimação e seu prestígio se amplia a cada dia na sociedade. Cabe ao cidadão o controle dos atos praticados pelo órgão para a prosperidade de um Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. São Paulo: Globo, 2007.

²⁰ NETTO, Domingos Franciulli. Reforma do Poder Judiciário. Controle Externo. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 142.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (org.). *Reforma do Poder Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 425-445.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 4. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

NETTO, Domingos Franciulli. Reforma do Poder Judiciário. Controle Externo. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.



O CONTROLE JUDICIAL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE LEI EM TESE E A GARANTIA DO DIREITO DE OPOSIÇÃO

Vinícius de Berrêdo Guimarães Fernandes Soares¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Problemática inerente ao debate institucional – 3. O MS 32.033 e o PL nº 4.470 – 4. Separação de Poderes e a garantia do direito de oposição – 5. Considerações finais – 6. Referências

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo introduzir e analisar, doutrinária e jurisprudencialmente, uma questão que não se circunscreve apenas no âmbito jurídico; antes, possui fortes implicações nas searas política e institucional. Nesse sentido, busca avaliar a extensão do conceito referente à separação de poderes, sistemática adotada pelo ordenamento pátrio, conjuntamente aos argumentos pertinentes à problemática do exercício do controle de constitucionalidade preventivo pela Suprema Corte para impugnar lei em tese, tendo por base resguardar o direito de oposição da minoria democrática. Para tanto, se vale de doutrina constitucional, abordando a relação, por vezes conflitiva, entre os Poderes, haja vista prever a própria Constituição da República hipóteses nas quais um Poder pode intervir na esfera de outro, de modo a que nenhum se torne, *a priori*, absoluto. Ademais, ressalta a ideia de oposição política e a sua ligação com o modelo democrático, conectando este elemento e aquele. Utilizando de obras e artigos jurídicos, organiza o ponto central do embate entre as correntes minoritária e majoritária, destacando, respectivamente, colocações tais como a necessidade de se resguardar o direito de oposição da minoria ante o risco de imposição tirânica da vontade da maioria. Por fim, assevera ser necessária a criação de balizas argumentativas caso o posicionamento pró-controle preventivo venha a ser adotado futuramente.

PALAVRAS-CHAVE: Separação de poderes; oposição política; democracia.

ABSTRACT

This article aims to introduce and analyze, doctrinal and jurisprudentially, an issue

¹ Ensino superior completo. Advogado. Aluno do curso de pós-graduação *latu sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Brasília 2015

that is not limited only in the legal framework; before, it has strong implications for policy and institutional crops. In this sense, seeks to assess the extent of the concept regarding the separation of powers, system adopted by parental planning, together with the relevant arguments to the issue of the exercise of control preventive constitutionality by the Supreme Court to challenge the law in theory, based on protecting the right to Opposition Democratic minority. Therefore, it constitutional doctrine valley, addressing the relationship, sometimes conflicting, among the Powers, given predict the Constitution of the Republic situations in which a Power may intervene in the sphere of the other, so that none becomes, the priori, absolute. Moreover, emphasizes the idea of political opposition and its connection with the democratic model, connecting this element and that. In addendum, complex case has already been examined by the Supreme Court to settle the problem by checking the positioning of the body on the temerity of this intervention hypothesis and the relevance of the arguments tissues by ministers through highlights and comments. Using works and legal articles, organizes the central point of conflict between the minority and majority currents, highlighting, respectively, settings such as the need to safeguard the right of mino opposition against the risk of tyrannical imposition of the majority. Finally, asserts be necessary to create argumentative beacons if preventive pro-control position will be adopted in the future. Therefore, it is in the range of approach worked residing question the value and originality of this work

KEYWORDS: Separation of powers; political opposition; democracy.

1. INTRODUÇÃO

Não obstante ser a separação das funções primordiais do Estado entre órgãos distintos um mecanismo notadamente voltado a evitar a concentração de poderes nas mãos de um – ou de poucos – e, portanto, inegável avanço em relação às formas históricas de governo em termos de isonomia social, também é verdade que, em determinadas situações, é tênue a linha que diferencia o controle legítimo de um Poder sobre o outro da nociva ingerência institucional.

Trata-se este de reflexo da inata, dificuldade – ou, segundo alguns, a impossibilidade – que o Direito tem de acompanhar positivamente a celeridade social².

² FILHO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O Controle Judicial do Excesso Legislativo e dos Atos Discricionários da Administração Pública no Devido Processo Legal Substancial. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 49, abr. 2007. p. 55

É certo que a Constituição de 1988 prevê hipóteses de comunicação entre as funções, muitas vezes de caráter limitador, a exemplo do julgamento pelo Senado Federal do Presidente da República – e outras autoridades – em caso de crime de responsabilidade, conforme preleciona seu artigo 52, I, e do veto emanado desta autoridade a projeto lei aprovado pelo Congresso Nacional por motivos jurídicos ou políticos, caso o considere inconstitucional ou contrário ao interesse público, segundo o artigo 66, § 1º, da Carta Magna³.

No entanto, vez ou outra, surgem situações nas quais contrapõem-se princípios e premissas igualmente importantes sem que haja norma para orientar a decisão a ser tomada; são os chamados *hard cases*, diante dos quais a Cúpula do Poder Jurisdicional volta e meia tem de se posicionar, momento no qual a construção argumentativa assume vital importância. Uma problemática em particular – a ser aqui analisada – diz respeito à possibilidade do controle judicial de constitucionalidade preventivo, em sede de mandado de segurança, incidentalmente a processo legislativo, de modo a obstar a tramitação de projeto de lei que atentaria contra o direito das minorias em expor o seu posicionamento político⁴.

As razões da complexidade dessa questão vão além do debate normativo puro, sendo, além de jurídicas, políticas, como se verá.

2. PROBLEMÁTICA INERENTE AO DEBATE INSTITUCIONAL

Está previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 que os Poderes da União correspondem ao Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo eles independentes e harmônicos entre si⁵. Naturalmente, a expressão “separação de poderes”, dogma do ordenamento jurídico pátrio, pode remeter à ideia de que os mesmos seriam estruturados de maneira – por assim dizer – estanque, sem que

³ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 504

⁴ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 505

⁵ ROEPKE, André de Sousa. Separação dos Poderes e Processo Legislativo. *Revista Leonardo*, v. 05, n. 16, jan./jun. 2008, p. 41

haja qualquer interferência de um na esfera do outro. Contudo, faz-se necessário, inicialmente, analisar o real sentido por trás desse princípio.

Sabe-se que as primeiras abordagens sobre ele datam de muito tempo. Embora comumente se atribua a Montesquieu a contribuição mais significativa para a sua formulação, Aristóteles já se posicionara favorável à divisão do poder soberano entre sujeitos estatais distintos, de modo a evitar a concentração do mesmo – e, com isso, a tirania – e permitir o contrabalanceamento entre eles⁶. Desse modo, deveriam cingir-se a deliberação sobre os assuntos públicos, a linha de ação voltada às funções públicas e aquela ligada aos julgamentos.

Canotilho, por sua vez, enxergava nessa baliza um dos princípios materiais que, juntamente com a vinculação do Estado ao direito – em contraponto ao exercício arbitrário do poder –, a democracia e o reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, compunham o Estado constitucional. Dessa maneira, a distribuição das funções reduziria os riscos de desvirtuamento do processo político por deliberações arbitrárias⁷.

De modo similar, Hayek asseverou a importância dessa estrutura estatal no desestímulo do processo de barganha entre o Governo e determinados grupos de interesses, o qual culminaria no sacrifício de garantias constitucionais em troca de apoio político para permanência no poder⁸.

Acerca de quais seriam as atividades a serem repartidas em órgãos distintos, é certo que a ideologia do iluminista Montesquieu sobre a tripartição das atribuições administrativa, de elaboração normativa e julgadora repercutiu significativamente no panorama organizacional do ocidente, sobretudo brasileiro⁹. Destaca-se, aqui, sua obra *O Espírito das Leis*, onde, analisando o contexto estrutural britânico propôs a existência de um órgão legislativo bicameral, um Poder Judiciário invisível e nulo a possibilidade de este e o Poder Executivo se

⁶ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 16

⁷ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 27

⁸ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 26

⁹ ROEPKE, André de Sousa. Separação dos Poderes e Processo Legislativo. *Revista Leonardo*, v. 05, n. 16, jan./jun. 2008, p. 41

paralisarem mutuamente¹⁰. Desnecessário, portanto, asseverar sua influência na atual configuração pátria.

Fora essa, em linhas gerais, a base histórica do conceito de separação dos poderes. Tal linha de raciocínio culminou na formulação de um princípio básico, qual seja, a despersonalização do poder, reconhecendo a autoridade do Estado não em razão da pessoa que o exerce, mas em função do cargo que ocupa. Outro giro, percebe-se que a ideia se tratava do desenvolvimento de uma estrutura marcada não pelo isolamento de cada atribuição, mas pelo equilíbrio e harmonia nas relações entre elas, ao que se denomina sistema de freios e contrapesos¹¹. A respeito disso, discorre André de Sousa Roepke sobre as razões pelas quais há compatibilidade entre referido princípio e as hipóteses de intervenção:

A uma porque nenhuma regra é absoluta. A mesma Constituição que afirmou a Independência entre os Poderes pode perfeitamente estabelecer as limitações de tal independência.

E a duas porque é o sistema de freios e contrapesos, conforme já afirmado acima, que vai ditar de que forma os poderes poderão e deverão se relacionar entre si. Isso como forma de assegurar a convivência harmônica e pacífica desejada pelo próprio art. 2º da Magna Carta.¹²

Relativamente ao ordenamento jurídico pátrio, a Constituição prevê, em uma série de dispositivos, como devem se dar as relações entre Executivo, Legislativo e Judiciário em determinadas situações. A título de exemplo, cite-se o seu artigo 70, o qual estabelece ao Congresso Nacional, com o apoio do Tribunal de Contas da União, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo, bem como o artigo 52, I, que atribui a competência ao Senado Federal, presidido pelo Chefe do Poder Judiciário, para

¹⁰ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo*: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 143

¹¹ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo*: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 146

¹² ROEPKE, André de Sousa. Separação dos Poderes e Processo Legislativo. *Revista Leonardo*, v. 05, n. 16, jan./jun. 2008, p. 43

o julgamento do Presidente da República, do Vice-Presidente, de Ministros de Estado e outras autoridades por crime de responsabilidade¹³.

Dentre essas ocasiões, destaca-se uma na qual estão envolvidos diretamente os Poderes Legislativo e Judiciário, correspondente ao controle de constitucionalidade concentrado. De acordo com a sistemática aqui adotada, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição da República e, portanto, reconhecer eventual inconstitucionalidade de lei editada por aquele Poder, o que depreende, ressalte-se, a tramitação e finalização do chamado processo legislativo¹⁴.

Positivado no Título IV, Capítulo I, Seção VIII, CF 88, designa o conjunto de atos, desde a apresentação de projeto pelo titular da iniciativa até a sua votação pela Câmara e Senado e posterior sanção ou veto presidencial, destinados a elaboração de leis de aplicabilidade e observância nacionais, sejam emendas constitucionais, leis ordinárias ou complementares, decretos legislativos ou resoluções¹⁵. Assim, estabelecendo um verdadeiro freio ao exercício legislativo, estão previstas a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumentos por meio dos quais o STF se manifestará acerca da constitucionalidade de dada norma.

É, portanto, pacífico o entendimento segundo o qual cabe a este órgão, em última análise, a interpretação das normas inseridas no referido diploma legal¹⁶.

Ocorre que, antes mesmo de normatizar a harmonia e interdependência entre os Poderes, a Constituição da República atesta, em seu artigo 1º, o *status* nacional enquanto Estado Democrático de Direito. Acerca do assunto, manifesta-se Cristiano Viveiros de Carvalho:

Ora, contemporaneamente, no hemisfério ocidental, esse conjunto de valores e crenças parece reunir principalmente

¹³ ROEPKE, André de Sousa. Separação dos Poderes e Processo Legislativo. *Revista Leonardo*, v. 05, n. 16, jan./jun. 2008, p. 43

¹⁴ ROEPKE, André de Sousa. Separação dos Poderes e Processo Legislativo. *Revista Leonardo*, v. 05, n. 16, jan./jun. 2008, p. 43

¹⁵ ROEPKE, André de Sousa. Separação dos Poderes e Processo Legislativo. *Revista Leonardo*, v. 05, n. 16, jan./jun. 2008, p. 42

¹⁶ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 19

as seguintes proposições: (1) uma certa limitação da esfera de liberdade do indivíduo é imprescindível à vida em comum; (2) a imposição de limites dessa ordem incumbe ao Estado; (3) é desejável que tais imposições se realizem de maneira que representem na verdade uma *autolimitação*, isto é, que o estabelecimento dessas balizas fundamentais para a convivência social resulte da vontade dos próprios atingidos, em busca de realizar seus interesses comuns.¹⁷

Com relação ao terceiro ponto, depreende-se advir da vontade social a legitimidade das normas instituídas, o que remete à importância de se observar não apenas a vontade da maioria pelos representantes do povo, mas também – e esse é o ponto – o direito de participação de todas correntes ideológicas no processo político, de modo a se manifestarem e, eventualmente, influenciarem na tomada de decisões¹⁸.

Pode-se dizer ser nesse aspecto onde reside um grande desafio para a democracia contemporânea: como conciliar o posicionamento da maioria com o direito de oposição da minoria – ou minorias. Ligada não apenas a esse princípio democrático, mas também à cidadania e ao pluralismo político, o exercício e observância desse direito de acordo com os preceitos legais permite, a princípio, que a vontade de toda sociedade – e não apenas de parte dela – se visse refletida nas regras elaboradas. Sobre esse aspecto, sustenta Lilian Márcia Balmant Emerique:

É bom deixar registrado que a democracia pluralista não tem por escopo a unanimidade. Sua finalidade é promover uma institucionalização da divergência, isto é, permitir que representantes dos diferentes interesses gozem de liberdade para fomentar a sua causa, desde que em consonância com os meios legais e democráticos.

Os benefícios da democracia pluralista advêm do fortale-

¹⁷ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo*: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 23

¹⁸ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo*: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 28

cimento da sociedade, mas sem contudo substituir ou suplantar o poder político do Estado. Além disso, o fórum permanente de debates entre interesses antagônicos requer tolerância, respeito mútuo e o emprego de argumentos racionais dos integrantes das organizações.¹⁹

Assim, o seu exercício não apenas pela sociedade, mas também por aqueles nomeados para representá-la, organizados em partidos políticos, surge como uma necessidade de consenso deliberado ante a inevitabilidade do dissenso²⁰.

Sob essa perspectiva, auxilia na crítica do posicionamento majoritário – contribuindo para o respeito e salvaguarda das diversas correntes ideológicas –, na fiscalização do grupo majoritário, com vistas ao interesse de todos, e possibilitando a alternância no poder, haja vista permitir aos atores políticos minoritários organizarem com antecedência seu plano de ação para o período de eleições²¹ – onde se pode visualizar a intrínseca relação com o conceito clássico de República de transitoriedade governamental.

Diante desse quadro, questiona-se: em sendo a separação de poderes e a democracia princípios igualmente essenciais ao Estado brasileiro, qual a medida a ser tomada diante de um projeto de lei tido como atentatório ao direito de oposição de grupos minoritários, de modo a minar o peso da manifestação dos mesmos no campo deliberativo? Poderia o STF, caso verificasse a procedência do argumentar, obstar a tramitação do processo legislativo em questão? Quais seriam os reflexos disso para as relações entre os Poderes envolvidos?²²

Trata-se de caso complexo já apreciado pelo Tribunal, momento em que, como em outros mais, a racionalidade da construção argumentativa assume pertinência fundamental.

¹⁹ EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *O direito de oposição política no Estado Democrático de Direito*. Congresso Nacional do Compendi. 2006. p. 9

²⁰ EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *O direito de oposição política no Estado Democrático de Direito*. Congresso Nacional do Compendi. 2006. p. 15

²¹ EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *O direito de oposição política no Estado Democrático de Direito*. Congresso Nacional do Compendi. 2006. p. 17

²² CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 502

3. O MS 32.033/DF E O PL Nº 4.470

Na situação em tela, tramitava no Congresso Nacional determinado projeto de lei, denominado PL nº 4.470/2012 quando do início de sua apreciação pela Câmara dos Deputados e, posteriormente, PLC 14 ao ser encaminhado ao Senado. Referida proposta, caso aprovada, determinava que a migração partidária, ou seja, a junção entre os partidos políticos, ocorrida durante aquela legislatura não importaria na transferência de recursos do fundo partidário e nem do horário de propaganda eleitoral no rádio e televisão – sendo este comumente designado de “direito de antena”²³.

Com a aprovação do projeto na primeira Casa em 23 de abril de 2013, o então Senador Rodrigo Sobral Rollemberg impetrou mandado de segurança – MS 32.033/DF –, tendo sido distribuído à relatoria do Ministro Gilmar Mendes no dia seguinte. Segundo o impetrante, a proposta representava evidente afronta ao direito de oposição política correspondente à bancada minoritária, nos seguintes termos:

Assevera que se trata de uma manobra arbitrária, casuística, e inconstitucional da maioria parlamentar para obstaculizar a criação de novas agremiações partidárias antes das eleições gerais de 2014, por meio de utilização inadequada do processo legislativo como forma de sufocamento da legítima mobilização das minorias parlamentares que intentariam formar novos partidos políticos (já em estado avançado e com notoriedade nacional).

Alega que, ao se permitir a migração de parlamentares para novos partidos criados, sem que com isso ocorra a transferência proporcional dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, haveria, de fato, uma verdadeira barreira ou desestímulo à criação de novas agremiações políticas, em evidente frustração da norma constitucional (art. 17, *caput* e § 3º, CF/88).²⁴

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.023/DF: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 04

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.023/DF: inteiro teor. Re-

Teria, assim, o objetivo específico de prejudicar as agremiações partidárias de oposição em estágio avançado de criação, a saber, Partidos “Rede” e “Solidariedade”, além da fusão de partidos no PPS e PMN, aprovada em 17 de abril de 2013²⁵.

Em adendo, sustentava que o projeto contrariava o entendimento da Corte firmado no julgamento da ADI – ação direta de inconstitucionalidade – nº 4.430 no ano anterior, tendo em conta a interpretação conforme a Constituição sobre o artigo 47, § 2º, II, da Lei 9.504/97 – que estabelece as normas para as eleições –, onde foi assegurado aos novos partidos então criados o direito de acesso proporcional ao tempo de propaganda eleitoral no rádio e televisão²⁶.

Com base nisso, pleiteou a concessão da ordem mandamental, visando o arquivamento do referido projeto e a não submissão a tal processo legislativo, bem como liminar em face da celeridade com que se dava a tramitação, decorrente do regime de urgência. Assim, após a interposição de agravo pela Mesa do Senado Federal e pela União, principalmente sob o fundamento da inadequação da via eleita, a colheita de parecer da Procuradoria-Geral da República, favorável ao provimento, e a admissão de *amici curiae* – a saber, PSTU, REDE SUSTENTABILIDADE, Partido Solidariedade, PPS, PSDB e o então senador Pedro Taques –, fora concedida a liminar e conhecido o remédio constitucional em tela²⁷.

Pode-se dizer, em linhas gerais, que a razão para o uso do instrumento específico do mandado de segurança, conforme a defesa, teria sido, além – é claro – da omissão do legislador constituinte originário na previsão de outro, a natureza de cláusula pétrea do dispositivo violado, pugnando pela proteção do direito de oposição política e, por conseguinte, dos princípios democrático e republicano. Desse modo, aduziu que, de acordo com o artigo 60, § 4º, CF, a proposta sequer deveria ter sido objeto de deliberação, valendo-se de entendimento que já encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal²⁸.

lador Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 05-06

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.023/DF: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 05

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.023/DF: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 201

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.023/DF: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 32

²⁸ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Pro-*

Visualiza-se, assim, o nível de complexidade do caso *sub examine*, o qual representa verdadeiro problema na interação entre os postulados democrático e republicano²⁹ na medida em que, a princípio, se contrapõem o direito de oposição das minorias e a harmonia da relação entre Legislativo e Judiciário. Diante de situações como essa, em que não há uma resposta clara previamente instituída pela lei, mas sobre as quais o julgador não pode se eximir de prestar a jurisdição, a forma como sua argumentação é construída – em termos de racionalidade e ponderação dos valores positivamente consagrados – adquire significativo relevo. Em função disso, imperioso se faz apreciar aqui as razões principais que orientaram os votos dos ministros.

Primeiramente, foi ressaltado pelo relator que a questão englobava tanto normas de caráter constitucional quanto regras de hierarquia inferior. Ademais, asseverou-se o cuidado a se ter ao tratar do caso em função da menor abrangência do mandado de segurança enquanto instrumento de exercício do direito de ação em relação àqueles pertencentes ao sistema de controle de constitucionalidade concentrado. Sob uma perspectiva futura, a declaração de invalidade de ato legislativo eivado de vício menos grave poderia levar à criação de um precedente perigoso, de modo a tornar o Poder Judiciário em uma instância prévia de admissibilidade dos projetos de lei e, com isso, desestabilizar a tripartição funcional do Estado³⁰.

Entendeu-se que, se a jurisprudência da Corte admitia a impetração do *writ* para obstar proposta de emenda constitucional violadora de cláusula pétrea, com mais razão coibiria tal conduta se advinda do legislador infraconstitucional. Além disso, a verificação da compatibilidade do projeto, em qualquer situação, com o núcleo essencial da Constituição só poderia ser feita adentrando-se o mérito daquele, motivo pelo qual, procedendo assim, considerou não ser o Legisla-

grama de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 505

²⁹ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 507

³⁰ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 17

tivo ilimitado quanto ao exercício de sua função típica³¹ e que, nesse caso, teria sido violado o direito – fundamental, segundo ele – à igualdade de chances na concorrência democrática, enquanto decorrência do princípio da isonomia. Em uma de suas colocações, o citado ministro afirmou:

Importante salientar que o Supremo Tribunal não pretende impedir que o Congresso Nacional aprove as medidas legislativas que julgar necessárias à racionalização do quadro partidário brasileiro, tampouco visa a obstar a deliberação de reformas no sistema político nacional.

O que se pretende resguardar, consoante afirmei ao conceder a liminar, é a manifestação do Pleno do Tribunal acerca de sua fiel interpretação da Constituição e o tratamento isonômico, em uma mesma legislatura, de todos os atores e partidos políticos interessados, sob pena de violação ao princípio democrático e aos princípios do pluripartidarismo e da liberdade de criação de legendas.³²

Nesse sentido, recorreu à interpretação feita sobre o artigo 17, CF 88, quando do julgamento da mencionada ADI, onde se consideraram abrangidos pelo direito de criação e fusão partidária todos os partidos com representação no Congresso, não importando se originados de nova legenda durante a legislatura. Quanto a esse ponto, fora acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli, relator do processo anterior. Segundo ele, a redação proposta pelo legislativo no PL nº 4.470 representava um atentado ao resultado daquele julgamento, consubstanciando-se em mecanismo de sufocamento das minorias políticas³³.

Tal tese, favorável à concessão da ordem fora a posição vencida, fora, contudo, vencida no processo, de sorte que a maioria dos ministros entendeu que, em razão da fragilidade da relação entre os Poderes envolvidos *in casu*, seria melhor, para a preservação de seu equilíbrio, que a Corte exercesse o mecanismo

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.023/DF: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 74

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.023/DF: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 78

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.023/DF: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 206

de autocontenção judicial³⁴. Assim, somente se manifestaria quanto à constitucionalidade do projeto caso ele se transformasse em lei.

Sob essa ótica, foi dado destaque ao teor da Súmula 266, do STF, segundo o qual não se admite a impetração de mandado de segurança contra lei em tese. O que se admite, em caráter excepcional, redator do acórdão em tela –, é o seu cabimento ou contra projeto de emenda à Constituição tendente a abolir cláusula pétrea ou, noutro giro, contra lei em tese cuja tramitação não tenha observado uma das cláusulas disciplinadoras do processo legislativo³⁵. Tendo sobre isso se pronunciado o Ministro Teori Zavascki, entendeu que a situação não se enquadrava em nenhuma dessas hipóteses.

Acerca da tramitação do projeto no Congresso, sustentou o Ministro Marco Aurélio ter se dado de maneira regular, inclusive no que concerne à concessão do regime de urgência, tendo em vista a sua aprovação por maioria absoluta, razão pela qual o mandado deveria ser, no seu entendimento, inadmitido³⁶.

Desse modo, foi adotada uma posição restritiva acerca do cabimento do remédio constitucional em controle repressivo que, no caso, deveria ater-se à órbita jurídica, e não político-partidária sobre a legitimidade dos interesses envolvidos. Sobre isso, o Ministro Joaquim Barbosa destacou a imunidade parlamentar de palavras e opiniões a cassação – artigos 29, VIII, e 53, ambos da CF/88 –, bem como afirmou que o viés da irrisignação seria unicamente político – possíveis constrangimento à maioria parlamentar e repercussão qualificada à oposição³⁷.

Defendeu-se – e nesse aspecto destacam-se os votos das Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber – ser essencial permitir que os Poderes Legislativo e Executivo eventualmente exercessem seus mecanismos próprios de controle político prévio, notadamente por meio da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania – CCJC – e do veto presidencial, respectivamente³⁸.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32.023/DF*: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 02

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32.023/DF*: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 143

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32.023/DF*: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 234

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32.023/DF*: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 299

³⁸ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o

Da parte do Ministro Luiz Fux, asseverou-se a impossibilidade da atuação do Judiciário nesse caso, pois estaria substituindo as escolhas políticas pelo posicionamento de agentes públicos não eleitos democraticamente, além da não vinculação do Legislativo ao controle de constitucionalidade e, portanto, aos termos da ADI anterior³⁹. Quanto ao direito de oposição e igualdade de chances, aduziu o Ministro Ricardo Lewandowski (2013, p. 212):

Daí a vedação imposta pelo art. 60, § 4º, da Constituição, que impede deliberação desse tipo de PEC e silencia, eloquentemente, sobre a tramitação de projetos de lei infra-constitucionais.

O “*silêncio eloquente*” da Constituição, nesse ponto, se justifica, em primeiro lugar, porque um mero projeto de lei em discussão, ainda que possa vir a ser aprovado, não tem a força de alterar as balizas constitucionais que configuram paradigmas para o controle judicial repressivo de constitucionalidade. Quer dizer, um simples projeto de lei, ainda que aprovado, sancionado e publicado, não ameaça, em absolutamente nada, a higidez da Carta Maior.⁴⁰

Diante da complexidade do tema para uma melhor compreensão do mesmo, é preferível verificar a pertinência dos argumentos até então tecidos, bem como as possíveis repercussões de ambas as correntes.

4. SEPARAÇÃO DE PODERES E A GARANTIA DO DIREITO DE OPOSIÇÃO

O temor relativo a esse embate gira, basicamente, em torno do seguinte questionamento: a concessão da segurança, nesse caso, implicaria em nocivo ativismo judicial ou, por outro lado, representaria uma construção argumentativa

diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 504

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32.023/DF*: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 192

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32.023/DF*: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 212

pautada, ao fim e ao cabo, em pilares positivamente consagrados⁴¹? Abrir-se-ia, assim, uma brecha para a instituição de um “governo de juízes” ou, noutro giro, estaria refletido um “governo com juízes”? Essencial, pois, que se analisem os aspectos circundantes do embate entre a relação dos Poderes do Estado e do direito de oposição das minorias.

É certo que a crise de representatividade, risco inerente a qualquer sistema democrático, constitui boa parte do pano de fundo desse problema. Nesse sentido, as deficiências institucionais do Poder Legislativo, decorrentes não apenas do elevado intervencionismo estatal na ordem econômica nacional mas também, recentemente, da grande quantidade de medidas provisórias editadas – situações corroborantes do sobrestamento das pautas e, consequentemente, do atraso das atividades –, e o seu descrédito para com a opinião pública fariam com que, certas vezes, o Judiciário extrapolasse sua competência, legislando positivamente⁴².

Muito embora o perigo da politização da justiça – e de sua veiculação enquanto solução do problema, e não decorrência ou parte dele – seja uma preocupação que data de algum tempo, atualmente a sociedade tem se voltado ao Poder Judiciário, demandando o suprimento das lacunas normativas. Ressalta Esdras Boccato:

Interessante notar que, correta ou incorretamente, o Poder Legislativo e a opinião popular que se dele tinha à época da Constituinte de 1988, auxiliaram a judicialização da política veiculada através do texto Constitucional. Isto porque, ao tempo da elaboração da Constituição Federal de 1988, prevalecia a concepção de que o Legislativo era dede dos representantes dos grupos parciais e de interesses particulares e privatísticos, enquanto que o Judiciário aparecia como elite confiável e não corrompível.⁴³

⁴¹ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 501

⁴² BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 23, v. 23, n. 90, jan./mar. 2015, p. 65

⁴³ BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 23, v. 23, n.

Assim, diante da inércia, emperramento ou incapacidade do Legislativo em produzir consenso, o julgador seria aquele que contornaria o processo político⁴⁴. Soma-se a essa tendência em se considerar a interpretação da norma pelo juiz “mais direito” do que a própria lei as ideias de complexificação jurídica e imunidade à mudança deliberada, segundo a qual leva-se tempo até que a sociedade internalize determinada norma, haja vista desconhecer cada vez menos da base jurídica – e de sua procedência, por assim dizer – sobre a qual está formada⁴⁵.

No presente caso, apesar de a omissão legislativa não residir na existência do direito em si, mas em sua classificação enquanto cláusula pétrea, não se pode negar que a mesma preocupação sobre os limites da hermenêutica normativa o permeia. Em termos pragmáticos, é temerário considerar o julgador enquanto um agente não sujeito aos mesmos vícios de manipulação da atividade legiferante e, em última instância, um agente político. Ocorre que, da mesma maneira, sofre limitações a ideia de um controle do processo político realizado estritamente por um órgão interno⁴⁶.

Se, por um lado, *a elaboração legislativa pode ser desvirtuada com base nos objetivos de certos grupos de interesses, deve-se ter em conta a fragilidade em se analisar a intenção com que uma norma é proposta. A respeito de sua busca, afirma Jeremy Waldron:*

Nada disso faz sentido, porém, ou, pelo menos, nada disso faz muito sentido evidente no caso de uma legislatura que não é um único indivíduo natural, uma legislatura que, antes, compreende centenas de membros, com opiniões e estados mentais radicalmente diversos (na verdade, em geral opostos politicamente). Não estou dizendo que tal corpo não pode ter intenções nem executar ações intencionais. Pode, mas apenas

90, jan./mar. 2015, p. 66

⁴⁴ BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 23, v. 23, n. 90, jan./mar. 2015, p. 68

⁴⁵ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 17

⁴⁶ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 17

*em virtude dos seus atos formalmente especificados – isto é, apenas em virtude das regras constitucionais (sobre a votação, sobre a primeira, a segunda e a terceira leitura, etc.) que estipulam o que deve ser considerado uma lei do parlamento, uma lei do congresso, etc.*⁴⁷

Em adendo, contrapondo a ideia segundo a qual essa multiplicidade legislativa seria óbice para a formação de consenso, sustenta-se que, por vezes, é através de um embate mais acirrado que se chega a uma lei que tende a contemplar as diversas correntes ideológicas, inclusive as minoritárias⁴⁸.

Ocorre que, com todo respeito, não parece ter sido esse o caso do PL nº 4.470. Ademais, tampouco é necessário analisar o intuito – por assim dizer – com que o projeto foi posto ante a apreciação do Legislativo, tendo em vista a clareza dos danos a serem gerados⁴⁹ caso fosse aprovado como lei e sua constitucionalidade não fosse verificada a tempo pelo Judiciário. Desse modo, haveria manifesta vantagem, por parte da maioria, nas eleições vindouras mediante a violação de um preceito constitucional básico sobre a concorrência e oposição partidária, questão de ordem prática que se relaciona, queira-se ou não, com os pilares democrático e de alternância no poder.

Uma análise mais detida sobre o direito de voto enquanto cláusula pétrea, prevista no artigo 60, § 4º, II, CF, remete irremediavelmente à proteção do sistema democrático, modelo que, contemporaneamente, é indissociável do direito – e respeito – à oposição das minorias. Seguindo essa linha de raciocínio, deveria estar expressamente elencado no núcleo essencial da Constituição o disposto em seu artigo 17. Refletido está nesse embate como contraponto ao risco de ativismo judicial o seguinte questionamento: estaria o legislador desobrigado da observância, quando da elaboração normativa, dos preceitos ditados pela Carta Maior⁵⁰?

Em se tratando do ordinário e, desse modo, da legislação infraconstitucional,

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 32

⁴⁸ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 41

⁴⁹ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 503

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.023/DF: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. p. 43

obviamente que não. *In casu*, uma série de razões poderiam orientar sentido diverso do acórdão, entendendo pela não observância não somente do artigo 17, CF, mas de toda sistemática por trás do direito à igualdade de chances na oposição política, possibilitando o controle prévio de constitucionalidade.

Levando-se em conta a estrutura organizacional dos Poderes estatais, há significativa posição segundo a qual, por vezes, o Executivo e o Legislativo podem vir a se confundir. Nesse sentido, este pode ser levado a cooperar com aquele, notadamente em razão do poder de agenda e de outros meios detidos pelo primeiro para a tramitação de matérias de seu interesse, e, conseqüentemente, a prejudicar os direitos da minoria parlamentar⁵¹.

Tal quadro retoma a necessidade já afirmada sobre a atual configuração do modelo democrático. Há de se considerar, portanto, que a vontade da maioria não é ilimitada, não podendo invadir a esfera privada de direitos e liberdades individuais, sob o risco de o modelo vir a se tornar em uma tirania. Aliás, também se deve levar em conta – justamente com base nas falhas da representatividade – que nem sempre a autointitulação de maioria por certos grupos corresponde efetivamente ao posicionamento social majoritário⁵².

Por essa e outras razões, o conceito de “república” passou por uma releitura, dando, contemporaneamente, uma ênfase maior às ideias de transparência e responsabilidade pelos atos emanados do Estado. Sobre isso, cita Chevitarese :

O planejamento legislativo é a base do processo de verificação da qualidade da lei. Os saberes proporcionados pela *Legística* permitem a ‘racionalização do padrão e do ritmo de produção de normas jurídicas’. A Legística Material tem por escopo atuar no processo decisional de escolha sobre o conteúdo da nova legislação, ‘em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível

⁵¹ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 504

⁵² CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 508

impacto sobre o sistema jurídico. Nesse sentido, todas três esferas do poder, no exercício de suas funções do Estado, devem ser encarregadas da tarefa poligenética de se aterem ao exame de constitucionalidade dos projetos de lei que tramitam perante o Parlamento, sob pena de haver conteúdos normativos criados em afronta à ordem jurídica democrática e cujos efeitos sejam irreversíveis, como no caso de prejuízo severo aos direitos das minorias.⁵³

O próprio sentido da referida Súmula 266, do STF, editada no contexto da Constituição de 1946, deve ser verificado quanto à sua pertinência atualmente. Certamente, a sua criação se deu em um momento cujas circunstâncias – ou, ao menos, parte delas – não mais subsistem⁵⁴.

Destarte, se se pretende atribuir à atividade legiferante concordância jurídica, é essencial que a mesma se pautem em uma base principiológica minimamente racional e fundamentável⁵⁵. A desnecessidade dessa justificativa de seus projetos pode, tal como o descuido quando da construção de um argumento que possibilite o controle prévio de constitucionalidade em casos semelhantes, representar uma concentração excessiva de poderes em uma das Funções maiores do Estado, de sorte que a responsabilidade institucional é sempre exigência.

Ademais, contra o argumento segundo o qual o corpo de julgadores não é eleito diretamente pelo povo, aquele deve, tanto quanto a instituição parlamentar, representá-lo. Uma atuação proativa do Judiciário, nesses termos, voltada honestamente a coibir os excessos do legislativo não mais refletiria a preponderância de um Poder, mas sim a supremacia da Constituição⁵⁶, sobretudo

⁵³ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 512

⁵⁴ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 506

⁵⁵ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 15

⁵⁶ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o

do princípio da inafastabilidade da jurisdição, por ela consagrado em seu artigo 5º, XXXV.

Por conseguinte, seria necessário, para aqui possibilitar o controle de constitucionalidade judicial prévio, que, primeiramente, a decisão não fosse excessivamente criativa, seguindo uma linha de argumentação baseada nos próprios preceitos constitucionais. Em segundo lugar, que fosse dado maior destaque à participação do *amici curiae* – enquanto efetivo instituto de ampliação do debate⁵⁷ – e o seu grau de representatividade, já que o juiz também deveria estar atento ao interesse social. Por fim – e aqui poderia residir a maior dificuldade –, que fossem fixadas detalhadamente as balizas do fato ensejador da interpretação, de modo a permitir sua aplicação apenas nos mesmos casos e sob as mesmas circunstâncias.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de uma primeira impressão que o termo “separação de poderes” pode gerar, percebeu-se que referido princípio não é absoluto ao ponto de cercear qualquer intervenção de uma Função na esfera de outra. A própria Constituição de 1988 prevê mecanismos de freios e contrapesos nesse sentido.

Contudo, diante da omissão normativa, é comum que, vez ou outra, princípios de grande relevância jurídica venham a se colidir. Nesse contexto, se insere a problemática do controle de constitucionalidade judicial prévio sobre projeto de lei tido como atentatório ao direito de oposição das minorias – e, em última análise, à democracia em sua concepção atual –, problemática esta visualizada no Mandado de Segurança nº 32.033/DF.

Dessa forma, não obstante o posicionamento da Suprema Corte sobre a questão, sustenta-se *in casu* a possibilidade excepcional de que o projeto de lei nº 4.470 fosse, àquela época, arquivado por decisão judicial. Enquanto guardião

diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 509

⁵⁷ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. p. 513

da Constituição e, portanto, protetor dos direitos dos cidadãos, inclusive no que concerne ao direito de manifestação das minorias e da possibilidade de influírem na tomada de decisões, estaria o STF autorizado a corrigir o excesso por parte do Legislativo, desde que mediante um julgamento imparcial e responsável e a construção de um argumento tanto pautado nos preceitos constitucionais quanto delimitador das exatas circunstâncias de fato a ensejarem a aplicação desse entendimento. Assim, evitar-se-ia a consolidação de um precedente que transformasse o referido órgão no principal âmbito de disputa política.

6. REFERÊNCIAS

BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 23, v. 23, n. 90, jan./mar. 2015, p. 63-76

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32.023/DF: inteiro teor. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do estado democrático de direito*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas/ Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *O direito de oposição política no Estado Democrático de Direito*. Congresso Nacional do Compendi. 2006. Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/politica_lilian_emerique.pdf>. Acesso em: 01/10/2015

FILHO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O Controle Judicial do Excesso Legislativo e dos Atos Discricionários da Administração Pública no Devido Processo Legal Substancial. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 49, abr. 2007, p. 54-63

ROEPKE, André de Sousa. Separação dos Poderes e Processo Legislativo. *Revista Leonardo*, v. 05, n. 16, jan./jun. 2008, p. 41-46

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes. 2003



CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Wendell Luiz Rufino da Silva¹

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2.Ativismo judicial. 3. Interpretação Constitucional. 4. A criação judicial do direito e o caso da ADI 4277-DF E ADPF 132 – RJ. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade fazer um estudo sobre o papel da jurisdição constitucional na salvaguarda de direitos fundamentais envolvendo casos de cunho político. Analisando-se o ativismo judicial como uma resposta a inércia do Poder Legislativo. Aborda, ainda, a questão da interpretação constitucional como ferramenta para defesa dos direitos fundamentais. Por fim, conclui que o STF ao adotar uma postura mais ativa diante de casos emblemáticos, na verdade está cumprindo um mandamento constitucional.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Interpretação. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This article aims to make a study on the role of constitutional jurisdiction in the protection of fundamental rights involving cases of a political nature. Analyzing the judicial activism as a response to the inertia of the Legislative Power. Addresses, still, the issue of constitutional interpretation as a tool for the defense of fundamental rights. Finally, concludes that the Federal Supreme Court to adopt a more active attitude when faced with cases of emblematic, in truth is fulfilling a constitutional commandment of the constituent power originating.

Key-Words: Judicial Activism. Interpretation. Fundamental rights.

¹ Servidor Público do MPDFT, cargo de assessor de apoio técnico e Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal vem se tornando um poder de refúgio das minorias. Com efeito, diante da inércia do Poder Legislativo em assuntos polêmicos, cabe ao órgão de cúpula do poder judiciário pronunciar-se sobre a matéria. Essa expansão do judiciário também é fruto de uma Constituição analítica, que traz um grande catálogo de direitos fundamentais.

Diante desse cenário fala-se em ativismo judicial, que é uma postura proativa dos tribunais, inovando e criando situações jurídicas não previstas em normas emanadas pelo Poder Legislativo.

Mas essa postura ativa dos tribunais constitucionais vem sendo necessário haja vista que os conflitos levados a esta instância envolve direitos fundamentais. Não seria razoável a Constituição Federal declarar direitos fundamentais e ao mesmo tempo o Poder Judiciário ficar silente, esperando que o legislativo assumira seu papel.

Nesse sentido é preciso compreender o papel interpretação constitucional. No presente trabalho serão analisadas as correntes interpretativista e a não-interpretativista.

A corrente interpretativista embora admita que o aplicador da Constituição não deva prender-se à literalidade do texto, mesmo assim, considera incompatível com o princípio democrático qualquer criatividade judicial em sentido forte, isto é, qualquer forma de interpretação dos enunciados normativos que ultrapasse o âmbito do seu significado linguisticamente possível, seria atribuição essa do parlamento. As decisões políticas fundamentais pertencem ao povo, que se manifesta através dos seus representantes, democraticamente escolhidos e substituídos pelo sufrágio da maioria do eleitorado.

Já a corrente não-interpretativista entende que é legítima a invocação de outros valores substantivos, como justiça, igualdade e liberdade, e não, apenas ou preferencialmente, o valor democracia, para atribuir à magistratura uma competência interpretativa em sentido forte. Os textos constitucionais, em regra, são regras abertas e indeterminadas que só adquirem efetividade com a interpretação pelos operadores do direito.

Por fim vamos relacionar a decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 – DF e na Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental nº 132 – RJ, verificando se foi uma postura excessivamente proativa da Corte, revelando-se um ativismo judicial ou se foi uma mera mudança de entendimento, em que o STF teria obrigação decidir nestes termos por se tratar de matéria de direitos fundamentais.

2. O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial pode ser caracterizado como uma atuação mais marcante dos Tribunais em relação a temas normalmente debatidos pela sociedade por meio de seus representantes.² Nesse sentido para que se possa falar em ativismo do Poder Judiciário deve o intérprete não se limitar ao texto da lei, mas buscar nos valores culturais e sociais o método mais eficaz de julgar o caso concreto. Para Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial caracteriza-se como “decisões excessivamente criativas”.³

A expressão ativismo judicial é vista na maioria dos casos como algo negativo, como algo pejorativo. Para que se possa rotular tal expressão como negativa ou mesmo positiva é necessário debruçar sobre a origem, bem como os valores de cada sociedade.

Nos Estados Unidos encontramos pela primeira vez a utilização massificada da expressão judicial “activism” fazendo um contraponto ao termo “self restraint”, ambos servindo para caracterizar as posições da Suprema Corte quanto a temas controvertidos e impregnados, pela sua polêmica, de uma forte conotação política por afetar a postura adotada pelos Poderes Executivo e Legislativo em relação aos cidadãos.⁴

O que torna relevante é saber quando um Tribunal ao julgar um caso estaria exercendo o ativismo judicial. O autor Brandley C. Canon, no caso do direito constitucional norte-americano, fixou seis critérios, e em caso de estes

² TOURINHO, Saul Leal. *Ativismo ou altivez? o outro lado do supremo tribunal federal*, Instituto Brasileiro de direito público – IDP. Mestrado em Direito Constitucional. Página 17. Brasília – DF, 2008

³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴ TOURINHO, Saul Leal. *Ativismo ou altivez? o outro lado do supremo tribunal federal*, Instituto Brasileiro de direito público – IDP. Mestrado em Direito Constitucional. Página 19. Brasília – DF, 2008

estarem presentes caracterizariam um ativismo judicial.⁵

Diz ele que o chamado ativismo tem seis dimensões, sendo elas: 1) Majoritarismo: as regras adotadas por meio de um processo democrático são negadas pelo Poder Judiciário; 2) Estabilidade Interpretativa: recentes decisões judiciais, doutrinas e interpretações são alteradas; 3) Fidelidade Interpretativa: disposições constitucionais são interpretadas em contrariedade à intenção dos seus autores ou ao sentido da linguagem usada; 4) Distinção do Processo Democrático Substantivo: as decisões judiciais se convertem mais numa regra substantiva do que na mera preservação do processo político democrático. 5) Regra Específica: a decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais; 6) Disponibilidade de um Poder alternativo de criação de políticas públicas: a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo.⁶

Analisando-se a compatibilidade desses critérios no ordenamento jurídico brasileiro, verificam-se vários vícios em sua utilização, tais como: não basta que a lei seja reflexo da vontade popular. A nossa Constituição exige muito mais. Além das imposições formais, como o regular processo legislativo, tem-se ainda as matérias que não poderão ser alvo de afronta à Carta, além, é claro, das cláusulas pétreas, e o Poder Judiciário é o guardião da Constituição Federal sendo sua função exercer o controle judicial de constitucionalidade.

Outro equívoco defendido por Brandley é o segundo critério, pois não é o fato de as jurisprudências serem alteradas e atualizadas que fazem uma Corte ser considerada ativista. No Brasil, temos vivido esse dissabor com as chamadas súmulas vinculantes. A alteração jurisprudencial deve ser feita com rigor, é verdade, mas ela não converte uma Corte em ativista, pois só lhe confere mais atualidade com a dinâmica da vida que tanto conduz os tempos atuais. É postura a ser elogiada, e não rotulada.⁷

⁵ CANON, Brandley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, Dec./Jan.

⁶ TOURINHO, Saul Leal. Ativismo ou altivez? o outro lado do supremo tribunal federal, Instituto Brasileiro de direito público – IDP. Mestrado em Direito Constitucional. Página 24. Brasília – DF, 2008.

⁷ TOURINHO, Saul Leal. Ativismo ou altivez? o outro lado do supremo tribunal federal, Instituto Brasileiro de direito público – IDP. Mestrado em Direito Constitucional. Página 25. Brasília – DF, 2008.

Os defensores de um Poder Judiciário mais atuante como ente de salvaguarda dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, alegam que este poder possui legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular. Segundo Luiz Roberto Barros, a legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais.⁸

A atuação proativa dos membros do Poder Judiciário decorre da própria constituição. De tal modo, os juízes não atuam em nome próprio, mas de acordo com a lei e com autorização da própria constituição. Deste modo, ao aplicarem as leis e a própria constituição estão consolidando a vontade da maioria, a própria vontade majoritária. O ativismo seria então um instrumento que promove a democracia e protege direitos fundamentais.

Nesse sentido se posiciona o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso que traz a ideia de judicialização que significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.⁹

Vale registrar que o autor explica que judicialização não é sinônimo de ativismo judicial. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Já quanto ao ativismo este pode ser

⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Jucialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em 09/10/2015.

⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Jucialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em 09/10/2015. Pag. 03

conceituado como uma forma proativa de interpretar a constituição, alargando o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de omissão do Poder Legislativo, de um certo distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹⁰

Como visto quando a Suprema Corte adota uma atitude proativa são casos em que sempre há na essência direitos fundamentais envolvidos, portanto deve o Judiciário por ser guardião da Constituição Federal resolver tais conflitos e não aguardar a boa vontade do parlamento para legislar. Logo existe legitimidade normativa do STF para tal atitude.

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.¹¹

Pode se dizer que a jurisdição constitucional exercida com zelo e ética é antes uma garantia para a democracia do que um risco. É mister fazer uma ressalva que a importância da Constituição e do Poder Judiciário como seu intérprete maior, não deve suprimir o papel do Legislativo e nem do Executivo.¹²

Temos, portanto, que a presença marcante de uma Corte a debater temas nacionais inseridos no cenário constitucional não é fenômeno exclusivo do Brasil. Essa atuação marcante decorre do fato dos dispositivos constitucionais não poderem se converter em meras promessas lançadas ao vento. Temos uma Carta a simbolizar um compromisso firmado pela sociedade e, por tal razão, há de ser garantido o seu cumprimento. Ocorre que a própria Constituição alça o Supremo ao patamar de seu guardião. Sendo assim, como podemos

¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Jucialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em 09/10/2015. Pag. 07.

¹¹ BARROSO, Luiz Roberto. Jucialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em 09/10/2015. Pag. 11.

¹² Daniel Sarmiento, Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda, Revista de Direito do Estado 2:83, 2006. Embora ela se irradie por todo o sistema, e deva sempre estar presente em alguma medida, ela não deve ser invocada para asfixiar a atuação do legislador.

dizer que ele extravasa em suas atribuições quando concretiza as imposições constitucionais?¹³

3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para adentrarmos no tema criação judicial do direito devemos antes analisar a interpretação constitucional, afinal esta é uma forma de aplicação do direito ao caso concreto, e o Supremo Tribunal Federal vem utilizando este meio como importante instrumento para efetivação de direitos e garantias expressos ou implícitos no texto constitucional.

A teoria da interpretação constitucional passou por intensa evolução a partir da segunda metade do século XX. Diversos fatores históricos impulsionaram a participação mais ativa do Poder Judiciário no processo de produção jurídica. Um motivo relevante no desenvolvimento dessa atuação mais criativa foi precisamente a atribuição a este poder a função de garante dos direitos fundamentais, viabilizada pela disseminação do controle de constitucionalidade.¹⁴

A Constituição Federal de 1988 é analítica, ou seja, é extensa assegurando-se direitos que não são materialmente constitucionais, mas apenas formalmente. A maioria dos casos emblemáticos que chegam a Suprema Corte Brasileira são protegidos por direitos fundamentais, em que esta corte se vê obrigada a solucionar o impasse político, econômico e social.

O motivo pelo qual vários países adotaram uma constituição do tipo analítica, com amplos catálogos de direitos fundamentais é o fato de que muitos destes vivenciaram uma experiência traumática com regimes totalitários, e no caso brasileiro o regime foi o militar, e esses novos direitos são postos e protegidos pela jurisdição constitucional.

Essa nova realidade promoveu um severo abalo na concepção formalista que via na justiça “um poder executivo secundário”, ao qual cabia aplicar a lei

¹³ TOURINHO, Saul Leal. Ativismo ou altivez? o outro lado do supremo tribunal federal, Instituto Brasileiro de direito público – IDP. Mestrado em Direito Constitucional. Página 13. Brasília – DF, 2008.

¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20

mediante um raciocínio puramente lógico, consistente em subsumir os casos concretos aos comandos abstratos veiculados pelos preceitos legais.¹⁵

A indeterminação e a carga valorativa dos direitos constitucionais, cuja proteção foi atribuída aos Tribunais, tornou evidente a fragilidade da tese que perfilhava uma separação estanque entre os processos de criação e aplicação do direito, em que a primeira era atribuída ao legislador e a segunda ao juiz, que deveria se limitar a aplicar a lei de forma automática.¹⁶

A norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado.¹⁷ Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação do texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, de forma a atender, dentro de certos limites oriundos da forma pela qual a norma está posta, às mudanças operadas na sociedade, mudanças tanto no sentido do desenvolvimento quanto no de existência de novas ideologias.

Nesse sentido vem posicionando alguns votos dos ministros do Supremo tribunal Federal, alegando que a Corte não pode esperar que o legislador assuma o compromisso de legislar sobre determinado tema, já que é possível através de uma interpretação conforme à constituição satisfazer e atender as demandas levadas a esta cúpula. Matérias estas previstas como direitos fundamentais.

Celso Ribeiro Bastos ensina que a interpretação jurídica é um fenômeno cultural. O Direito não é uma ciência que se encontre apartada do mundo que o circunda. Os elementos exteriores, as realidades culturais exercem influência direta sobre esta ciência. É notório que o Direito está contido dentro de uma realidade social mais ampla.¹⁸

A interpretação constitucional deve se situar como um conjunto maior e modelar, já que pretende traçar linhas gerais que irão refletir em todo o restante

¹⁵ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: 2000.

¹⁶ VIGO, Luís Rodolfo. *Razonamiento judicial justificatório*. Doxa, n.21, 1998, p. 483.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito Constitucional*. t.II, 4ª ed. Coimbra, 2000.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. Malheiros editores. São Paulo, 2014. p, 13

do direito.¹⁹ A missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica, determinar em toda plenitude o seu valor.

A linguagem normativa não tem significações unívocas. Os seus vocábulos comportam mais de um conceito, o que, por si só, já seria bastante para justificar a necessidade de interpretação.²⁰

A atividade interpretativa trilha o caminho inverso ao realizado pelo legislador. É dizer, do abstrato procura chegar a preceituações mais concretas, o que só é possível procurando atribuir o exato significado à norma.²¹

Definir o que seria interpretação e qual seria seu limite, não é tarefa fácil. A primeira ambiguidade desta palavra decorre do fato de que este poder corresponde tanto à atividade interpretativa como ao seu resultado, ou seja, ao processo interpretativo e ao produto que dele deflui.²²

A teoria tradicional concebia a interpretação como uma atividade puramente cognitiva da norma. Mais recentemente, porém, tem-se disseminado na doutrina a ideia de que “a norma não é pressuposto, mas resultado da atividade interpretativa”, e de que “a norma não tem um significado, mas é um significado”.²³

Nesse sentido, a maior ou menor clareza do texto normativo importará em maior ou menor grau de liberdade ao intérprete, ou seja, quanto mais ambíguo o texto maior o “poder de interpretação” jurídica.²⁴ E isso se aplica também ao caráter aberto das normas constitucionais, principalmente as declaratórias de direitos fundamentais.

Quanto maior a abertura do texto normativo, maior será permeabilidade da interpretação a valores, maiores serão as possibilidades de significação e,

¹⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito Constitucional*. Ed. JusPODIVM, Salvador – BA, 2015. p. 182.

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. Ed. Malheiros. São Paulo, 2014. p. 20.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. Ed. Malheiros. São Paulo, 2014. p. 27.

²² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios* – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34.

²³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios* – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 38.

²⁴ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: 2000. p. 104.

consequentemente, maior será o espaço de criatividade conferido ao Judiciário.

Muitas vezes, é possível observar que “o direito constitucional criado pelo poder constituinte pretende de forma consciente ser complementado e colmatado”. É o que ocorre de modo particular, com as normas de direitos fundamentais.²⁵ A interpretação desses direitos é um dos campos mais férteis para a criação judicial, dada a abertura, a indeterminação e a forte carga valorativa dos preceitos que os consagram.

Como ensina Michel Troper, os tribunais criam direitos em dois níveis: enunciam a norma geral e a norma particular, uma vez que a norma aplicada é formulada pela própria autoridade que profere a decisão.²⁶

Compartilhando desse entendimento Konrad Hesse afirma que “a interpretação constitucional é concretização”, uma vez que “precisamente o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante incorporação da realidade de cuja ordenação se trata”.²⁷

E a Suprema Corte brasileira é o poder que pode e deve, com a palavra final, resolver demandas que permeiam os direitos fundamentais. E nesse exercício da jurisdição constitucional nada obsta que a Corte o faça de modo criativo, uma vez que essa criatividade é resultado do atual momento constitucional pelo qual estamos passando.²⁸

Como bem leciona Capelletti: “Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século.”²⁹

Vale registrar, que em momento algum defendemos que o Poder Judiciário se equipare ao Poder Legislativo em sua função precípua de inovar no ordenamento jurídico, o que defendemos é que a própria constituição federal de

²⁵ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: 2000. p. 109.

²⁶ TROPER, Michel. *Pour Une Théorie juridique de l'état*. Paris: Universitaires de France, 1994, p. 90

²⁷ HESSE, Konrad. El texto constitucional como limite de la intepetacion. Haca uma teoria de la praxix constitucional. Madrid: Tecnicos, 1987, p. 184-185.

²⁸ TOURINHO, Saul Leal. Ativismo ou altivez? o outro lado do supremo tribunal federal, Instituto Brasileiro de direito público – IDP. Mestrado em Direito Constitucional. Página 75. Brasília – DF, 2008.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 31.

1988 legitima o STF a aplicação e interpretação das suas normas para defesa dos direitos fundamentais. Não seria válido que a Corte ficasse omissa diante de uma demanda com respaldo nos direitos fundamentais.

É bem verdade que não é possível admitir que, a pretexto de concretizar os dispositivos constitucionais de enunciação aberta, possa o Supremo inovar na ordem a ponto de se equiparar ao Poder Legislativo. Não é isso o que a ele reservou a Constituição e também não é isso o que se espera da Corte no exercício de sua função institucional.³⁰

Mas também é relevante afirmar, e isso não requer grande esforço, que o parlamento brasileiro, seja por qual razão for, se vê diante da incrível dificuldade de legislar sobre temas por vezes impopulares e que refletem negativamente junto a sociedade.

E terminamos esse tópico fazendo o uso das palavras do professor Saul Tourinho: “Como podemos acreditar na ideia de que o Supremo Tribunal Federal deve ser silenciado, pois caso continue a guardar a Carta como tem feito correremos o risco de termos uma República de Togas? Quem pensa deste modo crê no apocalipse.”³¹

4. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E A SUA RELAÇÃO COM O JULGAMENTO PELO STF DA ADI 4.277 – DF E ADPF 132 – RJ

Antes de adentrarmos no julgamento dessas ações, é necessário discorrer sobre o que a doutrina vem chamando de criação judicial do direito. O Poder Judiciário tem uma função social nítida, isso indica que nada que diga respeito a esse poder pode estar fora do social.³²

Outro ponto interessante para melhor compreensão desse estudo, é sobre a neutralidade do judiciário, ora por mais que digam que este poder deve ser neutro, sabemos ideologicamente que não o é, uma vez que a decisão judicial,

³⁰ TOURINHO, Saul Leal. *Ativismo ou altivez?* o outro lado do supremo tribunal federal, Instituto Brasileiro de direito público – IDP. Mestrado em Direito Constitucional. Página 77. Brasília – DF, 2008.

³¹ TOURINHO, Saul Leal. *Ativismo ou altivez?* o outro lado do supremo tribunal federal, Instituto Brasileiro de direito público – IDP. Mestrado em Direito Constitucional. Página 80. Brasília – DF, 2008.

³² SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*, Ed. Sete Mares, 1991, p. 81.

raiz de um processo nomogenético peculiar, de embasamento e de conteúdo jurisprudenciais, não carece de neutralidade ideológica, antes deve repeli-la, por ser necessária que aquela decisão mergulhe no social e de lá saia embebida no seu caldo cultural.³³

Um órgão do Estado, ou seja, o Poder Judiciário, não pode ser na prática, neutro, se seus executores e suas respectivas emissões decisórias não o são. O judiciário não pode torna-se agente de iniquidade simplesmente porque as leis são iníquas. O fato de o juiz alegar tal circunstância não o torna menos culpado pelas injustiças e desigualdades que vier a cometer ou sancionar.³⁴

O que torna evidente é que o Supremo Tribunal Federal vem sendo aclamado para resolver as questões de ordem política e social, mas que estão inseridas no próprio texto constitucional.

Apesar das regras constitucionais apresentarem um inegável caráter jurídico, regulam situações profundamente políticas. E essa natureza política dá personalidade ao Texto Constitucional e justifica, pois uma interpretação lastreada em uma dogmática distinta, em parte para poder satisfazer problemas que são diferentes daqueles que surgem em outros ramos do direito.³⁵

Desta maneira, a jurisdição constitucional não se justifica em razão apenas de sua tarefa *defensivista*, mas também por seu trabalho fundamental de desenvolver uma interpretação construtiva do texto constitucional e da *vontade da constituição*, interagindo-os e coordenando-os com a realidade social, econômica e política.

No âmbito desta função de relação entre constituição e realidade (*função construtiva-normativa*), a prática da jurisdição constitucional enseja o constante diálogo entre a norma constitucional e a realidade regulada, uma conformando a outra, condicionando-se reciprocamente, de modo que a interpretação desenvolvida pelos Tribunais Constitucionais cumpra um papel dinâmico e fundamental na realização da *pretensão de eficácia* da constituição, possibilitando

³³ SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*, Ed. Sete Mares, 1991, p. 82.

³⁴ SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*, Ed. Sete Mares, 1991, p. 94.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. Ed. Malheiros. São Paulo, 2014. p. 85.

assim que os textos constitucionais adquiram aquela superior *força normativa* a que se referiu Hesse.³⁶

Nesse sentido é positiva a participação da jurisdição constitucional, não somente pela construção da ordem jurídica, mas também na própria criação da realidade política e social coordenada e condicionada com a realidade constitucional.

De fato, com os litígios *da vida constitucionalizados e judicializados*, fica evidenciada a importância do comportamento positivo do Poder Judiciário e particularmente do STF como *guardião da Constituição*; o reflexo não poderia ser outro senão a presença deste significativo rol de matérias sujeita ao controle judicial do STF, deixando clara a inegável realidade do fenômeno atual do ativismo judicial como decorrência do próprio modelo de constitucionalismo adotado no Brasil desde o fim dos anos 80 do século XX.³⁷

Após esses breves relatos, passamos a analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 – DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – RJ, pelo Supremo Tribunal Federal e sua relação com a criação judicial do direito.

Essas ações tiveram como finalidade pleitear o reconhecimento da união estável homoafetiva, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não ampara e nem proíbi literalmente essa forma de constituir família, seja pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, (CRFB/88) seja pelo Código Civil de 2002 (CC/2002).

Em julgamento singular, o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu, por unanimidade a união homoafetiva como entidade familiar, aplicando as mesmas regras das uniões estáveis entre homem e mulher. O que vamos analisar nesse tópico e se nesse julgamento a Suprema Corte fez o uso de um ativismo judicial ou foi um caso de mera interpretação da norma fundamental?

Neste julgamento, pontuou-se que o sexo da pessoa não deve ser usado como fator de desigualdade jurídica e que a expressão “família” utilizada pela

³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Controle Judicial Limites e possibilidades do protagonismo judicial, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa?pagina=2>, (acessado em 16/10/2015).

³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Controle Judicial Limites e possibilidades do protagonismo judicial, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa?pagina=2>, (acessado em 16/10/2015).

Constituição Federal, não se limita a formação de casais heteroafetivos, devendo-se reconhecer a união homoafetiva como família através da interpretação conforme a constituição.

Como visto o STF usou a técnica de interpretação conforme a constituição, esta é utilizado como técnica de decisão, fazendo com que uma norma jurídica possa ser interpretada de acordo com a Constituição, eliminando as possibilidades de incompatibilidades com a própria Constituição. É utilizado também para suprir lacunas.

Essa técnica orienta o intérprete que estiver diante de normas infraconstitucionais de conteúdo polissêmico, ou seja, normas capazes de serem aplicadas diversas formas de interpretações, para que na escolha preserve o ordenamento jurídico resultando na constitucionalidade da norma.

O voto proferido pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto evidenciou a aplicação da interpretação conforme a constituição do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, excluindo qualquer forma que prejudique o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Neste caso fica evidente a omissão do legislativo em normatizar a matéria em questão, por ser a medida talvez impopular e contraria aos interesses políticos. E o STF como guardião do texto constitucional, e protetor dos direitos fundamentais expressos nesta carta, teve que intervir e pacificar o tema.

Para verificar se essa decisão da Corte foi um caso de criação judicial do direito, é preciso entender que há várias teorias. De acordo com alguns, este caso seria criação judicial do direito, já para outras teorias este caso seria uma mera interpretação da norma, sem caráter de construção.

O autor Riccardo Guastini indica pelo menos quatro significados distintos em que tem sido utilizado o termo criação judicial do Direito:³⁸

(1) no primeiro sentido, a expressão refere-se à situação dos juízes produzirem, tal como os órgãos legislativos ou outros dotados de autoridade normativa, decisões “dotadas de uma eficácia geral, erga omnes.”

(2) no segundo sentido, os juízes criam o direito entendido como a norma

³⁸ GUASTINI, Riccardo. *Giurisprudizione e Interpretazione*. In *Diritto Giurisprudenziale*, (org.) Mario Bessone. Torino: Giappichelli, 1996, p. 32.

individual kelseniana, que é produzida pela dinâmica de aplicação da norma geral hierarquicamente superior e que lhe representa o fundamento de validade.

(3) em um terceiro sentido, pode-se afirmar pela criação judicial do Direito por entender-se “que a interpretação dos textos normativos (atividade típica dos juízes) não é uma operação cognitiva de normas (pré-existentes), mas produtiva de normas (novas)”; o significado de uma disposição normativa não seria pré-constituída à interpretação, mas sim uma “variável dependente desta”, de forma que o direito nasceria da interpretação, e não das leis, “ou ao menos da colaboração entre legislador e intérpretes”. Em suma, neste sentido, os juízes não apenas criariam o Direito, mas todo o Direito seria criado pelos juízes.

(4) no quarto sentido apontado pelo professor italiano, os juízes criam o Direito na medida em que, às vezes, eles avançam para além da interpretação de textos normativos (fontes) pré-existentes, formulando e aplicando normas novas. Trata-se, segundo o pensamento do ilustre professor, de típica atividade judicial de formulação de normas novas, não-expressas, perante lacunas ou antinomias (integração do Direito), sem que a norma criada possa ser “sensatamente” considerada o significado de qualquer texto pré-existente.

No caso em análise verifica-se que a inércia do poder legislativo é intencional, assim não há que se falar em ativismo judicial. Em verdade, o fato de ampliar o conceito família para abarcar a união homoafetiva, não faz com que esta decisão seja proativa. Mas sim que o sentido de família na Constituição foi alargado para atender a complexidade a pluralidade social garantida pela própria Constituição.

5. CONCLUSÃO

Analisando esta decisão do STF como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais, não há qualquer vício que afete o princípio da separação dos poderes. Na verdade tratou-se da evolução do conceito de família, pois o conceito trazido pela doutrina clássica de ser família a constituída pelo casamento, não abarcou os novos princípios. Daí surge um novo conceito atribuído à família: a constituída pelo amor e pelo afeto defendido pela doutrina moderna.

Às vezes se faz necessários atos de ativismo judicial, pois o legislativo não faz cumprir direitos fundamentais, seja por convicção religiosa, filosófica

ou moral que é a maioria, deixando projetos perdidos em fundo de gaveta ou mesmo sendo arquivados.³⁹

Porém, neste caso não houve por parte da Suprema Corte um puro ativismo judicial, o fato de ampliar o conceito família para abarcar a união homoafetiva, não faz com que esta decisão seja proativa.

O fato de interpretar a Constituição não é ativismo judicial, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar não rompe com o dispositivo constitucional. O direito reconhecido agora se encontra no ordenamento jurídico com fulcro nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade. Analisando as ações em si e dos votos dos ministros depreende-se que houve mudança no entendimento do conceito de família a par de reconhecer por unanimidade a união estável entre pessoas do mesmo sexo.⁴⁰

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em 09/10/2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. Malheiros editores. São Paulo, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Controle Judicial Limites e possibilidades do protagonismo judicial, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa?pagina=2>. acessado em 16/10/2015.

CANON, Brandley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, Dec./Jan.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. p. 239/240.

⁴⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Controle Judicial Limites e possibilidades do protagonismo judicial, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa?pagina=2>, (acessado em 16/10/2015).

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª ed., rev. e aum., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

Daniel Sarmento, Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda, *Revista de Direito do Estado* 2:83, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito Constitucional*. Ed. JusPODIVM, Salvador – BA, 2015.

GUASTINI, Riccardo. *Giurisprudizione e Interpretazione in Diritto* Giurisprudenziale, (org.) Mario Bessone. Torino: Giappichelli, 1996.

HESSE, Konrad. *El texto constitucional como limite de la intrepetacion*. Haca uma teoria de la praxis constitucional. Madrid: Tecnicos, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito Constitucional*. t.II, 4ª ed. Coimbra, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios* – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

QUEIROZ, Cristina, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: 2000.

SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*, Ed. Sete Mares, 1991, p. 81.

TOURINHO, Saul Leal. *Ativismo ou altivez? o outro lado do supremo tribunal federal*, Instituto Brasileiro de direito público – IDP. Mestrado em Direito Constitucional. Página 17. Brasília – DF, 2008. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vzrttfi8yngj:www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/188-ativismo-ou-altivez-o-outro-lado-do-supremo-tribunal-federal+&cd=1&hl=ptbr&ct=clnk&gl=br. (Acessado em: 18/10/2015).

TROPER, Michel. *Pour Une Théorie juridique de l'état*. Paris: presses Universitaires de France, 1994.

VIGO, Luís Rodolfo. *Razonamiento judicial justificatório*. Doxa, n.21, 1998.



DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL: CASO RAPOSA SERRA DO SOL

Diogo Mesquita Póvoa¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A ascensão do Poder Judiciário no Brasil. 3. Da judicialização ao ativismo. 3.1. A judicialização da política. 3.2. O ativismo judicial. 4. O ativismo judicial no Caso Raposa Serra do Sol Pet. (3.388/RR). 5. Conclusão.

RESUMO

Esse trabalho tem como objetivo estudar os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil, especialmente no Supremo Tribunal Federal. Aponta-se a ascensão do Poder Judiciário, através da análise histórica, passando pelos motivos até chegar as suas consequências, sem deixar de mencionar o novo direito constitucional, também chamado de *neoconstitucionalismo*. Faz-se uma exposição do fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial, com conceitos e estruturas propiciadoras, deixando em evidência a diferença entre eles. Como modo de melhor elucidar os fenômenos, o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (PET. 3.388/RR) é trazido em destaque como maneira de expor o exercício do judiciário na delimitação de espaços de implementação da ação do Estado para concretização das novas gerações de direitos. Em que pese a linha tênue que entre os parâmetros ativistas, chegou-se à conclusão que, atualmente, revela-se sinais de uma possível *contrarrevolução jurídica* do Supremo Tribunal Federal. Utilizou-se como metodologia o estudo bibliográfico, além da análise jurisprudencial a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Judicialização da política. Ativismo Judicial. Caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388-4/RR).

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the phenomena of judicialization of politics and judicial activism in Brazil, focusing the Supreme Court. It points out the rise of the Judi-

¹ Advogado. Pós graduando em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília – Uni-CEUB. E-mail: diogopovoa@cezarbritto.adv.br.

ciary, through historical analysis, passing through the reasons and consequences, mentioning the new constitutional law, also called neoconstitutionalism. It makes a presentation of the political judicialization phenomenon and judicial activism, from its concepts and structures, displaying the difference between them. Aiming a better elucidation of the phenomena, the case Raposa Serra do Sol (PET. 3.388 / RR) is highlighted as a way to expose the judicial review delimiting government action in the concretion of new generations of rights. Despite the thin line between politics judicialization and judicial activism, came up to the conclusion the idea of the evolution of these phenomena, which currently shows signs of a possible *counterrevolution* by the Supreme Court. It was also characterized the regression of the Supreme Court in the trial of PET. 3.388 / RR because, once called to decide, mistook law and politics, shied away from pronouncing a decision against political and economic elites, and restricting social rights of minorities in the case of the demarcation of indigenous lands. Amid the rising of judicial activism, this paper has applicability in the current legal context, with originality affirming the regression of the Supreme Court in regarding to the realization of social rights. It was used as methodology the bibliographical study of numerous authors and the Supreme Court jurisprudence.

Key words: Politics judicialization. Judicial activism. Caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388-4/RR).

1. INTRODUÇÃO

Após a centralização arbitrária do Poder Executivo no período da ditadura militar (1964-1984), o Poder Judiciário surge como garantidor e concretizador das políticas sociais em debates de temas extremamente controvertidos, papel este incumbido especialmente ao Supremo Tribunal Federal no Brasil. Acompanha essa evolução histórica o debate teórico sobre a superação do *jusnaturalismo* e a necessidade de se repensar o *Juspositivismo*, sobretudo com a partir dos fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial, sem deixar de abordar a *supremocracia*, o papel *contramajoritário* do Supremo Tribunal Federal e a *contrarrevolução jurídica*, como se exemplifica com o caso Raposa Serra do Sol (PET 3.388 / RR).

Nesse sentido, o objetivo desse artigo é problematizar a atuação do Supremo Tribunal Federal em julgamentos que inovam no ordenamento jurídico, a partir

da abordagem desses principais fenômenos que podem delimitar, restringir ou ampliar a concretização das novas gerações de direitos.

2. A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

No Brasil, durante o período da ditadura militar, o direito constitucional vivia, na prática, uma ausência de normatividade, tendo em vista que o direito constitucional tradicional era impedido de reagir ao regime autoritário, ao passo que os jovens acadêmicos conduziam a teoria crítica do direito a um caráter ideológico que tentava lutar contra o poder militar. Assim, somente com a desconstrução exercida ideologicamente foi possível a reconstitucionalização, redemocratização do país e a retomada do direito, que tem como marco a Constituição Federal de 1988².

Se no Brasil a reconstitucionalização se deu com a Constituição de 1988 e o fim de regime autoritário, na Europa o fim da Segunda Guerra Mundial compõe o marco de uma nova organização política baseada no constitucionalismo e na democracia.

Nos Estados constitucionais de direito, como no caso do Brasil, a Constituição é elemento central das normas jurídicas e forma de manutenção da democracia não só quanto ao regime de governo ou direito de participação política, mas no que diz respeito à inclusão de direitos sociais e redução de desigualdades³. À Constituição foi concedido o reconhecimento como fonte normativa, regada por princípios e direitos fundamentais capazes de ampliar a sua abrangência, abarcando a mais variada quantidade de direitos.

Isto é, não se trata de uma Constituição meramente técnica, mas também símbolo de conquistas e habilitada para novas ascensões⁴, como nas políticas públicas, nas ações governamentais, nos temas políticos, no direito e, por

² BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. P. 26.

³ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial à brasileira. Revista Direito GV. V. 4, n. 2, jul./dez. 2008, P. 02.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, v. 240, n. 1, 2005.

consequência nos órgãos judiciários do país⁵. Formam-se, portanto, expectativas de cumprimento de direitos e garantias previstos constitucionalmente, que, todavia, quando usurpados, levam à procura pelo Judiciário.

Essa ampliação de expectativas não advém tão somente de uma constituição com caráter abrangente como a brasileira, mas de mecanismos e estruturas de tutela judicial que visam a sua implementação. BOAVENTURA⁶ cita, por exemplo, a ampliação da legitimidade para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interpirem ações em nome dos seus associados, a consagração da autonomia do ministério público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção do acesso à justiça. Assim, o mesmo autor denomina essa transição do regime autoritário para o regime democrático como um *curto-circuito histórico*⁷, pois a constitucionalização de inúmeros direitos sem qualquer respaldo não é capaz, por si só, de proporcionar sua efetivação, mas acaba por necessitar de uma real exequibilidade, muitas vezes alcançada na intervenção judicial.

Para BARROSO⁸, a judicialização brasileira tem origem, especialmente, no nosso modelo de constitucionalização abrangente e analítico, bem como no sistema de controle de constitucionalidade em que todos os juízes podem decidir pela inconstitucionalidade da norma no caso concreto (americano) e no modelo de ações diretas ao tribunal constitucional (europeu). Por isso, além da previsão normativa da Constituição, regada por princípios e direitos fundamentais, que configuram um Estado democrático de direito, a própria estrutura institucional do Poder Judiciário brasileiro o conduz a sua natural participação na efetivação das previsões constitucionais.

Segundo CEZAR BRITTO⁹, “o Poder Judiciário cada vez mais se torna o último responsável pela ratificação executória de toda política pública, em

⁵ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial à brasileira. Revista Direito GV. V. 4, n. 2, jul./dez. 2008, P. 02.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez. 3ª ed. 2008. p. 14.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez. 3ª ed. 2008. p. 15.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. FELLET, André Luiz Fernandes et. al. (org). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 08.

⁹ Assim afirmou o ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB em artigo publicado no site Consultor Jurídico. *O Judiciário é último responsável por validar execução*. 2010.

todas as suas esferas”. Torna-se de fácil percepção essa análise quando apontados alguns dos últimos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, que decidiu sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça (ADI 3367); pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR), que será alvo de discussão em tópico nesse artigo; legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF); a extradição do italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), dentre muitos outros.

Apesar de elencar somente casos julgados no STF, a judicialização de demandas com cunho político e social passou a ser também elemento contumaz das decisões judiciais de juízes ordinários, impulsionados não só pela provocação dos cidadãos que clamam por justiça, mas pela estrutura institucional, como já dito, que permite tal decisão. Por esse motivo, CAPPELLETTI e GARTH¹⁰ afirmam que os juízes, além de conhecerem as técnicas processuais, devem utilizá-las em prol das questões sociais, não sendo as cortes as únicas solucionadoras de conflitos. Afinal, nem o constituinte nem o legislador têm a capacidade de prever todos os casos concretos, fazendo-se imprescindível a interpretação constitucional, a ponderação de valores, e a aplicação da argumentação. O juiz, como intérprete, torna-se parte do processo de criação do Direito, de modo a complementar aquilo que foi legislado.

Caminha-se, à vista disso, após a superação histórica do *jusnaturalismo* e o fracasso político do *positivismo*, para o marco filosófico do *pós-positivismo*¹¹, em razão do reconhecimento dos princípios como elemento normativo, além do reconhecimento das próprias regras¹².

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro Garth Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 05.

¹¹ “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores princípios e regras, aspectos da chamada nova *hermenêutica constitucional* e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”. BARROSO, Luis Roberto. BARCELLOS. Ana Paula. *O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. SILVA, Virgílio Afonso da. (org). A interpretação constitucional. 1ª edição. Editores Malheiros, 2011.

¹² “O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v.*supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consa-

Dessa forma, vive-se, atualmente, um novo direito constitucional, não por ele ser revolucionário e diferente dos antes existentes e aplicáveis, mas sim por representar um conjunto de transformações ocorridas no Estado; desde questões históricas, como a formação do Estado constitucional de direito; passando pelo marco filosófico do pós-positivismo; até chegar ao marco teórico da Constituição de 1988 que permite a expansão da interpretação e consequentemente da jurisdição constitucional. Portanto, apesar de muitas críticas¹³, vive-se o que se denomina o novo direito constitucional ou *neoconstitucionalismo*.

Diante desse avanço do direito a fim de abarcar todas as necessidades da sociedade, nota-se uma real expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal, juntamente com a dos demais tribunais, não sendo este um fenômeno exclusivamente brasileiro¹⁴. O protagonismo exercido amplia o controle normativo do Poder Judiciário, seja através da simples judicialização ou do ativismo judicial, todavia, “transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público desvinculado das clássicas instituições político-representativas”¹⁵.

3. DA JUDICIALIZAÇÃO AO ATIVISMO

3.1 A judicialização da política

É diante desses fatores históricos, estruturais, políticos e filosóficos, é que se dá o anseio da sociedade por acesso à justiça e um consequente excesso de litigiosidade. O próprio modelo constitucional adotado causa o fenômeno mundial (não é exclusividade do Brasil) da judicialização, não se tratando de

gram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios”. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, n. 1, 2005.

¹³ “Doutrina individualista, aristocrática, que não contribui com a democracia”. AMARAL JÚNIOR. José Levi Mello. Reunião ocorrida no Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBE do Centro Universitário – UniCEUB, em 06 de setembro de 2014. *Ativismo Judicial*. <https://www.uniceub.br/noticias/noticias-por-curso/2o-semester-2014/cbec-video-sobre-ativismo-judicial.aspx>

¹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. P. 02.

¹⁵ VIANNA, Luiz Werneck. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. CITTADINO, Gisele.. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003. P. 17.

uma simples vontade política do juiz em decidir¹⁶.

Ao Judiciário não é dado o direito de se esquivar de decidir casos em que a judicialização for decorrente da própria abrangência constitucional e dos próprios direitos que visam à efetivação da democracia. “Não é um ato que seja realizado por livre vontade ou por interferência proposital do judiciário”¹⁷. STRECK, TASSINARI e LEPPER retratam bem a questão:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade — característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos¹⁸.

Na realidade, a judicialização da política decorre da própria opção democrática da Constituição de 1988, haja vista o comprometimento com a preservação e aplicação dos princípios e direitos fundamentais na supressão das carências políticas e públicas¹⁹, conforme é o próprio princípio da inafastabilidade de jurisdição assim prevê (art. 5º, inciso XXXV²⁰, CF).

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Consultor Jurídico. 22 de dezembro 2008. P. 06. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica

¹⁷ SÁ, Mariana Oliveira de. BONFIM, Vinicius Silva. *A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. *O problema do ativismo judicial: uma análise do Caso MS 3326*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral.

¹⁹ BRITTO. Cezar. A Judicialização da Política e a Politização da Justiça. Site Consultor Jurídico. 2010.

²⁰ Art. 5º, XXXV, CF - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

VIANA prevê a necessidade de abertura constitucional como meio de interligar os direitos fundamentais à própria democracia, no sentido de que para “concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente²¹”.

Não obstante essa imprescindibilidade, faz-se necessário alertar que a própria intervenção do judiciário na supressão de carências políticas e públicas deve ocorrer em prol da democracia, sendo os juízes executores de um papel, muita vezes, contramajoritário²². A pretensão da proteção é não só a de evitar que uma política majoritária usurpe direitos fundamentais, mas também de preservar a participação política de todos²³, afinal, “o populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral”²⁴. Portanto, deve ser tratada com complexidade qualquer conduta paternalista do judiciário.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal exerce diretamente esse papel contramajoritário ao realizar o controle de constitucionalidade de atos normativos, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Executivo, na pessoa do Presidente (a) da República, todos eleitos pelo povo brasileiro em voto popular.

Assim, manifesta-se o papel do judiciário e, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, na interpretação e consequente aproximação do direito com a realidade prática, “superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso”²⁵. Ou seja, a crise de representação política é

direito;

²¹ VIANNA, Luiz Werneck. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. CITTADINO, Gisele. A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.

²² A expressão se tornou clássica a partir da obra de BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16. (A primeira edição do livro é de 1962). Citado por BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. P. 36.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. P. 36

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. FELLET, André Luiz Fernandes et. al. (org). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. P. 43.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, n. 1, 2005.

uma das fontes causadora de uma inevitável expansão do papel do direito e do judiciário²⁶.

A partir de então surge o debate em que a insuficiência de ações administrativas gera uma inevitável judicialização na qual o judiciário não pode, em tese, negar-se a decidir, criando embaraços na separação de poderes e na necessidade de deferência em vista da atuação do legislador, que pode culminar no fenômeno do ativismo judicial.

3.2 O ativismo judicial

A partir da crescente e inevitável judicialização já aqui relatada, torna-se indispensável a análise do fenômeno chamado ativismo judicial²⁷. BARROSO contextualiza o surgimento do termo:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológi-

²⁶ “ao suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia”. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, n. 8, 2008.

²⁷ “a locução ‘ativismo judicial’ foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, *Fortune*, jan. 1947, p. 208, *apud* Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of ‘judicial activism’*, *California Law Review* 92:1441, 2004, p. 1446”. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. FELLET, André Luiz Fernandes et. al. (org). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. P. 09.

ca – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.²⁸

RAMOS conceitua o ativismo como sendo “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar”²⁹. Quer dizer, consiste em uma atuação do Poder Judiciário que interfere diretamente nas atribuições constitucionalmente previstas de outros poderes e deste ponto advém o sentido negativo do fenômeno, uma vez que prejudica o diálogo institucional e a harmonia entre eles.

O fenômeno decorre dos próprios motivos que ocasionam a judicialização: a inafastabilidade de jurisdição; o modelo institucional de controle de constitucionalidade; a dificuldade do legislativo em atender às demandas sociais; a abrangência o texto constitucional, dentre outros já citados. Porém, a diferença³⁰ pode ser consubstanciada no modo de agir, uma vez que o ativismo judicial decorre da vontade ou da confusão do direito com a política, enquanto a judicialização é a uma situação a que o judiciário está submetido e na qual não pode se desvencilhar, até mesmo diante da obrigatoriedade de concretização de garantias e direitos fundamentais.

Isto é, o que aqui se aduz, ao contrário do entendimento de BARROSO³¹, é que a necessidade de concretização dos direitos fundamentais e daqueles decorrentes de princípios não pode conduzir o julgador a uma proatividade que o levaria a expandir sua interpretação de modo a ir além da própria previsão

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. FELLET, André Luiz Fernandes et. al. (org). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. P. 09/10.

²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. Saraiva. 2ª edição. 2015. P. 324

³⁰ SÁ, Mariana Oliveira de. BONFIM, Vinicius Silva. *A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. P. 181.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Consultor Jurídico. 22 de dezembro 2008. P. 17. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica.

constitucional.

O ativismo judicial fica mais facilmente evidenciado com a expansão de atuação das cortes constitucionais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, naquilo que VIEIRA denominou de supremocracia³². Para ele a supremocracia diz respeito afora a autoridade adquirida pelo Supremo de governar o judiciário, também a essa expansão de autoridade em detrimento dos demais poderes:

o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de ‘proteção de regras’ constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de ‘criação de regras’; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder. Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática.”³³

Ao contrário dessa supremocracia e do ativismo judicial está a própria deferência que um poder deve ter para com o outro. Trata-se aqui, no que diz respeito ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo, em uma postura de respeito do Supremo Tribunal Federal para com o legislador, eleito por voto popular. Não se expõe, todavia, uma conduta que vai de encontro a inafastabilidade de jurisdição, mas sim o respeito à própria Constituição Federal que se visa proteger, afinal, o judiciário não possui a competência de inovar no ordenamento jurídico.³⁴

O que se tem, na realidade, junto do ativismo judicial e da supremocracia, é uma interdependência orgânica entre os poderes³⁵, tendo em vista esse moderno constitucionalismo que proporciona uma real permeabilidade de um poder sobre o outro. Contudo, quais seriam os limites para uma judicialização

³² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, n. 8, 2008. P. 04.

³³ VIEIRA utiliza da linguagem de GARAPON para fazer esta constatação. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, n. 8, 2008. P. 06/07.

³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, n. 8, 2008. P. 12.

³⁵ Tese Hegeliana trazida por CHEVITARESE. Alessia Barroso Lima Brito Campos. *A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral.

da política de modo que a decisão judicial não seja ativista? Como permitir que a interdependência orgânica entre os poderes não chegue ao ativismo judicial? Essas questões podem ser ilustradas e compreendidas através da jurisprudência.

3.3 O ativismo judicial no caso raposa serra do sol – pet. 3.388-4/rr

A escolha desse julgamento deve-se ao fato de ser um dos mais emblemáticos do Supremo Tribunal Federal no que concerne a uma atuação mais positiva e abrangente, principalmente no que diz respeito ao ativismo judicial e a maneira criativa do tribunal em decidir sobre os direitos indígenas.

Nesse tópico, a discussão se adentra ao Caso Raposa Serra do Sol (PET. 3.388-4/RR). Importante alertar que não é a pretensão desse tópico debater, em complexidade, o direito à demarcação das terras indígenas, mas sim o exercício do judiciário na delimitação de espaços de implementação da ação do Estado para concretização das “novas”³⁶ gerações de direitos.

Por meio de Ação Popular (Petição 3388 – STF)³⁷, de autoria do Senador Augusto Botelho (PT-RR), chegou ao Supremo Tribunal Federal a discussão quanto à constitucionalidade da demarcação das terras indígenas em área contínua, bem como quanto à anulação da Portaria 534-05 e do decreto presidencial que homologou a demarcação.

Isto é, estava em julgamento, uma demarcação que até então se entendia constitucionalmente consolidada, com políticas públicas implementadas e que havia seguido todos os procedimentos jurídico-administrativos e judiciais previstos legalmente. YAMADA e VILLARES³⁸ não interpretam como sendo um reconhecimento de direitos, mas sim um caso em que se decidiu somente em

³⁶ A utilização do termo “novas” não se deve ao fato de serem direitos recentes, mas pela nova concepção dada aos direitos dos povos indígenas e nos seus mecanismos de defesa.

³⁷ Petição Inicial da 3388-STF arguia: (i) nulidade do procedimento administrativo, por violação aos Decretos n°s 22/91 e 1.775/96, tendo em vista a não participação de todos os interessados na lide e não apresentação de relatório circunstanciado por parte do Grupo Interinstitucional de Trabalho; (ii) nulidade do estudo antropológico conclusivo posto ter sido o mesmo assinado por um único profissional; (iii) iminentes prejuízos à economia do Estado de Roraima caso a demarcação da Reserva Indígena ocorra em área contínua; (iv) instabilidade quanto à segurança nacional, porquanto a Reserva Indígena estaria contida em faixa de fronteira do Brasil com a Venezuela e Guiana; (v) ofensa ao equilíbrio federativo, haja vista que a área demarcada ocupa grande parte do território do Estado de Roraima.

³⁸ YAMADA, Erica Magami e VILLARES, Luiz Fernando. Revista Direito GV, n. 11, 2008. São Paulo. P. 148.

razão da necessidade de remediar conflitos entre índios e não índios.

A Constituição Federal de 1988 ampliou e tornou expressos os direitos territoriais e sociais dos povos indígenas. Por isso, cabia ao Supremo tão somente a concretização desses direitos, efetivando, como corte constitucional, as garantias daquela minoria diante do caso concreto ao invés de criar restrições a sua implementação. Contudo, o Supremo foi além e extrapolou as suas atribuições ao criar 19 condicionantes³⁹ para balizar o reconhecimento das terras indígenas no Brasil e funcionar como legislador ordinário. Algumas dessas condicionantes são meras repetições ou interpretações da Constituição ou de leis que tratam do tema, todavia, outras inovam de maneira ampla no ordenamento jurídico brasileiro.

Em síntese, o Supremo reconheceu a legalidade do processo administrativo de demarcação; afirmou a ausência de ofensa à soberania nacional ou segurança territorial em área de faixa de fronteira; derrubou a tese de que a demarcação poderia causar ameaça ao princípio federativo e desenvolvimento do país; e reconheceu a proteção dos povos e culturas.

COUTINHO e VOJVODIC criticam essa atuação inovadora do Poder Judiciário:

O Poder Judiciário sempre é festejado quando rompe a clássica doutrina da separação de poderes e toma a iniciativa ao implementar direitos sociais, mediante provimentos jurisdicionais que acabam por inovar a legislação existente, complementando direitos geralmente expressos em textos de grande abertura.⁴⁰

Não há como festejar a decisão do Supremo diante do Caso Raposa Serra do Sol, afinal, ao mesmo tempo em que o Tribunal parecia estar reafirmando os direitos territoriais e sociais indígenas, previstos na Constituição Federal,

³⁹ Após o voto do Ministro Relator, Ayres Britto, o Ministro Menezes Direito prolatou seu voto com as condicionantes que são posteriormente aprovadas pelos demais ministros, à exceção do Ministro Joaquim Barbosa e do Ministro Marco Aurélio, este contra até mesmo a demarcação das terras indígenas da Raposa Serra do Sol.

⁴⁰ Referência feita por YAMADA e VILLARES à obra de PINHEIRO, Victor Marcel. *O STF e o mito do legislador negativo*; que fez alusão à obra de COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

retrocede em relação à própria Constituição, à Convenção 169 da OIT e à Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas, ao prolatar às referidas condicionantes.

As condicionantes 5 e 6⁴¹ expressam a não participação na modalidade de consulta das comunidades indígenas nos assuntos do uso e gestão de suas terras nativas, ainda que o § 3º⁴² do art. 231, da Constituição Federal preveja expressamente a necessidade de oitiva das comunidades afetadas e a participação nos resultados. Quer dizer, além de criativa a decisão do STF ignora o próprio texto constitucional, isto sem dizer na clara desconsideração do art. 6º da Convenção 169 da OIT e ao art. 2º da Lei n.º 6.001/1973.

Aqui poderiam ser citadas outras condicionantes⁴³ capazes de apontar o fenômeno do ativismo judicial na PET. 3.388-4/RR, todavia, como não é a pretensão desse tópico debater, em complexidade, o direito à demarcação das terras indígenas, as condicionantes já citadas são capazes de fornecer substrato à participação do Supremo Tribunal Federal de maneira criativa.

Ressalva seja feita que, apesar do julgamento ser uma tentativa de balizar

⁴¹ 5 – O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

⁴² § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

⁴³ “8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9 – O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10 – O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes.” 12 – O ingresso e permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas ou equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não.”

a demarcação das terras indígenas, a decisão do plenário do STF, em Embargos de Declaração, amenizou a amplitude de sua aplicação ao decidir que a decisão tomada na 3.388-4/RR não se estende a outros litígios que envolvam terras indígenas. Na verdade, a assimilação desta decisão é vista como uma retratação, tendo em vista o julgamento anteriormente desastroso que limitou os direitos sociais, e que não poderia nortear outras demarcações.

WAPIXANA⁴⁴ afirma que “a política utilizada nessas demarcações não considerou a participação indígena e tampouco o conceito de terra indígena e os direitos originários, assegurados na CF-88”⁴⁵.

O que se viu, na realidade, foi o Supremo Tribunal Federal, no exercício das atividades que não são inerentes ao Poder Judiciário, limitando as atribuições do Poder Executivo em demarcar as terras indígenas e criando uma espécie de legislação que foi além e de encontro à própria Constituição.

É certo que em alguns casos de ativismo judicial a tentativa do judiciário em ser eficiente e suplantando ineficiências dos demais poderes pode culminar em julgado que atenda aos anseios da sociedade ou da maioria quanto aos direitos sociais. Contudo, não é esse seu papel, afinal, a Corte que muitas vezes se entende progressista, um dia pode se tornar conservadora e findar como a Corte Americana no século XIX que julgou em favor da política de segregação racial⁴⁶ e da invalidação das leis sociais em geral⁴⁷.

⁴⁴ Primeira advogada indígena a realizar sustentação oral no Supremo Tribunal Federal. Nasceu em uma aldeia no interior de Roraima e representante das comunidades da Raposa Serra do Sol. Na sua sustentação, mesmo vestida na beca preta, não deixou de pintar seu rosto e demonstrar sua identidade.

⁴⁵ WAPICHANA, Joenia. *A reafirmação da Raposa Serra do Sol e novos desafios*. Justiça e Direitos Humanos: Experiências de Assessoria Jurídica Popular. Terras de Direitos. 2010. P. 198.

⁴⁶ “Em *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 687.” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, v. 240, n. 1. 2005.

⁴⁷ “A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a

SANTOS alerta para o que ele chama de *contrarrevolução jurídica*:

Entendo por contrarrevolução jurídica uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muitos dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas constituições.⁴⁸

É, então, o julgamento do caso Raposa Serra do Sol um indubitável sinal dessa contrarrevolução jurídica do Supremo Tribunal Federal. A partir do momento que o Supremo é chamado a decidir, em uma clara judicialização da política, mas vai adiante e restringe direitos sociais das minorias indígenas, acredita-se estar diante de um inequívoco retrocesso do tribunal constitucional.

4. CONCLUSÃO

Apesar dos limites conceituais existentes nos fenômenos que identificam a ascensão do Poder Judiciário, principalmente, a judicialização da política e o ativismo judicial, sem deixar de apontar a supremocracia, o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a contrarrevolução jurídica, o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (PET. 3.388/RR) é um clássico julgamento que permite expor a sua atuação quanto à delimitação de espaços de implementação da ação do Estado para concretização das novas gerações de direitos.

Em que pese a linha tênue entre judicialização da política e o ativismo judicial, chegou-se à conclusão da evolução destes fenômenos, o que, atualmente, revela sinais de uma possível contrarrevolução jurídica do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, o fenômeno do ativismo judicial se revela um verdadeiro risco não só jurídico, mas também social, tendo em vista que nos últimos anos tivemos um Supremo Tribunal Federal que proferiu decisões progressistas, suprimindo as ineficiências dos demais poderes, ainda que não seja esse seu papel. Porém, o risco está exatamente neste ponto, pois se hoje temos um

jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras lei. Esse período ficou conhecido como era *Lochner*.” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, v. 240, n. 1. 2005.

⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez. 3ª ed. 2008. p. 75.

tribunal, em tese progressista, um dia poderemos ter um tribunal constitucional conservador, que, conforme considerações, já dá sinais dessa mudança.

5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes et. al. (org). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. P. 24-47.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Consultor Jurídico. 22 de dezembro 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, n. 1. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org). *A interpretação constitucional*. 1ª edição. Editores Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-Jurisprudencia.asp?s1=%283384%2EENUM%2E+OU+3384%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oz9c92g>

BRASIL. *Vídeo da reunião do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC ocorrida no Centro Universitário – UniCEUB. 06 de setembro de 2014. Ativismo Judicial.* <https://www.uniceub.br/noticias/noticias-por-curso/2o-semester-2014/cbec-video-sobre-ativismo-judicial.aspx>

BRITTO, Cezar. O Judiciário é último responsável por validar execução. Consultor Jurídico. 19 de junho de 2010. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jun-19/judiciario-ultimo-responsavel-validar-execucao-politica-publica>

CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça como programa de reformas e método de pen-*

samento. *Revista Forense*, v. 104, n. 395, p. 209-224, jan./fev. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Grancie Northflet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpresso 2002.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. *A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. P. 501 – 514.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. Saraiva. 2ª edição. 2015.

SÁ, Mariana Oliveira de. BONFIM, Vinicius Silva. *A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. P. 170 – 187.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez. 3ª ed. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do Caso MS 3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015, Semestral. P. 52 – 60.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial à brasileira. *Revista Direito GV*. V. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 410-414

VIANNA, Luiz Werneck. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. CITTADINO, Gisele. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. São Paulo.

WAPICHANA, Joenia. A reafirmação da Raposa Serra do Sol e novos desafios. In: ESCRIVÃO FILHO; FRIGO; PRIOSTE (Orgs.) *Justiça e Direitos Humanos: Experiências de Assessoria Jurídica Popular*. Curitiba: Terras de Direitos, 2010, P. 181 – 197.

YAMADA, Erica Magami e VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista Direito GV*, n. 11, 2008. São Paulo.

ESTADO LAICO E ENSINO RELIGIOSO EM ESCOLAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO À LUZ DOS MODELOS ESTADUNIDENSE E ALEMÃO

Nathalia Corrêa de Souza¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Estado confessional, Estado laico e laicismo. 3. A previsão do Estado Laico pela Constituição Federal de 1988. 3.1. Direitos Fundamentais que norteiam o Estado Laico. 4. O ensino religioso nas escolas públicas: como não ferir a laicidade estatal? 5. O caso brasileiro e as experiências estadunidense e alemã. 5.1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439. 5.2. Ensino religioso na Alemanha. 5.3. Ensino religioso nos Estados Unidos. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, ao passo em que estabelece em seu art. 19, I, a laicidade do estado brasileiro, em seu art. 210, §1º, determina o ensino religioso como matéria facultativa em nível fundamental nas escolas da rede pública de ensino. Por meio do presente trabalho procurou-se entender qual a melhor forma de se concretizar o direito ao ensino religioso, passando, inicialmente, pelos conceitos de estado confessional, estado laico e laicismo. Posteriormente, analisou-se de que forma o Brasil constituiu-se como Estado Laico e de que maneira deve ser introduzido o ensino religioso nas escolas públicas, o que, segundo a melhor doutrina, deve se dar pela forma não-confessional. Por fim, foi objeto de estudo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439, a qual encontra-se pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, proposta pela Procuradoria-Geral da República com vistas a ver interpretado, conforme a Constituição, o art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei nº 9.394/96, para que fosse determinado o ensino religioso não-confessional nas escolas públicas brasileiras, além de ver declarado inconstitucional trecho do §1º do art. 11 do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil. Também foram analisados dois casos, sendo eles o ensino religioso na Alemanha e nos Estados Unidos. Conclui-se que o

¹ Advogada, aluna integrante do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito – Novas Tendências do Direito Público, do Centro Universitário de Brasília - Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento. nathc.souza@gmail.com

tema, recentemente debatido em audiência pública no âmbito da ADI nº 4.439, a depender da forma como for decidido pelo STF, pode ser tanto instrumento para salvaguarda de direitos de minorias religiosas quanto instrumento de opressão.

Palavras-chave: Estado Laico; Ensino Religioso; ADI 4.439

1. INTRODUÇÃO

A religião, nos tempos atuais, tem pautado a agenda da sociedade brasileira, sobretudo no âmbito do Congresso Nacional, em temas caros às minorias, tais como direitos reprodutivos femininos, com a celeuma acerca da regulamentação do aborto, direitos de LGBT, como união homoafetiva, pesquisa realizadas com células-tronco, dentre outros.

Portanto, o objeto de estudo do presente artigo, qual seja, estado laico e ensino religioso em escolas públicas, mais do que atual, mostra-se de suma importância para a defesa de direitos e minorias religiosas, diariamente vítimas de preconceito e intolerância no país.

Por meio do presente trabalho, inicialmente, buscou-se diferenciar conceitos importantes para o melhor entendimento do tema proposto, sendo eles estado confessional, estado laico e laicismo.

Em sequência, analisamos o art. 19, I, da Constituição Federal de 1988, que estabelece o Brasil como um país laico, bem como os direitos fundamentais que norteiam a laicidade do estado: igualdade e liberdade religiosa.

A análise é necessária para subsidiar a reflexão de implementação efetiva do art. 210, §1º da CF à luz do princípio da laicidade estatal: é possível prover ensino religioso em escolas públicas sem ferir o estado laico? Veremos que a melhor doutrina nos ensina que sim, contudo, desde que o ensino religioso se dê de forma não-confessional.

Por fim, trouxemos à baila a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, a qual, recentemente, passou pela fase de audiências públicas, com a oitiva de 31 (trinta e uma) entidades religiosas ou ligadas à educação, reunidas para debater o ensino religioso em escolas públicas.

Será possível observarmos que a Procuradoria-Geral da República, por meio da citada ADI, objetiva a interpretação conforme a Constituição do art. 33, *caput*,

e §§ 1º e 2º da Lei 9.394/96, para que seja determinado o ensino religioso não-confessional nas escolas públicas brasileiras, bem como a interpretação conforme a Constituição de trecho do §1º do art. 11 do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil.

Analisaremos também dois casos oriundos do Direito Comparado: o ensino religioso em duas das maiorias democracias modernas, Alemanha e Estados Unidos da América.

Concluiremos que, a depender do julgamento pelo STF da ADI supra mencionada, o ensino religioso no Brasil, previsto constitucionalmente, poderá servir tanto de instrumento de combate à intolerância religiosa e reflexão, quanto de manutenção da predominância do pensamento cristão majoritário.

2. ESTADO CONFSSIONAL, ESTADO LAICO E LAICISMO

Antes de adentrarmos ao objeto de estudo proposto no presente artigo, faz-se necessária a apresentação de três conceitos básicos: o de Estado Confessional, o de Estado Laico e o de Laicismo, para melhor entendimento da matéria a ser abordada. Não há, contudo, a pretensão de se debruçar sobre as minúcias que envolvem cada um dos três conceitos, mas apenas de diferenciá-los.

Estado Confessional é aquele que se confunde com uma determinada religião. Nos dizeres de Roberto de Almeida Gallego (apud SCALQUETTE, Rodrigo):

Neles há assunção e o reconhecimento, por parte do Estado, com maior ou menor intensidade, de uma determinada religião como oficial para a comunidade política. A justificativa adotada pelos governos que assim procedem repousa ora no fato da religião reputada oficial ser aquela praticada pela maior parte da população do país, ora na afirmação, por parte do Estado de que a religião por ele reputada oficial é a única verdadeira, merecendo, pois, por conta de tal superioridade, privilégios e vantagens, por parte do poder político.²

² SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *HISTÓRIA DO DIREITO: Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre Estado e Religião*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 141-142

Já o Estado Laico – caso do Estado brasileiro –, é aquele que não adota uma religião oficial, mas também não rejeita expressamente as religiões. Novamente Roberto de Almeida Gallego (apud SCALQUETTE, Rodrigo):

Nesse sentir, o Estado laico comprometido com a laicidade, ao invés de rejeitar ou tentar suprimir o religioso, considera-o um fato público e, embora não perca de vista a distinção entre o campo religioso e a esfera secular, não desconhece as necessidades espirituais de seus cidadãos. O Estado laico movido pelos ideais de laicidade, embora não privilegie nenhuma religião específica, não se mostra hostil a nenhum credo, almejando, com os mesmos, manter relação de acordo com as especificidades de cada qual.³

Por fim, quanto ao laicismo, este está ligado à ideia de extirpação da religião da vida social, provocando uma animosidade entre religião e vida pública.⁴

3. A PREVISÃO DO ESTADO LAICO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De modo a contextualizar brevemente a evolução do Estado brasileiro, no que concerne à influência da religião nas questões políticas estatais, salientamos que nem sempre a laicidade foi a regra geral.

O Brasil, portanto, já foi um Estado Confessional, conforme a Constituição Imperial de 1824, art. 5º, *verbis*:

Art. 5º A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.⁵

³ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *HISTÓRIA DO DIREITO: Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre Estado e Religião*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 123-124

⁴ RANQUETAT JR., CESAR A. *Laicidade, Laicismo e Secularização: definindo e esclarecendo conceitos*. Revista Sociais e Humanas. v.21, n.1, 2008. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/sociaisehumanas/issue/view/76>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁵ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *HISTÓRIA DO DIREITO: Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre Estado e Religião*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 160-161

Com a proclamação da República, por outro lado, deu-se início à separação entre Estado e Igreja. Assevera Jesús Hortal (apud SCALQUETTE, Rodrigo):

No momento da proclamação da República, em 1889, o Brasil iniciou uma clara trajetória de separação entre a Igreja e o Estado. Os militares que lideraram o novo regime eram, na sua grande maioria, de tendência positivista; contudo, olhavam para os Estados Unidos como para o lugar da realização mais acabada dos seus ideais republicanos e federalistas. Por isso, pode-se dizer que a separação foi feita, entre nós, com ideias francesas, mas com legislação norte-americana.⁶

Assim, a Constituição Republicana de 1891 promoveu a laicidade, o que foi mantido por todas as Constituições subsequentes, inclusive com a retirada do nome de Deus de seu Preâmbulo, assegurando o livre exercício de culto de qualquer religião.

A Constituição Federal de 1988, vigente até os dias atuais, por sua vez, trouxe novamente o nome de Deus ao Preâmbulo do texto constitucional, conforme segue:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instruir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, **sob a proteção de Deus**, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁷ (grifo nosso)

Muito embora não tenha sido concedida força normativa ao preâmbulo

⁶ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **HISTÓRIA DO DIREITO: Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre Estado e Religião**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 165

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

da CF/88, sabe-se que este contém os seus princípios informadores, de modo que podemos afirmar que a religiosidade faz parte do Estado brasileiro, ainda que não haja sido determinada uma religião oficial.

Pelo contrário, informa o art. 19, I, da CF/88 que:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;⁸

Inegavelmente, portanto, o Brasil é um país laico, o que, cabe ressaltar, é diferente de estado ateu ou refratário à religiosidade. Não se nega a existência de Deus, mas apenas não se permite a influência de uma religião específica nas questões estatais, as quais devem seguir uma ótica de neutralidade religiosa.

Muito embora não seja o tema central do presente trabalho, importante mencionar que a laicidade do estado brasileiro deve ser sempre celebrada e lembrada, sobretudo se considerarmos as pautas atuais da sociedade, que envolvem direitos de LGBT e questões raciais, de modo a evitar que essas importantes questões sejam discutidas e definidas à luz de dogmas religiosos que, historicamente, mantinham em regime de segregação de tal parcela de cidadãos.

Nos ensina Daniel Sarmiento:

A laicidade estatal, que é adotada na maioria das democracias ocidentais contemporâneas, é um princípio que opera em duas direções. Por um lado, ela salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas, concernentes a aspectos como os valores e doutrinas professados, a forma de cultuá-los, a sua organização institucional, os seus processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos seus

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

sacerdotes e membros, etc. Sob esta perspectiva, a laicidade opõe-se ao regalismo, que se caracteriza quando há algum tipo de subordinação das confissões religiosas ao Estado no que tange a questões de natureza não-secular.

Mas, do outro lado, a laicidade também protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático, em que estão investidas as autoridades públicas, e qualquer confissão religiosa, inclusive a majoritária.⁹

Interessa para o presente estudo a segunda direção apontada por Daniel Sarmento. Em observância à laicidade, muito embora o ensino religioso em escolas públicas esteja previsto pela Carta Magna, conforme ver-se-á no item 3 deste artigo, será abordada sua melhor forma de implementação, de modo a impedir a dita confusão entre Estado e religião e, ainda que a questão não tenha sido definida pelo STF, uma vez que a ADI 4.439 encontra-se pendente de julgamento, trar-se-á o que a melhor doutrina aduz sobre o tema, bem como o que foi esposado na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Procuradoria-Geral da República.

3.1 Direitos fundamentais que norteiam o Estado Laico

Conforme já vimos, a Constituição Federal não conformou um Estado ateu, nem hostil ao cristianismo, apenas estabeleceu um regime não confessional. Não há religião oficial, mas também não há política oficial de repúdio à religião¹⁰. Deste modo, insta consignar que o princípio da laicidade estatal está pautado por dois direitos fundamentais, quais sejam, o da liberdade religiosa e da igualdade.

O direito fundamental à igualdade, bem como à liberdade religiosa, encontra sua previsão no art. 5º da CF/88. O primeiro, no *caput* do repositório legal. O segundo, em seu inciso VI:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estran-

⁹ SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado*. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <[http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/\(offset\)/10](http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/(offset)/10)>. Acesso em: 09 out. 2015.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. O estado laico e a retirada de símbolos religiosos de repartições públicas. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2009/09/02/5677/>>. Acesso em: 29 set. 2015.

geiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;¹¹

A colonização brasileira, que propiciou a entrada no país de um sem-número de imigrantes – e até mesmo escravos africanos, que trouxeram consigo toda sua bagagem cultural, incluindo-se aí a religião -, propiciou a formação de uma sociedade plural.

Ainda que as religiões predominantes sejam as ligadas ao cristianismo (católica ou evangélica), não se pode desconsiderar a imensa quantidade de judeus, umbandistas, espíritas, budistas e até mesmo ateus residentes no país, dentre outras afiliações culturais e religiosas.

O direito fundamental à igualdade, ligado ao princípio da laicidade estatal, confere aos professantes de todas as religiões tratamento igualitário por parte do estado brasileiro, sem regalias ou privilégios.

Novamente Daniel Sarmento:

Neste contexto de pluralismo religioso, o endosso pelo Estado de qualquer posicionamento religioso implica, necessariamente, em injustificado tratamento desfavorecido em relação àqueles que não abraçam o credo privilegiado, que são levados a considerar-se como “cidadãos de segunda classe”. Tais pessoas, como membros da comunidade política, são forçadas a se submeterem ao poder heterônomo do Estado, e este, sempre que é exercido com base em valores e dogmas religiosos, representa uma inaceitável violência contra os que não os professam.

Ademais, os que não pertencem à confissão religiosa favorecida recebem do Poder Público a mensagem subreptícia, dotada de forte carga excludente, de

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

que as suas crenças são menos dignas de reconhecimento.¹²

Seguindo a proposta do presente artigo, que é a de analisar o ensino religioso em escolas públicas à luz da laicidade estatal, tais ensinamentos são importantes à medida que, inicialmente, passamos a considerar a dificuldade de implementação da matéria escolar privilegiando o direito fundamental da igualdade, dada a grande quantidade de religiões existentes no país e a necessidade de dar a todas o mesmo tratamento.

Quanto à liberdade religiosa, que garante aos cidadãos brasileiros o livre exercício de todos os cultos religiosos, esta, como se vê, está intimamente ligada à laicidade estatal, uma vez que somente em um contexto em que não haja concessão de privilégios a uma religião específica é que se pode livremente professar qualquer religião.

Ao comentar o inciso VI do art. 5º da CF, Alexandre de Moraes argui:

A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois, sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana, de forma a constrangê-la a renunciar sua fé, representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e à própria diversidade espiritual. A plena liberdade religiosa, o respeito pelas diversas religiões ou seitas, o fim de guerras santas e atos de terrorismo religiosos ainda não se transmutaram de uma garantia formalmente prevista pelas diversas constituições para uma verdade universal.¹³

Tem-se também a ideia de que a liberdade de religião é um direito fundamental negativo, uma vez que o Estado não pode abraçar uma religião, não pode impor a ninguém qualquer religião, assim como não pode impedir ninguém de professar determinada religião¹⁴.

¹² SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado*. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <[http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/\(offset\)/10](http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/(offset)/10)>. Acesso em: 09 out. 2015.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Constituição federal interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.150

¹⁴ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *HISTÓRIA DO DIREITO: Perspectivas histórico-constitu-*

Contudo, como bem asseverou Rodrigo Scalquette, uma coisa são as declarações teóricas, sobretudo as que categoricamente afirmam que o Brasil é um Estado Laico, e outra são as práticas adotadas pelas instâncias governamentais¹⁵.

Manoel Jorge e Silva Neto, em seu Curso de direito constitucional, afirma:

É suficiente observar que não há espaço físico onde se desenvolva típica atividade estatal em que não se constate a simbólica vinculação – para não dizer o mínimo – do Estado brasileiro à Igreja Católica, mediante a aposição do Crucifixo, por exemplo, em Câmaras Legislativas, salas de audiência de órgãos singulares e colegiados e tribunais e do próprio Ministério Público, ao qual competiria, de ordinário e por missão constitucional, forcejar pela reverência à antedita liberdade (art. 127, caput, da Constituição).¹⁶

Desta forma, persiste a preocupação de se garantir, em privilégio à liberdade religiosa, o ensino de todas as religiões, indistintamente, nas escolas públicas brasileiras. A preocupação se justifica, sobretudo pela tradição cultural brasileira. Cumpre ressaltar que não são raros os casos de preconceito, sobretudo às religiões de matriz africana.

4. O ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS: COMO NÃO FERIR A LAICIDADE ESTATAL?

O ensino religioso em escolas públicas encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988 no §1º de seu art. 210, *verbis*:

Art. 210. *omissis*

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.¹⁷

cionais da relação entre Estado e Religião. São Paulo: Atlas, 2013. p. 177

¹⁵ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *HISTÓRIA DO DIREITO: Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre Estado e Religião*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 178

¹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 684.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 18, também faz previsão expressa ao ensino religioso como direito fundamental, senão vejamos:

Artigo 18º Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, **pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.** (grifo nosso)

Assim, o ensino pode ser considerado uma forma de manifestação religiosa, que contempla tanto o viés, por parte de indivíduos e confissões religiosas, de ensinar, quanto o viés de receber ensino.¹⁸ Desta forma, o disposto na Lei Maior veio para consolidar tal direito fundamental, provendo aos alunos de ensino fundamental da rede pública o ensino religioso.

Nesse sentido, Fumagalli Carulli (apud SILVA, Fabiana), assevera que o direito da pessoa humana de receber uma educação que lhe desenvolva uma personalidade integrada compreende o direito de receber o ensino religioso¹⁹.

Desta forma, considerando a laicidade do estado brasileiro, o ensino religioso deve ser promovido sem a adoção de uma fé oficial, mas abarcando todas as religiões, o que, sem dúvidas, dificulta a efetividade do art. 19, I, da CF/88.

Ressalta Alexandre de Moraes:

O segundo maior problema, e de maior complexidade, corresponde à efetividade do ensino religioso a ser ministrado nas escolas públicas de ensino fundamental sem que haja ferimento a uma das vedações federativas, qual seja, o art. 19, I. Entendemos que, abstratamente, a regulamentação da

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

¹⁸ SILVA, Fabiana Maria Lobo. *Liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico: perspectiva jusfundamental*. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 206, p. 271-298, abr./jun. 2015, 04/2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512459/001041605.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 out. 2015.

¹⁹ SILVA, Fabiana Maria Lobo. *Liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico: perspectiva jusfundamental*. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 206, p. 271-298, abr./jun. 2015, 04/2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512459/001041605.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 out. 2015. p. 285-286

presente norma somente não estará eivada de vício de inconstitucionalidade se o Poder Público autorizar e conceder as mesmas condições e benefícios para que toda e qualquer fé possa ser ministrada nas escolas públicas – o que na prática mostra-se absolutamente impossível. A escolha de determinada religião para ministrar o ensino – mesmo sendo de matrícula facultativa – acabaria por macular o art. 19, I, pois, estaria havendo aliança do Poder Público com determinada fé, em detrimento das demais, que não poderiam levar sua mensagem às inúmeras escolas públicas.²⁰

Posicionamento similar possui Fabiana Silva, para quem, de modo a garantir a laicidade estatal, o ensino religioso em escolas públicas deve possuir as seguintes características:

- a) deve ser o ensino de todas as religiões, de acordo com a demanda dos alunos, e não apenas o ensino de determinadas convicções religiosas, sob pena de ferir o princípio da neutralidade da escola laica;
- b) deve ser ministrado sob a responsabilidade das diversas confissões religiosas, e não sob a responsabilidade do próprio Estado, pois aí ele estaria exercendo típica função religiosa, o que lhe é vedado pelo precitado princípio da separação;
- c) deve ser garantido em condições iguais para todas as religiões, sob pena de violar a neutralidade estatal e a igualdade religiosa exigidas de um Estado laico.²¹

Por fim, entendemos que, de modo a não ferir o princípio da laicidade estatal, acima de tudo, o ensino religioso deve ser não-confessional. Com precisão assevera Daniel Sarmento:

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Constituição federal interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2145-2146

²¹ SILVA, Fabiana Maria Lobo. *Liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico: perspectiva jusfundamental*. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 206, p. 271-298, abr./jun. 2015, 04/2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512459/001041605.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 out. 2015. p. 289

Ora, o ensino não confessional, se corretamente ministrado, com currículo e material didático apropriados, pode fornecer às crianças e adolescentes as informações necessárias para que, junto com aquelas que recebem de suas famílias e comunidades, as habilitem ao exercício mais pleno e consciente da sua liberdade religiosa. Pode se tornar um espaço não de catequese, mas de empoderamento individual. Mais do que isso, esse ensino pode contribuir para reduzir a intolerância religiosa, que vem crescendo de modo assustador em nossa sociedade. Afinal, a intolerância, no mais das vezes, vem do medo e desconfiança diante de um “outro” que não se conhece.²²

Portanto, a implementação de ensino religioso nas escolas públicas, conforme previsão constitucional, deve se dar de modo a observar a laicidade do estado brasileiro, nos moldes acima vistos.

5. O CASO BRASILEIRO E AS EXPERIÊNCIAS ESTADUNIDENSE E ALEMÃ.

Após explanação dos conceitos de estado confessional, estado laico e laicismo, passando pela previsão do Estado brasileiro como estado laico (art. 19, I da CF/88) e de que modo deve ser realizado o ensino religioso em escolas públicas brasileiras para que não haja descumprimento à laicidade estatal, passemos ao estudo do caso brasileiro, mais precisamente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439.

Abordaremos também como o ensino religioso em escolas públicas é efetuado em duas das maiores democracias do mundo, quais sejam, Alemanha e Estados Unidos.

5.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439

No ano de 2010, a Procuradoria-Geral da República, por meio de sua Procuradora-Geral da República em Exercício, Deborah Macedo Duprat de

²² SARMENTO, Daniel. *Ensino religioso nas escolas públicas*. Disponível em: <<http://jota.info/ensino-religioso-nas-escolas-publicas>>. Acesso em: 01 out. 2015.

Britto Pereira, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com fito de obter do Supremo Tribunal Federal a interpretação conforme a Constituição do art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei nº 9.939/96, para assentar que o ensino religioso em escolas públicas fosse não-confessional, com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas, além da interpretação, conforme a Constituição, do art. 11, §1º do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pudesse ser de natureza não-confessional e, na hipótese de ser considerado incabível o último pedido mencionado, que fosse declarado inconstitucional o trecho “católico e de outras confissões religiosas”, do mesmo art. 11, §1º.

As razões apresentadas na petição da PGR foram as que seguem.

Muito embora a CF/88 preveja a laicidade do estado brasileiro e o ensino religioso como matéria facultativa em escolas da rede pública de ensino, não deve ser o art. 201, §1º interpretado unilateralmente, de modo a transformar escolas em espaço de catequese e proselitismo religioso, posto que a escola pública não é ambiente para ensino confessional, interconfessional ou ecumênico.

Argumenta a D. Procuradora-Geral da República em exercício que o ensino religioso deve ser revestido de neutralidade, e que a única forma de compatibilizá-lo com a laicidade estatal é pelo modelo não-confessional, com exposição de doutrinas, práticas, histórias e dimensões sociais das diferentes religiões e não-religiões, sem tomada de partido, por professores que não sejam ligados a nenhuma entidade religiosa.

Continuando sobre o modelo não-confessional:

Apenas ele promove, em matéria de ensino religioso, um dos mais nobres objetivos constitucionais subjacentes ao direito à educação: formar cidadãos e pessoas autônomas, capazes de fazerem escolhas e tomarem decisões por si próprias em todos os campos da vida, inclusive o da religiosidade.

No que concerne à Concordata firmada entre o Brasil e a Santa Sé, a expressão “católico e de outras confissões religiosas” constante do §1º do art. 11, ao apontar a adoção do ensino da religião católica em escolas públicas, segundo a PGR, fere o princípio da laicidade, de modo que deve ser declarado

inconstitucional ou interpretado conforme a Constituição.

A ADI, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, encontra-se ainda pendente de julgamento. No dia 15 de junho do corrente ano 31 (trinta e uma) entidades religiosas ou ligadas à educação participaram de audiências públicas para debater a legalidade ou não de se incluir o ensino religioso na grade curricular das escolas da rede pública.

Daniel Sarmento, participante da audiência pública acima mencionada na posição de representante da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, asseverou:

O tema é fundamental, e tem importância que vai muito além do plano simbólico. Afinal, há quase 30 milhões de crianças e adolescentes matriculadas no ensino fundamental das escolas públicas brasileiras, e o ensino religioso nelas praticado tem sido instrumento de discriminação e opressão de crianças carentes, pertencentes a grupos minoritários vulneráveis, e de manutenção de um status quo de assimetria e intolerância.²³

E continua:

Os seres humanos gostam de se sentir aprovados pelos pares e integrados aos grupos a que pertencem. Com as crianças e adolescentes, pessoas em formação, esta característica é ainda mais marcante, como ressaltam todos os estudiosos da psicologia infanto-juvenil [4]. Por isso, a confusão entre o ensino público e a religião atinge, na prática, a liberdade religiosa dos menores, mesmo quando não envolva qualquer tipo de coerção material. Foi o que observou o Tribunal Constitucional alemão, em célebre decisão em que rechaçou a presença de crucifixo em salas de aula de escolas públicas. Crianças e adolescentes não querem ser percebidos como “estranhos” e “anormais” pelos seus colegas e professores, preferindo quase sempre agir de acordo com o *mainstream*.

²³ SARMENTO, Daniel. *Ensino religioso nas escolas públicas*. Disponível em: <<http://jota.info/ensino-religioso-nas-escolas-publicas>>. Acesso em: 01 out. 2015.

Por isso, a facultatividade das aulas de religião não basta para assegurar a sua liberdade religiosa. A pressão social e psicológica contra os alunos do ensino fundamental tende a ser forte demais, desestimulando intensamente o exercício desta faculdade, especialmente em um cenário social em que a intolerância com o diferente e o preconceito religioso vêm se agravando a cada dia. Mais ainda num contexto, como o hoje existente, em que o Estado não oferece nas escolas públicas qualquer alternativa de atividade para os alunos que optem por não assistir as aulas “facultativas” de religião,²⁴

O tema, como se vê, é atual. A depender da decisão a ser proferida pelo STF, o ensino religioso nas escolas públicas pode tanto servir como instrumento para a salvaguarda de direitos de minorias religiosas e defesa de seus interesses como em sentido contrário. Espera-se, portanto, que a decisão seja no sentido da declaração do ensino não-confessional, uma vez que esta forma é a que se mostra como a mais adequada para a manutenção do estado laico e promoção de uma sociedade igualitária.

5.2 Ensino religioso na Alemanha

O ensino religioso obrigatório nas escolas públicas alemãs está disposto na Constituição Federal de 1949, encontrando fundamento também no armistício entre católicos e protestantes após o fim das guerras de religião do século XVII.

Contudo, considerando a realidade alemã de estados federados, a regulamentação do dispositivo constitucional, por sua vez, ocorre de maneira distinta, a depender do estado da federação.

Importante mencionar que os programas do ensino religioso nas escolas públicas são elaborados pelas sociedades religiosas – protestante, católica e judaica.²⁵

²⁴ SARMENTO, Daniel. *Ensino religioso nas escolas públicas*. Disponível em: <<http://jota.info/ensino-religioso-nas-escolas-publicas>>. Acesso em: 01 out. 2015.

²⁵ CUNHA, Luiz Antônio. *Ensino religioso nas escolas públicas: a propósito de um seminário internacional*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v27n97/a08v2797.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015. p. 1243

O caso mais emblemático acerca do tema se deu no estado da Baviera, que obriga a disposição de crucifixo em sala de aula. Após ajuizamento de ação por parte de pais de um aluno da rede pública de ensino, a Corte Constitucional Alemã entendeu pela inconstitucionalidade da lei Bávara. Contudo, o parlamento local promulgou nova lei, adicionando cláusula que previa a retirada do crucifixo caso houvesse solicitação dos pais.²⁶

Importante mencionar também que o uso de véus na Alemanha é permitido entre alunos mas proibido entre professores, bem como que não há ensino de religiões muçulmanas, muito embora o país tenha registrado mais de 800 mil alunos professantes daquela fé.²⁷

5.3 Ensino religioso nos Estados Unidos

A primeira emenda à Constituição Americana preleciona que: *O Congresso não deve promulgar lei que favoreça a institucionalização de uma religião ou que interdite seu exercício*. É em decorrência do teor desta emenda que as escolas públicas norte-americanas são religiosamente neutras.²⁸

Por outro lado, no que diz respeito à manifestação religiosa partindo dos próprios alunos, Luiz Antônio Cunha aduz que:

A despeito dessa interdição, a manifestação religiosa dos alunos não sofre qualquer restrição, mesmo no âmbito da escola pública. Eles podem portar símbolos e vestimentas religiosas, levar sua própria refeição, preparada conforme prescrições religiosas. Os alunos podem mesmo tentar convencer seus colegas, desde que não cheguem ao proselitismo. Podem distribuir literatura. Eles podem se reunir no ambiente da escola com propósitos religiosos, mas esses eventos não podem contar com pessoal externo, como padres, ministros, rabinos e similares.²⁹

²⁶ CUNHA, Luiz Antônio. *Ensino religioso nas escolas públicas: a propósito de um seminário internacional*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v27n97/a08v2797.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015. p. 1244

²⁷ CUNHA, Luiz Antônio. *Ensino religioso nas escolas públicas: a propósito de um seminário internacional*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v27n97/a08v2797.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015. p. 1243-1244

²⁸ CUNHA, Luiz Antônio. *Ensino religioso nas escolas públicas: a propósito de um seminário internacional*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v27n97/a08v2797.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015. p. 1248

²⁹ CUNHA, Luiz Antônio. *Ensino religioso nas escolas públicas: a propósito de um seminário internacional*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v27n97/a08v2797.pdf>>. Acesso em:

Já no que diz respeito aos professores, estes, assim como a própria escola, devem manter uma posição de neutralidade, sem que haja divulgação de credos religiosos particulares. A depender do estado norte-americano em que lecionem, podem ser proibidos inclusive de utilizarem vestimentas religiosas, como véu muçulmano.

Assim, os Estados Unidos, muito embora sejam um país que preze sobremaneira pela liberdade de expressão, no conflito entre princípios constitucionais, optou por vetar o ensino religioso, mesmo o não-confessional, em suas escolas públicas, de modo que a religião só pode ser estudada *sob a forma de história das religiões, estudo literário da Bíblia ou de estudo sociológico da religião como fenômeno cultural*.³⁰

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto ao longo deste trabalho, muito embora o Brasil não seja um país refratário a religiões, seu ordenamento jurídico veta que uma determinada religião seja considerada oficial ou que religiões se imiscuem com o poder público. A separação entre Igreja e Poder Público fortalece o estado democrático de direito e, segundo Daniel Sarmento,

a laicidade do Estado é, no Direito brasileiro, um princípio constitucional, que, nesta qualidade, foi posto ao abrigo da vontade das maiorias. Trata-se de um princípio diretamente correlacionado aos direitos fundamentais à liberdade religiosa e à igualdade, como já assinalado neste estudo, cujo respeito, portanto, deve ser visto não como um entrave à democracia, mas como um mecanismo essencial ao seu funcionamento, numa sociedade marcada pelo pluralismo religioso e mundividencial.³¹

10 out. 2015. p. 1248-1249

³⁰ CUNHA, Luiz Antônio. *Ensino religioso nas escolas públicas: a propósito de um seminário internacional*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v27n97/a08v2797.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015. p. 1249

³¹ SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado*. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <[http://www.prpe.mpf.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/\(offset\)/10](http://www.prpe.mpf.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/(offset)/10)>. Acesso em: 09 out. 2015.

O ensino religioso em escolas públicas, previsto constitucionalmente, por outro lado, não conflitua com a definição de estado laico, mas vem a acrescentar ao ensino público multidisciplinaridade e fortalece e estimula a capacidade crítica e reflexiva dos alunos, desde que não seja conduzido por meio de proselitismo religioso.

A ADI nº 4.349 levou ao âmbito do Supremo Tribunal Federal tal ponderação. O ensino religioso, para que cumpra seu papel constitucional, deve ser realizado de forma não-confessional, privilegiando direitos fundamentais de igualdade e liberdade religiosa.

É sabido que o Brasil é um país predominantemente cristão, com maioria da população participante de congregações católicas ou evangélicas. Naturalmente, tais religiões possuem maior poder aquisitivo e capacidade de organização, de modo que se o ensino público não for balizado por condições igualitárias a todas as religiões, o que se verá será doutrinação em detrimento da pluralidade.

A Alemanha, como se viu, não estabeleceu o ensino não-confessional. Isso acabou por privilegiar três religiões específicas: católica, judaica e protestante. Cerca de 800 mil alunos professantes da fé muçulmana, neste contexto, não vêem sua religião representada em sala de aula, o que, de certo, poderá gerar sentimento de exclusão social.

Os Estados Unidos, por outro lado, não permitem o ensino religioso em escola pública. Religiões são estudadas apenas por seus vieses culturais e históricos.

É importante que o STF, ao decidir a ADI nº 4.349, tenha em mente seu papel institucional de salvaguarda de direitos de minorias. Uma possível decisão pela não-confessionalidade poderia acirrar ainda mais os frequentes casos de intolerância religiosa e serviria para, ao invés de celebrar a sociedade plural, estimular a intransigência para com o diferente.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

CAPEZ, Fernando. O estado laico e a retirada de símbolos religiosos de repartições públicas. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2009/09/02/5677/>>. Acesso em: 29 set. 2015.

CAVALIERE, Ana Maria. *O mal-estar do ensino religioso nas escolas públicas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742007000200005&lang=pt>. Acesso em: 07 out. 2015

CUNHA, Luiz Antônio. *Ensino religioso nas escolas públicas: a propósito de um seminário internacional*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v27n97/a08v2797.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *DIREITOS HUMANOS E LIBERDADE RELIGIOSA*. Brasília: Senado Federal, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição federal interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RANQUETAT JR., CESAR A. *Laicidade, Laicismo e Secularização: definindo e esclarecendo conceitos*. Revista Sociais e Humanas. v.21, n.1, 2008. Disponível em: <<http://cas-cavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/sociaisehumanas/issue/view/76>>. Acesso em: 10 out. 2015.

SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado*. Revista Eletrônica PRPE. Disponível em: <[http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/\(offset\)/10](http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/(offset)/10)>. Acesso em: 09 out. 2015

SARMENTO, Daniel. *Ensino religioso nas escolas públicas*. Disponível em: <<http://jota.info/ensino-religioso-nas-escolas-publicas>>. Acesso em: 01 out. 2015.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *HISTÓRIA DO DIREITO: Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre Estado e Religião*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Fabiana Maria Lobo. *Liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico: perspectiva jusfundamental*. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 206, p. 271-298, abr./jun. 2015, 04/2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512459/001041605.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 out. 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS: UMA ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.257/DF E A LEI DA PALMADA

Leiliane Oliveira³²

RESUMO

O presente trabalho traz como tema de pesquisa a judicialização das relações sociais, com ênfase no projeto de Lei 7.672 de 2010. Esse artigo pretende demonstrar os reflexos secundários, porém não menos importantes, com a alteração da Lei 8.069, de 13/07/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e da Lei 10.406, de 10/01/2002, Código Civil Brasileiro, a partir da Lei da Palmada que determina o direito da criança e do adolescente a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos. Tal modificação visa garantir o direito de uma criança ou jovem de ser educado sem o uso de castigos corporais. A Lei 8.069, de 13/07/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, condenava maus-tratos contra a criança e adolescente, mas não especifica se os maus-tratos seriam físicos ou morais. Com as alterações sofridas nas leis mencionadas alhures, as crianças passam a ter o direito de serem educadas e cuidadas sem o uso de castigo corporal ou tratamento cruel ou degradante. Além disso com a nova regra os pais passarão a serem submetidos ao que estabelece o art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Estas mudanças deixam clara a judicialização da vida social. O objetivo do artigo é também analisar a qualidade das leis elaboradas, a importância da avaliação dessas leis e seus efeitos, eficácia e efetividade da norma.

Palavras-chave: Judicialização. Lei da palmada. Qualidade das leis.

ABSTRACT

This work brings the theme of research judicialization of social relations, with emphasis on the 7672 Act of Project 2010. This article argues the secondary reflexes, but no less important, with the amendment of Law 8069 of 13/07/1990, the Statute of Children and Adolescents, and Law 10.406, of 10/01/2002, the Civil Code, introduced by Spanking Law which establishes the right of children and adolescents not to be subjected to any form of corporal punishment, through the adoption of moderate or immoderate punish-

³² Dados da autora

ments on the grounds of any purpose, although teaching. Such amendment is to ensure the right of a child or young person to be educated without the use of corporal punishment. Law 8069, which established the Statute of Children and Adolescents, condemned abuse against children and adolescents, but did not define whether the mistreatment would be physical or morais. Com the changes endured by the laws mentioned elsewhere, children spend to have the right to be educated and cared for without using corporal punishment or cruel or degrading treatment. In addition to the new rule parents will now be submitted to establishing the Art. 129 of the Children and Adolescents. These changes make clear the State interference within the Brazilian homes and the reduction of autonomy of parents in their children's education, establishing a situation of insecurity that will bring more harm than good to children supposedly protected by the Law of Spanking. We will also consider the quality of these laws, the Legistics, the importance of evaluation and its effects, efficacy and effectiveness of the standard.

Keywords: Legalization. Spanking law. Quality of laws.

1. JUDICIALIZAÇÃO

No Brasil, era comum que as atenções fossem todas direcionadas ao Congresso Nacional, até que hoje se percebe um fenômeno diverso: o Supremo Tribunal Federal é o personagem principal desse contexto atual. A razão disso é a função que o Judiciário tem exercido de elaborar e decidir causas relacionadas às políticas públicas.¹

É importante ressaltar o contexto histórico que influenciou o desenvolvimento do judicial *review*, assim chamado desde o ano 1803 pela Suprema Corte Americana. Com o fim da União Soviética e a confirmação dos Estados Unidos como potência econômica mundial, no período pós-guerra, o alastramento desse instituto de controle jurisdicional ocorreu naturalmente, onde diversos Estados adotaram o modelo da constitucionalização do direito.²

No Brasil, as ideias do professor português José Joaquim Gomes Canotilho relacionadas ao Dirigismo Constitucional foram aplicadas a partir da promulgação da CF/88, pois sua proposta era de uma Constituição voltada para

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

o Estado Social, ou seja, as questões sociais deveriam ser constitucionalizadas. O dirigismo constitucional reformulou a finalidade da Constituição, dando ênfase ao Estado Democrático de Direito, recém-instituído no Brasil.³

Entre essas e outras transformações no mundo afora, inevitavelmente a ampliação do acesso à Justiça começou a ocorrer, pois é de suma importância que todos tenham esse acesso de forma transparente e ampla, para o fortalecimento da democracia e também como exercício da cidadania.

A Judicialização entra em pauta com o revigoramento e expansão do Judiciário, pois como afirma o Ministro Luis Roberto Barroso, as garantias da magistratura que foram expostas na Carta Magna transformaram o Poder Judiciário em um Poder Político, pois é dada a ele a possibilidade de fazer valer normas da Constituição de as leis infraconstitucionais.⁴

Diante tal mudança radical no conteúdo jurisdicional na CF/88, a busca por solução dos conflitos da população passou a ser perante os juízes e tribunais por diferentes motivos, inclusive porque as matérias que antes eram alvo dos políticos na sua função de legislar, agora se tornaram competência dos magistrados, que transformaram o meio jurídico uma maneira de limitar o poder político. Ou seja, quando tais matérias são constitucionalizadas, o que realmente acontece é a política sendo transformada em direito, visto que questões como meio ambiente, educação etc. podem ser alvos de ações judiciais. Até então não é possível questionar a constitucionalidade de tais atitudes, pois o fenômeno da Judicialização não vai além do que a CF/88 permite. Portanto, se a Carta Política ampliou o rol dos legitimados que podem propor ações de constitucionalidade ou facilitou que as matérias fossem levadas ao Supremo com mais rapidez, os magistrados não podem se esquivar de cumprir seus atributos quando preenchidos todos os requisitos cobrados pela lei.⁵

Percebe-se, então, que inúmeros fatores convergem para a Judicialização da Política. A globalização tem trazido consigo novos direitos que ensejam esse cenário, e também a ampliação do acesso ao Judiciário de certa forma deu asas ao

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teorias da constituição*. 7ª. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

aumento dos litígios e à massificação dos conflitos. Então não é possível afirmar que somente porque a Constituição assim estabeleceu, a Judicialização acontece. Por trás da Lei Maior encontra-se o contexto social, político, econômico, como também a inércia do Poder Político que causa crise na democracia e a busca incessante pela jurisdição⁶

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

A judicialização significa que algumas questões da larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do poder judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais. O Congresso Nacional e poder Executivo em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.⁷

Como intuitivo, a judicilização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativa, na linguagem, na argumentação e o modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria. ⁸ Uma das causas da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes.

Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos seguimentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Ou seja, a redemocratização fortaleceu e expandiu o poder judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.⁹

Também contribuiu para o aumento da judicialização a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi igualmente uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal em 1976 e Espanha em 1978, que foi potencialmente entre nós com a Constituição de 1988.¹⁰ A outra foi o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, tido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos, como americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere constitucional. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao Supremo Tribunal Federal.¹¹ Verifica-se que a judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional vigente.¹²

2.1 Mutações constitucionais

A Constituição estabelece tantas regras quanto as limitações ao Poder Reformador, distribuídas em três grandes grupos que são as limitações temporais, circunstanciais e materiais; todas com a finalidade de tornar mais difícil o processo de mudança constitucional frente aqueles em relação às leis infraconstitucionais.

No entanto, *a latere* deste processo formal de mudança constitucional existe um outro não previsto pelo Constituinte Originário que é decorrente,

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª. ed. Malheiros, 2015.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição coanstitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

principalmente, das mudanças de concepção dos aplicadores da lei gerando uma alteração silenciosa no sentido das regras fundamentais. Silenciosa no sentido de não se alterar a letra da lei, mas a sua interpretação.¹³

A mutação constitucional surge a partir do Poder Judiciário ao interpretar o texto constitucional na aplicação a um caso concreto. Contudo, como a Constituição brasileira reserva ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, a este cabe, em sua totalidade, avaliar se houve uma mutação constitucional através da interpretação da Constituição segundo a evolução da sociedade.¹⁴

O próprio Estado não se cristaliza numa fórmula acabada, estando em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo às vezes regressivo. Uma Constituição nascida na base de determinado princípio de legitimidade pode sofrer, no decurso da sua vigência uma transmutação, o que significará, uma alteração da Constituição material, embora permanecendo intocada a Constituição formal ou a instrumental.¹⁵

Uma Constituição incapaz de adaptar-se à dinamicidade da vida e seus novos conceitos e valores irá transformar-se, inevitavelmente, num simples pedaço de papel que tudo aceita e não tem qualquer força frente a verdadeira e real constituição, aquela que é decorrente dos fatores reais de poder.

Mutação Constitucional, consiste num processo não formal de mudanças das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado. É não formal a partir do momento que sua previsão não está expressa em nenhuma legislação.¹⁶

Observa-se, claramente, a partir da definição supra que esta reforma tácita da Carta Magna tem como origem a interpretação feita pelo Poder Judiciário. Por óbvio, que a sociedade e a doutrina desempenham importante papel nesta tarefa interpretativa por meio de estudos e movimentos sociais reivindicatórios. A mutação constitucional é um fenômeno que decorre, principalmente, do entendimento dado pelo STF a norma constitucional. Como a estrutura do

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª. ed. Malheiros, 2015.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª. ed. Malheiros, 2015.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª. ed. Coimbra Editora.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª. ed. Malheiros, 2015.

Supremo não é perene, a posse e a substituição de ministros com ideias e valores diversos acarretam, também, o fenômeno ora estudado. É o que se costuma falar de: “novo entendimento do Supremo”.¹⁷

Ressalta que o fenômeno da mutação constitucional é constante na vida dos Estados e, por isso, define-se mutação constitucional como o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção, bem como dos usos e costumes constitucionais.¹⁸

A Constituição Americana é pródiga em fenômenos dessa natureza, onde a interpretação constitucional feita pelos Tribunais leva em conta o contexto político da época decorrente da evolução dos valores da sociedade e da luta permanente por aqueles que defendem os direitos humanos.¹⁹

Ao Supremo Tribunal Federal é garantido pela Carta Magna exercer o controle da aplicação e da interpretação da Constituição Federal nos casos concretos e *in abstracto*. Estas atribuições acarretam a possibilidade de o STF ser o grande condutor no processo de reforma da Constituição da República. É por meio de seus julgados que acontece tal fenômeno, quando da ocorrência de interpretação divergente até então utilizada ao adequar a Constituição a novos tempos reafirmando o jargão jurídico, embora sem aceitação pacífica, de que a Constituição é o que o Supremo diz.²⁰

O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade”. No citado texto o Ministro relata acerca art. 52, inc. X, CF: *in verbis*: “Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. A suspensão da execução do ato declarado inconstitucional pelo Senado Federal tinha como finalidade emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade em caráter difuso que

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª. ed. Malheiros, 2015.

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

chegassem até a Suprema Corte, visto que as declarações de inconstitucionalidade no controle concentrado já gozam desta prerrogativa. Discute-se na doutrina a respeito desta resolução do Senado Federal que declara suspensa a execução da lei ou ato normativo se possuidora de caráter vinculado ou discricionário.²¹

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais.²²

Percebe-se, então, a mudança de entendimento, pois se na atualidade a decisão do Supremo já acarreta efeitos *erga omnes*, não era dessa forma que se via tais decisões. Exemplo claro de uma verdadeira mutação constitucional acarretada pela mudança de entendimento pela maioria dos ministros do STF.

Tal decisão desafogaria o Supremo no julgamento que envolvesse o controle de constitucionalidade incidental na medida em que casos semelhantes já teriam sido declarados inconstitucionais por decisão anterior do Supremo, sem que se tivesse que esperar pela resolução do Senado Federal para retirar do mundo jurídico a norma violadora. É de bom alvitre lembrar que o STF enviou em um período de dois anos 31 comunicações de inconstitucionalidade ao Senado, conforme dados da própria corte.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

A mutação constitucional fornece um novo sentido para a norma interpretada decorrente da incompatibilidade entre a Constituição escrita e a real, é a Constituição válida por representar os fatores reais de poder de uma sociedade. A norma é alterada sem que haja alteração textual.²³

Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução. Devido ao caráter orgânico e mutante dos povos, estes exigem uma norma que acompanhe essas nuances da vida. Pois ao legislador é praticamente impossível prever todos os fatos que possam advir. Cabe ao intérprete, por conseguinte, adequar o fato ao texto da lei por meio de uma interpretação que atenda à real evolução da sociedade.²⁴

As mudanças informais do Texto Constitucional acontecem de forma sutil e permanente. É um fenômeno inerente a natureza humana e, como tal, sempre presente. Os costumes mudam, os valores mudam também. A humanidade está em constante mutação. Com as normas jurídicas não poderia ser diferente, pois o Direito é um fato social que se desenvolve através do tempo.

3. QUALIDADE DAS LEIS

Sabemos que não é de hoje a preocupação com a elaboração de boas leis e esse caminho vem sendo perflhado, ao longo dos tempos, pelos operadores do direito. O Poder Legislativo, um dos sustentáculos da democracia, é composto por representantes eleitos pelo povo e tem como uma de suas competências a criação das normas jurídicas nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Na formulação dos preceitos que regulam a vida da sociedade e garantem o desenvolvimento do País, mediante a elaboração dessa diversidade normativa, vários aspectos e princípios devem ser observados para a produção do ordenamento jurídico, como a organização sistemática de seus dispositivos, a linguagem a ser utilizada, o preparo técnico de quem o elabora, a intenção política do legislador, a avaliação periódica da norma, entre outros, como por exemplo a Legítima.²⁵

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª. ed. Malheiros, 2015.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

²⁵ SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da*

Legística é a área do conhecimento que se ocupa com a elaboração das leis, de forma metódica e sistemática, tendo o objetivo de aprimorar a qualidade dos atos normativos. De acordo com a teoria, o principal não é a quantidade e sim a qualidade das regras. A doutrina defende o aumento do espaço de participação dos cidadãos em elaborar leis, para que as mesmas sejam mais justas e atinjam de maneira satisfatória os objetivos a que se propõem.

Entre os preceitos básicos da disciplina destacam-se a necessidade, proporcionalidade, participação, transparência, responsabilidade, inteligibilidade e simplicidade. Segundo o princípio, todo o planejamento deve levar em conta não apenas a análise de elementos jurídicos e a redação da lei, mas também itens como custo/benefício, amplitude, destinação, entendimento, e outros aspectos. A Legística ressalta, ainda, a importância da avaliação dos efeitos, eficácia e efetividade da norma.²⁶

A *Legística* visa racionalizar a produção legislativa, apoiando-se nas ciências sociais, para estabelecer elo com a realidade, e no estudo da comunicação e da linguagem, para a elaboração das normas. As leis elaboradas devem entendidas, claras. *Legística* é um conhecimento sistematizado ainda pouco conhecido no Brasil, tendo ela trazido a cotejo outros vocábulos que designam esse ramo do conhecimento jurídico sobre o qual discorreu: Legisprudência, Legislação, Ciência da Legislação.²⁷

A *Legística* deve ser entendida como saber jurídico que evolui com a necessidade de uma legislação mais eficaz no sentido de estar mais atuante e disponível para a produção de efeitos, com o desafio de compatibilizar o direito codificado com os reclames da sociedade. Mas deve-se fazer o questionamento da lei, como instrumento exclusivo para consecução de mudanças sociais e com a necessidade de democratizar o acesso aos textos legais.²⁸ É a ciência que

otimização de uma melhor legislação. Revista da faculdade de direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan. /jul. 2007.

²⁶ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da faculdade de direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan. /jul. 2007.

²⁷ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da faculdade de direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan. /jul. 2007.

²⁸ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da faculdade de direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan. /jul. 2007.

deve produzir conhecimento para elaboração de uma lei, visando proporcionar qualidade, racionalidade, clareza, coerência, efetividade à norma. Em termos mais simples, pode-se dizer que a *Legística* dedica-se ao estudo da lei, da sua concepção, da sua redação e da sua razoabilidade. Assim, duas são as áreas de sua inserção; a construção da matéria que constituirá a lei *legística material*; e a redação do conteúdo normativo *legística formal*.

4. CASO CONCRETO: “A LEI DA PALMADA”

A Constituição Federal, em seu artigo 227 assevera que é dever da família, da sociedade e do Estado colocar a criança, o adolescente e o jovem, a salvo de toda a forma de violência, crueldade e opressão.²⁹

Ainda, o próprio Código Civil, no artigo 1.630 assegura que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores e que compete aos pais a sua criação e educação, exigindo que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.³⁰ Para tanto, em seu artigo 1.638, I, dispõe que perderá, por ato judicial, o poder familiar o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho.³¹

Não obstante, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 17, garante a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente,³² sendo dever de todos zelar pela dignidade dos mesmos, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, conforme dispõe o artigo 18.³³

Além disso, na seara penal, há previsão expressa, no artigo 136 do Código Penal, de punição àquele que expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou

²⁹ BRASIL. *Constituição Federal da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em 19 out. 2015.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406, de jan de 2002*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 19/10/2015.

³¹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de jan de 2002*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 19/10/2015.

³² BRASIL. *Lei nº 8.069, de julho de 1990*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 19/10/2015.

³³ BRASIL. *Lei nº 8.069, de julho de 1990*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 19/10/2015.

custódia, abusando de meios de correção ou disciplina. A pena varia de dois a um ano e multa e, ainda, se o fato resultar de lesão corporal de natureza grave a pena é de reclusão de um a quatro anos e se resultar na morte, a punição é de reclusão de quatro a doze anos. Ressalta-se que a pena aumenta um terço se o crime é praticado contra menores de 14 anos.³⁴

A violência doméstica contra a criança e adolescente pode ser caracterizada como uma ação ou omissão, praticada pelos pais ou responsáveis, causando abuso físico, psicológico e sexual contra a criança e adolescente.

O evento se configura como um dos problemas mais relevantes na sociedade atual. Pode ser encontrado em todas as classes sociais, desde as classes mais baixas até as mais abastadas e atinge grande número de crianças e adolescentes diariamente em nosso país e no Mundo, tanto no contexto familiar, como no contexto social.

Diante do alarme que se encontra a situação da violência doméstica contra a criança e adolescente, o ordenamento jurídico não se manteve inerte, apresentou o projeto de Lei nº 7.672/10, denominado Lei da Palmada, porém a lei não é clara, deixando em aberto muitas lacunas para interpretação, e muitas dúvidas.

O Projeto de Lei 7.672/2010 tem como objetivo alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente a Lei 8.069/1990 e proíbe o castigo físico em crianças e adolescentes.

A ideia inicial do projeto foi proposta pela ONU Organização das Nações Unidas durante uma Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, e foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em novembro de 1989. A tramitação do PL 7.672/2010 na Câmara dos Deputados teve marco inicial com a apresentação de uma redação de projeto de lei na Câmara dos Deputados, da então deputada federal Maria do Rosário (PT/RS) em 2003, recebendo o número de projeto de lei PL 2.654/2003.

Após ter obtido pareceres pela aprovação na Comissão de Seguridade Social e Família, Comissão de Educação e Cultura, e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o Projeto encontrou dificuldade na Câmara. Atendendo

³⁴ BRASIL. *Lei nº 2.848, de 7 de dez de 1940*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19/10/2015.

a nova disposição da ONU, editada por meio de comentário geral aprovado na 42ª sessão do Comitê dos Direitos da Criança, em junho de 2006, o novo texto do projeto foi enviado ao poder executivo, desta vez, sendo enumerado como Projeto de Lei – PL. 7672/2010.

Foi criada uma comissão especial para apreciação do projeto em 2011 e a deputada Tereza Sirta do PMDB-RR foi designada como relatora. A deputada apresentou texto substitutivo ao projeto inicial, que foi aprovado na Comissão Especial, em 14 de dezembro de 2011.

Em síntese, em 26 de junho de 2014 foi publicada a lei nº 13.010, que altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

5. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.257/DF

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Marcos Rogério da Silva Brito, contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Henrique Eduardo Alves, que propôs a apreciação conclusiva do Projeto de Lei 7.672/2010, conhecido como Lei da palmada, no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

O impetrante relata que o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei 7.672/2010, que promove alteração da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), ou seja, acrescenta os arts. 18-A, 18-B e 70-A com o fim de estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante.

De acordo com as alegações do deputado Marcos Rogério, do ponto de vista formal, o projeto seria uma ofensa ao regime e à Constituição, que impedem a tramitação conclusiva de projetos que tratem de direitos individuais. Seria uma ofensa ao pátrio poder, uma que desautoriza os pais no processo de educação de filhos. Não se trataria de castigos cruéis, mas de qualquer correção. Os artigos 121, 126, 139 do Código Penal, e o ECA - Estatuto da Criança e Adolescente, também protegem contra os abusos, por isso é necessário adequar o projeto, o que só é possível levando-o ao plenário pelos 513 deputados, afirmou Marcos

Rogério. O deputado teve seus requerimentos com pedido de votação do projeto em plenário indeferidos pelo presidente da Câmara, e por isso entrou com um Mandado de Segurança 32.257/DF no Supremo Tribunal Federal-STF contra a mesa diretora da Câmara, por ela ter determinado a tramitação conclusiva da matéria no CCJC-Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O objetivo era que o Projeto Lei não fosse ao Senado apenas sendo apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, da Câmara dos Deputados, mas sim que fosse apreciado pelo Plenário. Assuntos que tratam dos direitos individuais devem ser examinados pelos representantes eleitos pelo povo, ou seja, todos os Deputados e não apenas por uma comissão, segundo o deputado Marcos Rogério. Circunstância que faz da proposição uma questão que extrapola o âmbito do interesse interno da Câmara dos Deputados.

Assim não obstante a vedação, inserta no art. 68, § 1º, da Constituição Federal, de delegação de atos de competência privativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da Câmara determinou sua apreciação conclusiva por Comissão Especial criada para sua análise.³⁵ O ato questionado contraria os arts. 24, II, da Constituição Federal e, do Regimento Interno da Câmara, bem como o art. 68, § 1º, II, da Constituição Federal e que, por tal razão, foram interpostos recursos contra a apreciação conclusiva da matéria.³⁶

Entretanto, um grupo de parlamentares apresentou requerimento de retirada de tramitação para esses recursos, fato que levou a matéria à fase de redação final na CCJC-Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Contudo, uma reclamação foi apresentada à autoridade ora apontada como coatora, em que postulou a declaração de nulidade do despacho que outorgou caráter conclusivo da matéria à Comissão Especial e requereu que o referido projeto de lei fosse submetido à discussão do Plenário. Referida Reclamação foi julgada intempestiva.

Por fim, pugnou-se pela concessão da liminar para impedir a votação da redação final pela CCJC - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Projeto de Lei 7.672/2010, ou caso já tivesse sido votada, que fosse sobrestado

³⁵ BRASIL. *Constituição Federal da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em 19 out. 2015.

³⁶ BRASIL. *Constituição Federal da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em 19 out. 2015.

o envio do processado ao Senado Federal até o julgamento final deste. Restou requerido a anulação da decisão que determinou a apreciação conclusiva do Projeto de Lei nº 7.672/2010 no âmbito da CCJC e, por conseguinte, pelo reconhecimento da competência do Plenário da Câmara dos Deputados para apreciação da matéria.

O Presidente da Câmara dos Deputados prestou informações por meio do Ofício 1.803/2013/SGM/P, de 26/8/2013.

A União requereu seu ingresso no feito, nos termos do art. 7º, II, da Lei 12.016/2009, bem como se manifestou pelo não conhecimento do Mandado de Segurança, e no mérito, pela denegação da segurança. O Procurador-Geral da República opinou pela indeferimento da segurança.

Para o PGR, não cabe ao Judiciário apreciar matérias relacionadas a assuntos internos da Câmara dos Deputados. Essas questões, afirma o procurador, dependem da interpretação e aplicação do Regimento da Câmara e devem ser resolvidas pelos deputados. Por se tratar de matéria *interna corporis* a questão atinente à interpretação e aplicação de normas do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, não cabe ao poder judiciário, nessa específica hipótese, substituir-se ao presidente da Câmara dos Deputados a fim de afirmar a exclusão do PL da apreciação conclusiva de comissão parlamentar, sob pena de inexorável violação ao princípio da separação dos poderes.

O ministro relator desse caso foi o ministro Luiz Fux, ele deferiu o ingresso da União no feito com base no art. 7º, II, da Lei 12.016/2009. O Ministro entendeu que o termo inicial, para efeito de contagem do prazo decadencial de 120 dias alusivo à impetração, é o da ciência do interessado do ato que é tido por ilegal e que conforme relatado, o impetrante se insurgiu contra ato da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados que determinou a apreciação conclusiva do Projeto de Lei nº 7.672/2010.

Desse modo o impetrante teve ciência do ato coator em 17/1/2012, ocasião em que foi publicado o parecer aprovado pela Comissão Especial constituída para a apreciação da matéria nos termos do art. 34, II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, com abertura do prazo de cinco sessões ordinárias para apresentação de recurso contra a apreciação conclusiva da proposta.³⁷

³⁷ BRASIL. *Resolução de nº 17 de 1989*. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legis-

No entanto, somente em 6/8/2013 o impetrante ajuizou mandado de segurança. O art. 23 da Lei n. 12.016/2009 dispõe que “o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”. Assim, considerando que o impetrante tenha tomado ciência do ato coator em 17/1/2012, e que o presente mandado de segurança foi impetrado somente em 6/8/2013, entende que está evidenciado a decadência da impetração.

Nesse sentido, foi prolatado o seguinte entendimento do Plenário: “MANDADO DE SEGURANÇA - DECADÊNCIA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. O prazo decadencial alusivo à impetração começa a correr a partir da ciência do ato atacado e não da primeira supressão da parcela glosada pelo Tribunal de Contas da União” (MS 25.985-AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ 21.8.2009). Nego seguimento ao presente mandado de segurança (ar 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).³⁸

6. CONCLUSÃO

A família é considerada uma instituição responsável por promover a educação dos filhos e influenciar no meio social. É no berço familiar que serão transmitidos os valores morais e sociais que servirão de alicerce para a educação da criança e do adolescente.

O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres concedidos aos pais pelo Estado, dando àqueles o poder/dever de criar, educar, alimentar, e proporcionar aos filhos um desenvolvimento sadio.³⁹

É dever dos pais ou responsáveis proteger, cuidar e educar a criança e o adolescente, guardando-os de qualquer espécie de violência doméstica. O Estado deve assegurar todos os direitos da criança e do adolescente, defendendo-os de qualquer violação em seus direitos e qualquer tipo de abuso.

lativa/legislação/regimento-interno-da-camara-dos-deputados.html>. Acesso em: 19 de out. 2015.

³⁸ BRASIL. *Resolução de nº 17 de 1989*. Disponível em:<www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislação/regimento-interno-da-camara-dos-deputados.html>. Acesso em: 19 de out. 2015.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

A violência doméstica contra o menor acontece no seio familiar, podendo ocorrer por fatores externos, políticos, sociais e morais. A violência intrafamiliar configura-se por meio de constrangimentos e abusos praticados por pais ou parentes da criança ou do adolescente. A violência doméstica abrange a prática de abusos por qualquer pessoa, responsável ou não pela criança e o adolescente.

A violência doméstica ocorre em várias dimensões, sendo classificada como física, sexual, psicológica, negligência, trabalho infantil e maus-tratos.

Uma redação de projeto lei foi apresentada a Câmara de Deputados em 2003 pela Deputada Maria do Rosário, não prosseguindo a tramitação. Posterior, o Projeto Lei 7.672/2010 foi levado à apreciação na Câmara dos Deputados, enviada pelo Executivo em 2010.

Em dezembro de 2011, a Lei da Palmada foi aprovada em Comissão Especial na Câmara dos Deputados, que teve como relatora a deputada Teresa Surita. Em 26 de junho de 2014, o projeto foi convertido em Lei ordinária ganhando o número 13010/2014.

Se a Lei da Palmada influenciará na diminuição da violência doméstica contra a criança e o adolescente, esse é um questionamento que só poderá ser respondido depois de um tempo após a entrada em vigor da Lei da Palmada, e mediante um estudo sistemático que envolva as instituições de proteção e apoio à criança e ao adolescente, em especial o Conselho Tutelar de cada município.

Pelo presente estudo, conclui-se que o projeto de Lei 7.672/2010, convertido em lei em junho de 2014, vai além da vedação do castigo físico imoderado, representa na verdade, mais um instrumento que materializa a preocupação do Estado com o respeito à dignidade da criança e do adolescente, corroborando com os demais institutos normativos protecionistas em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997

BRASIL. *Constituição Federal da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em 19 out. 2015.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de jan de 2002*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 19/10/2015

BRASIL. *Lei nº 8.069, de julho de 1990*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 19/10/2015

BRASIL. *Lei nº 2.848, de 7 de dez de 1940*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19/10/2015.

BRASIL. *Resolução de nº 17 de 1989*. Disponível em: www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados.html>. Acesso em: 19 de out. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teorias da constituição*. 7ª. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª. ed. Coimbra Editora.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª. ed. Malheiros, 2015.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e desenvolvimento*: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da faculdade de direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan. /jul. 2007.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIÁLOGO ENTRE OS PODERES JUDICIÁRIO E EXECUTIVO

Tércia Martins de Barros Ferreira⁴⁰

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Separação de Poderes. 2.1 Tripartição Segundo Montesquieu. 2.1.1 Sistema de Freios e Contrapesos. 3. Jurisdição Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade dos Atos Políticos pelo Judiciário. 5. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao Controle Judicial dos Atos Políticos 6. Conclusão. 7. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os elementos essenciais caracterizadores do princípio da separação dos poderes, bem como a legitimidade do Judiciário, enquanto intérprete da Constituição Federal, diante de possíveis conflitos entre os Poderes da República, em especial entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, e ainda, ponderar a forma como o tema vem sendo tratado pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Freios e Contrapesos. Jurisdição Constitucional. Atos Políticos. Jurisprudência.

ABSTRACT

This article aims to analyze the characterizing essential elements of the principle of Separation of Powers as well as the legitimacy of the Judiciary as interpreter of the Constitution in the face of possible conflicts between the branches of government, especially among the Judiciary and Power Executive, and considering how the issue is being addressed by the Supreme Court.

Keywords: Separation of Powers. Checks and Balances. Constitutional Jurisdiction. Political Acts. Jurisprudence.

⁴⁰ Advogada, aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direitos Sociais, Ambientais e Consumidor no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1. INTRODUÇÃO

A ideia de separação de poderes surgiu como alternativa ao absolutismo, evitando a concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa. Na prática ressaltou a necessidade de se dividir o poder em três esferas, sendo certo que cada esfera de poder exerceria um controle mútuo.

A Constituição Federal de 88, em seu artigo 2º, ao manter a formulação tripartite, institucionaliza a separação de poderes de tal forma, que na prática, um poder interfere no outro, visando assim, uma harmonização entre eles. O diálogo entre os poderes normalmente é tenso, mas necessário no Estado Democrático de Direito e até mesmo para a limitação do Poder.

O diálogo do Judiciário com os demais Poderes, de forma ampla, decorre do princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto na CF/88 em seu artigo 5º, inciso XXXV, cabendo ao Judiciário a verificação de conformidade com a Constituição, bem como o afastamento dos atos contrários a mesma.

Com o fim da ditadura no Brasil e agora, com a busca pela consolidação da democracia, o Poder Judiciário, como intérprete final da Constituição, vem sendo notoriamente acionado cada vez mais, diante de possíveis violações constitucionais.

Nossa Constituição contém valores e princípios que vão muito além do texto legal e a problemática toda surge quando atos emanados pelos Poderes Executivo e Legislativo entram em conflito com referidos valores e princípios constitucionais surgindo assim, uma demanda ao Poder Judiciário, que ao final, pode limitar a eficácia desses atos em função da Jurisdição Constitucional.

O presente artigo busca analisar como se dá o diálogo entre os Poderes Judiciário e Executivo, tendo em vista o princípio da separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos e como o tema vem sendo tratado perante o Supremo Tribunal Federal.

2. SEPARAÇÃO DE PODERES

Antigos pensadores já ressaltavam a importância da limitação do poder político, para tanto, haveria a necessidade de limitação de um poder pelo outro, com o intuito de se evitar demasiado poder nas mãos de uma autoridade.

Tal desconcentração de poder foi visualizada primeiramente por Platão, que discorreu sobre a necessidade de uma divisão das funções estatais como algo imprescindível e necessário. Mas ele apenas lançou indagações sobre o tema. Posteriormente, foi Aristóteles quem deu contornos específicos sobre a tripartição das funções do Estado, pois assim como Platão, temia a concentração de poder nas mãos de um indivíduo.

O inglês John Locke, em sua obra: *O Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*,¹ discorreu sobre a tripartição dos poderes e propôs a divisão das funções do Estado em: Legislativa, Executiva e Federativa.

Assim como Platão e Aristóteles, Locke tinha uma concepção antiabsolutista do poder, e buscou enfraquecer a soberania absoluta do monarca, retirando de suas mãos as funções legislativa e jurisdicional, limitando seu poder a função executiva. Dessa forma, o poder não mais estaria concentrado nas mãos do monarca. O poder de criar leis e executá-las estaria em mãos distintas, colocando um fim ao poder monocrático.

Mas para Locke, não havia um equilíbrio entre os poderes e sim uma relação de subordinação dos demais poderes ao poder legislativo. Sustentava uma supremacia do poder legislativo e somente esse poder poderia criar leis com legitimidade e com obrigatoriedade de serem cumpridas. E apesar de não tratar do tema expressamente em sua obra, o poder judiciário, na visão de Locke, seria na verdade uma atividade de meio do legislativo.

O poder executivo seria responsável pelo cumprimento das leis e um terceiro poder, chamado de federativo, deveria cuidar de questões de ordem externa da comunidade, mas esse terceiro poder, na verdade deveria fazer parte do poder executivo.

Na filosofia política de Locke, apesar de fazer menção a três poderes, de fato ele classifica como essencial apenas dois²: o legislativo e o executivo, e haveria ainda uma relação de subordinação entre eles, sendo certo que, como dito anteriormente, o poder legislativo exerceria uma posição de supremacia em relação ao poder executivo.

¹ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, 1ª ed. Edipro, 2014.

² BOBBIO, Norberto assevera que: “Diz-se habitualmente que o Estado tem três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. Todavia, para Locke, considerado muitas vezes, erroneamente, como o pai da teoria dos três poderes, os poderes são apenas dois”.

2.1 tripartição segundo Montesquieu

Montesquieu deu continuidade às ideias de Locke colocando um fim ao poder de uma só pessoa, pois considerava perigoso deixar nas mesmas mãos os poderes de legislar, administrar e julgar, pois entendia que o abuso do poder seria inevitável. “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.³

E evoluindo o raciocínio de Locke, incluiu o poder de julgar entre os poderes fundamentais do Estado, criando assim a tripartição de poderes. Tal doutrina é aplicada hoje em dia na maioria das democracias do mundo.

O Estado teria então três esferas de poder, sendo eles: o legislativo, que criaria leis perenes ou com validade determinada, bem como revogaria ou aperfeiçoaria leis já existentes. O executivo, que cuidaria de questões administrativas e estratégicas afeitas ao Estado e ainda o Judiciário, que teria a competência para julgar os crimes e os dissídios de ordem civil.

Montesquieu procura com a implementação da sua doutrina tripartite, evitar que o Poder Público cometa arbitrariedades, para tanto delinea as competências de cada um dos Poderes, ressaltando, que tais Poderes deverão ter o mesmo grau de relevância, sem que um se sobressaia sobre o outro. Ou seja, diferentemente do defendido por Locke, o poder legislativo não ocuparia posição de supremacia em relação aos outros poderes.

O princípio da separação de poderes na corrente tripartite está fundamentado na nossa Constituição de 1988, em seu artigo 2º, que dispõe: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” constituindo inclusive cláusula pétrea, conforme disposto no seu artigo 60, §4º, inciso III, que estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) a separação dos Poderes, consagrando dessa forma esse princípio, dado o grau de relevância dado pelo constituinte originário”.

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*, 7ª ed. São Paulo. Saraiva. 2000.

2.1.1 Sistema de freios e contrapesos

Montesquieu entendia que o exercício do poder tende de forma quase que natural, a extrapolar os limites previstos em lei e o abuso surge exatamente quando tais limites são ultrapassados, surgindo assim, a necessidade de alternância de poder no regime democrático.

Quanto ao seu exercício, os poderes seriam dinâmicos e com o intuito de assegurar a harmonia e independência entre os Poderes surgiu o sistema de freios e contrapesos, que busca garantir que nenhum poder se sobreponha ao outro, ou seja, é a limitação do poder pelo próprio poder.

Nossa Constituição, ao consagrar em seu artigo 2º que os poderes da União são independentes e harmônicos entre si, o faz de forma não absoluta, pois prevê expressamente a atribuição de funções atípicas aos três Poderes do Estado. Apenas para exemplificar, o Poder Executivo pratica atos de chefia de Estado, chefia de Governo e atos de Administração, mas pode expedir Medida Provisória, iniciar processo legislativo e vetar projetos de lei, sendo estes atos de natureza legislativa. São essas funções atípicas que fundamentam o sistema de freios e contrapesos.

Sendo assim, o fundamento do sistema de freios e contrapesos está no princípio dos poderes harmônicos e independentes e é esse sistema que viabiliza a formação do Estado Democrático de Direito, pois previne o abuso governamental ao permitir essa interface entre os Poderes e submete os governantes e governados ao *rule of law*. Esse sistema permite influência recíproca entre os Poderes do Estado, viabilizando estabelecer um equilíbrio na sociedade.

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Jurisdição Constitucional evoluiu a partir do *judicial review* do direito norte americano. A célebre decisão de John Marshall, *Chief-Justice* da Suprema Corte Americana, no caso *MARBURY vs. MADISON* de 1803, constitui um marco no modelo da *judicial review*, onde estabeleceu que compete ao Poder Judiciário dizer o que é lei, e lei era aquele ato legislativo que estava em conformidade com a Constituição, e ato legislativo contrário à Constituição não é lei.

Esse caso é considerado um *leading case* sobre a afirmação do Poder

Judiciário perante os demais Poderes, pois consolidou nas mãos dos juízes o poder de revisão judicial através da declaração de inconstitucionalidade. Nesse julgamento, o juiz Jonh Marshall afirmou a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico, tendo sido precursor ao fixar que os atos normativos em geral, não podem ser editados em desconformidade com o disposto na Constituição, cabendo ao Judiciário decidir quando e em que medida, determinado ato viola a Constituição.

Cabe aqui ressaltar, que neste caso a Corte não firmou sua supremacia em relação aos demais poderes e sim deixou de dar seguimento ao *mandamus* por entender que a lei na qual se fundamentava o pedido do autor era inconstitucional.

Somente anos mais tarde, Hans Kelsen afirmou que Jurisdição Constitucional significa “a garantia jurisdicional da Constituição” e que “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos”.⁴

Kelsen afirmava que nos casos mais importantes de violação constitucional, o Parlamento e o governo seriam partes litigantes, o que justificaria o reconhecimento do Judiciário como um poder neutro, livre das tensões entre Parlamento e Governo.

Segundo Kelsen, o controle de constitucionalidade deveria garantir a subordinação e a conformidade das leis à Constituição a ser julgada por um Tribunal Constitucional. Neste sentido, Lenio Streck afirma que “a justiça constitucional será de fundamental importância para a consolidação do modelo de Direito do Estado Democrático de Direito”.⁵

Mas a partir daí surgem os questionamentos quanto aos limites e legitimidade do Judiciário para exercer essa conformidade das leis ou atos políticos com a Constituição, por envolver decisões que deveriam ser tomadas por legítimos representantes do povo.

Tanto as leis quanto os atos políticos são emanados por legítimos representantes do povo, através do voto. Entretanto, os magistrados não são eleitos e por isso, alguns entendem que o Poder Judiciário não teria competência

⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p 123-124.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.284.

para declarar a inconstitucionalidade das leis, nem analisar atos políticos sem violar os princípios da democracia.

Com o intuito de legitimar a atuação da Corte Constitucional, Dworkin⁶ desenvolveu a teoria da decisão judicial, sustentando que o processo político seria conduzido por argumentos de política e por argumentos de princípio, sendo que, os juízes ao decidirem os casos que lhe são submetidos poderiam se valer destes argumentos de princípios pautados na moralidade política, uma vez que os argumentos de política se encontram afetos aos Poderes cujos representantes são eleitos pelo povo, que exercem suas decisões pautadas na regra da maioria.

Com essa teoria, Ronald Dworkin busca legitimar democraticamente o controle de constitucionalidade das leis ou atos praticados pelos demais Poderes, preservando o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes. Sendo certo que, quando se harmoniza o papel de cada um dos poderes não sobrevive o questionamento da legitimidade das Cortes Constitucionais.

No Brasil, o controle de constitucionalidade, previsto na Constituição Federal de 88, cabe ao Poder Judiciário, tanto na forma difusa como na forma concentrada. E, assim como em outros países, as divergências surgidas entre órgãos políticos e constitucionais são submetidas, em última instância, aos incumbidos pela prática da jurisdição constitucional.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS POLÍTICOS PELO PODER JUDICIÁRIO

A revisão dos atos políticos pelo Judiciário não é um tema novo no nosso direito, Constituições anteriores já trataram sobre o tema, vedando expressamente a análise de questões políticas pelo Judiciário.

Entretanto, a Constituição Federal de 88 não manteve referida vedação, nem possui um dispositivo semelhante, mas muito ainda se discute a respeito dos limites da intervenção do Judiciário em relação aos atos políticos. Para uma reflexão sobre o tema é preciso, em um primeiro momento, entender o que são atos verdadeiramente políticos.

Jairo Gilberto Schäfer, definiu o ato político como um ato não normativo

⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

de orientação política superior do Estado, realizado com fulcro diretamente da Constituição Federal e com ampla possibilidade de conformação⁷. O ato político representa a escolha de fins que devem ser atingidos pelo Estado.

Mas conceituar e delimitar o que sejam realmente questões políticos é tarefa complexa, por isso é objeto de análise por diversos doutrinadores. Alguns inclusive recorrem a experiência norte americana, como Carlos Alberto Siqueira de Castro⁸.

No direito americano existem três correntes doutrinárias que buscam tratar questões relacionadas aos atos políticos.

A primeira se baseia no *compromisso constitucional*, onde caberia somente aos órgãos políticos do Estado decidir sobre questões de Governo e tal competência seria indelegável. Tal corrente tem como precedente o caso *Backer vs. Carr* (1962), no qual a Suprema Corte fixou o entendimento, que em virtude da separação dos poderes, prevista na Constituição, a apreciação judicial de uma questão política seria impossível.

Uma segunda corrente doutrinária se baseia no caso *Coleman v. Miller* (1939), onde a Suprema Corte Americana, ao apreciar uma questão formal relacionada com uma emenda que versava sobre o trabalho infantil, decidiu que a questão apresentava caráter político e incompatível com o controle judicial. Ficou entendido que a matéria envolvia a análise de condições sociais, políticas e econômicas e que em virtude da natureza desses assuntos, a matéria não poderia ser revista pelo Judiciário porque representaria uma extrapolação de sua competência.

Já a terceira corrente entende que em se tratando de questões que envolvem o poder discricionário de outro Poder, não caberia ao Judiciário fazer um juízo de valor quanto a discricionariedade e conveniência dos atos de Governo.

Outras teorias, de origem europeia, buscam também justificar a imunidade do ato político frente ao controle judicial, dentre elas: a teoria da motivação, teoria da natureza do ato, teoria empírica e a teoria da legitimação necessária.

Mas, em que pese o entendimento do direito norte americano e europeu,

⁷ SCHÄFER, Jairo Gilberto. O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral. *Interesse Público*. v. 8, n. 35, p. 79-97, jan/fev 2006.

⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 5ª Ed.

parte da doutrina brasileira dá um peso relevante ao princípio da inafastabilidade do controle judicial, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, ressaltando que nenhuma lide poderia ficar fora do âmbito do Poder Judiciário, especialmente quando houver ofensa ao texto constitucional,

Esse inclusive é o entendimento de Celso Bandeira de Melo, que reconhece as peculiaridades do ato político, mas considera que a não submissão ao controle jurisdicional, não estaria de acordo com o disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.⁹

Ainda nessa linha de raciocínio, Juarez Freitas nega com veemência a existência autônoma do ato exclusivamente político e defende um pleno controle judicial de toda a atividade estatal, dispondo que:

Toda a discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos da prudência, incompatíveis com os grilhões da irreflexão. Com base nisso, não se está a pedir, em especial ao Poder Judiciário o controle dos juízos de conveniência em si, mas o controle das motivações obrigatórias, é dizer, a vigilância quanto a aspectos que dizem respeito não ao merecimento em si, mas à compatibilidade plena do ato administrativo com os princípios, entre os quais os da eficiência, da eficácia e da economicidade.¹⁰

Nesse mesmo sentido, entende Oliveira Júnior:¹¹

As políticas públicas infraconstitucionais (...) em nossa concepção, devem ocupar o referencial concretizador dos direitos fundamentais e humanos, sujeitas aos parâmetros de controle judicial fundamentado nos princípios da proteção eficiente, da cláusula impeditiva de retrocesso e do dever de maximização dos efeitos diante das possibilidades fáticas e preservando o núcleo essencial mínimo (mínimo

⁹ MELLO, Celso Antonio Banderia de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 368.

¹⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração*. São Paulo: Malheiros. 2010. 2ª Ed. p. 32.

¹¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira. Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, v. 8, n. 29, p. 125-138, abr/jun 2010.

existencial) de cada direito fundamental ou humano. [...] A ausência de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais importam em omissão inconstitucional sujeita a controle judicial.

Sendo assim, para essa parte da doutrina, quando os atos políticos comprometerem a eficácia e a própria integridade de direitos constitucionais, o silêncio do Judiciário não poderia ser justificado.

Entretanto, outra parte da doutrina sustenta que ao Poder Judiciário faltaria ferramentas institucionais necessárias para analisar todas as questões que envolvem a elaboração dos atos políticos.

Os adeptos a esta corrente sustentam que a elaboração de atos políticos é complexa e envolve questões que vão além dos aspectos legais, mas que são igualmente relevantes e que não poderiam ser analisados pelo sistema Judiciário, vez que este só levaria em consideração os aspectos legais, desconsiderando todos os outros elementos que envolvem a elaboração de uma questão política, tais como: fatores de cunho social, econômico, financeiro, política *stricto sensu* e outros.

5. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AO CONTROLE JUDICIAL SOBRE ATOS POLÍTICOS

O tema controle judicial sobre atos políticos já foi objeto de análise perante o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes e em todas as oportunidades coube ao Tribunal analisar questão com a presença de ato fundamentalmente político.

Como será demonstrado a seguir, o Tribunal ainda não tem uma jurisprudência uníssona sobre o tema, mas segue uma tendência em admitir o exame de constitucionalidade de atos políticos, em que pese ter decisão em sentido contrário e que permitiram o exame apenas dos pressupostos de natureza formal de atos políticos.

Quanto ao tema desfiliação partidária, a Corte analisou os Mandados de Segurança nº: 26.603 e 26.604 que se insurgiram contra o ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que se recusou a declarar vagos os mandatos dos parlamentares que se desfiliam para dar posse aos suplentes do partido. O

Supremo decidiu que a permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade do eleitor, e que, por essa razão, o abandono de legenda ensejaria a perda do mandato, ressalvadas situações específicas, como, por exemplo, mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, que deverão ser definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Sendo assim, no caso um parlamentar optar por mudar de partido, sem justa causa e após sua eleição, ele perderá o seu mandato em favor de outro candidato de seu antigo partido. Nesse julgamento, os Ministros legitimaram a atuação do Supremo Tribunal Federal sustentando que o mesmo estava agindo como verdadeiro “guardião da Constituição”¹² ao apreciar a constitucionalidade do modelo político-jurídico vigente, dando a última palavra quanto sua correta interpretação constitucional, conforme disposto no acórdão:

[...]

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes.

¹² Muitos Ministros do STF fundamentaram seus votos na Teoria de Kelsen – Jurisdição Constitucional – que defende a atuação de um tribunal constitucional como guardião da Constituição, devendo este ser um órgão com competência para manter todos os órgãos e atos estatais em conformidade com a constituição (escrita ou não escrita) do Estado.

- A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (Grifo nosso)
[...]

Neste mesmo sentido, no Mandado de Segurança nº 23.452, a tese de incompetência do Poder Judiciário para apreciar questões exclusivamente políticas foi rejeitada pelos Ministros e assim, o Supremo Tribunal Federal delineou os limites dos poderes das comissões parlamentares de inquérito, senão vejamos:

O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desem-

penho de sua competência investigatória. OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm mais poderes do que aqueles que lhes são outorgados pela Constituição e pelas leis da República. É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito - precisamente porque não são absolutos - sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer. Doutrina. Precedentes. LIMITAÇÕES AOS PODERES INVESTIGATÓRIOS DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. - A Constituição da República, ao outorgar às Comissões Parlamentares de Inquérito “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (art. 58, § 3º), claramente delimitou a natureza de suas atribuições institucionais, restringindo-as, unicamente, ao campo da investigação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que decorrem do poder geral de cautela conferido aos juízes, como o poder de decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar. (grifo nosso)

[...]

Tratamento semelhante recebeu o julgamento da petição nº 3388, onde ficou decidido que a terra indígena Raposa Serra do Sol teria demarcação

contínua e que os produtores rurais deveriam deixar a área ocupada. O Supremo Tribunal Federal além de analisar os procedimentos formais de demarcação de terras indígenas, também enumerou os requisitos necessários para as futuras demarcações de outras terras indígenas.

A natureza da matéria era evidentemente política e, conforme previsto no artigo 231 da Constituição Federal, cabe a União a tarefa de demarcação de terras indígenas, entretanto, apesar do Supremo Tribunal Federal ter reconhecido que a questão era de competência e iniciativa exclusiva do Poder Executivo Federal, a Corte decidiu editar verdadeiras normas e “agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa”.

Em que pese esse tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal, quanto ao controle judicial dos atos políticos e ao princípio da inafastabilidade do controle, outro foi o entendimento da Corte no caso que julgou pedido de extradição do paciente Cesare Battisti, formulado pelo governo da Itália. Nesta ocasião, o Supremo Tribunal Federal se absteve de analisar determinado ato de competência do chefe do Poder Executivo, e ainda reconheceu que o Poder Judiciário não seria a instituição adequada para examinar os pressupostos do ato essencialmente político impugnado.

No processo de Extradição, nº: 1.085, a principal discussão girou em torno da possibilidade de extradição de uma pessoa reconhecida como refugiada, e ainda, se a decisão de concessão de refúgio seria uma decisão política e soberana do Estado concedente ou se seria ato administrativo passível de revisão e controle judicial.

Primeiramente, os Ministros deliberaram acerca da concessão de refúgio e entenderam que o refúgio concedido pelo governo brasileiro a Cesare Battisti foi irregular e com isso, autorizaram sua extradição para Itália.

Posteriormente, passaram a deliberar sobre a possibilidade de o Presidente da República não aceitar a decisão do Supremo Tribunal Federal e decidir pela não extradição, já que a decisão final nesses casos é do Presidente da República, que é quem detém competência constitucional para manter relações com Estados estrangeiros.

Os Ministros firmaram o entendimento que quem decide se extradita um estrangeiro preso no Brasil é o Presidente da República e entenderam que

a decisão do Judiciário de mandar extraditar, não obrigaria necessariamente, o Poder Executivo, de fazê-lo.

Dessa forma, o Tribunal, ao mesmo tempo que deferiu o pedido de extradição formulado pelo governo da Itália, reconheceu a discricionariedade do Presidente da República quanto à execução da decisão que deferiu o pedido de extradição, entretanto, fizeram uma ressalva limitando essa discricionariedade a Tratado celebrado entre os governos, ou seja, o chefe do Executivo teria a obrigação de agir obedecendo os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente.

Posteriormente, o Presidente da República decidiu negar o pedido de extradição formulado pelo governo italiano.

O Tribunal ao se manifestar sobre o pedido de alvará de soltura de Cesare Battisti, decidiu, por maioria, que a decisão do então Presidente da República, Luís Inácio da Silva, de negar a extradição de Battisti para a Itália seria um “ato de soberania de nacional” e que não poderia ser revisto pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seu voto, o Ministro Lewandowski ressaltou que o ato do Presidente ao negar a extradição seria uma verdadeira razão de Estado, e conclui: “Entendo que o Presidente da República praticou um ato político, um ato de governo, que se caracteriza pela mais ampla discricionariedade”.

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, entendeu que: “Se o presidente assim o fez e o fez motivadamente, acabou o processo de extradição” e acrescentou que ao Supremo não haveria outra alternativa, a não ser determinar a imediata expedição do alvará de soltura de Cesare Battisti.

O voto do Ministro Luiz Fux fixa a clara impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal substituir a decisão política do chefe do Executivo:

“Malgrado tenha este Supremo Tribunal anulado a decisão do Ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não pode, agora, substituir-se ao Chefe de Estado e determinar a remessa de Cesare Battisti às autoridades italianas. **Uma decisão com comando semelhante, exigindo que o Presidente da República proceda à extradição, seria tão aberrante e tão contrária aos cânones constitucionais quanto um imaginário acórdão que determinasse a secessão de um Estado-membro.**

[...]

Em face do princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB), não compete ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional atribui a este, e não ao Egrégio Tribunal, a função de representação externa do país.

[...]

Quem concede a extradição não é o Poder Judiciário, mas sim o Poder Executivo, nos termos do art. 7º, uma vez que o termo Governo se refere, obviamente, ao Poder Executivo e é o Chefe desse Poder quem mantém relações com os Estados estrangeiros, nos termos da Constituição Federal, art. 87, nº VI. [...].

No Brasil, como é sabido, o Chefe de Estado é o Presidente da República. Ao decidir sobre a extradição de um estrangeiro, o Presidente não age como Chefe do Poder Executivo Federal (art. 76 da CRFB), mas sim como representante da República Federativa do Brasil. [...]

O Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior.

[...]

Este último julgamento, ao invocar a teoria da separação dos poderes, distanciou-se do que vinha sendo decidido pela Corte, quanto a inafastabilidade do controle judicial, modificando o entendimento quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos políticos pelo Poder Judiciário.

6. CONCLUSÃO

A história demonstrou ser temerária a concentração do Poder nas mãos de uma só pessoa, pois o abuso seria inevitável. Com o intuito de se colocar fim ao poder absolutista, Montesquieu desenvolveu o princípio da separação de poderes.

Como consequência, o sistema de freios e contrapesos surgiu com o objetivo de assegurar a harmonia e independência entre os Poderes e garantir que nenhum dos Poderes se sobreponha ao outro, ou seja, buscou-se limitar o poder pelo próprio poder.

Poderes harmônicos e independentes viabilizam a formação do Estado Democrático de Direito, previnem abusos governamentais e permitem uma influência recíproca entre os Poderes, como intuito de se buscar um equilíbrio na sociedade.

O Brasil adota simultaneamente dois modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis: o controle difuso, originário do direito norte-americano, e o controle concentrado de inspiração Kelseniana. Entretanto, nosso direito vem buscando criar seu próprio modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 88 não vedou a análise de questões políticas pelo Judiciário, mas muito ainda se discute a respeito dos limites da intervenção do Judiciário em relação aos atos políticos.

Na doutrina, ainda há um forte embate sobre quais seriam os limites da intervenção judicial em relação aos atos exclusivamente políticos. Parte dos doutrinadores defende que o ato político, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, pode sim ser submetido ao controle de constitucionalidade. Outros, entendem que falta ao Judiciário capacidade técnica e informações para decidir sobre questões de políticas públicas e entendem não ser de competência do Judiciário, o controle de constitucionalidade dos atos políticos.

A discussão quanto ao controle de constitucionalidade dos atos políticos chegou no Supremo Tribunal Federal e existem julgados nos dois sentidos, apesar de terem sido tomadas reiteradas decisões no sentido da inafastabilidade do controle judicial. Entretanto, no processo de Extradicação de Cesare Battisti, a Corte teve entendimento diverso e se absteve de analisar ato da alçada do chefe do Poder Executivo, sustentando que o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional.

Forçoso reconhecer, que a história da jurisdição constitucional brasileira ainda está em construção e deverá ser objeto de futuras discussões e aperfeiçoamentos, seja por alterações normativas, seja pela via jurisprudencial.

7. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, ed. UnB, Brasília, 1997.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 5ª Ed.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração. São Paulo: Malheiros. 2010. 2ª Ed. p. 32.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p 123-124.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil, 1ª ed. Edipro, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 368.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*, 7ª ed. São Paulo. Saraiva. 2000.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira. Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, v. 8, n. 29, p. 125-138, abr/jun 2010.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral In: *A Constituição como espelho da realidade*. 1ª ed. São Paulo: L Tr., 2007, v.01, p. 206-229.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.284.

SOBERANIA PARLAMENTAR E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Cheila Maria Pereira Nascimento¹³

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Soberania do Parlamento. 2.1. Questões dos Atos “*Interna Corporis*”. 3. Jurisdição Constitucional. 4. Neoconstitucionalismo. 4.1. O Novo Papel da Jurisdição Constitucional na Concretização do Direito. 4.2. Neoconstitucionalismo, Soberania do Parlamento e Jurisdição Constitucional. 5. Fidelidade Partidária 6. Conclusão. 7. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a intervenção do Poder Judiciário, especificamente a Jurisdição Constitucional, em questões antes reservadas ao Poder Legislativo, a legitimidade e os limites dessa intervenção. Para tanto, analisa-se a teoria da separação de poderes como princípio fundamental da Constituição Federal. Parte-se do estudo da soberania do Parlamento e a teoria dos atos *interna corporis*. Promove-se uma reflexão acerca da ascensão da Constituição Federal no cenário jurídico nacional. Por fim analisa-se a questão da Fidelidade Partidária e a perda do mandato parlamentar como forma de exemplificar como tem ocorrido a intervenção do Poder Judiciário em questões originalmente reservadas ao Poder Legislativo.

Palavras-chave: Soberania do Parlamento. Jurisdição Constitucional. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This article aims to analyze the intervention of the judiciary, specifically the Constitutional Jurisdiction in matters previously reserved to the legislative branch, the legitimacy and limits of intervention. It analyzes the theory of separation of powers as a fundamental principle of the Constitution. It starts with the study of the sovereignty of Parliament and the theory of *interna corporis acts*. It promotes a reflection on the rise of the Federal Constitution in the national legal setting. Finally we analyze the issue of party loyalty and the loss of the parliamentary mandate as a way to illustrate how there has been the intervention of the judiciary in matters originally reserved to the legislative branch.

¹³ Advogada, aluna do curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito Empresarial e Contratos, no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

Key words: Sovereignty of Parliament. Constitucional jurisdiction. Limit.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discutir como a Jurisdição Constitucional está atuando de forma mais positiva e criativa no cenário jurídico brasileiro, principalmente após o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988. Para tanto, será necessário revisitar o dogma da separação de poderes, elencado como princípio fundamental constitucional e que está no centro dessa discussão.

A soberania do Parlamento e a doutrina os atos *interna corporis*, são temas fundamentais para se discutir as transformações de sentido da alternância de poderes que se operaram ao longo do tempo e a tensão que se estabeleceu entre estes ao longo dos séculos XVII e XVIII e se estende até os dias de hoje. O poder do Parlamento se tornou mais evidente após as Revoluções ocorridas na Europa no século XVIII e desempenharam o papel libertário frente ao poder absoluto da monarquia.

Está no centro da temática desse estudo os limites e o alcance da Jurisdição Constitucional em relação aos atos do Parlamento. A intervenção do Judiciário nas outras esferas de Poder é o tema central dessa discussão e o caso a ser analisado é a intervenção do Judiciário – Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal – nos atos do Legislativo em relação às hipóteses da perda do mandato parlamentar.

2. SOBERANIA DO PARLAMENTO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, traz em seu artigo 1º os princípios fundamentais sobre os quais se assentam a constituição de um Estado Democrático de Direito. Dentre esses princípios elencados, está delimitado em seu parágrafo 2º que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Uadi Lammêgo Bulos¹, sobre a definição de princípio, afirma que o

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007

termo “princípio”, do latim *principium*, é um som, uma voz, que projeta ideia de pressuposto, começo, origem, início, ponto de partida”. Na esfera jurídica, o conceito de princípio, em contraponto às normas, se revela mais abrangente e com um grau de generalidade mais elevado.

Quando abordado o conceito de “princípios fundamentais”, presente no Título I, da Constituição Federal, Uadi Lammêgo Bulos, assevera que os “princípios valorizados pelo constituinte funcionam como vetores para soluções interpretativas das normas constitucionais e estão presentes como diretrizes consagradas no pórtico do art. 1º da Constituição de 1988”. Essas diretrizes, presentes no referido artigo, são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político.

Outros princípios elencados, ao longo do texto constitucional, como o princípio republicano (art. 1º caput), princípio federativo (art. 1º, caput), princípio do Estado Democrático (art. 1º, caput), princípio da separação de Poderes (art. 2º), princípios da liberdade e da legalidade, entre outros, demonstram a importância dessas diretrizes na construção do Estado brasileiro. A esse respeito, elucida Uadi Lammêgo Bulos:

À luz do que aludiu o Título I, *princípios fundamentais*, significam diretrizes básicas que engendram decisões políticas imprescindíveis à configuração do Estado brasileiro, determinando-lhe o modo e a forma de ser. O qualificativo *fundamentais* dá ideia de algo *necessário*, sem o qual inexistiria alicerce, base ou suporte. E faz sentido, pois tais *princípios* visam concretizar as metas e os escopos apregoados pela manifestação constituinte originária de 1988, dando-lhes o substrato e o conteúdo necessário para efetivarem-se. Através dos *princípios fundamentais*, auscultamos os valores constitucionais que inspiram e corporificam os conteúdos positivados pelo legislador constituinte. [...] Do mesmo modo que os demais princípios, espalhados ao longo do articulado constitucional, os *princípios fundamentais*, além de assegurarem a unidade sistemática da constituição, atuam como vetores para soluções interpretativas e, por isso, dirigem-se ao Poder Público por intermédio dos seus órgãos

Legislativo, Executivo e Judiciário. Os princípios *fundamentais*, derradeiramente, por conterem em si uma força expansiva, agregam também direitos inalienáveis, básicos e imprescritíveis. Por isso, na medida do possível, ressalve-se bem, têm aplicação imediata.²

Toda essa construção acerca dos princípios tem por objetivo adentrar no tema atual e permanente da separação de Poderes. A soberania do Parlamento, como Poder Legislativo, será discutida frente às atuais e recorrentes decisões judiciais, que transbordam no ordenamento jurídico, com força de lei.

A separação de Poderes remonta Aristóteles, John Locke e Rosseau, que acreditavam não ser prudente o poder político concentrar-se nas mãos de uma única pessoa ou órgão, mas foi Montesquieu em o “O Espírito das Leis”, e em termos diversos, quem definiu e divulgou mais amplamente essa teoria. Quanto à sua adoção, sua objetivação se fez presente inicialmente nas treze colônias americanas, passando a ser positivada na Constituição dos Estados Unidos de 1787. Na Europa, com a Revolução Francesa, passou a constituir um dogma constitucional e sua importância se tornou tamanha a ponto de constar da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como afirmação de que uma sociedade não poderia ter uma constituição se nesta não estivesse presente o princípio da separação de poderes. Essa ampla adoção da teoria da separação de poderes, o é até os dias atuais, como expressão de garantia dos Direitos do Homem.³

Cumprе ressaltar que o surgimento da noção teórica da “tripartição de poderes”, situada na Antiguidade grega, com a publicação da obra “Política” de Aristóteles, serviu de balizador para identificar as três funções distintas exercidas pelo poder soberano daquela época, a saber: a função legislativa (elaboração de normas gerais e abstratas), função executiva (aplicação das normas ao caso concreto) e função de julgamento (resolução de conflitos surgidos da aplicação das leis). Logicamente conclui-se que os gregos não imaginavam essa divisão de funções aplicáveis à realidade daquele momento, como forma de reduzir os abusos do exercício do poder, visto que todo o poder se concentrava nas mãos de

² BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. – São Paulo: Saraiva, 2007. p.74-75

³ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2013. p.111

um soberano. Foi somente nos séculos XVII e XVIII, que essa teoria passou a ser pensada como alternativa para a construção de um sistema político-jurídico, que fosse capaz de conter os abusos no exercício do poder, com a edição da obra do francês Charles de Montesquieu, “Do Espírito das Leis”, que além de definir as três funções – administrativa, legislativa e judiciária – preconizava que estas não poderiam ser exercidas pelo mesmo órgão e que o poder exercido sem limites tenderia a corromper-se.⁴

Superadas as análises históricas do surgimento da teoria da separação de poderes, tem-se no cenário político atual, em todo o ocidente, uma visão mais moderna sobre esse princípio, que está inserido no ordenamento jurídico nacional desde a Constituição do Império. O modelo “rígido” anterior foi sendo substituído por um modelo mais flexível, possibilitando uma maior interpenetração, coordenação e harmonia entre os poderes.

Dessa forma, cada poder distinto, passou a exercer não só suas funções próprias como também, e de forma acessória, passou a desempenhar funções atípicas, ou seja, funções próprias de outros poderes. Como assinala Vicente Paulo:

“Esse modelo – separação de poderes flexível – foi adotado pela Constituição Federal de 1988, de sorte que todos os poderes não exerçam exclusivamente as funções estatais que lhe sejam típicas, mas também desempenham funções denominadas atípicas, isto é, assemelhadas às funções típicas de outros poderes”. Assim, tanto o Judiciário quanto o Legislativo desempenham, além das funções próprias ou típicas (judiciária e legislativa, respectivamente), funções atípicas administrativas, quando, por exemplo, exercem a gestão de seus bens, pessoal e serviços. Por outro lado, o Executivo e o Judiciário desempenham, também, função atípica legislativa (este, na elaboração do regimento dos tribunais – CF, art. 96, I, “a”; aquele, quando expede, por exemplo, medidas provisórias e leis delegadas – CF, arts.

⁴ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 429

62 e 68). Finalmente, o executivo e o Legislativo também exercem, além de suas funções próprias, a função atípica de julgamento (o Executivo, quando profere decisões nos processos administrativos; o Legislativo, quando julga autoridades, nos crimes de responsabilidade, na forma do art. 52, I, II e parágrafo único, da Constituição).⁵

O Parlamento, entendido como entidade de representação política popular e como órgão responsável pela elaboração de leis, afigura-se como a via mais legítima da democracia, proporcionando ao povo o poder de tomar decisões, através dos seus representantes, nas questões políticas do Estado. Esse poder atribuído ao Parlamento, entre os séculos XVII e XVIII, chegou a ser temido, até mesmo pelo pensamento iluminista, dominante à época, por representar uma forte concentração de poder às assembleias representativas⁶.

Segundo Mônica Herman Gaggiano⁷, a superioridade parlamentar, que dominou o período oitocentista e avançou nos anos noventa, especialmente na França, experimentou seu apogeu, em contraponto ao domínio do poder monárquico, como a “preponderância e a supremacia da lei e do poder legislativo” sobre os demais poderes. Esse fenômeno se deu, ao contrário do equilíbrio político imaginado, pelo enfraquecimento da monarquia e o surgimento de uma nova força ativa, a do povo, por meio de sua representação.

Contudo, com o surgimento de crises políticas e econômicas; o período conturbado das duas grandes guerras; o crescimento dos ideais comunistas, principalmente na Europa Leste; a “guerra fria”; a doutrina marxista, que pregava o uso da força para acabar com a dominação da classe burguesa; o surgimento de novos ideais e personagens nos parlamentos, fizeram com que este perdesse força para o Poder Executivo, que se tornava mais atuante e célere na solução dos problemas enfrentados. O Parlamento, e suas infundáveis e infrutíferas

⁵ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 429-430

⁶ CAGGIANO, Mônica Herman. O Parlamento no Cenário Político do Século XXI. *Revista do Advogado*. São Paulo. V.83, nº 704, p. 146 Nov. 2003

⁷ CAGGIANO. Mônica Herman. Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; professora associada de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico e do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

discussões ideológicas, não atendia mais aos anseios de um período que exigia medidas mais efetivas e sanadoras dos problemas vivenciados⁸.

O dogma da soberania do Parlamento no Direito Inglês, no estudo de Cristiane Branco Macedo⁹, “[...] obteve expressão máxima no Reino Unido, onde foi elevado à condição de princípio basilar da Constituição Inglesa [...]”. Esse princípio tinha por base três pilares: a liberdade para legislar sobre qualquer matéria, a impossibilidade de invalidação ou suspensão da eficácia dos seus atos por instâncias externas ao Parlamento e a impossibilidade de vinculação da substância ou dos procedimentos do Parlamento sucessor. Esta supremacia do Parlamento ocorreu em um momento histórico, e assim como na França, se deu pela transferência da soberania do Monarca para o Parlamento.

Nos Estados Unidos, o conceito de separação de poderes, influência da obra de Montesquieu, foi adotado como meio de “frear” e “balancear” o exercício dos poderes do Estado. A independência parlamentar, de forma distinta do modelo inglês, alcançou um novo sentido. Naquele período, segundo Cristiane Branco Macedo, “a questão que se colocava aos colonos era conciliar o constitucionalismo americano que estava em evolução, o princípio de soberania popular, o controle do Legislativo e evitar que a soberania popular se transformasse em soberania legislativa”¹⁰. Por essa razão, conclui-se que a preocupação com o abuso de poder foi mais forte que a legitimação do poder pelo povo, tornando a soberania popular um princípio inicial, não operativo do constitucionalismo americano. Na América “os princípios da separação de poderes e de subordinação de todos os poderes públicos à Constituição tiveram precedência sobre a concepção tradicional do princípio da supremacia parlamentar. [...] “a supremacia do Parlamento cedeu lugar à supremacia da Constituição”¹¹.

⁸ CAGGIANO, Mônica Herman. O Parlamento no Cenário Político do Século XXI. **Revista do Advogado**. São Paulo. V. 83, nº 704, P. 148, Nov. 2003.

⁹ MACEDO, Cristiano Branco. A Legitimidade e a Extensão do Controle Judicial Sobre o Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito. Tese de Mestrado Apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2007.

¹⁰ In. DIPPEL, Host. Inglaterra, Estados Unidos, França: constitucionalismo e soberania popular, p.9.

¹¹ MACEDO, Cristiane Branco. A Legitimidade e a Extensão do Controle Judicial Sobre o Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito. Tese de Mestrado Apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília,

Em síntese, os poderes do Parlamento eram ilimitados, justificando-se no dogma da representação popular. O poder Legislativo foi, ao longo do tempo, acumulando outras funções como a de legislar, funções de controle, de investigação, eleitorais, jurisdicionais, deliberativas, administrativas, de orientação política e de comunicação. “[...] o Parlamento, hoje, é presença constante no mundo da política, em razão de sua representatividade, de suas atividades de controle, financeiras e orçamentárias ou, até mesmo, da produção legislativa”¹².

Após a segunda grande guerra, o Parlamento, por se mostrar incapaz de proteger os direitos humanos, perdeu a primazia que mantinha até então, e a Justiça Constitucional passou a ser instrumento de proteção da Constituição que alcançou o apogeu de sua força de norma superior no ordenamento jurídico. Esse movimento se alastrou pela Europa, fruto da crescente democratização de vários de seus países, como Portugal e Espanha e a seguir, com a queda do comunismo, recepcionada nos países do Leste Europeu. Na América, este postulado teve seu reconhecimento desde o século XIX como documento máximo da ordem jurídica.

Surge portanto, “nascidos dos postulados liberais que inspiraram as Revoluções Francesa e Americana do Século XVIII, um instrumento orientado para conter o poder, em favor das liberdades, num contexto de sentida necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana: a Constituição”¹³

2.1 Questões dos atos “*interna Corporis*”

Inicialmente cumpre apresentar a definição dos atos *interna corporis* como sendo os “atos internos do parlamento, assim definidos aqueles atos produzidos nas relações entre a Câmara e seus membros e carentes de relevância jurídica para terceiros”¹⁴.

para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2007

¹² CAGGIANO, Mônica Herman. O Parlamento no Cenário Político do Século XXI. Revista do Advogado. São Paulo. V.83, nº 704, P.148, Nov. 2003.

¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, P. 39

¹⁴ MACEDO, Cristiane Branco. A Legitimidade e a Extensão do Controle Judicial Sobre o Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito. Tese de Mestrado Apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2007, P.49.

A continuidade da independência do Parlamento, no sentido de exclusão do controle judicial, ocorrida com a restauração da monarquia na Europa, inaugurou mais uma justificativa para que o Parlamento não se submetesse à ingerência dos demais poderes: a doutrina dos *interna corporis acta*.¹⁵

Conforme se depreende do estudo de Cristiane Branco Macedo, essa teoria teria sido idealizada por um conceituado estudioso da Constituição e Parlamento ingleses Rudolf von Gneist, por ocasião da realização de um Congresso de Juristas Alemães em 1863, em Berlim. Estava sendo discutida a própria estabilização do poder monárquico e especificamente, a não-aprovação dos orçamentos pelo Parlamento alemão. Neste trecho retirado do estudo se materializa toda a argumentação da teoria criada:

Questionado sobre a possibilidade de fiscalização judicial sobre a lei aprovada em desconformidade com o procedimento constitucional previsto para sua elaboração, Rudolf von Gneist defendeu a admissibilidade do pronunciamento judicial sobre a validade da norma, desde que não adentrasse o exame das fases procedimentais que se desenvolvem exclusivamente no interior das Casas Legislativas, que ele definiu como matéria *interna corporis*. Tal como preconizado no direito parlamentar inglês que lhe serviu de inspiração, os *interna corporis acta* constituiriam matéria submetida à competência exclusiva do Poder Legislativo, com exclusão de qualquer outro poder ou órgão. A contrário sensu, o controle judicial somente estaria autorizado a incidir sobre fases ou atos com relevância externa. Rudolf von Gneist pretendia defender a independência das assembleias representativas em um sistema constitucional no qual

¹⁵ MACEDO, Cristiane Branco. A Legitimidade e a Extensão do Controle Judicial Sobre o Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito. Tese de Mestrado Apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2007, P.46.

o princípio monárquico era prevalente.¹⁶

Essa teoria passou a abranger não só as regras do processo legislativo e as prerrogativas dos congressistas, como também alcançou outros setores da atuação do Parlamento. Autonomia financeira, orçamentária, composição do quadro de pessoal e organização interna passaram a ser considerados como atos internos do Legislativo.

Há discordância doutrinária e jurisprudencial, no direito comparado, quanto à autorização da intervenção do Judiciário sobre as questões que versem unicamente sobre temas de natureza administrativa ou ainda, que este estaria autorizado a intervir sobre as normas e a aplicação do direito parlamentar.

Essa explanação acerca do surgimento da teoria dos *interna corporis acta* é ilustrativa porquanto sua criação e aplicação iniciais se deram em contextos políticos históricos específicos, que em determinados casos ora reforçavam essa independência, ora mitigavam sua aplicação em defesa de interesses distintos. Contudo, em um contexto pautado pelo constitucionalismo democrático, não se pode prescindir do controle dos atos e decisões do Estado¹⁷.

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional ou garantia jurisdicional da Constituição é um meio pelo qual se realiza não só a constituição do direito, como também se garante a aplicação do direito posto. Esse é o entendimento externado por Hans Kelsen, para quem:

A jurisdição constitucional é um elemento de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de

¹⁶ MACEDO, Cristiane Branco. A Legitimidade e a Extensão do Controle Judicial Sobre o Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito. Tese de Mestrado Apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2007, P.46.

¹⁷ MACEDO, Cristiane Branco. A Legitimidade e a Extensão do Controle Judicial Sobre o Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito. Tese de Mestrado Apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2007, P.46.

direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas.¹⁸

Na visão de Hans Kelsen, não existe uma oposição, mas sim uma relação hierarquizada entre a criação e a execução das leis, que seriam etapas distintas e harmônicas da criação do direito. Essa criação teria início na esfera internacional, continuaria na Constituição, não se limitaria à legislação, percorrendo etapas até chegar a sua execução efetiva. Para Kelsen “[...] o direito regula a sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito”.¹⁹

Essa visão se coaduna com o entendimento de que a Constituição é o nascedouro de todas as normas internas e por regular de forma essencial as etapas do processo de elaboração das leis, estas seriam, em respeito a própria Constituição a execução do próprio direito. As demais normas infraconstitucionais seguem o mesmo raciocínio. Ao olharem para cima serão a execução da legislação e ao olharem para baixo, serão a criação do direito.

Neste ponto da análise desse tema, pode-se concluir que o poder de criação do legislador encontra-se subordinado apenas à Constituição, ao passo que as demais normas criadas se submeterão cada vez mais ao poder de seu antecessor, aumentando seu grau de execução e diminuindo seu grau de criação. Este é em linhas gerais a forma da tão propalada teoria da pirâmide normativa criada por Hans Kelsen.

Para uma maior compreensão do alcance da garantia constitucional à realização do direito, torna-se necessário falar um pouco da noção de Constituição. Embora tenha sofrido inúmeras transformações de sentido ao longo do tempo, o termo Constituição sempre esteve atrelado “à ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem”.²⁰

Luis Roberto Barroso acrescenta que:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente

¹⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, P.123-124

¹⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, P.124

²⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, P.130

político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.²¹

A Constituição não é somente a base jurídica para a realização da legislação interna de um Estado. Ao contrário, ela é não só a reguladora do processo de formulação de leis, mas também a inspiradora do conteúdo dessas leis. A Constituição “traça princípios, diretrizes, limites, para o conteúdo das leis vindouras. Proclamando a igualdade dos cidadãos diante da lei, a liberdade de consciência, a inviolabilidade da propriedade [...]”. Acima de tudo, a Constituição é um instrumento garantidor do respeito a todos esses princípios.

Estão previstas no texto constitucional, várias formas de se concretizar a Jurisdição Constitucional, seja pelo controle preventivo da edição de normas contrárias aos preceitos constitucionais, seja por ações próprias que se destinam a retirar, suprimir ou substituir normas que contrariem os princípios constitucionais. Em síntese, a Jurisdição Constitucional como forma de garantia, prescinde de instrumentos para sua efetiva concretização. Esses instrumentos possibilitam tanto uma intervenção preventiva, quando da elaboração da norma, quanto repressiva, quando da aplicação da norma ao caso concreto.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe desde a Constituição Republicana de 1891. A ação própria para esse controle era denominada “ação genérica” (atual ação direta) e se destinava ao controle abstrato e concentrado e foi introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 16 de 1965. A partir da promulgação da Constituição de 1988 houve um considerável avanço, em função da ampliação do direito de propositura²², somando-se novos mecanismos de controle de constitucionalidade como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.²³

Ainda importa citar os instrumentos de proteção das liberdades públicas

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. Constituição e Crise Política. Belo Horizonte, Del Rey, 2006 P. 215

²² O direito de propositura das ações de “representação de inconstitucionalidade” antes da Constituição Federal de 1988 era reservada ao Procurador –Geral da República. A partir da Constituição de 1988 ampliou-se essa atribuição aos legitimados ativos no artigo 103 da Constituição Federal.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. Constituição e Crise Política. Belo Horizonte, Del Rey, 2006 P. 218

como o mandado de segurança, individual e coletivo, *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública, como importantes meios de exercício da Jurisdição Constitucional.

Por fim, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “A jurisdição constitucional, em sentido amplo, envolve a interpretação da Constituição, tendo como uma das suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos”²⁴

4. NEOCONSTITUCIONALISMO

O valor normativo supremo da Constituição é resultado de um processo de desenvolvimento histórico em que se buscou aperfeiçoar o controle do poder como forma de promover a convivência social e política. A superação da supremacia do Parlamento e a consequente substituição pela superioridade da Constituição, os mecanismos de controle de constitucionalidade por ela instituídos e a absorção de valores morais e jurídicos pelo texto constitucional representam, na visão de vários doutrinadores, o que se denomina Neoconstitucionalismo.²⁵

Luís Roberto Barroso sintetiza esse conceito de forma clara e sucinta:

O novo Direito Constitucional ou Neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a Expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. Furto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico,

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. Constituição e Crise Política. Belo Horizonte, Del Rey, 2006 P. 235.

²⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, P. 53.

notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis.²⁶

O neoconstitucionalismo não se esgota na concepção de uma Constituição dotada de força normativa, mas representa acima de tudo uma reconstitucionalização, ou seja, o renascimento do Direito Constitucional. No Brasil esse renascimento ocorreu em um momento importante em que o país se voltava para o início do processo de construção de uma nova constituição e atravessava um longo período de regime autoritário, ansiando por transformações.

4.1 O novo papel da jurisdição constitucional na concretização do direito

A “constitucionalização do Direito”, no sentido de expansão das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico, é um temo que representa a afirmação de que os valores, princípios e os fins públicos expressos no texto constitucional, passam a vincular como força normativa por todo o sistema jurídico. Essa afirmação da força normativa e vinculante da constituição em relação à legislação infraconstitucional, repercute também na atuação dos três Poderes e mesmo nas relações dos particulares.²⁷

Alguns aspectos desse novo momento de constitucionalização do Direito devem ser destacados em relação à convivência do direito infraconstitucional e a Constituição. As relações entre Direito Civil e Direito Constitucional, por exemplo, nem sempre foram próximas. A Constituição, no início do constitucionalismo moderno, representava uma Carta Política, dotada de poder limitado, dependendo do legislador para a sua concretização, ao passo que o Direito Civil representava um documento jurídico, que regulava as relações entre particulares.

Com a Constitucionalização do Direito Civil, vieram importantes mudanças atreladas à introdução de normas de ordem pública como reguladoras das relações entre particulares, antes relegadas ao livre arbítrio dos envolvidos.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. Constituição e Crise Política. Belo Horizonte, Del Rey, 2006 P. 237-238.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. Constituição e Crise Política. Belo Horizonte, Del Rey, 2006 P. 220.

A Constituição introduziu ainda no Direito Civil mudanças orientadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.

Em relação ao Direito Administrativo, a Constituição veio reforçar a necessidade de limitação do poder, e, mais uma vez, os princípios constitucionais de caráter geral – aqueles que se irradiam por todo o ordenamento jurídico – trouxeram numa nova visão do Direito Administrativo como ramo independente do direito. Além dos princípios afetos à administração Pública, como a legalidade, a impessoalidade, moralidade e publicidade, outros princípios de caráter geral passaram a vincular a atividade da Administração Pública. Esses novos parâmetros constitucionais resultaram em uma nova definição da ideia da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, passou a vincular o administrador à Constituição, e não mais apenas à lei infraconstitucional e criou a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.²⁸

No âmbito do Direito Penal, o Direito Constitucional repercutiu de forma ampla ao tratar da disciplina legal dos crimes e das penas. Segundo Luís Roberto Barroso “A constituição tem impacto sobre a validade e interpretação das normas de Direito Penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria”.²⁹ A Constituição de 1988, no artigo 5º, inseriu uma série de garantias que visam proteger o indivíduo de abusos, quando do exercício do poder punitivo do Estado. Estão previstos, entre outras garantias, a ampla defesa e o contraditório, juiz natural, a proibição expressa da criação de Tribunais de Exceção, a vedação da pena de morte entre outros.

É cada vez mais recorrente que a Jurisdição Constitucional, por intermédio do Supremo Tribunal Federal) seja conclamada a dirimir conflitos de interpretação em temas da esfera do Direito Penal. Questões como a legitimidade ou não da interrupção da vida (aborto de feto anencefálico), e mais recentemente a discussão sobre a descriminalização da maconha, são apenas alguns exemplos da ingerência do poder judiciário na esfera do Direito Penal no Brasil. Importante

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. Constituição e Crise Política. Belo Horizonte, Del Rey, 2006 P.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. Constituição e crise política. Belo Horizonte, Del Rey, 2006 P. 237-232.

esclarecer que a jurisdição Constitucional, no Brasil, é exercida de forma ampla por todas as esferas judiciais. Em atendimento aos preceitos constitucionais, todos os órgãos do Poder Judiciário estão autorizados e obrigados a interpretar as normas vigentes no País à luz do texto constitucional, podendo inclusive negar aplicação à norma contrária a esses preceitos ou considerada inconstitucional.

Na esteira do fenômeno da jurisdição Constitucional, verificou-se a ocorrência de uma maior demanda por justiça no Brasil. Certamente, sentindo-se amparados por uma norma Maior, eminentemente garantidora, a sociedade despertou para o exercício de uma cidadania adormecida e voltou a depositar sua esperança de realização de justiça no Poder Judiciário. Esse fenômeno passou a ser conhecido como “judicialização das relações sociais”³⁰.

4.2 Neoconstitucionalismo, soberania do parlamento e jurisdição constitucional

Cumpre retomar um pouco a história da soberania do Parlamento no período que antecede à Segunda Guerra Mundial. Na Europa era evidente a supremacia do Poder Legislativo, em substituição ao poder totalitário da Monarquia, que representava a vontade geral, o poder do povo. “A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição”.

Vários fatores concorreram para essa mudança de polaridade do poder. O Parlamento se enfraquece diante da queda da Monarquia, da adoção cada vez maior do regime parlamentarista e a ocorrência das duas Grande Guerras, que afetaram sobremaneira a confiança no Parlamento como poder capaz de resolver as questões que se apresentaram à época, diante das consequências aterradoras daquele período de autoritarismo.

Diante das enormes violações aos direitos humanos ocorridos nesse período, os países voltaram sua atenção para a busca de outro meio eficaz de proteção de direitos e principalmente da dignidade da pessoa humana, frente ao poder autoritário. O fortalecimento da normatividade das constituições passou

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. Constituição e crise política. Belo Horizonte, Del Rey, 2006 P. 237-234.

a ser o caminho encontrado para promover essa proteção. “A Constituição passou a desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura aos atos que a desrespeitem”.

Como acentua Paulo Gustavo Gonet Branco:

A Justiça constitucional se alastrou pela Europa, na medida em que seus países se democratizaram. [...] Não se tolera a produção de norma contrária à Constituição, porque isso seria usurpar a competência do poder constituinte. Este, sim passa a ser a voz primeira do povo, condicionante das ações dos poderes por ele constituídos. A constituição assume o seu valor mais alto por sua origem – por ser fruto do poder constituinte originário.³¹

Atrelada a essa mudança de paradigma, o Poder Judiciário, a quem até então, restava a função de apenas “pronunciar as palavras da lei” - papel destinado ao Judiciário de acordo com a teoria de Montesquieu - passou a ocupar um papel relevante. Rompeu-se um longo processo de subordinação do Judiciário ao Parlamento, no que seria impensável que uma corte judiciária pudesse apreciar a efetividade de uma questão constitucional, porque ao juiz não cabia questionar um ato do Parlamento.³²

Luís Roberto Barroso sintetiza como se deu esse renascimento do Poder Judiciário no Brasil:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura,, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões

³¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, P. 48.

³² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, P. 46.

complexas acerca da extensão de seus poderes³³.

O Brasil, como já mencionado, o renascimento do constitucionalismo coincidiu com a reconstitucionalização do País, que promovia uma intensa discussão do novo texto constitucional que seria promulgado em 1988. Em sequência a esse marco, ocorreu o fenômeno da “constitucionalização do Direito”, que estendeu a todos os ramos do Direito as normas e princípios constitucionais.

A Jurisdição Constitucional, por sua vez, passa a ser um importante instrumento garantidor da ordem jurídica nacional. E é através do Poder Judiciário, que hoje se buscam soluções para demandas de toda a ordem, inclusive questões de caráter privado, resultando no que se chama de “judicialização de questões políticas e sociais”. Essa nova ordem suscita uma nova discussão acerca da legitimidade do poder judiciário e seus limites diante da democracia.

O papel do Judiciário, em especial a corte constitucional, tem por dever “resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso”³⁴. Em síntese, cabe ao tribunal constitucional o resguardo dos valores fundamentais, os procedimentos democráticos e a estabilidade institucional, atuando, quando necessário, como mediador de conflito entre os demais Poderes.

5. FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Nas antigas democracias diretas não existia a instituição do mandato. A soberania popular não necessitava de representação, o que só veio a ocorrer posteriormente, com o desenvolvimento do pensamento liberal. O mandato consiste na investidura de representantes escolhidos pelo povo, que os autoriza de forma legítima a agir em seu nome no desempenho das funções públicas.³⁵

Atualmente a participação do povo no poder não ocorre somente a partir do indivíduo e sim através de instituições, dentre as quais se destacam os partidos

³³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. Constituição e crise política. Belo Horizonte, Del Rey, 2006 P. 234.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. Constituição e crise política. Belo Horizonte, Del Rey, 2006 P. 236.

³⁵ CALIMAN, Auro Augusto. Mandato Parlamentar: Aquisição e perda antecipada. São Paulo: Editora Atlas, 2005, P.37

políticos. Consta do artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal, que a soberania popular é exercida fundamentalmente pelo sufrágio universal e que a filiação partidária é condição essencial para que o cidadão possa ser investido em cargo eletivo, conforme leitura do artigo 14, § 3º, inciso IV da Constituição Federal.³⁶

Esses conceitos básicos são importantes na medida em que definem de que forma eleitores e eleitos participam do cenário democrático no Brasil. A representação popular prescinde de uma identificação ideológica entre eleitores e partidos, que tenham minimamente alguma identificação de propósitos e crenças, daí a importância de se falar em fidelidade partidária. Os partidos ao se constituírem, registram em seus programas a sua forma de pensar temas que interessam diretamente a coletividade. Por este raciocínio, quando ocorre o desligamento de um parlamentar de uma legenda partidária, poder-se-ia concluir que este deixou de partilhar desses ideais e assim estaria rompido o seu compromisso com a ideologia da qual partilhava. Essa seria uma das teses apresentadas por aqueles que sustentam a perda do mandato por infidelidade partidária.

No Brasil, a perda do mandato por infidelidade partidária, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 1, que alterou a redação do art. 152 da Constituição de 1967³⁷. No ano de 1985, a Emenda Constitucional nº 45/1985, deu nova redação ao já mencionado artigo 152³⁸ e não só suprimiu a hipótese de perda do mandato por infidelidade partidária, como ampliou a liberdade de criação de novos partidos políticos, desde que respeitados o pluralismo político, o regime democrático e os direitos fundamentais.³⁹

³⁶ Art. 1º. Parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

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

³⁷ “Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito à ampla defesa”.

³⁸ Art. 152. “É livre a criação de partidos políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana [...]”.

³⁹ LEWANDOWSKI, Ricardo. Fidelidade Partidária. Revista do Advogado. Ano XXX. N. 109. Agosto/2010, P.9

A Constituição Federal de 1988 criada no ambiente de redemocratização do País não se afastou do entendimento da EC nº 45/1985 e não inclui a infidelidade partidária como uma das hipóteses de perda de mandato, no art. 55⁴⁰ da Carta Magna que trata desse tema.⁴¹

Importante reflexão deve ser realizada acerca da perda do mandato como sanção. Segundo Auro Augusto Caliman, “a perda do mandato como sanção individual a parlamentar reveste-se de natureza político-disciplinar”⁴² e não caberia a nenhum outro poder a decisão da perda ou suspensão do mandato parlamentar. Essa legitimidade seria apenas do próprio corpo Legislativo, através do estatuto dos congressistas, e não ao Executivo ou Judiciário. Também não há previsão constitucional da revogação do mandato pela soberania popular, que obedece a períodos pré-determinados para se manifestar.⁴³ Essa tese se sustenta na perspectiva do preceito nuclear do Estado Democrático de Direito - da separação de poderes.

Outra vertente dessa discussão, além da legitimidade do Judiciário em intervir em questões, em tese reservadas ao Estatuto dos Congressistas, é a possibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, ou seja, atuar de forma a produzir novos dispositivos legais. Ângela Cristina Pelicioli pondera a esse respeito:

“Para o juiz constitucional atuar como legislador positivo é necessário que haja uma justificação racional, diretamente relacionada à concretização de direitos fundamentais, uma vez que esse é objetivo final de um Estado Democrático de Direito. No entanto, o supremo Tribunal Federal, nas deci-

⁴⁰ Art. 55. “Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V- quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

⁴¹ LEWANDOWSKI, Ricardo. Fidelidade Partidária. Revista do Advogado. Ano XXX. N. 109. Agosto/2010, P.9

⁴² CALIMAN. Auro Augusto. Mandato Parlamentar: Aquisição e perda antecipada. São Paulo: Editora Atlas, 2005, P. 121.

⁴³ CALIMAN. Auro Augusto. Mandato Parlamentar: Aquisição e perda antecipada. São Paulo: Editora Atlas, 2005, P.122.

sões dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603.e 26.604, de 4.10.07, atuou como legislador positivo sem a necessária justificação racional, introduzindo a regra da perda do mandato àqueles deputados federais que deixaram o partido sob cuja legenda foram eleitos e, reconhecendo que os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, caso não ocorra razão legítima que justifique a mudança de legenda partidária”.⁴⁴

Toda essa discussão a respeito da legitimidade do Judiciário em intervir em questões, que em tese são afetas somente ao Poder Judiciário, pode ser visualizada no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.603-1/DF de relatoria do Min. Celso de Mello. Contudo, esse estudo não possui o condão de adentrar o mérito da questão, mas apenas apresentar os pontos de tensão existentes entre os Poderes e oferecer uma reflexão acerca dessa nova fase do Direito Constitucional no Brasil. Não serão analisados os votos, mas sim os fundamentos que foram apresentados para o indeferimento do Mandado de Segurança ora impetrado. E, nesse caso, os principais argumentos apresentados pelo Ministros da Corte Constitucional se operaram no sentido de que em matéria constitucional, tanto o Tribunal Superior Eleitoral, quanto o Supremo Tribunal Federal são legitimados a exercer plenamente a Jurisdição Constitucional; que não se admite a oponibilidade estatutária ao Judiciário quando da análise de litígio constitucional e acima de tudo, ficou demonstrado de forma incontestada a supremacia da Suprema Corte, quando da interpretação constitucional.

6. CONCLUSÃO

O Direito Constitucional passou por intensas mudanças ao longo dos últimos dois séculos e ainda se encontra em evolução em todo o mundo. No Brasil essa evolução ocorreu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Antes relegada ao papel de Carta Política, destinada apenas a organizar as

⁴⁴ PILICIONI, Ângela Cristina. O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo: o Caso da Fidelidade Partidária. BDA – Boletim de Direito Administrativo. Nº 11, Ano XXIV Novembro/2008.

funções do Estado, a Constituição passa ao centro de toda a produção normativa, alcançando seu apogeu como instrumento de transformação e reafirmação dos ideais democráticos que se encontravam em plena construção.

A independência e harmonia entre os Poderes como fundamento da República, ganha novos contornos. A soberania do Parlamento, fenômeno próprio das antigas democracias diretas, não encontra espaço nesta nova realidade em que impera a soberania da Constituição. Dessa forma, todos os atos normativos passam a ser fundamentados nas normas e princípios constitucionais.

Esse novo dimensionamento do Direito Constitucional resultou no fortalecimento do papel do Poder Judiciário como guardião dos preceitos fundamentais. O Judiciário passa de coadjuvante à ator principal no cenário jurídico nacional, exercendo, em todas as suas instâncias, o controle de todos os atos que possam contrariar os preceitos constitucionais.

A Jurisdição Constitucional, como garantidora da aplicação e respeito aos preceitos constitucionais, introduz na sociedade uma nova forma de exercício da cidadania. O Judiciário passa a ser provocado por toda a sorte de questões, públicas ou privadas, a solucionar questões ainda não previstas ou previstas de forma deficitária no ordenamento jurídico. Este fenômeno é conhecido como “ativismo judicial”, ou seja, o judiciário deixa de ser apenas o promotor da aplicação da lei e se transforma em legislador positivo, preenchendo a lacuna deixada pelo Poder Legislativo.

No citado caso da perda de mandato antecipada por “infidelidade partidária”, o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal, de forma distinta, legislaram sobre a matéria que entenderam ser de conteúdo constitucional, ao passo que o entendimento do Legislativo era de que caberia exclusivamente a ele decidir sobre questões já normatizadas por esse Poder.

A crítica que se faz se reveste do questionamento do alcance e limites dessa intervenção do Poder Judiciário, especialmente a Corte Constitucional, nas outras esferas do poder. Um dos argumentos mais contundentes dessa intervenção é o da defesa dos interesses da minoria, em face do interesse da maioria. O que se discute é até que ponto deve prevalecer a interpretação judicial da Constituição, como e quem deve estabelecer esse equilíbrio para que não ocorra o estabelecimento da supremacia de um outro Poder: O Judiciário.

Para finalizar, Norberto Bobbio, atualiza uma pergunta, que segundo ele,

percorreu toda a história do pensamento político “quem custodia os custódios” e a reformula “quem controla os controladores”, para chamar a atenção ao fato de que sem uma resposta a essa pergunta, a democracia estaria em risco pois o controle do poder não seria mais dos cidadãos e sim o contrário, os cidadãos seriam controlados pelo poder.⁴⁵

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. In: SAMPAIO, José Adércio. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

BOBBIO, Luís Roberto, Tradução de Marco Aurélio Nogueira. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAGGIANO, Mônica Herman. O Parlamento no Cenário Político do Século XXI. **Revista do Advogado**. São Paulo. V.83, nº 704, P.148, Nov. 2003.

CALIMAN, Auro Augusto. **Mandato Parlamentar: Aquisição e perda antecipada**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Fidelidade Partidária. **Revista do Advogado**. Ano XXX. N. 109. Agosto/2010.

MACEDO, Cristiane Branco. **A Legitimidade e a Extensão do Controle Judicial Sobre o Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito**. Tese de Mestrado Apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília, 2007.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto, Tradução de Marco Aurélio Nogueira. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.43.

PILICOLI, Ângela Cristina. O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo: o Caso da Fidelidade Partidária. BDA – **Boletim de Direito Administrativo**. Nº 11, Ano XXIV Nov, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

A AÇÃO POPULAR NO CONTROLE DOS ATOS LESIVOS AO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SA- DIO E A CRIATIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Pedro Corrêa Pertence¹

SUMÁRIO: I – Introdução: ação popular em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado; II – O meio ambiente como direito fundamental; III – Diálogo democrático; IV – A complexidade da prestação jurisdicional em matéria ambiental; e V – Conclusão.

RESUMO

A Constituição Federal autoriza a propositura de *ação popular* com o objetivo de invalidar ato lesivo ao *meio ambiente* (artigo 5º, LXXIII), definição que, na forma do *caput* do artigo 225 da Carta, abrange não só a natureza em si, mas, também, *direito fundamental* dos indivíduos ao *equilíbrio ecológico* e à *sadia qualidade de vida*. A amplitude e a vaguidão desse conceito de meio ambiente, porém, impõem ao Judiciário *criatividade* na aplicação do direito às espécies concretas, de modo a garantir a participação democrática nas políticas públicas.

Palavras-chave: Ação Popular. Meio Ambiente. Direitos Fundamentais. Democracia.

ABSTRACT

Brazilian Constitution authorizes the use of class actions to protect the environment, concept that covers not only the preservation of nature in itself, but also citizens fundamental right to a healthy environment and way of life. However, due to the lack of objectivity of that wide concept, the Judiciary branch must be creative in order to secure democratic contribution in public agendas.

Key-words: Class action. Environment. Fundamental Rights. Democracy.

¹ Aluno da Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), advogado, membro da *Sociedade de Advogados Sepúlveda Pertence*, e-mail: pedropertence@pertence.com.br. Trabalho apresentado para conclusão da disciplina *Questões Atuais de Direito Constitucional*.

I – Introdução: ação popular constitucional em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado

Segundo o inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

A Constituição *ampliou*, pois, o alcance dado à ação popular pela Lei 4.717/1965², conferindo ao autor popular a tutela da *moralidade administrativa* e de patrimônios públicos imateriais, como o *meio ambiente*. A obra de Hely Lopes Meirelles sobre as *ações constitucionais*, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes, dispõe, nesse sentido, que, “enquanto sua finalidade, no passado, era simplesmente patrimonial, visando à anulação de atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas, o constituinte de 1988 admitiu sua utilização também em relação a valores não econômicos, como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, mantendo-se sempre a exigência de ilegalidade”.³

Com a nova moldura constitucional, a ação popular se tornou mais eficiente à finalidade de propiciar o exercício pleno da cidadania, de integrar o indivíduo às políticas públicas de seu interesse. De fato,

Entender-se, restritivamente, que a ação popular só protege o patrimônio público material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou os julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (CF, arts.

² Lei 4.717/1965

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 33ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2010, pp. 174/175.

23, VI, 24, VI, 170, VI e 225). Esta proteção constitucional não deve ser apenas nominal, mas real, traduzindo-se em meios concretos de defesa, tais como a ação popular para a invalidação de atos lesivos desses valores. Se ao Estado incumbe proteger o patrimônio público, constituído tanto de bens corpóreos como de valores espirituais, de irrecusável lógica é que o cidadão possa compeli-lo, pelos meios processuais, a não lesar esses valores por atos ilegais da Administração.⁴

Segundo a Lei da Ação Popular, são *nulos* os atos administrativos praticados com base em motivos inválidos ou mediante desvio de finalidade⁵. *Maria Sylvia Zanella Di Pietro* realça que, conforme a *teoria dos motivos determinantes*,

[...] a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.⁶

Nesse contexto, “*o autor popular não litiga contra o Estado, mas, ao contrário, como seu substituto processual*”⁷, pois “*os benefícios advindos da tutela ambiental são, realmente, de todos e para todos, favorecendo, inclusive a amiúde,*

⁴ *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2010, pp. 173/174.

⁵ Lei 4.717/1965

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

[...]

d) inexistência dos motivos;

e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

[...]

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) 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.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, p. 204.

⁷ REsp 73.083/DF, rel. Min. *Fernando Gonçalves*, 6ª Turma, DJ de 6.10.1997.

direta ou indiretamente, os que se dizem vítimas da intervenção do legislador e administrador".⁸

Sobre a validade do ato administrativo, *Celso Antônio Bandeira de Mello* enfatiza que:

Diferentemente do ato civil, – em que alguém procura apenas o interesse de sua própria pessoa – o ato administrativo só pode buscar um interesse transcendente à simples unidade jurídica do aparelho estatal. Isto é, só lhe assiste perseguir um interesse do qual se pode dizer – em certo sentido – que é um interesse de terceiro; ou seja, um interesse alheio: o da coletividade, dos administrados, em geral. Ao usarmos esta expressão, estamos nos reportando ao comentário de *Cirne Lima*, segundo quem, a atividade administrativa é atividade de quem não é proprietário, e sim a de quem gere negócio alheio; de quem cura interesses de outrem. Os interesses a serem buscados pelo ato administrativo são *públicos*. Isto corresponde a dizer que são os que a ordenação normativa entendeu de assim qualificar, por considerá-los pertinentes a toda a coletividade.⁹

Jefferson Cárus Guedes enfatiza que “*toda política estatal, de modo prévio e amplo, deve visar à generalidade dos integrantes da sociedade, sem distinções ou privilégios, sendo essa uma orientação ou regra geral de igualdade que deve guiar os primeiros passos de qualquer iniciativa estatal*”.¹⁰

Em matéria ambiental, a *finalidade* do ato administrativo é inequívoca: independentemente da situação concreta, cabe ao administrador público adotar a solução que preserve o *equilíbrio ecológico* para as gerações presentes e futuras, o que, naturalmente, impõe restrições à fruição do *meio ambiente*, bem público

⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. *Função ecológica da propriedade, limitações administrativas e o papel do juiz na proteção das florestas*. Em *A Contemporaneidade do Pensamento de Victor Nunes Leal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1981, pp. 17/18.

¹⁰ GUEDES, Jefferson Cárus. *Igualdade e Desigualdade – Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

de uso comum, pela coletividade.

Essas duas hipóteses autônomas de cabimento da demanda popular – por lesão à moralidade administrativa ou ao meio ambiente –, portanto, possuem relação tênue, já que, como esclarece Édis Milaré, “*na vida pública e no exercício da política há uma forma sutil de imoralidade (ou falta de ética), que é o abuso de poder, seja para restringir, seja para favorecer. Isto parece soar muito distante da questão ambiental, porém o meio ambiente é uma das vítimas mais insuspeitas e, ao mesmo tempo, menos percebidas dessa desvirtuação*”.¹¹

Ressalte-se, a propósito, que o Superior Tribunal de Justiça considera que, quando “*o ajuizamento da Ação Popular tem como objeto a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, a comprovação de lesão material ao Erário é prescindível*”, anotando que “*a ofensa à moralidade administrativa objeto de ação popular atrela-se, muitas vezes, ao móvel do administrador, nos casos em que suas intenções desvirtuam-se dos interesses públicos*”¹².

¹¹ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 6ª edição, Revista dos Tribunais: São Paulo: 2009, p. 129.

¹² Cf. REsp 1.071.138/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe de 19.12.13. No mesmo sentido, o seguinte precedente do STJ:

“1. A ação popular é instrumento hábil à defesa da moralidade administrativa, ainda que inexistam danos materiais ao patrimônio público. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 774.932/GO, DJ 22.03.2007 e REsp 552691/MG, DJ 30.05.2005).

2. O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da Ação Popular, não obstante estar implícito no art. 5º, LXXIII da Lex Magna. Aliás, o atual microsistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje compostos pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser ecilada por meio de Ação Popular.

3. Sob esse enfoque manifestou-se o S.T.F: ‘o entendimento no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LI do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.’ (RE nº 170.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13.08.1999).

(REsp 474.475/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 6.10.08).

II – O meio ambiente como direito fundamental

De acordo com o artigo 225 da Constituição Federal, “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

Em comentário ao dispositivo constitucional, José Afonso da Silva destaca que (i) “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todos, incluindo aí as gerações presentes e as futuras”; (ii) “o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo, no entanto, é imputado ao Poder Público e à coletividade”; e, principalmente, (iii) “**o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, portanto, é um bem que não está na disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada, nem de pessoa pública**”¹³.

Essa noção é corroborada pelo artigo 2º, I, da Lei 6.938/1981, segundo o qual a “*Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida*”, baseada, dentre outros princípios, na “*ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo*”.

Édis Milaré assinala que “a Carta brasileira erigiu-o (o meio ambiente) à categoria de um daqueles valores ideais da ordem social, dedicando-lhe, a par de uma constelação de regras esparsas, um capítulo próprio que, definitivamente, institucionalizou o direito ao ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo”¹⁴.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, 4ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, p. 53. Na mesma obra, o autor conceitua o meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”, que abrange três aspectos: o meio ambiente artificial; o meio ambiente cultural; e o “meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam. É este o aspecto do meio ambiente que a Lei 6.938, de 31.8.1981, define em seu art. 3º, quando diz que, para os fins nela previstos, entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (pp. 20/21).

¹⁴ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 6ª edição, Revista dos Tribunais: São Paulo: 2009, p. 144.

Para o Supremo Tribunal Federal, o *direito fundamental* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, CR/88) é “*típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano*”, cabendo “*ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual*”¹⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet confirma que “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) pode ser enquadrado nesta categoria (direito da terceira dimensão), em que pese sua localização no texto, fora do título dos direitos fundamentais”¹⁶ e Jefferson Cárus Guedes, de sua vez, salienta que “os direitos fundamentais de terceira dimensão, considerados direitos de fraternidade ou solidariedade, distinguem-se dos anteriores, de natureza individual” e “tutelam os direitos coletivos ou difusos, tais como meio ambiente e qualidade de vida”¹⁷.

Portanto, a proteção constitucional ao *meio ambiente* é uma via de mão dupla, que, de um lado, atribui ao Estado e à população o dever de zelar pelo *equilíbrio ecológico*, inclusive para as gerações futuras; e, do outro, assegura o *direito fundamental* de uso dos bens públicos, que permitem acesso do cidadão urbano aos espaços ecológicos que constituem o *meio ambiente equilibrado*, elemento indispensável à *qualidade de vida sadia*. Assim – arremata José Afonso da Silva –, “o objeto de tutela jurídica não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos”, mas “a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida”.¹⁸

A ementa abaixo transcrita, de julgado do Superior Tribunal de Justiça, tece pertinentes observações sobre a *função social* dos espaços públicos de *uso comum*:

[...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do

¹⁵ ADI 3540 MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 3.2.2006.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 80.

¹⁷ GUEDES, Jefferson Cárus. *Igualdade e Desigualdade – Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 173.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, 4ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, p. 81.

processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível.

3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os “*indesejáveis*”, sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda.

4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras,

consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). (REsp 1135807/RS, rel. Min. *Herman Benjamin*, 2ª Turma, DJe de 8.3.12)

Ou seja:

O meio ambiente foi considerado como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo (inc. I do art. 2º). Decorre dessa disposição que qualquer cidadão poderá defender o meio ambiente (em geral) através do acesso à ação popular, que lhe fica permitido de modo expresse.¹⁹

Afinal, “*quis o constituinte acrescentar ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a qualidade de ser essencial à sadia qualidade de vida; o que o vincula a uma finalidade pública*”²⁰. Nesse contexto, *Marçal Justen Filho* pontua que

Os bens de uso comum podem ser usados e fruídos por toda a coletividade, desde que respeitadas determinadas condições, fixadas como requisitos para assegurar a integridade deles e a fruibilidade por todos os demais em igualdade de condições. A fruição individual dos bens de uso comum subordina-se aos ditames do princípio da proporcionalidade, o que significa que se permitem limitações, as quais podem ser admitidas quando necessárias e adequadas à realização de valores preservados pela ordem jurídica.²¹

É indispensável, portanto, que as limitações à fruição dos bens públicos sejam *adequadas, necessárias e proporcionais*²², porque, conforme

¹⁹ MUKAI, TOSHIO. *Direito Urbano-Ambiental Brasileiro*, 2ª edição, Editora Dialética: São Paulo, 2002, p. 171.

²⁰ SOUZA, Marise Costa de. *Meio Ambiente Sadio: direito fundamental em crise*, Editora Juruá: Curitiba, 2003, p. 98 e pp. 193/194

²¹ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.060.

²² São pertinentes, no ponto, os critérios estabelecidos para atuação da Administração no artigo 2º da Lei do Processo Administrativo – **Lei 9.784/1999**, em especial o inciso VI:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

VI - *adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em*

sintetiza o Ministro Luís Roberto Barroso, “o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com o menor ônus a um direito individual (vedação ao excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”.²³

Hugo Biglio Mazzili assevera que, “por meio da ação popular constitucional, o próprio cidadão pode hoje defender o meio ambiente”, enfatizando que “tudo o que diga respeito ao equilíbrio ecológico e induza a uma sadia qualidade de vida, é, pois, questão afeta ao meio ambiente”²⁴.

Assim, como o conceito de meio ambiente compreende não só um dever do Estado, mas *direito subjetivo fundamental* de gozo dos bens comuns de uso público, que só pode ser restringido de forma *proporcional* à necessidade de preservação, é cabível a propositura de ação popular contra ato administrativo que interfira negativamente na relação da população com o equilíbrio ecológico, pressuposto da sadia qualidade de vida. Isso significa dizer que, sem justificativa juridicamente válida, não é dado ao administrador *limitar* o aproveitamento dos bens públicos de uso comum.

Por isso, na opinião de Paulo Affonso Leme Machado, “merecem elogios aqueles que vierem a utilizar da ação popular para a defesa dos bens de uso comum do povo, pois a experiência tem demonstrado que é um procedimento pouco utilizado, que exige excepcional coragem (os adversários são poderosos, demanda emprego de tempo e fica na dependência de encontrar-se advogado)”²⁵.

III – Diálogo democrático

Nesse contexto, Paulo Affonso Leme Machado registra que “o Poder Público

medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;”.

²³ Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 261.

²⁴ MAZZILI, Hugo Biglio. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 12ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2000, p. 22/24.

²⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 428.

*passa a figurar não como proprietário dos bens ambientais – águas, ar, solo, fauna e florestas, patrimônio histórico –, mas como um gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a ter que prestar contas sobre a utilização dos bens ‘de uso comum do povo’*²⁶. E prossegue:

O bem público “do povo” (art. 99, I, do CC/2002) merece receber tratamento jurídico diverso dos outros bens públicos. Com sabedoria, Paolo Maddalena assevera: “*o pertencer e o uso público do bem público tendem a coincidir, quase como na democracia romana: como já se viu o termo publicus indicava seja pertencente ao populus, seja de uso público*”. Isto quer dizer, em outros termos, que o ordenamento positivo (no caso verdadeiramente norma constitucional), prevê, não só que a Administração gestione os bens públicos da Coletividade, mas que não se transforme em proprietária *iure privatorum*. Massimo S. Giannini acentua que o Estado somente intervém nos bens de uso comum (*res communes omnium*) através do “*poder de polícia, com a finalidade de que sejam respeitadas as regras de convivência*”²⁷.

Carlos Ari Sunfeld, entretanto, anota com propriedade que

O direito urbanístico, justamente por decorrer de uma visão totalizante de mundo – e de, muito coerentemente, tratar o urbanismo como função pública –, sujeita-se ao risco, nada desprezível, de descambar para o *totalitarismo estatal*. Isso em duas possíveis vertentes: a do Estado que se fecha à influência da sociedade, tanto na tomada de suas decisões como no desenvolvimento de suas ações materiais (*isolamento estatal*), e a do Estado que impede sistematicamente a ação individual (*auto-suficiência estatal*).²⁸

²⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 98.

²⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 420.

²⁸ SUNFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*, em *Estatuto da Cidade*, Coord. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 56/57.

Esse raciocínio converge com o de *Capelletti*, que considera

Desnecessário mencionar o perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de “tutela” paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo e, por isso, ao mesmo tempo distante, inacessível e não orientado para o seu serviço, o sentimento de impotência e abandono que termina por invadir todos os cidadãos incapazes ou sem vontade, de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acessos às inumeráveis alavancas da máquina burocrática, exercitando pressões sobre elas, a abulia e o anonimato, enfim, da grande maioria dos que também tiveram aquela capacidade ou vontade, por meio da qual uniram-se à massa dos participantes de tais grupos poderosos de pressão. Não é decerto sem boas razões que tão grande parte da filosofia, psicologia e sociologia modernas trata exatamente dos temas da solidão e do sentido de abandono e alienação do indivíduo atual, a sua “solidão na multidão”, tornados de escaldante atualidade. Paradoxalmente, o ideal do bem estar geral, em que se fundou o “estado social”, o *État providence* ou *welfare state*, terminou por lavrar o campo no qual cresce a planta tentacular da infelicidade geral, com os seus agudos e perversos fenômenos, que conduzem, no limite à droga e ao terrorismo. (p. 45)²⁹

A preservação do *interesse público*, tendente a diminuir o risco de que as políticas urbanísticas se tornem *totalitárias*, demanda a observância da *participação democrática*, garantida, por exemplo, pelo inciso II do artigo 2º do

Sobre o tema, José Afonso da Silva afirma que são “normas de direito urbanístico todas as que tenham por objeto disciplinar o planejamento urbano, o uso e a ocupação do solo urbano, as áreas de interesse especial (como a execução das urbanificações, o disciplinamento dos bens urbanísticos naturais e culturais), a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização dos instrumentos de intervenção urbanística” (*Direito Urbanístico Brasileiro*, 4ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 35).

²⁹ CAPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 45.

Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001³⁰. Segundo John Rawls

Para que o fórum público seja livre e aberto a todos, e permaneça em sessão contínua, todos devem poder participar dele. Todos os cidadãos devem ter os meios de informar-se sobre questões políticas. Deveriam ter condições de avaliar como certas propostas afetam seu bem estar e quais políticas promovem sua concepção do bem público. Além disso, deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política. (pp. 245/246).³¹

Gisele Cittadino observa que *“pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa”* e anota:

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, à legitimidade do direito. É precisamente do fato de que são autores e destinatários do ordenamento normativo que decorre, portanto, o direito dos cidadãos de tornarem parte na interpretação da Constituição, ampliando aquilo que Peter Häberle (1997) designa

³⁰ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

³¹ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 245/246.

como “comunidade de intérpretes da Constituição”, ou, de outra forma, favorecendo o processo de “judicialização da política”. O que importa ressaltar, portanto, é que se o vínculo entre ativismo judicial e cidadania ativa não pode considerar o direito como um entrave ao processo democrático, isto não significa que o processo de “judicialização da política” não tenha espaço em uma sociedade que valoriza a associação entre direito legítimo e democracia. Em outras palavras, o processo de “judicialização da política” pode ser desvinculado das concepções valorativas de uma comunidade ética para referir-se ao processo por meio do qual uma comunidade de intérprete, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição.³²

Ressaltando a condição de *patrimônio público do meio ambiente*, *Édis Milaré* assenta:

Quanto mais adulta e consciente uma comunidade, tanto mais ela cuida dos seus interesses de maneira participativa. Como ponto de partida para as ações, a sociedade democrática é a gestora primária e original dos seus interesses e do seu patrimônio. Ela o faz mediante diferentes pactos, através de grupos constituídos para este ou aquele fim. Preservação e melhoria do meio ambiente não escapam à regra. [...]

De fato, a comunidade, através de instituições, movimentos populares e organizações intermediárias, envolve-se cada vez mais com a problemática ambiental. Isto decorre da tomada de consciência da situação, do amadurecimento político das instituições e das pessoas, assim como da estimulante solidariedade com a Terra, “nossa casa”. Nenhum

³² CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, *Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. Em VIANNA, Luis Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: Luperj/Faperj, 2002. pp. 31 e 38/39.

processo político-administrativo pode ser desencadeado sem a *participação comunitária* se quiser obter legitimidade e eficácia. Aliás, os governos devem encarnar as aspirações da sociedade, quer explícitas, quer implícitas, e para tanto eles são constituídos. Não é outra a base de sustentação dos regimes democráticos. A consciência do meio ambiente como bem comum proporciona novos rumos na participação da comunidade para definir seus objetivos, implementar suas ações e alcançar seus resultados.³³

Nos instrumentos previstos pelo Estatuto da Cidade para assegurar a *participação democrática*, destacam-se aqueles aludidos no inciso II do artigo 43: “*debates, audiências e consultas públicas*”³⁴. *Maria Paula Dallari Bucci*, no artigo *Gestão Democrática da Cidade*, ensina que

[...] os debates, audiências e consultas públicas dão margem a que realizem os princípios constitucionais relacionados à atuação do Poder Público, tais como o da prestação de informações de interesse geral, presente tanto no art. 5º, XXXIII, como no princípio da publicidade, do art. 37 da Constituição Federal. Também se relacionam com esses institutos participativos o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV) e o da ampla defesa (art. 5º LM), sem falar nos demais princípios do art. 37, no controle por via de ação popular (art. 5º, LXXIII), e tantos outros.

Esse novo papel do processo administrativo, com a ampliação das formas de participação popular, confere maior destaque aos atributos “substanciais” dos atos administrativos relacionados à atividade urbanística, nomeadamente motivação e finalidade. Devem ser mais explícitas as condições

³³ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 6ª edição, Revista dos Tribunais: São Paulo: 2009, p. 129.

³⁴ José Afonso da Silva enfatiza que “o respeito ao princípio da legalidade constitui exigência fundamental para uma gestão democrática da cidade determinada pela Estatuto da Cidade (art. 43), que, para tanto, requer outros mecanismos, tais como órgãos colegiados de política urbana nos âmbitos nacional, estadual e municipal; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; e iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (*Direito Urbanístico Brasileiro*, 4ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 34).

de validade dos atos em relação aos seus pressupostos materiais, não bastando o preenchimento das condições formais, relativas à competência do agente, à forma exterior do ato e à licitude do objeto. O processo administrativo dispõe sobre o rito a ser observado para que se faça essa demonstração, abrindo-se oportunidade para o exercício do contraditório³⁵

O artigo 10 da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, subscrita no Rio de Janeiro em 1992, também estabelece que “*o melhor modo de tratar as questões do meio ambiente é assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, no nível pertinente*”. Diante disso tudo – arremata Paulo Affonso Leme Machado –, “*o Direito Ambiental faz os cidadãos saírem de um estatuto passivo de beneficiários, fazendo-os partilhar da responsabilidade na gestão dos interesses da coletividade inteira*”.³⁶

No entanto, como registra Capelletti

Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quod substantiam* da jurisdição, [...] desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas.³⁷

Nesse sentido é possível afirmar que o processo jurisdicional é também “participativo”, uma vez que o acesso à justiça enquanto um direito constitucional permite ao jurisdicionado uma parcela de participação na atividade pública.

³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Em *Estatuto da Cidade*, Coord. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 332/333.

³⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 89.

³⁷ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 100.

IV – A complexidade da prestação jurisdicional em matéria ambiental

Gisele Cittadino orienta que “se, por um lado, parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático”³⁸.

São didáticas as anotações do Ministro *Luís Roberto Barroso* a respeito do *ativismo* e da *autocontenção judicial*:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestações do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O oposto do *ativismo* é a *autocontenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais: (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

³⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, *Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. Em VIANNA, Luis Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002. p. 19.

Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em fase dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, se deferentes para com o exercício razoável da discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos procedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.³⁹

A tutela constitucional ao *meio ambiente*, como se viu, alcança não só os riscos e danos ecológicos mais óbvios, – como, p. ex., o *impacto ambiental* decorrente da urbanização –, mas, também, a relação do cidadão com os espaços ecológicos de uso comum e seu direito fundamental à fruição do ambiente ecologicamente equilibrado. Tendo em conta a amplitude e a vaguidão do conceito de meio ambiente, e a impossibilidade material de que o Legislativo defina balizas rígidas que abranjam todas as situações pertinentes a esse direito fundamental, em especial o risco de que o Executivo, *gestor* dos espaços públicos,

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.p.335/336 e 347.

aja arbitrariamente em relação aos indivíduos, a tutela jurisdicional ambiental depende, naturalmente, da *criatividade* dos juízes na adequação do ordenamento jurídico ao caso concreto, especificamente, da aplicação direta desse direito constitucional, exigindo que a finalidade e motivação – requisitos de validade material dos atos – sejam explícitos e válidos, na medida em que a democracia pressupõe participação popular nos atos administrativos relacionados às matérias urbanísticas e ambientais.

A intervenção do Judiciário nos atos arbitrários do Executivo pelos meios processuais colocados à disposição do indivíduo, em especial a *ação popular* em defesa do meio ambiente, é, portanto, indispensável ao exercício pleno da cidadania e à participação popular nas políticas públicas que limitem o uso dos bens comuns. São exemplos cotidianos dessas políticas que interferem na relação do cidadão com o ambiente – cuja fundamentação juridicamente legítima é indispensável à sua validade –, as limitações a visitas aos espaços públicos ecológicos como praças, parques, jardins e outros, a proibição da prática de determinados esportes e do acesso de animais domésticos nesses locais, a vedação a visita de crianças, a omissão do administrador em concretizar projetos públicos relacionados ao meio ambiente e várias outras condutas praticadas diretamente pelo Executivo com base em preceitos normativos genéricos.

Segundo *Dworkin*, caso inexista norma positiva específica para solucionar o *hard case*, cabe ao julgador identificar os direitos que se amoldam à lide, e não criar direitos correspondentes⁴⁰. *Gisele Cittadino* afirma, assim, que “*a despeito da dimensão inevitavelmente ‘criativa’ da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, e que, por isso mesmo, não coloca em risco a lógica da separação dos Poderes –, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassam o direito escrito, devem proferir ‘decisões corretas’ e não se envolver na tarefa de ‘criação do direito’ a partir de valores preferencialmente aceitos*”⁴¹.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard Press, 1977, p. 81: “*I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win. It remains the judges’s duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively*”.

⁴¹ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, *Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. Em VIANNA, Luis Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002. P. 38..

Peremptoriamente, Lênio Streck aduz que “a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política”⁴².

Nesse sentido, Capelletti defende que

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.⁴³

Na obra sobre *hermenêutica*, Carlos Maximiliano destaca a complexidade da interpretação das normas que tratam das relações dos indivíduos com o Estado, porque [...] necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privativo, de mais antiga genesis, uso mais frequente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de paiz a paiz, do que resulta evolução mais completa, opulencia maior de materiaes scientificos, de elementos de certeza, caracteres fundamentaes melhor de-

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto? Decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98.

⁴³ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 42.

finidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas: relativas à idéia de Estado Soberania, Divisão dos Poderes, etc.⁴⁴

Isso ocorre porque “as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais revelam programas de ação ou afirmações de princípios e não possuem uma regulamentação perfeita e completa, sendo quase sempre pouco descritivas, vagas e esquemáticas”, de modo que “concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente”.⁴⁵

A Constituição Federal atribuiu ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a natureza de direito fundamental. Gisele Cittadino afirma, nessa linha, que, “enquanto valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação”. Os direitos fundamentais são, pois, “metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito”⁴⁶.

É precisa a lição do Ministro Luís Roberto Barroso a respeito da constitucionalização das relações jurídicas:

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Essa difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com elas incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamen-

⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1925, p. 358.

⁴⁵ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, *Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. Em VIANNA, Luis Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. pp. 32/33.

⁴⁶ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, *Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. Em VIANNA, Luis Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. pp. 30/31.

te: do Juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional.

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzindo novas ações e ampliando a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.⁴⁷

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 382.

O Ministro *Luís Roberto Barroso* conclui que “*são amplos os espaços de interseção e fricção entre o Judiciário e os outros dois Poderes, potencializando a necessidade de se demarcar o âmbito de atuação legítima de cada um. Como intuitivo, não existem fronteiras fixas e rígidas, havendo uma dinâmica própria e pendular nessas interações*”⁴⁸, sendo que “*o papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais. Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais*” (p. 390).

VI – Conclusão

A Constituição Federal ampliou o alcance dado à ação popular pela Lei 4.717/1965, concedendo a essa espécie de demanda a tutela da moralidade administrativa e do *meio ambiente*. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pressuposto essencial da qualidade de vida sadia, é definido pelo artigo 225 da Carta como *direito fundamental* do cidadão. No entanto, a vaguidão desse direito dificulta sua concretização e, não raro, resulta em medidas autoritárias da Administração Pública.

Com efeito, (i) a ação popular é instrumento adequado à proteção do meio ambiente em sua concepção ampla; e (ii) o equilíbrio ecológico é, principalmente, direito subjetivo. Dessa forma, a partir da Constituição de 1988, a ação popular passou a prescindir de lesão patrimonial ao Estado e se tornou mais eficiente para propiciar o exercício pleno da cidadania e garantir que a finalidade precípua do agir administrativo – o interesse público – seja preservado.

Assim, como o conceito de meio ambiente compreende não só um dever

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 383/384. Na obra, o Ministro Barroso enfatiza ainda:

“O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia constitucional contemporânea, pelo mundo afora. Como as nuvens, o tema te, percorrido trajetórias variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo versus contenção judicial; interpretativismo versus não-interpretativismo; constitucionalismo popular versus supremacia judicial. A terminologia acima deixa trair a origem do debate: a discussão existente sobre a matéria nos Estados Unidos, desde os primórdios do constitucionalismo naquele país” (págs. 386/387).

do Estado, mas direito subjetivo fundamental de gozo dos bens comuns de uso público, que pressupõe participação democrática, é cabível a propositura de ação popular contra qualquer ato administrativo que interfira negativamente na relação da população com o equilíbrio ecológico.

Cabe ao Judiciário, nesse sentido, respeitando os limites de sua função republicana, viabilizar o *diálogo democrático*, isto é, prestar, com base na proteção constitucional – o que, naturalmente, exige *criatividade* –, a tutela jurisdicional adequada à garantia do direito fundamental de fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado para alcançar a sadia qualidade de vida, freando a atuação arbitrária, por ações ou omissões, da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, tiragens de 2009 e 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman. Função ecológica da propriedade, limitações administrativas e o papel do juiz na proteção das florestas. Em *A Contemporaneidade do Pensamento de Victor Nunes Leal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição Federal*. Senado Federal, Brasília, 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Gestão Democrática da Cidade*. Em *Estatuto da Cidade*, Coord. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, Malheiros Editores: São Paulo, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, *Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. Em VIANNA, Luis Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard Press, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2005.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUEDES, Jefferson Cárus. *Igualdade e Desigualdade – Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1925.

MAZZILI, Hugo Biglio. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 12ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 33ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2010.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 6ª edição, Revista dos Tribunais: São Paulo: 2009.

MUKAI, TOSHIO. *Direito Urbano-Ambiental Brasileiro*, 2ª edição, Editora Dialética: São Paulo, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, 4ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, 4ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2006

SOUZA, Marise Costa de. *Meio Ambiente Sadio: direito fundamental em crise*, Editora Jurua: Curitiba, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto? Decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUNFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*, em *Estatuto da Cidade*, Coord. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, Malheiros Editores: São Paulo, 2002.


Uniceub
Centro Universitário de Brasília

ICPD Instituto CEUB de
Pesquisa e
Desenvolvimento

ISBN 978-85-61990-51-0

