

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
ELIANE BEATRIZ CUNHA POLICIANO**

**O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
SUA RELAÇÃO COM A OPINIÃO PÚBLICA**

**Juiz de Fora
2016**

ELIANE BEATRIZ CUNHA POLICIANO

**O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
SUA RELAÇÃO COM A OPINIÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de bacharela em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Bruno Stigert de Sousa.

**Juiz de Fora
2016**

ELIANE BEATRIZ CUNHA POLICIANO

**O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
SUA RELAÇÃO COM A OPINIÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de bacharela em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Bruno Stigert de Sousa.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Bruno Stigert de Sousa
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda
Universidade Federal de Juiz de Fora

Bela. Mestranda Laís Almeida de Souza Lopes
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADA

REPROVADA

**Juiz de Fora
2016**

À minha mãe, por toda renúncia em prol de
minha formação; ao meu irmão, por
caminhar comigo; e ao meu pai, minha
fonte inesgotável de vida.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Juiz de Fora e ao corpo docente, obrigada pelo ensino de excelência, em especial ao professor Marcos Vinício Chein Feres e à professora Elizabete Rosa de Mello pelas oportunidades e ensinamentos ao longo da graduação.

À minha família por acreditar tanto em mim e me motivar a sempre fazer o meu melhor, sem o suporte emocional e financeiro recebido de vocês minha luta teria sido mais árdua e nossos resultados ainda mais demorados.

Às amigas construídas no decurso desses anos, em especial a Ana Clara Gonçalves Siqueira pela luz ao me sugerir a acertada escolha de orientador, Larissa Soares Albuquerque e Roberta Silva Meneguelli por contribuírem na fase de finalização desse trabalho, obrigada por estarem sempre presentes ainda que distantes.

Ao meu orientador, Bruno Stigert de Sousa, obrigada por aceitar meu convite sem ao menos me conhecer previamente e de prontidão nortear minha pesquisa, indicando e emprestando boa parte da bibliografia aqui estudada, de modo que através de uma orientação *primorosa* contribuiu para que eu chegasse a um resultado à altura.

Obrigada!

“O Supremo Tribunal Federal está de vela na
cúpula do Estado”.

Rui Barbosa

RESUMO

A possibilidade de que a opinião pública possa exercer influências no processo decisório dos Ministros do Supremo Tribunal Federal motivou o desenvolvimento deste trabalho. Para que o assunto possa ser bem analisado e compreendido, faz-se um aprofundamento no estudo sobre a consolidação da democracia brasileira, fundamentada na teoria da tripartição de poderes, para em seguida verificar se a divisão de funções entre os entes do legislativo, executivo e judiciário permite o bom funcionamento do sistema de freios e contrapesos. Em sequência são apresentados os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, alvos de críticas sob o argumento de que falta deferência institucional aos demais poderes do governo. Sem almejar julgar a legitimidade da atuação judicial, que deve ser pensada em cada caso, a preocupação é que a expansão do Poder Judiciário coloca o Supremo Tribunal Federal sob intensa exposição e, de certo modo, vulnerável à pressão da opinião pública, expressa em movimentos populares e veiculada pela mídia.

Palavras-chave: tripartição de poderes; judicialização da política; ativismo judicial; comportamento estratégico; opinião pública.

ABSTRACT

The possibility that the public opinion could influence the decision-making process of the Federal Supreme Court's Ministers motivated the development of this paper. In order for the subject to be well analyzed and understood, a deep study is made about the consolidation of the Brazilian democracy, which is based on the tripartite separation of powers theory. Thereafter a verification is undertaken on whether the division of functions among the legislative, executive and judiciary organs allows the proper functioning of the system of checks and balance. In sequence, the phenomena of the judicialization of politics and judicial activism are presented, which are criticized on the grounds that institutional deference is lacking to the other branches of government. Without seeking to judge the legitimacy of the judicial activity, that should be reasoned case-by-case, the concern is that the expansion of the Judiciary Power puts the Federal Supreme Court under intense exposure and, in a way, makes it vulnerable to the pressure from the public opinion, expressed in popular movements and transmitted by the media.

Keywords: tripartite separation of powers; judicialization of politics; judicial activism; strategic behavior; public opinion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DEMOCRACIA E TRIPARTIÇÃO DE PODERES	13
2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	18
2.1. Relação entre direito e política	18
2.2. Judicialização da Política.....	21
2.2.1. A afirmação e a expansão do Judiciário no Brasil	24
2.3. Ativismo Judicial	33
2.4. Definição conceitual	33
2.5. Dimensão estrutural.....	34
2.5.1. Mandado de Injunção.....	36
2.6. Objeções e diálogo institucional.....	39
3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A OPINIÃO PÚBLICA	44
4. CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal, sua postura ativista e o fenômeno da judicialização da política. Para tanto, a metodologia utilizada é a análise bibliográfica para aprofundamento teórico no assunto e o estudo de caso que possa esclarecer a realidade da Corte. O marco teórico adotado é o *neoconstitucionalismo*, que ao atribuir força normativa aos princípios jurídicos permite a aplicação do princípio da proporcionalidade e a expansão do poder judiciário (BRANDÃO, 2011, p. 61). Essa expansão deve ser acompanhada de uma doutrina de autorrestrição judicial para evitar que a “hiperconstitucionalização” não desequilibre o *sistema de freios e contrapesos* e desconfigure o ideal democrático (BRANDÃO, 2011, p. 63).

A República Federativa do Brasil é constituída como um Estado Democrático de Direito, em que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente (art. 1º, parágrafo único, CRFB/1988). Os representantes, por sua vez, são os membros políticos que ocupam os cargos dos poderes executivo, legislativo e judiciário, que são independentes entre si (art. 2º, CRFB/1988). Daí segue-se que a nossa democracia é fundamentada pela teoria da tripartição de poderes, em que a organização descentralizada é, inclusive, protegida por *cláusula pétrea*. Essa ideia de tripartição de poderes é atribuída a Montesquieu, responsável por incluir o poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado. Cada um dos poderes possuem funções típicas e atípicas, de modo que cada um em sua atribuição complementa o outro e submete-se a controles recíprocos a fim de evitar que um se sobreponha aos demais e esvazie a ideia de contenção pretendida pela tripartição. Há, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a lógica do sistema de freios e contrapesos – *checks and balances*, da doutrina norte-americana – que pretende evitar o abuso de poder.

Como dito, os poderes também possuem funções típicas e atípicas e, embora devam ser exercidas excepcionalmente, às vezes não é o que ocorre. Costuma acontecer de um poder não exercer a sua função típica e o outro atuar atipicamente, colocando em cheque sua legitimidade democrática.

Atualmente vivemos em meio a uma séria crise de representatividade, com escândalos de corrupção e processo de *impeachment*, com o judiciário sendo chamado a intervir em questões políticas. Por essa razão surge o questionamento sobre os limites entre direito e política.

A instabilidade política é um dos fatores que leva à judicialização da política, tornando difícil distinguir o que é matéria política e o que é questão puramente jurídica. Enquanto no direito predomina a lei e os direitos fundamentais, pelo menos em tese; na política prevalece a soberania popular e o princípio majoritário, ao menos em tese. Apesar dessas distinções, não existe dissociação absoluta entre uma coisa e a outra. Tanto é que o Direito (a Constituição) é produto do processo constituinte (legislativo) (BARROSO, 2012, p. 15).

Tem-se que a judicialização da política representa a expansão do poder judiciário. As causas para esse fenômeno são diversas, mas no Brasil podem ser apontadas com maiores proporções especificamente pelo modelo de sistema processual constitucional abrangente e analítico que fez com que a Constituição tratasse de inúmeros assuntos e possibilitasse o sistema de controle de constitucionalidade por via de ações diretas.

Uma vez que o legislador tem sido omissivo ao não legislar algumas questões ou, embora legisle, não atenda eficazmente os pressupostos constitucionais de assegurar direitos fundamentais, e o sistema processual preveja formas de acionar o Supremo a fim de buscar sanar falhas estruturais legislativas, legitima-se a atuação do judiciário. Um caso em que a atuação do judiciário parece legítima é na ADI nº 4.650 que discutiu a questão do financiamento de campanhas eleitorais. Este caso engloba as questões relacionadas ao déficit democrático das instituições representativas, haja vista a profunda insatisfação da sociedade brasileira com o cenário da política e da democracia atuais, vide manifestações populares que tomaram nossas ruas em junho de 2013 com a frase “não me representa”; e à (falta de) legitimidade democrática da supremacia do Judiciário, que tem sido chamado a intervir em assuntos de competência daqueles que *(não) nos representam*.

Nesse caso fica mais que evidente a relação entre direito e política, contudo não deixa de ser alvo de críticas de quem alega falta de deferência judicial. Mas aqui, no caso da ADI em comento, a atuação do judiciário parece mais do que necessária, uma vez que a quem cabe o debate acerca das reformas estruturais dentro de um Estado, como é o caso da Reforma Política, não interessa a alteração da legislação, pois a classe política que está no poder foi eleita segundo as regras vigentes (FUX; FRAZÃO, 2015, p. 67). Assim, não é conveniente deixar única e exclusivamente nas mãos dos agentes políticos a prerrogativa de reformular as regras relativas ao financiamento de campanhas, uma vez que foi este sistema que os permitiu serem eleitos.

Junto ao fenômeno da judicialização da política, ocorre também o ativismo judicial que, embora enfrente dificuldade de definição conceitual e seja alvo de críticas

recebendo uma conotação negativa, tem sido uma prática recorrente no Supremo. Apesar das críticas, o ativismo não deve ser tido como necessariamente ilegítimo, de modo que ele pode ser desejável em algumas situações, noutras não; somente a avaliação do caso concreto poderá dizer.

O temor é o de que a judicialização e o ativismo coloquem para escanteio a tripartição de poderes fazendo valer sempre a supremacia do judiciário, mas para isso uma possível solução: a teoria dos diálogos institucionais, de forma a se superar o problema da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade através da possibilidade de a decisão constitucional da Corte ser revista pelo legislativo.

Portanto, preocupando-se com os riscos da supremacia judicial (através da ampliação do controle judicial de constitucionalidade dos atos e das omissões legislativas), além de procurar superar as falhas estruturais, ao buscar assegurar o cumprimento da Constituição e dar efetividade aos direitos fundamentais, tem-se que o diálogo institucional olha para o bom funcionamento do sistema de freios e contrapesos. Desse modo, fomenta-se a atuação conjunta dos três poderes em torno dos propósitos constitucionais. Além disso, essa proposta dialógica significa também a negação de que a interpretação constitucional possa ser encerrada no Judiciário.

Com a preocupação que acompanha a expansão do judiciário e a conseqüente exposição do Supremo Tribunal Federal à opinião pública, procede-se à análise do comportamento dos ministros e a possibilidade de que suas decisões possam sofrer influências extrajurídicas. Para isso serão apresentados os modelos de comportamento judicial da literatura norte-americana (legalista, ideológico e estratégico), com maior ênfase no comportamento estratégico, por ser esse o que melhor se encaixa no objeto de estudo. A fim de justificar a adoção desse modelo para a realidade brasileira, são apontadas semelhanças entre a Suprema Corte e o Supremo Tribunal Federal, principalmente no que concerne à escolha dos magistrados, uma vez que em ambas o ingresso ocorre através de um processo político.

Para fins de desenvolvimento das ideias pretendidas, o trabalho é dividido em três capítulos: Democracia e Tripartição de Poderes; Judicialização da Política e Ativismo Judicial perpassando pela análise da relação entre Direito e Política; e, por fim, o Supremo Tribunal Federal e a Opinião Pública, relacionando-os e analisando o comportamento estratégico dos ministros. A título de conclusão será proposta a ideia do diálogo institucional a fim de se equilibrar o sistema de freios e contrapesos.

1. DEMOCRACIA E TRIPARTIÇÃO DE PODERES

“Comentando Montesquieu, eu diria que um Estado é livre quando nele o poder limita o poder”.

Raymond Aron

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 (CRFB/1988) com o fim de instituir um Estado Democrático de Direito deixa claro já em seu art. 1º, parágrafo único, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos nela previstos. Partindo desse pressuposto, é preciso delimitar quem são os representantes e quais seus limites de atuação. Assim, conforme previsão do art. 2º do ordenamento jurídico brasileiro, que trata de seus princípios fundamentais, há a previsão da tripartição de Poderes da União em Legislativo, Executivo e Judiciário, que são independentes entre si. Essa configuração é, inclusive, abarcada pela proteção de *cláusula pétrea*, noutras palavras, não pode ser discutida nem alterada por emenda constitucional, conforme previsão do art. 60, §4º, CRFB/1988. Desse modo, a Constituição Federal de 1988, fruto do poder constituinte originário, possui fronteiras materiais que se autolimitam a fim de evitar desvio de poder; e as cláusulas pétreas buscam assegurar a essência do projeto democrático vislumbrado pelo constituinte.

A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro¹ (MENDES; BRANCO, 2011, p. 140).

Assim, a organização descentralizada da República Federativa do Brasil, com o poder emanando do povo através do voto direto, secreto, universal e periódico, bem como a tripartição dos Poderes não são passíveis de deliberação através de proposta de emenda à Constituição.

O conceito de separação de poderes atribuído a Montesquieu em razão de sua obra “O espírito das leis” também foi abordado por outros pensadores, tais como Aristóteles em sua obra “A política” e John Locke em “O Segundo Tratado do Governo Civil”. Entretanto, a tripartição de poderes é majoritariamente atribuída a Montesquieu, pois é ele o responsável por incluir o poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado². O Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988 prevê a existência dos três

¹ Já se estabeleceu paralelo entre a limitação à reforma da Constituição e a narrativa de Ulisses, personagem da Odisseia de Homero, amarrado ao mastro do seu navio, para atravessar incólume o mar das sedutoras, mas fatais, sereias. A propósito, Jon Elster, *Ulisses unbound*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

² É importante salientar que Montesquieu foi o responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado. E assim, revela ao mundo os contornos da acepção mais difundida da separação dos poderes (DOURADO; AUGUSTO; ROSA; 2011, p. 2639).

poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim, cada poder tem sua função, de modo que há quem defenda uma correção terminológica para *separação de funções*, pois o poder estatal é uno e materializado na Constituição, “de onde se extrai que a separação das funções deve funcionar também como forma de viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais” (FREIRE JÚNIOR, 2004, p. 27).

Nessa toada, todos os três poderes possuem funções típicas e atípicas, de modo que cada um em sua atribuição complementa o outro e submete-se a controles recíprocos a fim de que um não se sobreponha aos demais e esvazie a ideia de contenção pretendida pela tripartição. Logo, nenhum dos poderes deve ser ilimitado, fazendo valer no ordenamento jurídico brasileiro a lógica do sistema de freios e contrapesos – *checks and balances*, da doutrina norte-americana – que pretende evitar o abuso de poder.

Acerca das funções típicas, cabe ao Legislativo precipuamente a tarefa de legislar, mas também o relevante papel de promover a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial dos atos do Executivo (art. 49, X, CRFB/1988). Ao Executivo, por sua vez, compete a função de administrar o Estado conforme a legislação aprovada pelo Legislativo. Por fim, o Judiciário possui a competência para exercer a atividade jurisdicional; ou seja, quando provocado diante da existência de conflitos de interesses o Judiciário deve julgar, aplicando a lei ao caso concreto (GOUVEIA; AMARAL, p. 19).

Recordando-se a proposta de Montesquieu, portanto, é necessário fazer as devidas adaptações ao Estado Democrático de Direito, pois o modelo pensado pelo filósofo político francês foi elaborado para um regime monárquico. Assim, embora a existência de três poderes independentes e harmônicos seja um pressuposto da democracia, esse modelo foi pensado no contexto do Antigo Regime em que a monarquia absolutista concentrava em si todos os poderes, formando um Estado com centralização política. Desse modo, Charles-Louis de Secondant (o barão de Montesquieu) pertencente à “nobreza togada³” do Antigo Regime desenvolve sua ideia de tripartição de poderes com a finalidade de contrariar a “soberania absoluta” dos monarcas. Conforme Aron (2000, p. 29), “a ideia essencial de Montesquieu, porém, não é a separação de poderes no sentido jurídico, mas o que poderia chamar de equilíbrio dos poderes sociais, condição da liberdade política”. Por esta perspectiva,

³“É importante lembrar que na época de Montesquieu a nobreza francesa, via de regra, apresentava-se subdividida em nobreza de espada ou “de sangue” e nobreza togada. Enquanto a primeira espécie tinha origens na nobreza tradicional, cujas raízes remontavam aos primórdios medievais da monarquia gaulesa, a segunda espécie de nobreza era, geralmente, oriunda dos quadros sociais da burguesia francesa. Tal diversidade quanto à origem social de ambas as espécies de nobreza explica, pelo menos em parte, a cisão que ocorreu no início da Revolução Francesa (1789-1799), quando membros de tradicionais famílias do Segundo Estado (a Nobreza) apoiam a aludida Revolução” (ALVES, 2010, p. 145).

Montesquieu representa a aristocracia, lutando contra o poder monárquico, em nome de sua classe (nobreza togada), que é uma classe condenada (ARON, 2000, p. 30).

No mesmo sentido, os professores José Américo M. Pessanha e Bolivar Lamounier lecionam que Montesquieu (ALVES, 2010, p. 143):

[...] opta claramente pelos interesses da nobreza, quando põe a aristocracia a salvo tanto do rei quanto da burguesia. Do rei, quando a teoria da separação dos poderes impede o Executivo de penetrar nas funções judiciárias; dos burgueses quando estabelece que os nobres não podem ser julgados por magistrados populares. [...]

[...] Por outro lado, como autêntico aristocrata, desagrada-lhe a ideia de o povo todo possuir poder. Por isso estabeleceu a necessidade de uma Câmara Alta no Legislativo, composta por nobres. A nobreza, além de contrabalançar o poder da burguesia [estamento social em rápida ascensão social e econômica na França dos séculos XVII e XVIII], era vista por ele como capacitada, por sua superioridade natural, a ensinar ao povo que as grandezas são respeitáveis e que monarquia moderada é o melhor regime político (PESSANHA; LAMOUNIER, 1979, p. XXIII *apud* ALVES, 2010, p. 143).

Observa-se, portanto, que guardadas as distinções entre os contextos do Antigo Regime contemporâneo a Montesquieu e do atual Estado Democrático de Direito a ideia de tripartição de poderes sobrevive ao tempo e aos modelos de governo mencionados. Com atenção ao que foi apresentado uma ressalva deve ser feita; no modelo idealizado para frear a monarquia absolutista a teoria de Montesquieu objetiva tão somente o equilíbrio dos poderes sociais como uma condição para a liberdade política de sua classe, mas não faz parte de sua ideologia a atribuição de poder ao povo. Fica patente a distinção dos objetivos pretendidos pela teoria da separação de poderes no modelo idealizado pelos seus pensadores e neste adotado no atual regime de governo brasileiro, pois enquanto no *Ancien Régime* o povo continuava desprovido de poder e representação política, no Estado Democrático de Direito brasileiro a tripartição de poderes tem a função de limitar a ação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, através do que hoje se denomina *sistema de freios e contrapesos*, com a finalidade de cumprir um princípio fundamental da República Federativa do Brasil cujo qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único).

Desse modo, no regime democrático brasileiro o poder é do povo, que pode exercê-lo diretamente ou através de seus representantes que são eleitos para assumirem postos nos poderes Legislativo e Executivo. Os representantes cumprem mandatos eletivos e devem atuar sendo a voz dos eleitores, representando os interesses da coletividade consolidando a legitimidade democrática de seus cargos. Assim, o Legislativo, expressão máxima do poder

popular, deve ser atuante como representantes que efetivamente criem as leis e regras a serem dirigidas a todos abstratamente, criando apenas hipóteses de incidência da norma legislada. Por sua vez, o Executivo deve proceder à adequada execução das leis elaboradas pelo Legislativo; enquanto o Judiciário somente deve atuar se provocado a aplicar o direito no caso concreto, exercendo uma jurisdição complementar ao Poder Legislativo, devendo sempre zelar pelo cumprimento dos preceitos constitucionais.

Entretanto, para o bom equilíbrio e harmonia entre os três poderes, além das funções típicas, eles também podem exercer outras atípicas, previstas pela própria Constituição, a fim de que possam exercer controles recíprocos que obstem o abuso de poder. Por conseguinte, dentre as funções atípicas, cabe ao Legislativo a função de administrar a própria casa legislativa e fiscalizar se o Executivo e o Judiciário estão cumprindo as normas. O Poder Executivo pode, atipicamente, legislar através dos atos normativos podendo propor projetos de lei e editar medidas provisórias “com força de lei”; e o Judiciário de modo atípico também poderá legislar, pois é competente para elaborar seu regimento interno e administrativo. Além disso, vale mencionar que o Congresso Nacional também possui competências jurisdicionais quando julga o presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade.

Defende-se, com isso, que a separação de poderes não é estanque, de forma que há inter-relação entre os poderes, fazendo valer o mecanismo do *sistema de freios e contrapesos* que funciona como limitador dos poderes, com o objetivo primordial de evitar desvios e abusos. O entendimento sobre a separação dos poderes manifestar-se no modelo de organização da estrutura política do Estado através de funções de governo atribuídas a órgãos autônomos e não exclusivos (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 387) é corroborado pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho que aponta a existência de duas dimensões no princípio da separação de poderes: uma negativa e outra positiva.

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da **separação de poderes** transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controle’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas. O princípio da separação como forma e meio de *limite de poder* (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos. O princípio da separação como *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva,

separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder. (CANOTILHO, 1998, p. 246).

Ainda conforme o autor português,

A ordenação funcional separada deve entender-se também como uma *ordenação controlante-cooperante de funções*. Isto não se reconduz rigidamente a conceitos como ‘balanço de poderes’ ou ‘limitação recíproca de poder’ nem postula uma rigorosa distinção entre funções formais e funções materiais. O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e é feito de *forma legítima* (CANOTILHO, 1998, p. 247).

Contextualizada a origem da tripartição de poderes tomando-se o devido cuidado de apontar as diferenças ao regime democrático instituído pela Constituição de 1988, seguindo-se a uma análise pormenorizada das funções típicas e atípicas dos poderes, necessária é a investigação quanto ao bom funcionamento desse mecanismo de contenção de abuso de poder. A pertinente preocupação de Montesquieu em propor a desconcentração de poderes provém da concepção de que a liberdade somente é alcançada através do equilíbrio dos poderes. Acertadamente o autor considera que

[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Trazendo ao caso a inegável crise de representatividade por parte da população em relação aos *representantes* eleitos, ou seja, o *déficit democrático* das instituições representativas, aliada à questionável legitimidade democrática do Poder Judiciário que vem buscando atuar para suprir as omissões legislativas, é imprescindível se proceder a estudo crítico concernente ao Judiciário que possui função contramajoritária e deve, a princípio, se abster de atuações *essencialmente* políticas, devendo, pois, fazer valer as normas estabelecidas na Constituição, zelando pelo seu cumprimento.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Exposto o embasamento teórico que fundamenta o Estado Constitucional Democrático consubstancializado no tripé Legislativo, Executivo e Judiciário e admitindo-se a atual crise de representatividade do legislativo e do executivo, aliado à controvérsia acerca da legitimidade democrática do judiciário, são necessárias duas reflexões. A princípio, importa considerar que a tripartição de poderes não é tão rígida. Assim, as distintas funções dos poderes são permeáveis entre si e permitem o controle recíproco através de instrumentos constitucionalmente previstos que possibilitam a operacionalização do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Diante destes fatos, a outra consideração a ser feita refere-se à impossibilidade de buscar compreender Direito e Política como ciências isoladas, pelas razões a seguir encadeadas. Portanto, ao longo desse capítulo será trabalhada a confluência entre Direito e Política através dos fenômenos da judicialização da política e ativismo judicial.

2.1. Relação entre Direito e Política

Neste sentido, é importante traçar o caminho que se busca percorrer através da seguinte linha de raciocínio. A atual instabilidade política, a um só tempo causa e consequência da crise de representatividade, é um dos fatores que leva à judicialização da política e das relações sociais. A *judicialização*, portanto, representa o Poder Judiciário tratando das questões de relevâncias política, social ou moral – que deveriam ser matérias deliberadas pelo legislativo e aprovadas pelo executivo. Distintamente, o *ativismo judicial*, embora controverso e alvo de críticas, tem a ver com uma atuação mais proativa do Judiciário na interpretação da Constituição com o objetivo de alcançar as finalidades constitucionais, havendo maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes. Desta feita, mostra-se inegável a interface entre Direito e Política, principalmente se se considera o fenômeno da judicialização da política que ilustra “a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito” (BARROSO, 2012, p. 5-9).

Apesar da indiscutível relação entre as ciências jurídica e política, na primeira vigora o primado da lei (*the rule of law*) e dos respeito aos direitos fundamentais, enquanto na segunda prevalece a soberania popular e o princípio majoritário (BARROSO, 2012, p. 15). Ou seja, o campo jurídico defende a *limitação do poder* mediante sujeição ao direito, o que impõe obstáculos às deliberações do povo, enquanto a política busca preconizar a *soberania popular*, que tem na regra majoritária sua mais autêntica forma de expressão (FUX;

FRAZÃO, 2015, p. 35-36). Esta distinção leva à compreensão tradicional de que Direito e Política são áreas do conhecimento que não se confundem, pois conforme Vital Moreira:

[...] por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático. [...] O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático (MOREIRA, 2001, p. 272, *apud* FUX; FRAZÃO, 2015, p. 36).

Contudo, essa suposta distinção entre direito e política, como já antecipado, não prospera, uma vez que inexiste uma dissociação absoluta entre uma coisa e a outra. Como alertado por Dieter Grimm:

A Constituição estrutura a ação política organizando-a, guiando-a, limitando-a. Mas ela não regula a ponto de a política estar reduzida à mera execução de ordens constitucionais. Dentro da moldura constitucional, os órgãos políticos estão livres para fazer as escolhas que, de acordo com seu ponto de vista, o bem comum exige. A eleição decide qual dos pontos de vista em competição é o preferido pela sociedade e qual o grupo político deve, dessa forma, liderar as posições no Estado e executar seu programa político. A seu turno, as Cortes, especificamente as Cortes Constitucionais, são chamadas a controlar se os outros ramos de poder, ao definir, concretizar e implementar os objetivos políticos agiram de acordo com os princípios constitucionais e não ultrapassaram os limites constitucionais⁴.

Acrescenta-se que, no plano de sua *criação*, não há como o direito estar apartado da política, pois ele é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, quer dizer, da vontade das maiorias (BARROSO, 2012, p. 15). Nesta seara entre jurisdição e política constitucional é preciso encontrar um meio-termo entre o “judicialismo” constitucional no qual os temas controvertidos devem ser equacionados com base no Direito (e não em preferências ideológicas, interesses ou compromissos políticos) e o constitucionalismo popular para o qual a política praticada nos parlamentos e nas articulações da sociedade civil é tida como mais confiável para guardar e promover os valores constitucionais do que a atuação dos tribunais (NETO; SARMENTO, 2015, p. 112).

Para os defensores do “judicialismo” constitucional:

⁴ Do original: “The constitution structures political action by organizing, guiding and limiting it. But it does not regulate it to an extent which would reduce politics to mere execution of constitutional orders. Within the framework of the constitution the political organs are free to make those choices which, according to their view, the common best requires. The election decides which of the competing views is preferred by society and which political group may therefore fill the leading positions in the state and carry out its political program. By contrast, courts and especially constitutional courts, are called to control whether the other branches of government, in defining, concretizing and implementing the political goals, have acted in accordance with the constitutional principles and not transgressed the constitutional limits” (GRIMM, 1999, p. 210, *apud* FUX; FRAZÃO, 2015, p. 36-37).

A Constituição é um limite externo para a política, e não um norte para a sua atuação. Esse limite tem como guardião o Poder Judiciário – especialmente as supremas cortes ou tribunais constitucionais – que estaria, por assim dizer, “fora” da política (NETO; SARMENTO, 2015, p. 112):

De outra via, para os adeptos do constitucionalismo popular:

A Constituição é vista menos como um limite externo para a deliberação democrática dos fóruns representativos, a ser imposto a partir de fora, e mais como uma inspiração que deve guiar permanentemente a atividade política (NETO; SARMENTO, 2015, p. 112).

A fim de fortalecer o equilíbrio entre as visões sobre o que é Direito e o que é Política, não há – por oportuno – melhor opção do que transcrever a concepção dos autores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2015, p. 112-113).

Em nossa opinião, deve-se buscar um lugar intermediário entre essas visões antagônicas. De um lado, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia, sobretudo num contexto como o vivenciado no Brasil de hoje, de profunda crise de representatividade do Poder Legislativo. Contudo, do outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal.

Nesse sentido, é preciso, em primeiro lugar, reconhecer realisticamente que os tribunais não são espaços assépticos, imunes à ideologia e às articulações e compromissos políticos. Portanto, eles não estão “fora” da política. Ademais, é necessário também perceber que política, com todas as suas imperfeições, pode e deve ser um campo aberto ao debate constitucional, inspirando-se também por princípios, e não apenas por preferências ideológicas ou por interesses de facções⁵.

Como aduzido pelos próprios autores (NETO; SARMENTO, 2015, p. 114) “a jurisdição constitucional é peça importante nas engrenagens do constitucionalismo democrático”, de modo que tem contribuído para avanços significativos em campos fundamentais, tais como a proteção de minorias estigmatizadas, o respeito a valores republicanos e a preservação das regras do jogo democrático. Assim, antes de proceder a uma análise pormenorizada acerca do ativismo judicial e sobre ele lançar críticas ou elogios é prudente trabalhar a questão da judicialização da política e expor suas causas.

⁵ Como destacou Maurizio Fioravanti, “uma Constituição livre da política pode corresponder a uma política livre da Constituição” (*Costituzione e Popolo Sovrano: La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 20). Em outras palavras, uma cultura jurídica que atribui apenas aos tribunais a função de promoção e proteção da Constituição acaba desonerando os atores políticos do dever de se guiarem pelos princípios constitucionais (NETO; SARMENTO, 2015, p. 113).

2.2. Judicialização da Política

Considerando a fluidez da fronteira entre política e justiça, tal como defendido por Barroso (2012), há que se atentar à prática de o Judiciário, quando provocado, intervir em matérias atribuídas aos parlamentos. Consolidando a ideia exposta, Dieter Grimm (2006, p. 3) ao estudar a criação do Direito afirma que “a relação entre direito e política, em sua forma atual, encontra-se decisivamente cunhada pela positivação do direito”.

Por positivação entenda-se o processo histórico no qual o direito passou de validade tradicional ou transcendente para validade decisionista. O resultado desse processo, o direito positivo, é caracterizado por sua realização por meio de uma legislação humana consciente e sua validade por força de decisão. Essa decisão não ocorre no sistema jurídico, mas, sim, no político. O que vale juridicamente é determinado politicamente. Nesse caso a política está subordinada ao direito. Um conteúdo próprio, politicamente independente do direito, não existe (GRIMM, 2006, p. 3).

Dada a relação entre a gênese do direito e a política, uma vez que o Direito é positivado através de um sistema político, torna-se inquestionável seu caráter político. Segue-se, a partir de agora, à discussão acerca do fenômeno da judicialização da política que, conforme Daniel Giotti (2011, p. 300):

[...] se insere em uma perspectiva histórica de submissão de questões substanciais de uma sociedade para o âmbito jurídico, seja inicialmente mediante um fenômeno de positivação constitucional, seja nos últimos anos com a progressiva transferência das questões políticas para os âmbitos das cortes.

Conforme proferido ao final do primeiro capítulo, o judiciário possui função contramajoritária e deve se abster de atuações *essencialmente* políticas, contudo, como também já amplamente trabalhado, as funções são intercambiáveis a fim de se permitir a inter-relação entre os poderes e o funcionamento do *sistema de freios e contrapesos*. Desse modo, nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2012, p. 5):

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Tomando-se de empréstimo os estudos de Barroso, a judicialização será abordada como um *fato*, uma circunstância do desenho institucional brasileiro (2012, p. 10). Há, para o professor, variadas causas passíveis de serem apontadas para o fenômeno da judicialização, podendo-se destacar: o reconhecimento da importância do Judiciário nas democracias atuais, que implica na ascensão institucional de juízes e tribunais; o déficit democrático, ou seja, a

crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos; a preferência de alguns atores políticos a que o Judiciário atue em questões que envolvam desacordos morais razoáveis na sociedade (união homoafetiva, interrupção de gestação...) a fim de evitarem desgastes políticos na deliberação desses temas; e, no Brasil, a judicialização toma maiores proporções especificamente pelo modelo de sistema processual constitucional abrangente e analítico que fez com que a Constituição tratasse de inúmeros assuntos e possibilitasse o sistema de controle de constitucionalidade por via de ações diretas (BARROSO, 2012, p. 6).

Em sua tese de doutorado Rodrigo Brandão procedeu a uma extensa análise sobre a *expansão global do Poder Judiciário*⁶ traçando um histórico acerca da *judicial review of legislation*, que surgiu nos Estados Unidos com o célebre caso *Marbury v. Madison*⁷, no qual “foi proferida a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade moderno, por haver estabelecido seus principais marcos teóricos” (BARROSO, 2004, p. 10 *apud* BRANDÃO, 2011, p. 29). Sem adentrar pormenores contextuais do caso, já extensamente analisado na referida tese, dá-se um salto aos capítulos da obra que tratam da ‘expansão do papel político do Judiciário’ e da ‘afirmação e expansão do Judiciário no Brasil’. Por mera estratégia metodológica, faz-se um recorte ao tema do *neoconstitucionalismo*, que promoveu mudanças significativas no plano da teoria do direito, com a característica essencial de atribuir força normativa aos princípios jurídicos, quer dizer, “a ideia de que os princípios constitucionais são normas jurídicas, imperativas aos três poderes e judicialmente sindicáveis, e que se aplicam mediante ponderação” (BRANDÃO, 2011, p. 61).

Brandão é cuidadoso ao alertar que os princípios jurídicos, em razão de possuírem grau de densidade normativa bem inferior ao das regras, podem por um lado contribuir na redução da discricionariedade judicial nos *hard cases*, enquanto por outro servirem de fundamento a uma atuação judicial sujeita a parâmetros jurídicos muito tênues (2011, p. 61). Ou seja, através da aplicação de princípios será o aplicador quem irá determinar os critérios da decisão judicial, enquanto na aplicação das regras os critérios são previamente estabelecidos e posteriormente aplicados por subsunção lógica.

Nota-se que com a aplicação do princípio da proporcionalidade o *neoconstitucionalismo* permite a expansão do Judiciário que apresenta maior tendência a uma

⁶ A expressão se tornou célebre com o seminal estudo de TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995 (TATE, 1995 *apud* BRANDÃO, 2011, p.3)

⁷ Como se sabe, neste célebre caso a Suprema Corte dos EUA asseverou que a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional uma lei, apesar do silêncio da Constituição norte-americana, seria uma consequência natural da supremacia da Constituição sobre as leis, do Estado de Direito e da natureza legal da Constituição (BRANDÃO, 2011, p. 3).

atuação carregada de subjetividade do que na aplicação de regras (subsunção de fatos concretos à hipótese de incidência). Em razão desse fato o neoconstitucionalismo tem de se desenvolver juntamente a uma doutrina de autorrestrrição judicial para evitar que o magistrado substitua irrefletidamente as regras por princípios. Em suma, a ponderação não deve ser encarada como um critério geral de aplicação da ordem jurídica, pois desse modo tudo estaria contido na Constituição e não restaria espaço à discricionariedade legislativa. Noutras palavras, estaria desequilibrado o sistema de freios e contrapesos, uma vez que *essa* “hiperconstitucionalização” sufocaria o pluralismo jurídico e as competências do Parlamento, o que é incompatível com a democracia (BRANDÃO, 2011, p. 63).

Contextualizada a ordem institucional inaugurada pelo novo constitucionalismo, Rodrigo Brandão prossegue apresentando um panorama do fenômeno conectando o neoconstitucionalismo ao processo de judicialização da política. Citando novamente o emblemático caso *Marbury v. Madison (1803)* que *inaugurou o controle de constitucionalidade moderno* apresenta-se a informação de que:

[...] estudos de ciência política da década de 1990 perceberam que a habitual previsão do controle de constitucionalidade nas Constituições da segunda metade do século passado foi acompanhada de uma *expansão global do Poder Judiciário*, com uma consequente *judicialização da política* (TATE; VALLINDER, 1995, p. 25 *apud* BRANDÃO, 2011, p. 66).

Antes de adentrar ao capítulo da afirmação e expansão do Judiciário no Brasil, bem *en passant*, vale mencionar as teorias conceitualistas e funcionalistas que apresentam suas razões para a expansão global do Poder Judiciário. Para as primeiras, a positivação de direitos fundamentais nas Constituições com o surgimento de uma “cultura de direitos” é a responsável pela expansão do judiciário; havendo uma variação importante dentro de seu próprio espectro, no sentido de que a judicialização é vista como uma importante medida de limitação do poder em um Estado amplo. Por outro lado, para as teorias funcionalistas, a judicialização decorre de uma questão estrutural do sistema jurídico, “como, por exemplo, a existência dos múltiplos pontos de veto (*veto points*) em um sistema político fortemente descentralizado”; aqui o federalismo e mecanismos mais rígidos de separação de poderes fomentam a expansão do judiciário, que deverá agir como terceiro imparcial na resolução de conflitos entre os demais Poderes ou entre os Estados-membros e a União (ACKERMAN, 1997 *apud* BRANDÃO, 2011, p. 69).

2.2.1. A afirmação e a expansão do Judiciário no Brasil

Sem delongadas contextualizações históricas⁸, impende consignar o relevante papel da Constituição Federal de 1988 como o principal marco jurídico responsável pela guinada do processo de redemocratização brasileira, fomentando a transição de um Estado autoritário, marcado pela legalidade paralela de atos institucionais e reiteradas violações aos direitos fundamentais dos cidadãos, para um Estado Democrático de Direito, que busca a consolidação democrática com a proteção dos direitos fundamentais através do modelo de tripartição de poderes. A supremacia da Constituição decorre da ampla participação popular no processo constituinte e da noção de que ela é norma jurídica, aplicável judicialmente e dotada de imperatividade, conquistada pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade (BRANDÃO, 2011, p. 140).

Conforme aduzido na tese, a principal propulsora da expansão do Judiciário foi a consolidação da democracia brasileira, que solucionou crises políticas pelas instituições constitucionalmente competentes (em diversas vezes pelo próprio STF), excluindo as Forças Armadas da vida política ordinária, permitindo que conflitos políticos fossem dirimidos – pelo menos em maior medida do que no período pré-88 – pelo direito e pela política, e não mais pela força (BRANDÃO, 2011, p. 140).

No tocante ao fenômeno da judicialização da política é possível apresentar duas circunstâncias responsáveis pela expansão do Judiciário. Em primeiro, o sistema processual constitucional, que prevê um amplo rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), viabilizando o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade por grupos de interesse e por partidos de oposição⁹ (BRANDÃO, 2011, p. 122). Além da ADI (que pode ser proposta em face de leis ou atos normativos federais e estaduais, inclusive em relação a emendas institucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos-legislativos e resoluções do Congresso e de suas Casas, medidas provisórias, atos

⁸ Embora interessante o estudo do histórico do Judiciário brasileiro, não é esse o cerne do trabalho. Sobre o tema, cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais – A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011, p. 89- 117 e SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010.

⁹ Com efeito, o art. 103 da Constituição de 1988 conferiu legitimidade ativa para ADI não apenas a órgãos ou autoridades federais (Presidente da República, Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e Procurador-Geral da República), como também a órgãos ou autoridades estaduais (Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa Distrital e Governador de Estado e Distrito Federal) e – destaque-se – a atores da sociedade civil (Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional).

administrativos autônomos, dispositivos de Constituições estaduais, bem como – desde 2008¹⁰ – em face de leis de efeitos concretos), há também a possibilidade de *controle abstrato de constitucionalidade* através de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

O amplo número de legitimados para a propositura de ADI e suas diversas hipóteses de cabimento em muito contribuí para a expansão do poder judiciário e a consequente judicialização da política. Além do mais, a criação da ADC pela EC nº 03/1993, e a regulamentação da ADPF pela Lei nº 9.882/1999, são fatores que ampliaram consideravelmente as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal pode se pronunciar, originalmente, acerca da constitucionalidade de ato do Poder Público, em decisão com efeitos *erga omnes*, ou seja, aplicável a todos os destinatários da norma constitucional (BRANDÃO, 2011, p. 125).

A Emenda Constitucional n. 03/1993 trouxe, ainda, o efeito vinculante, interpretado pelo STF como um *plus* de eficácia em relação aos efeitos *erga omnes*, eis que resulta na aplicação da decisão do STF não apenas aos destinatários da norma constitucional, como também aos órgãos administrativos (administração federal, estadual e municipal, seja direta, seja indireta) e judiciais que não o próprio STF¹¹. Assim, caso tais autoridades não se orientem por decisão do STF dotada de efeito vinculante, ao invés de a parte ter que percorrer toda a sistemática recursal ordinária para ter acesso à Corte Suprema, pode propor diretamente perante o STF reclamação, com vistas a restabelecer a autoridade de sua decisão. (...)

Todavia, certamente as inovações mais impactantes, nesse ponto, são a *súmula vinculante* e a *repercussão geral*. Com efeito, a EC n. 45/2004, mediante a introdução do art. 103-A da Constituição, permitiu que o STF, na hipótese de ter proferido reiteradas decisões em matéria constitucional, que sejam objeto de controvérsias cuja demora no deslinde cause grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, edite súmula vinculante, mediante quórum qualificado de dois terços. Note-se que tais súmulas, embora frutos de decisões proferidas em sede de controle difuso e incidental, produzem efeito vinculante (como no controle abstrato e concentrado), de molde que, se autoridade administrativa ou judicial não seguir a sua orientação, caberá reclamação perante o STF. Por outro lado, após o STF ter se pronunciado sobre questão em relação à qual reconheceu a presença de repercussão geral, se os Tribunais de origem não se retratarem, poderá o STF *cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada* (art. 543-B, §3º, do CPC¹²) (BRANDÃO, 2011, p. 126-127).

¹⁰ STF, ADI 4.048/MC, DJ, 22/08/2008, p. 5 – que reviu a jurisprudência acerca do não cabimento de ADI em face de leis orçamentárias, para conhecer e declarar a inconstitucionalidade de medida provisória que abriu crédito orçamentário sem a observância dos requisitos constitucionais.

¹¹ Embora a EC n. 03 só tenha previsto, expressamente, o efeito vinculante para as decisões do STF em ADC, esta Corte já decidira que as decisões na ADI possuíam igual efeito, diante da natureza dúplice dessas ações de controle abstrato de constitucionalidade. De qualquer sorte, a Lei n. 9.868/1999 e a EC n. 45/2004 ratificaram tal orientação, e, posteriormente, a Lei n. 9.882/1999 reconheceu que as decisões proferidas pelo STF em ADPF também produziram efeito vinculante (BRANDÃO, 2011, p. 126).

¹² Atual art. 1039, do CPC de 2015 (Lei nº 13.105/2015).

Diante dessas variadas formas de acionar o Judiciário, especificamente o STF, e do elevado número de legitimados para a propositura dos remédios constitucionais mencionados, salta aos olhos que os instrumentos capazes de promover o controle de constitucionalidade são os grandes responsáveis pela expansão do Judiciário. Com efeito, se antes da Constituição de 1988 os efeitos produzidos pelas decisões de inconstitucionalidade do STF eram basicamente *inter partes* hoje, com o avanço do controle abstrato, que torna as decisões do Supremo obrigatórias a todos os destinatários da norma constitucional, independente de serem ou não partes do processo, e vinculantes a todos os órgãos judiciais e para a administração pública direta e indireta dos entes federativos, o espectro de pessoas potencialmente atingidas pelas decisões do STF é muito mais amplo (BRANDÃO, 2011, p. 127).

A segunda circunstância responsável pela expansão do Judiciário tem a ver com o déficit democrático das instituições representativas brasileiras, com a fragilidade do legislador em específico. Contudo, antes de apontar a deficiência do legislativo, é importante esclarecer algumas particularidades a fim de distinguir a judicialização da política em relação ao ativismo judicial, que será mais bem analisado no próximo item deste capítulo. Ran Hirschl diferencia três categorias de judicialização (HIRSCHL, 2006, p. 726, *apud* PAULA, 2011, p. 299):

1) a difusão do discurso jurídico com seus jargões, regras e procedimentos para a esfera pública e para os fóruns e processos de decisão política; 2) judicialização da tomada de decisões políticas pela administração ordinária e revisão judicial; e, finalmente, a 3) judicialização da política pura, ou seja, a transferência para as cortes de questões de natureza essencialmente pura.

O primeiro tipo de judicialização, mais abstrato, traduz-se na ascendência do discurso jurídico e na popularização do jargão legal. É a judicialização das relações sociais, com o avanço do direito sobre a cultura popular e sobre várias áreas da vida privada e em sociedade.

A segunda forma de judicialização, ao contrário, é mais concreta e pertinente. Trata da expansão da jurisdição para definir e delimitar direitos, bem como as relações entre órgãos estatais. É, a partir dessa judicialização, que se convencionou criticar a postura de algumas cortes, afirmando que instauraram um governo de juízes.

A judicialização da política mega ou pura é a que caracteriza os tempos hodiernos. É necessário, porém, precisar o que seria mega política (*mega politics*). Na acepção do autor trata-se de controvérsias políticas essenciais, como processo eleitoral, problemas de justiça restaurativa, entre outros, que elevam as cortes ao patamar de parte crucial no aparato nacional de formação de políticas. Esse processo de progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o judiciário é identificado pelo autor como *juristocracia*.

E, também, antes de atacar a judicialização, recorda-se novamente qual a função do legislativo. Portanto, conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 163), trabalha-se com a premissa de que:

[...] em um regime democrático, o legislador é o fórum adequado para responder aos anseios e necessidades dos membros da sociedade; isso deve ser assim como forma de prestigiar o autogoverno popular, a participação dos indivíduos nas decisões políticas; as cortes não podem ser titulares da única palavra sobre os significados da Constituição, sendo ilegítima qualquer manifestação de supremacia judicial; o Executivo e o Legislativo são mais legitimados para versar sobre políticas públicas ante a menor capacidade institucional de juízes e cortes sobre a matéria.

Expostas as proposições, concorda-se com o autor quando ele diz serem todas verdadeiras, embora possuam limites de aplicabilidade, com exceção da que tem por ilegítima qualquer manifestação de supremacia judicial. Em sua densa tese de doutorado, Carlos Alexandre aborda o problema da omissão legislativa inconstitucional (que acaba levando) ao Estado de Coisas Inconstitucional. Desse modo, a fim de relativizar as premissas supra e autorizar um papel mais ativo ao Judiciário, questiona:

Como dizer da superioridade democrática e institucional de legisladores e de governantes frente a juízes e cortes em casos de mais absoluta inércia estatal, de falhas estruturais persistentes? Como dizer da maior participação política dos indivíduos nas decisões fundamentais por meio dos legisladores se presente déficit de representatividade, se em movimento um processo político-eleitoral marcado pelo poder do dinheiro e pela corrupção? Como admitir a superioridade democrática e institucional de legisladores e de governantes ante um contexto de violação massiva de direitos fundamentais assistida passivamente pelos agentes políticos responsáveis? (CAMPOS, 2015, p. 165).

Consideradas todas as exposições supramencionadas, não há mais que se questionar a permeabilidade das fronteiras entre direito e política. Desse modo, partindo das premissas trazidas por Carlos Alexandre e sua perspicaz relativização de validade ao problematizar as assertivas e negar totalmente aquela que afirma a ilegitimidade de qualquer manifestação judicial, busca-se a partir de agora demonstrar a legitimidade da manifestação de supremacia judicial em hipótese na qual o legislativo possui competência originária para decidir. Para tanto será feita uma escolha bastante emblemática, qual seja, a questão do financiamento de campanhas, discutida na ADI nº 4.650, proposta em 2011 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

De início, explica-se a escolha deste caso em razão dele englobar as questões relacionadas ao déficit democrático das instituições representativas, haja vista a profunda insatisfação da sociedade brasileira com o cenário da política e da democracia atuais, vide

manifestações populares que tomaram nossas ruas em junho de 2013 com a frase “não me representa”; e à (falta de) legitimidade democrática da supremacia do Judiciário, que tem sido chamado a intervir em assuntos de competência daqueles que (*não*) *nos representam*. Em suma, a ADI nº 4.650 torna estreme de dúvida a relação entre Direito e Política, uma vez que a questão acerca do financiamento de campanhas está relacionada à infiltração do poder econômico na política, o que tem contribuído para o agravamento da crise de representatividade e colocado em risco a democracia – que deve ser protegida pelo Direito. Nesse ponto, é importante já adiantar que a atuação do Supremo Tribunal Federal no âmbito de questões essencialmente políticas e sob os aclames da população acaba por submetê-lo à exposição da mídia e da opinião pública por ela (in)formada. Mas esse é um assunto para o próximo capítulo.

Portanto, a relação entre Direito e Política deve permitir uma interpretação dialógica da Constituição, envolvendo *diálogo constitucional*¹³ e *institucional*¹⁴ entre os poderes, e destes com a sociedade, a fim de se manter independência e harmonia entre os poderes, conforme disposto no texto constitucional, e assim calibrar o sistema de freios e contrapesos. Mais que tal relação, o caso escolhido demonstra a judicialização da política, desenvolvida conforme as duas circunstâncias responsáveis pela expansão do Judiciário no Brasil, aqui interligadas: o atual desenho institucional brasileiro, que tem enfrentado essa crise no campo da política majoritária e buscado soluções através do remédio cabível, *in casu*, a Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵, previsto em nosso sistema processual constitucional.

Conforme estudos realizados por Daniel Sarmiento¹⁶ e Aline Osório¹⁷, “o que garante a vitória de um candidato não é tanto a popularidade ou qualidade de suas propostas, mas a quantidade de recursos que consegue angariar” (2014, p. 7). Apenas a título ilustrativo, o quadro empírico constatado nas eleições de 2010 e 2012, conforme gráficos¹⁸ a seguir, relacionam o total das receitas auferidas por partidos políticos e os votos por eles obtidos a

¹³ Sobre diálogos constitucionais, cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011.

¹⁴ Sobre diálogos institucionais, cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 260 f. Mimeografado.

¹⁵ Conforme o glossário jurídico disponível no site do STF: (ADI) Ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal. A ADI é um dos instrumentos daquilo que os juristas chamam de “controle concentrado de constitucionalidade das leis”. Em outras palavras, é a contestação direta da própria norma em tese.

¹⁶ Em conjunto com Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento foi autor da representação encaminhada ao Conselho Federal da OAB visando à propositura da ADI nº 4.650.

¹⁷ É uma das advogadas da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ e na qualidade de *amicus curiae* sustenta a procedência da ADI 4.650

¹⁸ Gráficos retirados do artigo “Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições” de autoria de Daniel Sarmiento e Aline Osório, que se utilizaram do portal “Às Claras” para obterem essas informações.

fim de demonstrar a influência central do dinheiro nas eleições (SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 7-8).

Gráfico 1 - Correlação entre receitas e votações de partidos nas Eleições 2012

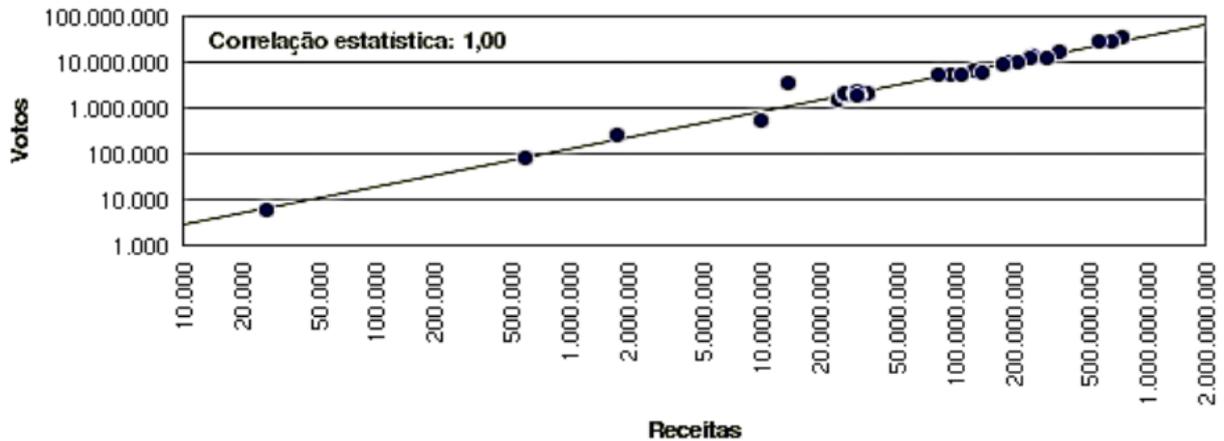
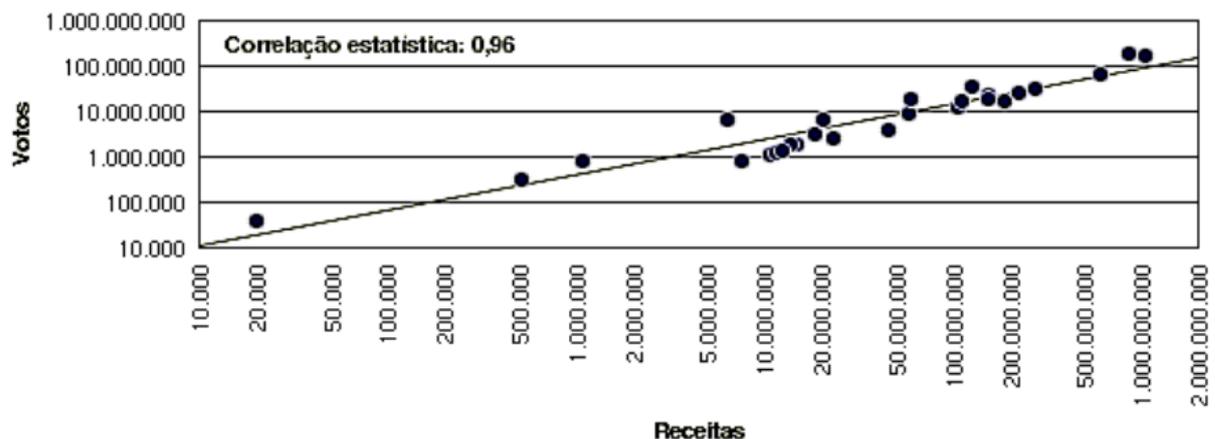


Gráfico 2 - Correlação entre receitas e votações de partidos nas Eleições 2010



Outra informação que pode ser retirada do *site* “Às Claras” refere-se às origens das doações, que são predominantemente realizadas por pessoas jurídicas. Em 2012 a distribuição de receitas por tipo de doador ficou na discrepante proporção de 97,5% provenientes de pessoas jurídicas, enquanto apenas 2,5% haviam sido doados por pessoas físicas; em 2010 a proporção foi de 96,2% da receita derivada de doações feita por pessoas jurídicas e 3,8% por pessoas físicas¹⁹.

Percebe-se, assim, que o financiamento eleitoral pelo setor privado no Brasil se dá através de um reduzido grupo de pessoas jurídicas, que não representa

¹⁹ Dados extraídos do *site* “Às Claras”. A distribuição de receitas por tipo de doador inclui as doações feitas a comitês e no índice referente às doações de pessoas físicas estão excluídas aquelas realizadas pelos próprios candidatos.

mais do que 0,5% do total de empresas brasileiras e, ainda, por um punhado de pessoas físicas muitíssimo abastadas²⁰. Disso resulta que candidatos e partidos políticos são fortemente dependentes de poucas empresas para sua candidatura. E – não sejamos inocentes – não se deve esperar que o almoço seja grátis²¹.

Pelo contrário, é natural, neste quadro, que os interesses dos doadores influenciem decisivamente a atuação dos políticos eleitos com a sua ajuda. Desejosos de contar com tais fundos para uma futura reeleição, os representantes tendem a se empenhar na defesa dos interesses e projetos nem sempre legítimos dos seus principais doadores, valendo-se dos mais diversos expedientes, como o favorecimento em licitações e contratos públicos, a concessão de incentivos fiscais e a edição de regulações favoráveis. E dados empíricos revelam que os grandes financiadores de campanhas eleitorais são, na esmagadora maioria dos casos, justamente empresas pertencentes a setores que mantêm estreitas relações com o Poder Público, como a construção civil, o setor financeiro e a indústria²².

Por outro lado, há evidências de que, com as contribuições, os *big donors* não objetivam apenas ser beneficiados por medidas e políticas públicas especiais, mas também, por vezes, buscam evitar “represálias” políticas²³. De acordo com a pesquisa “Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado”, mais de 25% das empresas entrevistadas alegaram terem sido coagidas a fazerem doações a campanhas e, destas, a metade relatou terem sido prometidos favores em troca da contribuição²⁴ (SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 19-20).

Conhecida essa realidade, os números demonstram a seriedade da situação, que demanda por uma Reforma Política capaz de reverter, ou com uma visão mais cética, amenizar o impacto do poder econômico nas eleições, a fim de se evitar a “plutocratização” da política brasileira, subvertendo os princípios da igualdade, da república e da própria democracia. Como já adiantado há pouco, a influência do capital privado na política agrava a

²⁰ Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE, em 2010, havia 4,5 milhões de empresas ativas no Brasil, sendo que menos de 20 mil contribuíram com recursos para campanhas eleitorais em 2010 (SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 9).

²¹ “Financiamento privado de campanha é você colocar um dono pra cada parlamentar. Não existe almoço de graça. Uma empresa que financia um parlamentar quer contrapartida.” — Deputado Francisco de Assis Carvalho (PT-PI) em programa do CQC transmitido em 28/09/2015 sobre o fim do financiamento privado de campanhas no qual o repórter Juliano Dip foi conversar com os eleitos para saber o que eles pensam sobre a decisão do STF na ADI nº 4.650 impedindo que empresas possam doar dinheiro para campanhas eleitorais. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PuzzgDH2fYk&feature=youtu.be&t=1m37s>>. Acesso em: 10 Nov. 2016.

²² Cf. Tribunal Superior Eleitoral. Estatísticas de Prestação de Contas – Doações. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>> Acesso em 29 ago. 2013 *apud* SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 19.

²³ A ideia, desenvolvida no âmbito da teoria da escolha pública (*public choice*), é a de que, no mercado político, não só empresas buscam se apropriar de rendas e privilégios por meio do processo político (*rent seeking*), mas também os políticos visam gerar benefícios para si (no caso, fundos para suas campanhas) mediante a ameaça de retirar, via regulação ou tributação, rendas e vantagens já concedidas a tais empresas. Descarta-se, assim, uma visão maniqueísta que entende o Estado apenas como vítima da atuação interessada de empresas. SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 19. A respeito, cf. MCCHESENEY, Fred S. Money for Nothing: Politicians, rent extraction and political extortion. Cambridge: Harvard University Press, 1997. 216p *apud* SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 19.

²⁴ ABRAMO, Claudio Weber. **Corrupção no Brasil: a perspectiva do setor privado**, 2003. Transparência Brasil, 2004 *apud* SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 20.

crise da representatividade, pois os políticos captam recursos das empresas e tendem a representar o interesse desses que possuem o poder econômico. Como consequência os cidadãos são preteridos e, obviamente, não se sentem representados nos parlamentos.

Sem pretensão de esgotar o assunto da Reforma Política, por não ser este o objetivo do trabalho, é necessário defender sua realização a fim de que possa ser desenvolvido um novo formato para o modelo do financiamento de campanhas eleitorais. Contudo a quem cabe o debate acerca das reformas estruturais dentro de um Estado, como é o caso da Reforma Política, não interessa a alteração da legislação, uma vez que a classe política que está no poder foi eleita segundo as regras vigentes. Desse modo, parece não se poder confiar única e exclusivamente aos agentes políticos a prerrogativa de reformular as regras relativas ao financiamento de campanhas, uma vez que foi este sistema que os permitiu serem eleitos (FUX; FRAZÃO, 2015, p.67).

Bem resumidamente, um caso semelhante que justifica a intervenção do Judiciário é a questão do controle de constitucionalidade da reeleição presidencial na Colômbia, na qual o presidente Álvaro Uribe, que gozava de aprovação de 70% da população, pôde se reeleger; e depois, em 2010, com o mesmo índice de popularidade de antes, pretendia uma segunda reeleição imediata a fim de obter o terceiro mandato consecutivo. A Corte Constitucional colombiana teve então que enfrentar o questionamento de constitucionalidade da lei (Ley 1.354 de 2009) que convocara o referendo popular para a aprovação de reforma constitucional que permitiria uma segunda reeleição presidencial imediata (CAMPOS, 2015, p. 98-99). Este caso colombiano envolve a relação direito e política de modo similar à questão de financiamento de campanha no Brasil e ambos legitimam a atuação do Judiciário.

Quanto ao caso da reeleição presidencial na Colômbia, Carlos Alexandre argumentou que a decisão revela “o quanto a Corte é capaz de interferir em decisões de alta relevância política, intervindo em escolhas cruciais dos Poderes Executivo e Legislativo” (2015, p. 111). Tal capacidade de intervenção em assuntos de relevância política coaduna-se com o posicionamento alinhado à legitimidade democrática da supremacia do Judiciário, quando instado a interferir em assuntos de competência daqueles que guardam interesses na manutenção do *status quo* [financiamento privado de campanha] ou na modificação de regras que forem lhes trazer benefícios [segunda reeleição consecutiva].

[...] a Corte atua ativamente sobre as escolhas e medidas do Legislativo e do Executivo em razão de detectar omissões e insuficiências, a começar pela falta ou deficiência de políticas públicas, com o propósito de remover violações sistemáticas e contínuas de direitos fundamentais. Significa dizer: a atuação da Corte Constitucional colombiana, quando reconhece o estado de

coisas inconstitucional, está longe de ser um comportamento extravagante, fora de seus próprios padrões. Na realidade, essa postura é apenas um estágio, evidentemente avançado, de sua contínua postura ativista em defesa dos direitos fundamentais daqueles mais necessitados e marginalizados dentro da sociedade colombiana (CAMPOS, 2015, p. 111).

Quanto ao caso brasileiro, o Ministro Relator da ADI nº 4.650, Luiz Fux, também defende haver hipóteses em que se exige uma postura mais *incisiva* da Suprema Corte, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático.

Sem dúvidas, a discussão acerca do financiamento de campanhas se afigura como importante ferramenta dentro dessa engenharia democrática, impactando decisivamente no prélio eleitoral. Daí por que a defesa de uma postura mais *ativa* do Supremo Tribunal Federal em matérias como a presente não se reduz jamais ao campo estrito da *hermenêutica constitucional*, exurgindo, antes de tudo, como autêntica questão de *modelagem institucional* no Estado Democrático brasileiro²⁵.

Partindo das ideias apresentadas, defende-se a legitimidade da supremacia do Poder Judiciário em casos nos quais sejam diagnosticadas falhas no funcionamento das instituições, uma vez que é dever da Corte Constitucional *otimizar e aperfeiçoar* o processo democrático, *corrigindo* as patologias que desvirtuem o sistema representativo e *protegendo* os interesses e direitos de grupos políticos minoritários (FUX, FRAZÃO, 2015, p. 65-66). Desse modo, o STF, enquanto órgão político, também é instância de representação popular, “máxime quando o processo político majoritário não atende satisfatoriamente os anseios e reclames de determinado segmento da sociedade” (FUX, FRAZÃO, 2015, p. 72).

Percebe-se, portanto, que os debates são convergentes na necessidade de se reconhecer, com ponderação, a legitimidade de atuação do poder judiciário quando o legislador não cumprir suas premissas de atuação e quedar-se omissos às falhas estruturais que agravam a crise de representatividade e/ou viola direitos fundamentais. A inércia do legislador pode, inclusive, levar a um “estado de coisas inconstitucional” (CAMPOS, 2015, p. 16) que:

[...] consiste em situação extrema de omissão estatal, configurada como “falhas estruturais”. Essas falhas nada têm a ver com dispositivos constitucionais específicos ou ordens expressas de legislar, e sim com a omissão ou ineficiência do aparato estatal que resulta na proteção deficiente de direitos fundamentais e ameaça a falência do projeto constitucional (CAMPOS, 2015, p. 22).

A questão da omissão estatal, mais especificamente a inércia do poder legislativo, promove e agrava as violações a direitos fundamentais, o que requer, segundo Carlos

²⁵ Trecho do voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux digníssimo relator da ADI nº 4.650, página 37 do acórdão.

Alexandre (2015, p. 22), o ativismo judicial estrutural dialógico. Assim, um dos propósitos do autor é a necessidade de compreender a omissão inconstitucional não só como sendo algo tradicionalmente definido por exclusão: ou é omissão legislativa, ou é administrativa; a omissão inconstitucional também pode decorrer da falha de coordenação entre Legislativo e Executivo, implicando na proteção deficiente de direitos fundamentais. Outro propósito de Carlos Alexandre é a abordagem dialógica do controle judicial da omissão inconstitucional a fim de alcançar possíveis interações entre o Supremo, o Legislativo e o Executivo em torno e superar as omissões legislativas inconstitucionais através de um processo de diálogo institucional. Declarada a legitimidade da supremacia do judiciário em determinadas hipóteses, abre-se a discussão referente ao ativismo judicial, este sim alvo de críticas e carente de uma conceituação livre de conotação pejorativa.

2.3. Ativismo Judicial

Defendida a tese quanto à legitimidade da supremacia da manifestação do Poder Judiciário em determinadas hipóteses nas quais o Legislativo possui competência originária para decidir, percebe-se o papel da Corte como ator político no âmbito da *judicialização da política* e em meio a esse fenômeno dá-se o desenvolvimento do ativismo judicial. Este fenômeno enfrenta um “*problema de indefinição conceitual* sempre agravado pelo uso indiscriminado e, muitas vezes, pejorativo do termo” (CAMPOS, 2015, p. 165). Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que “ativismo” acaba servindo como “substituto para excesso judicial” (CAMPOS, 2015, p. 165). Tendo em vista essa dificuldade conceitual, em que há o predomínio de críticas negativas que pouco contribuem para a análise do fenômeno, e levando-se em consideração suas reais e importantes implicações políticas e sociais, se faz necessária a fixação de critérios adequados para sua identificação e avaliação (CAMPOS, 2015, p. 166-167).

2.4. Definição conceitual

A fim de se evitar prévio juízo de valor quanto a atuação ativista das Cortes, dizendo se sua supremacia em determinados casos é legítima ou não, adota-se a definição proposta por Carlos Alexandre, segundo o qual o ativismo judicial pode ser bom ou ruim. Conforme o autor, há uma relação de contingência entre ativismo e legitimidade, a depender do caso concreto, da conformidade do exercício do poder judicial com os limites

institucionais impostos pela Constituição e das diferentes variáveis políticas e sociais (2015, p. 173). Assim, Carlos Alexandre define o ativismo judicial como o:

[...] exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: **(a)** deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; **(b)** responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; **(c)** se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias (CAMPOS, 2015, p. 176).

2.5. Dimensão estrutural

Suprida a lacuna quanto à indefinição conceitual, ao adotar-se a definição proposta na tese de Carlos Alexandre, parte-se para a questão das dimensões do ativismo judicial, que revela sua complexidade na forma como são manifestadas as decisões ativistas. Tais decisões apresentam diferentes dimensões, ou seja, formas diversas de manifestarem-se, seja através da interpretação expansiva dos textos constitucionais, da falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, da criação judicial de normas gerais e abstratas etc. (CAMPOS, 2015, p. 175-176).

Observando a realidade decisória dos últimos vinte anos do Supremo Tribunal Federal, Carlos Alexandre apresenta cinco dimensões²⁶ de ativismo judicial: i) metodológica; ii) processual; iii) estrutural ou horizontal; iv) de direitos; e v) antidialógica. Por uma questão de recorte metodológico não serão abordadas todas elas, mas tão-somente a dimensão estrutural do ativismo que, segundo o autor, é a que melhor caracteriza a postura judicial na declaração do estado de coisas inconstitucional (CAMPOS, 2015, p.183).

Na dimensão estrutural do ativismo judicial, portanto, percebe-se maior falta de deferência do poder judiciário em relação aos demais poderes. Nesta dimensão, juízes e cortes não deixam de decidir determinado caso apenas para respeitar a separação de poderes e princípios democráticos. Pelo contrário, para o juiz ativista em sentido estrutural, todas as razões de decisões e omissões relevantes dos demais poderes estão sujeitas ao controle de legitimidade constitucional (CAMPOS, 2015, p. 180-181). Desse modo, o judiciário acaba por assumir funções que são tipicamente legislativa e administrativa, por exemplo, ao determinar que sejam formuladas normas e ações administrativas dirigidas à superação da

²⁶ Os conceitos e fundamentos das dimensões do ativismo judicial foram, originariamente, desenvolvidos na dissertação de mestrado defendida por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em 2012, no programa de pós-graduação da UERJ, sob o título “Dimensões do Ativismo Judicial do STF”. O trabalho foi publicado em livro pela Editora Forense, em 2013, com o mesmo nome.

proteção deficiente de direitos fundamentais; ou quando direciona a alocação de recursos orçamentários. Esse ativismo judicial estrutural não pode ser presumido legítimo ou ilegítimo, antes, deverá ser avaliado conforme cada caso em concreto (CAMPOS, 2015, p. 182).

Assim, diferentemente da *judicialização*, que é tida como um *fato*, uma circunstância do desenho institucional brasileiro, o *ativismo* é visto como uma *atitude*, ou seja, “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2012, p. 10). Nessa mesma linha, conforme Daniel Giotti, o ativismo manifesta-se na prática jurisdicional de como tratar o exercício da judicatura, de modo que se contrapõem à auto-contenção; é, portanto, um mecanismo de afirmação do próprio poder jurisdicional além dos limites impostos pela ordem jurídica positivada” (2013, p. 300). Quer dizer, o ativismo, especialmente na dimensão estrutural, caracterizada por firme interferência nas decisões de competência dos outros poderes, faltando-lhes com deferência legal, é a postura assumida pelos juízes que optam por decidirem matérias as quais o legislativo queda-se inerte.

A partir dessas ideias consegue-se apontar qual é o *núcleo comportamental do ativismo judicial*, que conforme Carlos Alexandre é a “expansão do poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida” (2015, p. 168). Para referido autor, tal expansão de poder é claramente marcante na declaração do estado de coisas inconstitucional. Portanto, considerando-se que o ativismo se legitima quando declarado o estado de coisas inconstitucional, pressupõem-se a existência de alguma omissão/ineficiência estatal capaz de configurar uma falha estrutural que resulta em deficiente proteção dos direitos fundamentais e consequente falência do projeto constitucional. Desse modo, quando provocada a corrigir alguma falha, a Corte desempenha um papel de ator político, que possui especial relevância em casos relacionados a questões morais e políticas.

Entretanto, como já alertado, dada sua função contramajoritária o Judiciário deve se abster de atuações essencialmente políticas; assim, a afirmação de seu papel político não significa que possa decidir “livremente conforme vontades ocasionais, sem vínculo aos textos legais e a outras determinantes judiciais, como os precedentes” (CAMPOS, 2015, p. 169). Portanto, o Judiciário deve fazer valer o sistema de *checks and balances* equilibrando-se entre a função judicial e a política, de modo que seu caráter ativista não se converta em pura

supremacia judicial que deságue na indesejável juristocracia²⁷. Para isso, as Cortes não podem ser somente ativistas, mas também devem possuir certa dose de autorrestrrição.

2.5.1. Mandado de Injunção

No âmbito da dimensão estrutural do ativismo judicial brasileiro, em que se constata menor deferência judicial, de modo que todas as omissões estatais se tornam relevantes e dignas de controle de constitucionalidade, é relevante abordar sobre o Mandado de Injunção. Previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, é uma ação de controle incidental de constitucionalidade que se destina a tutelar direitos subjetivos que possuem status constitucional e encontram-se prejudicados pela inércia do poder legislativo em elaborar norma regulamentadora.

Apesar da semelhança entre a finalidade do Mandado de Injunção (MI) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão²⁸ (ADO), diferenciam-se pelo fato de que o MI serve ao controle concreto e incidental e a ADO ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade da omissão legislativa. Isso resulta no fato de que, enquanto a ADO é de competência exclusiva do STF, o MI pode ser processado e julgado por outros tribunais além do STF, conforme previsão constitucional. Contudo, o escopo deste trabalho é a análise do Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal.

A primeira vez que a Corte Constitucional foi provocada a se manifestar sobre uma omissão inconstitucional legislativa, foi através de Mandado de Injunção nº 107²⁹, em que um militar pretendia obter a suspensão do seu licenciamento do serviço ativo do Exército Brasileiro alegando que não havia norma regulamentadora; sustentava, portanto, a existência de expectativa de estabilidade. No caso, o STF, por maioria de votos, não conheceu do mandado de injunção por entender que o art. 42, § 9º, da Constituição Federal, não outorgou direito à estabilidade aos servidores militares, mas determinou, apenas, que a lei tratasse da

²⁷ Sobre juristocracia, Oscar Vilhena escreveu um interessante artigo no qual ele aborda a “singularidade do arranjo institucional brasileiro” o qual ele denomina *Supremocracia*. Conforme o autor, esse termo possui duplo sentido. Em um primeiro, refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário; e em segundo, refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. Neste ensaio, Vilhena busca chamar a atenção para o processo de expansão do Supremo em nosso sistema político e alerta que é difícil julgar se o fenômeno da *supremocracia* é positivo ou negativo (VIEIRA, 2008).

²⁸ Conforme o glossário jurídico disponível no site do STF: ADO é a ação cabível para tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo. Como a Constituição Federal possui grande amplitude de temas, algumas normas constitucionais necessitam de leis que a regulamentem. A ausência de lei regulamentadora faz com que o dispositivo presente na Constituição fique sem produzir efeitos. A ADO tem o objetivo de provocar o Judiciário para que seja reconhecida a demora na produção da norma regulamentadora. Caso a demora seja de algum dos Poderes, este será cientificado de que a norma precisa ser elaborada. Se for atribuída a um órgão administrativo, o Supremo determinará a elaboração da norma em até 30 dias.

²⁹ STF – Pleno, MI – QO 107, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1989, DJU 02/08/1991.

matéria e fixasse os requisitos necessários para que esses servidores adquirissem o direito à estabilidade. Neste caso, o Supremo posicionou-se no sentido de não poder suprir a omissão legislativa, de modo que não poderia formular a norma faltante. Assim, o STF se limitou a *declarar* a mora e dar *ciência* ao legislador para que ele, exclusivamente, suprisse a omissão inconstitucional, sendo inadmissível decisão de caráter *constitutivo* em sede de mandado de injunção (CAMPOS, 2015, p. 49).

Um caso paradigmático reiteradamente analisado em teses de mestrado e doutorado é o mandado de injunção no que diz respeito ao direito de greve. Conforme art. 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, com redação³⁰ atualizada pela Emenda Constitucional 19/1998, “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. O STF enfrentou o tema por diversas vezes e se negou a suprir a falta de lei que regulamente o direito de greve dos servidores. A ausência dessa lei provocou insegurança e prejuízos à população, colocando constantemente em risco a continuidade de serviços públicos essenciais como saúde, educação, justiça, segurança pública etc. (CAMPOS, 2015, p. 51).

Em 2007, a greve dos controladores de voo em todo o país motivou uma mudança de posicionamento, de modo que a demasiada omissão do legislativo “autorizou” que o judiciário saísse de sua inércia, tomando uma *atitude* ativista. Assim, no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção n^{os} 670, 708 e 712 o STF ordenou a aplicação, por analogia, em favor de todos os servidores públicos civis, com eficácia *erga omnes*, a Lei n^o 7.783/89 referente ao direito de greve do setor privado, observadas as particularidades dos serviços públicos essenciais (CAMPOS, 2015, p. 51). Percebe-se, nesse caso, a clara evolução na jurisprudência, bem como o ativismo judicial da Corte que legislou e decidiu com eficácia geral.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, a não regulamentação do direito de greve dos servidores era vista pelo próprio Poder Público como uma omissão favorável à governabilidade, pois qualquer paralisação seria ilegal e, assim, o governo protegia-se de pressões por reajustes de vencimentos e/ou melhores condições de trabalho. Contudo, o prolongamento dessa situação de ausência de lei não impediu a ocorrência de movimentos grevistas, que se realizavam em condições privilegiadas – no que diz respeito àquelas organizadas pelo setor privado, que possui lei específica permitindo o não pagamento

³⁰ A redação antiga previa que o direito de greve dos servidores públicos seria exercido de acordo com a regulamentação prevista em lei complementar; a alteração para lei específica significou a redução do *quorum* para regulação da matéria, mas apesar disso o legislativo continua inerte nessa questão.

referente aos dias não trabalhados. Desse modo, conforme o ministro havia uma “convergência de interesses”, até que a situação não se sustentou, quando a greve dos controladores de voo instalou um verdadeiro caos no setor aeroportuário, “com incontáveis prejuízos para as companhias aéreas, para a população em geral e para a própria imagem do país” (MELLO, 2014, p. 306).

Diante desses fatos, percebe-se a atuação ativista do Supremo que, ao legislar a fim de suprir a falha do *estado de coisas inconstitucional* e estabelecer normas para a greve dos servidores, superou seus próprios precedentes ao proferir uma decisão com efeito *constitutivo*. Tal decisão demonstra o ativismo estrutural do STF, legitimado pela demasiada inércia do legislativo em suprir a omissão de lei específica; e pelo contexto da época em que as greves instalaram um caos na aviação. Em razão disso, o ativismo judicial tem de ser visto com temperamentos. Não se pode ser a favor ou contra esse fenômeno sem se avaliar o caso concreto.

Ainda sobre a questão da greve do servidor público, mas não mais em sede de Mandado de Injunção, vale fazer uma breve menção à recente decisão do Recurso Extraordinário (RE) nº 693456 julgado no dia 27 de outubro de 2016, na qual o STF decidiu que a Administração Pública possa cortar o ponto do servidor em greve e realizar desconto nos salários referentes aos dias de paralisação. Conforme a tese fixada:

A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.

Da mesma maneira como à época em que o Supremo mudou seu posicionamento a fim de “dar uma resposta” ao caos no setor aeroportuário, a decisão desse RE foi totalmente casuística, de modo que no julgamento os ministros levaram em consideração o risco de greve generalizada que ameaça o governo Temer e os governadores em meio à crise financeira. Nesse sentido, o ministro Luiz Fux disse que “o que ocorre, numa visão realista, é que nós estamos num momento muito difícil e que se avizinha deflagrações de greve e é preciso estabelecer critérios para que nós não permitamos que se possa parar o Brasil”³¹. Como já amplamente exposto, o STF não tem função política e, a princípio, não deve se ocupar desse

³¹ Notícia veiculada no site Justificando sobre “Quando STF elimina direito de greve de servidores, passou da hora de repensá-lo”. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/10/27/quando-stf-elimina-direito-de-greve-de-servidores-passou-da-hora-de-repensa-lo/>>. Acesso em 12 Nov. 2016.

papel; no entanto, há situações em que o Supremo deve atuar além de suas competências. O próprio ministro Luiz Fux já se manifestou nesse sentido:

[...] na atual quadra histórica, certo é que a atuação desempenhada pelas Cortes Constitucionais não se restringe à atividade contramajoritária, de forma a invalidar atos dos Poderes Executivo e Legislativo editados em desconformidade com a Constituição. Enquanto órgão político, esses Tribunais de cúpula são instâncias de representação popular, máxime quando o processo majoritário não atende os anseios e reclames de determinado seguimento da sociedade (FUX; FRAZÃO, 2015, p. 71-72).

Vejamos: o mesmo ministro ora defende uma atitude do judiciário a fim de conter o movimento grevista para não deixar o Brasil parar, em nítido alinhamento com a preocupação dos agentes políticos que se veem em uma situação delicada frente à atual crise política; ora argumenta que o Tribunal é instância de representação popular quando o processo majoritário não atende aos anseios da sociedade. Desse modo, para evitar que o ativismo judicial exponha o STF a uma opinião pública negativa, é preciso cautela ao se pensar sobre a expansão do judiciário e a (i)legitimidade de sua supremacia, enfrentando algumas objeções que merecem atenção.

2.6. Objeções e diálogo institucional

O ativismo judicial estrutural manifestado em decisões das questões nas quais os outros poderes deixam de dar efetividade a direitos fundamentais enfrenta duas objeções, de ordem democrática e institucional; dentre outras que não serão identificadas ao longo deste trabalho³². Quanto à objeção de ordem democrática, acusa-se a falta de legitimidade democrática da atuação ativista de juízes não escolhidos pelo voto popular; e no que se refere à objeção de ordem institucional, esta envolve aspectos técnicos relacionados à acusação de falta de capacidade institucional dos juízes para decidirem sobre matérias de políticas públicas (CAMPOS, 2015, p. 148).

A atuação expansiva do Judiciário, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, revela-se um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobrepor suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de *dificuldade contramajoritária*³³ e demonstra a falta de deferência judicial às competências das instâncias

³² Por exemplo, a crítica político ideológica. Cf. BARROSO. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. p. 235.

³³ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-23: “A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) [Q]uando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um

representativas. “Sob o rótulo *bickeliano* da *dificuldade contramajoritária*, teóricos acusam a ilegitimidade democrática de juízes não eleitos pelo voto popular tornarem inválidas, nulas decisões tomadas por agentes políticos eleitos pelo povo” (CAMPOS, 2015, p. 149).

Porém essa expansão do judiciário é motivada pela declaração de estado de coisas inconstitucional, de modo que o ativismo se presta a preservar esse conjunto de direitos cuja proteção encontra-se deficiente. Portanto, tendo por norte o conceito de ativismo ora adotado, essa *atitude* do judiciário não é necessariamente ilegítima; pelo contrário, pode ser legítima quando declarado o estado de coisas inconstitucional em razão da omissão estatal. Quanto às resistências a este fenômeno do ativismo judicial – com a acusação de que pode levar à juristocracia (que carece de legitimidade democrática), com a concentração de poderes decisórios das instituições representativas no judiciário –, podem ser enfrentadas através da resposta dialógica, que se dá através possíveis interações entre o Supremo, o Legislativo e o Executivo em torno da superação das omissões legislativas inconstitucionais (CAMPOS, 2015, p. 18).

Desse modo, a ideia de *diálogos institucionais* proposta por Carlos Alexandre pode ser a forma de se superar o problema da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade, uma vez que a decisão constitucional da Corte pode ser revista pelo legislativo. Nessa interação dialógica o controle de constitucionalidade não se impõe como uma barreira intransponível às instituições democráticas, mas funciona como um instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas (BRANDÃO, 2011, p. 273). Assim, o ativismo judicial estrutural, presente em declaração de estado de coisas inconstitucional, pode ser reputado legítimo se permitir ou ao menos catalisar o diálogo entre os poderes, e destes com a sociedade (CAMPOS, 2015, p. 184-185).

Portanto, preocupando-se com os riscos da supremacia judicial (através da ampliação do controle judicial de constitucionalidade dos atos e das omissões legislativas), além de procurar superar as falhas estruturais, ao buscar assegurar o cumprimento da Constituição e dar efetividade aos direitos fundamentais, tem-se que o diálogo institucional olha para o bom funcionamento do sistema de freios e contrapesos. Desse modo, fomenta-se a atuação conjunta dos três poderes em torno dos propósitos constitucionais. Além disso, essa

membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial” *apud* BARROSO, 2012, p. 11.

proposta dialógica significa também a negação de que a interpretação constitucional possa ser encerrada no Judiciário.

Em matéria de interpretação constitucional, cortes constitucionais ou supremas, compostas por intérpretes humanos e falíveis, podem errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional ou de construção conjunta e coordenada de sentidos constitucionais e de formas de proteção e efetividade de direitos fundamentais, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última ou única palavra às cortes (CAMPOS, 2015, p. 187).

Percebe-se, portanto, que a proposta de *diálogo institucional* entre os três poderes amortece a discussão acerca da (falta de) legitimidade democrática do judiciário, quando este atua em questões originalmente competentes aos demais poderes – que possuem caráter político e representativo. Ademais, outra questão que o *diálogo institucional* é capaz de superar refere-se à segunda objeção acima mencionada: a falta de capacidade institucional do Judiciário em decidir sobre políticas públicas. Considera-se que as instâncias representativas têm maior expertise para decidirem sobre essas questões.

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico³⁴. Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis pode recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça³⁵, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público³⁶ (BARROSO, 2012, p. 12).

³⁴ Por exemplo: em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de direito do Estado*, Rio de Janeiro jul./set.2006, v. 1, n. 3, p. 34. Também sobre o tema, v. SARMENTO, Daniel. “Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 317: “[U]ma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romântica do juiz pode produzir resultados desastrosos quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização...”.

³⁶ Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Sobre o tema, v. BARROSO, Luís

Assim, ao assumir a atitude ativista e cumprir funções políticas a Corte atrai críticas de ordem democrática que questionam sobre sua capacidade institucional, de tal modo que aqueles que acusam o ativismo das cortes defendem que o comportamento judicial deve ser o de deferência judicial, ou seja, de autorrestrição judicial. Para os opositores de cortes, elas devem evitar declarar a nulidade de leis e de atos administrativos e manterem-se distantes dos temas de natureza política que, em uma democracia, cabem aos poderes cujos membros são eleitos pelo povo (CAMPOS, 2015, p. 147). Neste sentido, conforme Adrian Vermeule³⁷, os legisladores estão melhores situados, do ponto de vista institucional, para interpretar anseios e mudanças de opinião dos membros da sociedade, sendo, por esse motivo, mais legitimados para interpretar os significados da Constituição (VERMEULE, 1977, *apud* CAMPOS, 2015, p. 162).

Isso posto, Vermeule³⁸ é a favor da autorrestrição judicial de modo que a *judicial review* e o processo de interpretação constitucional devem ser avaliados à luz das capacidades institucionais do intérprete e dos efeitos sistêmicos das decisões. Portanto, interpretações e decisões ambiciosas devem ser evitadas em razão da falibilidade dos juízes, que não compreendem os riscos dos efeitos sistêmicos indesejados de seus erros (VERMEULE, 2002, *apud* CAMPOS, 2015, p. 161).

A despeito dessa objeção quanto à capacidade do judiciário para tratar sobre políticas públicas, conforme já adiantado, o *diálogo institucional* amortece também essa discussão uma vez que pode permitir a atuação conjunta dos três poderes, promovendo uma “construção coordenada” entre os poderes através de um processo dialógico³⁹ (CAMPOS, 2015, p. 186).

Roberto. “Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: *Temas de direito constitucional*, tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

³⁷ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** Op. cit., p. 248-251. Donald. L. Horowitz, **The Courts and Social Policy.** Washington: The Brookings Institution, 1977, p. 255, fala em “problemas de visão, problemas de informação, problemas de administração e controle” como motivos da falta de capacidade institucional de juízes e cortes em matéria de políticas sociais.

³⁸ VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. **William and Mary Law Review** Vol. 43 (4), 2002, p. 1.557-1.558 *apud* CAMPOS, 2015, p. 161.

³⁹ FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **Political Dynamics of Constitutional Law.** St. Paul: West Publishing, 1992, p. 10 et seq; BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review** Vol. 71 (3), 2006, pp. 1109-1180; SILVA, Vírgilio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo** Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009, pp. 220-221; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho.** Op. cit., p. 401-410.

Em suma, o modelo de diálogo proposto supera as duas objeções à ação expansiva de juízes e cortes, pois i) promove o pluralismo e a democracia ao permitir que os interessados em determinada questão constitucional possam atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo); ii) intensifica o sistema de freios e contrapesos – fator que tende a conter o arbítrio estatal ao reduzir a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer “poderes”; e iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo que possibilita a construção de um modelo de tomada decisão mais qualificado, circunstância que tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e garantir segurança jurídica – sobretudo quando estão em jogo questões complexas. Ademais, a teoria dos diálogos institucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que estão constantemente sujeitos à opinião pública; o que conforme a teoria da democracia deliberativa confere-lhes capacidade de autocorreção (BRANDÃO, 2011, p. 289).

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A OPINIÃO PÚBLICA

Em sequência à delongada análise acerca da expansão do Poder Judiciário, identificável através dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, a visibilidade pública e a pressão dos canais de comunicação midiáticos impõem a necessidade de uma reflexão cautelosa sobre a possibilidade de que fatores extrajurídicos influenciem na tomada de decisão dos ministros. Sendo esse o escopo deste capítulo, a fim de dar sustentação aos argumentos que serão apresentados, proceder-se-á a uma breve exposição dos modelos de comportamento judicial existentes na literatura jurídica norte-americana (legalista, ideológico e estratégico) e que, dadas as similitudes entre a forma de composição da Suprema Corte estadunidense e do Supremo Tribunal Federal, podem ser adaptadas ao nosso sistema constitucional⁴⁰. Feitas essas breves apresentações, serão abordados também os limites internos e externos impostos à expansão do STF, para ao final do capítulo relacionar o comportamento judicial à opinião pública.

Conforme o modelo *legalista* do processo decisório, os casos devem ser decididos pelos magistrados com *objetividade* e *neutralidade*, através do modelo tradicional de aplicação da norma ao fato concreto, ou seja, as normas e os precedentes são aplicados por subsunção lógica (MELLO, 2013, p. 359). Contudo, este modelo não dá conta de resolver os *casos difíceis*, que são aqueles para os quais não existem regras escritas ou, quando há, estas não são bem claras, de modo que dá abertura à aplicação de princípios. Portanto, quando o juiz tiver uma margem de discricionariedade maior para pautar suas decisões, podendo recorrer à argumentação e aos critérios de ponderação, reconhece-se que a ordem jurídica compõe um sistema axiológico que *reaproxima o direito da moral*. Assim, através da ideia de Dworkin (2003, p. 13), segundo a qual “quanto mais aprendemos sobre o direito, mais nos convencemos de que nada sobre ele é totalmente incontestável”, acredita-se na existência de decisões adequadas e coerentes, superando o conceito de uma única resposta certa, encontrável através da mera subsunção lógica.

Portanto, o teor analítico da Constituição Federal de 1988, que trata de inúmeros assuntos e possibilita o controle de constitucionalidade através das ações diretas (BARROSO, 2012, p. 6), dá azo a que os Ministros sejam mais que intérpretes e atuem como *quase-legisladores eventuais*, quer dizer, assumam uma *atitude ativista*. Desse modo, imperioso

⁴⁰ Principalmente no que diz respeito ao ingresso dos juízes, pois tanto na Suprema Corte quanto no STF a escolha é feita através de um processo político.

abordar os modelos de comportamento *ideológico* e *estratégico*. Tais comportamentos estão relacionados a aspectos subjetivos dos juízes que refletem em suas ideologias, relacionando-se intimamente com o *background* de cada um (MELLO, 2013, p. 363). Ou seja, as experiências vividas pelo juiz, tais como, classe social, gênero, religião, experiências profissionais, vinculação a grupos minoritários, adesão a movimentos sociais, enfim, valores pessoais podem se manifestar conscientemente, ou não, e interferirem em seu comportamento judicial (MELLO, 2015, p. 278). O *background* “é responsável por pré-concepções *inconscientes* que interferem em nossa cognição e em nossa capacidade de julgamento sem que sequer nos apercebamos disso” (POSNER, 2008, p. 67-70 *apud* MELLO, 2013, p. 363).

Como mencionado, os valores pessoais também podem exercer influências conscientes no processo decisório e aqui então estamos a analisar o *modelo ideológico de decisão* segundo o qual as decisões judiciais são produto das preferências políticas dos magistrados⁴¹. Desse modo, a forma de seleção dos juízes da Suprema Corte norte-americana, que são escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, após árdua sabatina, atrai profissionais que, por vocação e formação, combinam aspectos políticos e jurídicos em sua atividade (MELLO, 2013, p. 368-369). Portanto, diz-se que se os *justices* fossem politicamente neutros, não seriam selecionados por um processo que é eminentemente político (POSNER, 2008, p. 259 *apud* MELLO, 2013, p. 369). Guardadas as distinções entre a política partidária norte-americana e a brasileira (que apesar da divisão entre esquerda e direita não possui divisão tão clara quanto as ideologias democrata e republicana), a escolha dos Ministros do STF também é feita através de um processo político, de modo que o profissional também transita entre o direito e a política. Assim, também não se pode esperar que um Ministro do STF seja absolutamente indiferente a questões ideológicas (MELLO, 2013, p. 369).

Ainda quanto a elementos subjetivos que podem influenciar a decisão judicial, aborda-se agora o *modelo estratégico*, através do qual o voto dos juízes pode ser moldado estrategicamente, “em termos capazes de proporcionar-lhes atingir, da melhor forma possível, suas preferências políticas, mesmo que para isso tenham que emitir opiniões que se distanciam de suas convicções” (MELLO, 2013, p. 369).

Isso ocorre porque, para se alcançar uma decisão favorecendo determinado valor constitucional, o magistrado tem que considerar a reação que

⁴¹ “Os estudiosos deste modelo buscam comprovar sua tese, sobretudo, a partir da análise de como votaram os juízes em determinada matéria, em comparação com a orientação do partido político do Presidente que os indicou, de modo a demonstrar que juízes indicados por Presidentes democratas apresentam uma postura mais liberal em seus votos e que juízes indicados por Presidentes republicanos são mais conservadores” SUNSTEIN *et al*, 2006, p. 8).

produzirá, por exemplo, nos demais membros da Corte, no Legislativo, na opinião pública em geral. A necessidade de influenciar outros membros, com o objetivo de formar uma maioria no sentido de determinada decisão, pode levar o juiz a construir sua fundamentação utilizando, por exemplo, uma argumentação legalista, a fim de ocultar sua orientação política. Se o objetivo do juiz é influenciar a evolução do Direito em um determinado assunto, ele pode ter de moderar sua decisão, para não provocar uma reação do Legislativo, quer aprovando uma emenda constitucional, quer alterando a composição da Corte. Situação semelhante pode ocorrer com relação à opinião pública, caso o assunto em pauta seja capaz de mobilizá-la (MELLO, 2013, p. 369-370).

Pois bem, a partir do que foi exposto acerca do comportamento estratégico pode-se considerar a inexistência de um modelo absoluto de independência judicial e separação de poderes, de modo que a permeabilidade entre eles se apresenta intencional e resulta do sistema constitucional de freios e contrapesos. Percebe-se, portanto, que a fim de equacionar esse sistema a Constituição atribui ao chefe do Executivo a escolha e ao Senado a aprovação dos membros do STF. Em suma, o processo político de escolha dos Ministros conduz ao alinhamento ideológico entre os juízes escolhidos e as forças políticas dominantes no momento de sua seleção. Em razão desse alinhamento ideológico dá-se a atuação estratégica dos magistrados que se preocupam com o respeito às suas decisões, de modo que em situações críticas possivelmente preferirão moderá-las a verem-nas manifestamente descumpridas (MELLO, 2014, p. 242-243).

Assim, quando o Judiciário antevê que a reação a uma decisão que pretende tomar será muito negativa, a ponto de colocar em risco seu cumprimento, possivelmente buscará moderá-la, de forma a produzir um entendimento de equilíbrio, que realize suas preferências na medida do possível. Em algumas circunstâncias mais críticas, como já exemplificado acima, a Suprema Corte pode optar até mesmo por recuar e deixar de afirmar suas convicções, em determinado caso concreto, com o propósito de preservar sua estabilidade institucional e, portanto, sua capacidade de dizer o direito no longo prazo (MELLO, 2014, p. 244).

Uma vez que o comportamento estratégico é o cerne deste trabalho, prossegue-se a maiores análises a seu respeito. Como já reiteradas vezes aludido, ao STF cabe a função contramajoritária, devendo proteger as minorias contra o excesso democrático. Esse é o fundamento tradicional através do qual se justifica a atribuição de poder político a um órgão composto de membros não-eleitos. Logo, quando o STF invalida alguma lei abre-se a discussão sobre a “dificuldade contramajoritária”, sob a alegação de que o Supremo estaria atuando contra a vontade da maioria. Entretanto, conforme o professor norte-americano Robert Dahl, essa preocupação é sem fundamento, tendo sido raríssimos os casos nos quais a

Suprema Corte foi bem sucedida na tentativa de bloquear a vontade da maioria em questões políticas importantes (DAHL, 1857 *apud* NOVELINO, 2013, p. 277).

Dahl argumenta que, embora tenha competência para tomar decisões políticas contramajoritárias, a Suprema Corte geralmente não o faz por estar alinhada ao “regime dominante”, isto é, com o Presidente da República e com o Congresso. (...)

De acordo com esta concepção, o Tribunal funciona como uma espécie de *órgão de legitimação* das políticas da aliança dominante e dos padrões básicos de comportamento necessários para o funcionamento de uma democracia, os quais pressupõem a existência de um amplo consenso acerca de sua validade e adequação. Por essas razões, apesar de não ser uma instituição formalmente democrática, por ser sensível à vontade da maioria popular, a Suprema Corte possui um caráter *substancialmente democrático*⁴² (NOVELINO, 2013, p. 277).

Além de despicienda a preocupação com a dificuldade contramajoritária conforme os argumentos apresentados por Robert Dahl é necessário que se questione a identidade entre as leis elaboradas por representantes democraticamente eleitos e a vontade popular, bem como a ideia de que a proteção de direitos das minorias significa necessariamente uma atuação contramajoritária. Conforme alerta Marcelo Novelino (2013, p. 279-280), a maioria legislativa não corresponde necessariamente à maioria popular, pois além de uma parte significativa da população não participar ativamente das Eleições⁴³, nos casos em que há mais de dois candidatos existe a possibilidade de um deles ser eleito com menos da metade do total de votos⁴⁴.

Poucas decisões políticas do Tribunal podem ser interpretadas de forma sensata em termos de uma ‘maioria’ contra uma ‘minoria’. Neste contexto, o

⁴² Quanto a este caráter *substancialmente democrático*, refere-se à concepção constitucional de democracia que rejeita a premissa majoritária. Essa é a concepção de Dworkin (2006, p. 26), segundo o qual a principal preocupação democrática deve ser a *igualdade* dos cidadãos como sendo a própria essência da democracia; e não as metas da soberania da maioria. Em posição contrária, John Hart Ely (1980, p. 103) defende a *concepção procedimental de democracia*, no qual a Suprema Corte possui um papel limitado, restrito basicamente à proteção dos direitos considerados como pré-condições para o bom funcionamento do processo democrático e aqueles grupos especialmente ameaçados pelas insuficiências da democracia (NOVELINO, 2013, p. 275).

⁴³ No Brasil, não podem votar os menores de 16 anos, os estrangeiros, os conscritos durante o serviço militar obrigatório (CRFB/88, Art. 14, § 2º) e os que estiverem com os direitos políticos suspensos (CRFB/88, Art. 15). Ademais, o voto é facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (CRFB/88, Art. 14, § 1º, II). Por fim, há ainda os que, apesar de terem capacidade eleitoral ativa, abstêm-se de votar. Segundo o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), os índices de abstenção no 1º turno das eleições federais e estaduais foram de: 11,9% em 1989; 17,8% em 1994; 21,49% em 1998; 17,7% em 2002; 16,76% em 2006; 18,12% em 2010. No segundo turno das eleições municipais de 2012, o índice chegou a 19, 11% (NOVELINO, 2013, p. 279).

⁴⁴ É o que ocorre nas eleições majoritárias para o Senado (CRFB/88, art. 46), nas quais se exige a maioria relativa dos votos, e nas eleições proporcionais para a Câmara dos Deputados (CRFB/88, Art. 45), para as Assembleias Legislativas (CRFB/88, Art. 27, § 1º) e Câmara de Vereadores (CRFB/88, Art. 29, IV). Nas eleições para o Executivo federal, estadual e municipal, a Constituição de 1988 exige a maioria absoluta dos votos, exceto para os Municípios com até duzentos mil eleitores (CRFB/88, Art. 29, II) (NOVELINO, 2013, p. 279).

Tribunal não é diferente das demais lideranças políticas. De um modo geral, a política em nível nacional é o resultado do conflito, da negociação e do acordo entre as minorias; o processo não é nem o governo da minoria, nem o governo da maioria, mas o que poderia ser melhor denominado de governo das *minorias*, onde uma agregação de minorias alcança políticas em oposição a outra agregação (DAHL, 1957, p. 294 *apud* NOVELINO, 2013, p. 280).

Além desse fato, outros podem ser apontados: o lapso temporal entre a promulgação de uma lei e a decisão que a invalidou aumenta a possibilidade de que mudanças fáticas e sociais reduzam o grau de correspondência entre o conteúdo normativo e a vontade da maioria legislativa atual; pode haver divergências entre a maioria nacional e as maiorias regionais ou locais, de modo que uma decisão pode ser nacionalmente majoritária enquanto regionalmente contramajoritária; além disso, nem toda decisão favorável à proteção de minorias será necessariamente contramajoritária, pois em diversas questões pode existir uma tendência de apoio, ou até mesmo um apoio efetivo, dos direitos de minorias pela maioria da população (NOVELINO, 2013, p. 280-282). Dessas ressalvas pode-se compreender que em muitos casos, “a declaração de inconstitucionalidade de uma lei e/ou a proteção de direitos de minorias pode significar um reforço da vontade majoritária e não o seu enfraquecimento” (NOVELINO, 2013, p. 282).

A fim de relacionar a questão acerca da expansão do judiciário, propiciada pelo sistema processual constitucional e pelo déficit democrático das instituições representativas brasileiras, conforme trabalhado no item 2.2.1 deste trabalho, demonstra-se que a responsabilidade pela discricionariedade judicial ao atuar conforme o modelo ideológico ou estratégico é atribuída ao fenômeno da judicialização da política e ao conseqüente ativismo judicial. Nessa seara, importa mencionar a existência de limites internos e externos à discricionariedade judicial. Quanto aos primeiros, referem-se ao i) efeito colegiado e à ii) relação com as instâncias inferiores; aos limites externos, menciona-se a iii) interação com os demais Poderes e a iv) interação com a opinião pública (MELLO, 2013, p. 370-381).

Uma vez que o objeto desse trabalho é a análise comportamental estratégica do Supremo Tribunal Federal em relação à opinião pública, os três primeiros limites mencionados são abordados apenas brevemente. No que concerne ao efeito colegiado, toca esclarecer que as tendências ideológicas podem ser ampliadas ou anuladas conforme a composição dos órgãos judiciais. Isto ocorre em razão de manifestações decorrentes da deliberação de um órgão colegiado, de modo que poderá haver *polarização ideológica*, pois quando há grupos politicamente homogêneos as decisões podem ser mais extremadas do que naqueles de composição heterogênea. E pode ocorrer também a *neutralização ideológica do*

juiz divergente ou a *moderação ideológica da maioria*; isto porque em órgãos politicamente heterogêneos ocorre a *aversão ao dissenso* – o juiz dissidente normalmente é neutralizado ideologicamente, deixando de manifestar expressamente a sua divergência, seja para não contrariar um colega, seja pela necessidade de preservar um bom relacionamento profissional, especialmente se sua posição divergente não for interferir no resultado do caso (MELLO, 2013, p. 370-371). Referente à relação do Tribunal com as instâncias inferiores, tem a ver com situações excepcionais nas quais a Corte Constitucional, sem ter condições institucionais para se impor, evita decisões que possam vir a ser sistematicamente descumpridas pelas cortes inferiores; isto porque a resistência em massa das cortes inferiores pode gerar uma crise de autoridade. Nesse sentido, Barroso observa que, na condição de titulares de poder em geral os Tribunais não gostam de correr o risco de que suas decisões não sejam efetivamente cumpridas; logo, “esta é uma avaliação ordinariamente feita por órgãos judiciais, ainda que não seja explicitada” (2012, p. 40).

Atinente aos limites externos à descrição judicial, a relação com os demais Poderes, de modo similar à relação com as instâncias inferiores, a Suprema Corte evita proferir decisões quando percebe que elas serão descumpridas. Assim, a fim de salvaguardar sua estabilidade institucional, a Corte Constitucional procura adequar suas decisões de forma a não provocar reações negativas nos demais Poderes (MELLO, 2013, p. 373).

Por fim, a questão que toca o objeto central desse estudo: a interação com a opinião pública que é analisada sob a *perspectiva instrumental*, com o fim de preservação da estabilidade institucional da Suprema Corte; e como *um fim em si mesmo*, relevando-se a importância do seu reconhecimento (MELLO, 2013, p. 373-381). Quanto ao primeiro aspecto: cabe às Cortes, no âmbito de sua função contramajoritária, o papel de realizar o controle de constitucionalidade e invalidar atos ou normas que não se ajustem à Constituição, tenham ou não o respaldo popular. “A própria ideia de jurisdição constitucional justifica uma atuação judicial independente da opinião pública” (MELLO, 2013, p. 376).

No entanto, a opinião pública constitui um elemento relevante para a consideração de diferentes pontos de vista e é capaz de interferir sobre a estabilidade institucional da Corte, sobre seu poder de influenciar politicamente o direito e sobre a efetividade de suas decisões. A Suprema Corte, como todos os outros poderes, sofre as restrições do jogo político. Há um limite até o qual seus juízes estão dispostos a enfrentar decisões impopulares. O risco concreto e agudo de desestabilização da Corte, de sua desmoralização, poderia motivá-la a se curvar ao público, em detrimento de suas próprias convicções (MELLO, 2013, p. 377).

Atribui-se pouca relevância à possibilidade de desestabilização da Corte em razão de acreditar-se ser necessária uma reação popular negativa de grande intensidade; e mesmo

que na remota hipótese dessa reação ocorrer, supõe-se que ela não implicará necessariamente na fragilização da Corte, em especial se considerado o longo prazo. Além do mais, é difícil aos juízes conseguirem antecipar que uma reação negativa de tal monta possa ocorrer em decorrência de sua decisão, sendo mais provável que ele se preocupe com questões jurídicas e de objetivos políticos do que com um prejuízo que não é capaz de prever, até mesmo porque é missão da Suprema Corte ser independente da opinião pública (MELLO, 2013, p. 377).

Contudo, em casos extremos em que haja comoção pública e real possibilidade de intensa rejeição popular apta a provocar uma contrarreação dos demais Poderes e capaz de resistir ao cumprimento de uma decisão, a tentativa de impô-la pode colocar em risco a posição institucional da Corte. Nesses casos haveria uma razão consequencialista para a autocontenção. Em contrapartida, o alinhamento do posicionamento da Corte com a opinião pública facilita a guinada jurisprudencial (MELLO, 2013, p. 378).

O mesmo parece ocorrer com o Supremo Tribunal Federal, a exemplo de recentes decisões da Corte, *convergentes com a expectativa geral de moralização dos Poderes públicos*. Nesta linha, a Corte reviu seu entendimento anterior e estabeleceu nova hipótese de *perda de mandato parlamentar, por infidelidade partidária*, sem base legal explícita, sob o fundamento de que a manutenção do parlamentar no partido político que o elegeu é imprescindível para a preservação da representatividade partidária do próprio mandato⁴⁵ (MELLO, 2013, p. 378).

Então, pela perspectiva institucional, o Tribunal Constitucional reage à opinião pública por razões instrumentais em casos extremos em que decisões impopulares podem colocar em risco sua estabilidade e também a fim de contemplar em sua jurisprudência mudanças ideológicas que já estão em curso na sociedade (MELLO, 2013, p. 379).

Sob a perspectiva de interação com a opinião pública como *um fim em si mesmo*, considera-se que os juízes, humanos que são, receiam a exclusão social e por isso perseguem o acolhimento a fim de preservarem a autoestima. Desse modo, a identificação do magistrado com um grupo tende a modelar seu pensamento e suas atitudes (MELLO, 2013, p. 379). Essa identificação e a intensidade com que ocorre é produto de uma série de variáveis capazes de diferir um magistrado em relação ao outro e isso tem relação direta com o *background* de cada um (MELLO, 2013, p. 380).

Conforme se extrai da tese de doutorado de Patrícia Perrone, estudos constataram que juízes que concorreram a eleições, que ocuparam cargos públicos de alto escalão que dispensavam conhecimento jurídico ou que trabalharam como assessores próximos dos presidentes possuíam maior tendência a convergir com a opinião pública. De outra via, juízes

⁴⁵ MS nº 26602/DF, MS nº 26603/DF e MS nº 26604/DF.

de carreira, sem experiência políticos e marcadamente técnicos tendem a se identificar mais com grupos menores, como, por exemplo, a comunidade jurídica e a academia, de modo que esses grupos tenham maior influência sobre o comportamento judicial destes juízes do que a comunidade como um todo (MELLO, 2014, p. 338-339).

Importante observar que o grau de relevância conferido pelos magistrados à opinião pública pode variar bastante. Contudo, mesmo que apenas uma minoria de juízes seja sensível ao público, tal influência pode produzir resultados importantes. Isso se explica em Cortes ideologicamente divididas, como é o caso da Suprema Corte norte-americana, na qual a convicção de um ou dois juízes pode ser determinante para a formação da maioria e, conseqüentemente, para o resultado da decisão. Portanto, a mera existência de um juiz permeável à opinião pública pode definir o entendimento que irá prevalecer (MELLO, 2014, p. 339-340).

Ainda nesse ponto de vista instrumental da relação da opinião pública como *um fim em si mesmo*, tem-se que a mídia exerce um relevante papel no comportamento judicial, uma vez que a opinião pública é por ela construída. Portanto, considerando que a mídia funciona como um poderoso intermediário entre os juízes e os grupos com cuja opinião eles se importam, o reconhecimento ou a rejeição midiática pode influenciar a tomada de decisões (MELLO, 2013, p. 380-381).

É importante asseverar que mesmo em situações nas quais a Suprema Corte toma uma decisão contramajoritária, não significa que ela será necessariamente definitiva. Um julgado que descontente a população pode não provocar maior resistência a seu cumprimento e nesse caso provavelmente será mantido. Entretanto, pode ocorrer de provocar um clamor público contra a Suprema Corte e, com isso, gerar intensa e prolongada discordância por parte da comunidade, seguida de atitudes que demonstrem a intenção de descumprir a decisão (*backlash*). Nessa hipótese a decisão da Corte irá “abrir” o debate social acerca da questão controvertida (MELLO, 2014, p. 336-337).

Esse debate se estabelecerá através da imprensa, dos movimentos sociais e de outras instituições que atuam no espaço público. Ele repercutirá nas instâncias representativas e possivelmente provocará iniciativas legislativas que novamente conduzirão o assunto à Suprema Corte, abrindo-se a oportunidade para que esta volte a se manifestar sobre a matéria, até que se encontre um ponto de equilíbrio com o pensamento majoritário. Assim, a opinião pública interfere no comportamento judicial da Corte em dois momentos: durante o processo de julgamento de um caso e depois do anúncio da decisão (MARSHALL, 1989, p. 24 *apud* MELLO, 2014, p. 337).

Demonstra-se, portanto, que a Suprema Corte pode estabelecer um *diálogo* com a comunidade e rever sua decisão, de forma a aproximá-la de um *ponto de equilíbrio* que contemple opiniões dos grupos envolvidos no debate (MELLO, 2014, p. 338).

As considerações realizadas acerca da interação com a opinião pública apontam que o alinhamento de entendimentos entre a Suprema Corte e a opinião pública pode ser movido pelo comportamento sincero ou estratégico dos juízes. O comportamento sincero ocorre quando os juízes concordam com a decisão da maioria ou quando a leva em consideração como um grupo de referência importante para a solução do caso. Se, de outro modo, deixarem de julgar conforme suas preferências a fim de evitar ou diminuir a intensidade de uma reação negativa, tem-se uma atuação estratégica (MELLO, 2014, p. 340).

Transportando os estudos realizados a partir da Suprema Corte é possível proceder a uma análise focada no Supremo Tribunal Federal a fim de apontar a influência da opinião pública no comportamento dos ministros; ainda que a ausência de levantamentos empíricos não permita avaliar se as decisões convergentes com a opinião pública são predominantes no STF.

Como já mencionado, a escolha dos ministros do Supremo é um processo político que ocorre através da indicação pelo presidente da República e aprovação pelo Senado Federal. Com isso, embora os juízes gozem de garantias funcionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio) e institucionais (administrativa e financeira) ⁴⁶ para garantir a independência do judiciário protegendo-o de pressões políticas, o STF não está blindado contra as forças populares. Em que pese predomine no STF ministros com experiência pretérita na magistratura e/ou oriundos de carreiras jurídicas cujo acesso depende de concurso público, o que afastaria a força da opinião pública em razão do grupo de referência do Tribunal ser a comunidade jurídica e a academia, o *background* de cada membro pode contribuir para que os ministros sofram reflexos das reações populares e manifestem-nas em seus julgados (MELLO, 2014, p. 343).

Um caso que ilustra a possibilidade de a opinião pública ter exercido influência em decisão do STF é o da ADI nº 4638, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) a fim de discutir a competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para processar e julgar os magistrados, se *concorrente* ou *subsidiária*. Em meados de 2011 o CNJ editou a Resolução 135/2011, que dispôs sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento disciplinar aplicável aos magistrados e previu em seu art. 12, *caput*, que o CNJ

⁴⁶ Arts. 95 e art. 99 da Constituição Federal de 1988.

teria competência *concorrente* com os demais tribunais. Contudo a AMB entendia que o art. 103-B, §4º da Constituição (com redação pós-emenda 45/2004) atribuía ao Conselho competência disciplinar meramente *subsidiária* – quando os tribunais não a exercessem adequadamente (MELLO, 2014, p. 351).

Ocorre que o exercício de poder disciplinar por parte do CNJ era muito bem visto pela opinião pública, ao passo que a resistência da magistratura à atuação concorrente do Conselho era considerada uma atitude que favorecia a impunidade. O debate atraiu a atenção da imprensa, que passou a monitorar o caso e a noticiar reiteradamente a posição do Conselho e a posição da magistratura, em termos que polarizavam a discussão: de um lado, encontrava-se o CNJ, que trabalhava pelo aprimoramento da Justiça; de outro, a AMB, que defendia interesses corporativistas e resistia à implementação das reformas necessárias ao aperfeiçoamento do Judiciário. O contexto não favorecia uma decisão em benefício da magistratura, tendo-se criado um ambiente de desconfiança quanto à isenção do STF para decidir o caso (MELLO, 2014, p. 352).

Na esperança de que se apaziguassem os ânimos adiou-se o exame do pedido liminar, tendo sido incluído em pauta por treze vezes pela presidência do STF, ao longo dos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro⁴⁷, sem que fosse examinado pelo Plenário. Em 19 de dezembro de 2011, na última sessão plenária, o relator do processo, o ministro Marco Aurélio, apreciou e deferiu monocraticamente a liminar⁴⁸, suspendendo a eficácia de diversos dispositivos da Resolução 135/2011 do CNJ, dentre os quais o citado art. 12, *caput*. Esta decisão não foi bem recebida pela imprensa nem pelos setores da sociedade civil, que a interpretaram como uma atitude corporativista do STF, “que frustrava a finalidade para a qual o Conselho Nacional de Justiça havia sido instituído: a viabilização do controle social do Judiciário” (MELLO, 2014, p. 353). Quando do julgamento realizado em fevereiro de 2012, o Pleno do STF, com um *quórum* de 6 a 5, negou referendo à liminar, seguindo, portanto, o entendimento que parecia dominante na sociedade, qualificando a competência como *concorrente* àquela desempenhada pelas corregedorias dos tribunais.

Meses depois, o ministro Cezar Peluso, ao se desligar do STF, em virtude de sua aposentadoria, concedeu uma entrevista à imprensa sobre os casos julgados durante o período em que presidiu o Tribunal e declarou que no julgamento sobre a competência disciplinar do CNJ os ministros foram

⁴⁷ O processo constou da pauta dos dias 14, 21 e 28 de setembro, 5, 13, 19 e 26 de outubro, 3, 16, 23 e 30 de novembro, 7 e 14 de dezembro.

⁴⁸ Para isso valeu-se do que dispunha o art. 21, IV, do Regimento Interno do STF e citou como precedentes decisões monocráticas com idêntico teor, proferidas por ele mesmo no MS 28.884 e pelo ministro Celso de Mello no MS 28.799.

Art. 21. São atribuições do Relator:

IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma;

submetidos a uma fortíssima pressão por parte da opinião pública, pressão esta que, em sua opinião, havia interferido sobre o resultado do julgamento. Segundo o ministro, a decisão poderia ter sido outra em circunstâncias mais amenas. O ministro Peluso declarou, ainda, em outra entrevista, que havia uma preocupante tendência no STF a se alinhar com a opinião pública (MELLO, 2014, p. 354).

Esse episódio ilustra bem um *diálogo* do STF com a comunidade, pois ao rever sua decisão e não referendar a liminar buscou responder às críticas que ameaçavam sua credibilidade. Constata-se, portanto, que os ministros enfrentam essa tensão entre expressarem suas preferências e considerarem a opinião pública, que às vezes são divergentes entre si. Muito embora a opinião pública possa influenciar as decisões, eles também prezam por guardar a Constituição ao tomarem algumas decisões contramajoritárias a fim de proteger o exercício de direitos fundamentais e o próprio processo democrático. É o que se entende da afirmação do ministro Cezar Peluso, acima mencionada, quanto a sua preocupação com o alinhamento da Corte à opinião pública e também de Gilmar Mendes que já observou que o alinhamento de algumas decisões do STF à opinião pública não significa que o Tribunal deva se curvar a ela, pois em alguns casos o controle de constitucionalidade e a tutela de direitos fundamentais pressupõe uma atuação contramajoritária até mesmo para proteger o indivíduo “contra si mesmo” (MELLO, 2014, p. 355).

Ainda no âmbito do comportamento judicial, em casos de grande repercussão a opinião pública pode despertar também uma moderação no voto dos ministros, que deixam de manifestar expressamente seus posicionamentos e/ou divergências a fim de evitar ou minimizar reações negativas da sociedade. Com isso, os ministros buscam manter a estabilidade institucional do STF a fim de que esta obtenha *apoio difuso* do público, de modo que se tolere algum desvio da corte em algumas decisões que sejam contrárias à vontade popular (NOVELINO, 2013, p. 292). Ao não divergir sempre e contar com apoio institucional suficiente há uma “reserva de boa vontade” em relação às instituições, “a qual contribui para que a opinião pública tolere ou aceite determinadas decisões desfavoráveis aos seus interesses imediatos” (NOVELINO, 2013, p. 292). Ou seja, o apoio da opinião pública pode contribuir para preservar o poder institucional do Supremo, de modo que ela pode ser estrategicamente levada em conta a fim de fortalecer a legitimidade institucional e assegurar o cumprimento das decisões.

Nota-se, portanto, que é inegável a importância de se levar em conta a probabilidade influência da opinião pública no comportamento dos ministros, que podem agir sinceramente, conforme suas preferências, ou estrategicamente, moderando seus votos a fim

de mitigarem reações negativas na população e conseqüentemente abalar a estabilidade institucional do Supremo, que carece de apoio popular para sua legitimidade como instituição para que possa impor suas decisões (MELLO, 2014, p. 357).

Uma preocupação que permeia a temática é o fato de que a opinião pública é formada através da interação da população com a imprensa e o *modus operandi* da mídia jornalística busca atender aos interesses das empresas que as financiam. Isso leva a coberturas parciais, comprometidas com determinada linha editorial, e gera no público percepções distorcidas. “Quando isso ocorre, seguir a opinião pública pode ser um erro, muito embora os juízes encontrem-se sujeitos aos mesmos mecanismos e distorções” (MELLO, 2014, p. 390). Receia-se, com isso, que a opinião da imprensa possa se tornar mais relevante do que a própria opinião da maioria; e aqui o motivo é o mesmo daquele discutido na ADI nº 4.650, sobre o financiamento de campanha, uma vez que o interesse econômico acaba sobrepondo-se ao social e afastando o judiciário da população.

Mas a regulamentação da mídia já é outro assunto que demanda um estudo em separado. Por tudo o que foi o exposto atenta-se para que a expansão do judiciário através do ativismo do Supremo Tribunal Federal possa ser pensada com cautela. Não se deve partir de pressupostos de que seja legítimo ou ilegítimo, mas sim analisá-lo caso a caso tendo em mente a tripartição de poderes e o sistema de freios e contrapesos com o objetivo de assegurar a sobrevivência da ainda frágil democracia brasileira.

4. CONCLUSÃO

A fim de analisar a expansão do poder judiciário e a possibilidade de influência da opinião pública na tomada de decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal, optou-se por primeiramente apresentar o sistema democrático brasileiro fundamentado na teoria da tripartição de poderes. É sabido que conforme essa teoria cada um dos poderes, legislativo, executivo e judiciário, possui suas funções típicas e também as atípicas a fim de que possam exercer controles mútuos e se complementarem em suas atribuições, para que possa fazer funcionar o *sistema de freios e contrapesos*.

No âmbito da expansão do judiciário, trabalhou-se de início a relação entre Direito e Política, demonstrando a permeabilidade entre suas fronteiras, pois que a Constituição estrutura, organiza, guia e limita a ação política, ao mesmo tempo em que é também fruto do processo legislativo que é essencialmente político. Desse modo, seguiu-se com a ideia da judicialização da política, trabalhada como um *fato* que decorre do desenho institucional brasileiro sob duas circunstâncias: a uma, o sistema processual constitucional que viabiliza o controle abstrato de constitucionalidade através de ações que podem ser propostas por um amplo rol de legitimados; e a duas, a crise de representatividade das instituições, com a fragilidade do legislador em específico.

Nesse seara, o exemplo da ADI nº 4.650 que discutiu a questão sobre o financiamento privado de campanhas demonstra muito bem a relação jurídico-política que permite a expansão do judiciário que pode intervir em matéria de competência do legislativo. A justificação para isso decorre do fato de que o financiamento privado favorece a classe política eleita sob as regras que autorizavam grandes empresas realizarem doações, o que obviamente não era do interesse dos legisladores a alteração das regras que permitiram vantagens nas eleições. Nesse caso, a inércia do legislador em alterar a legislação que permite a infiltração do poder econômico na política e contribui para a crise na representatividade justifica a expansão do judiciário.

Quanto ao ativismo judicial, foi trabalhando como uma *atitude* do poder judiciário, que escolhe agir de modo específico e proativo na interpretação da Constituição. Na carência de conceituação sem prévio juízo de valor, às vezes é mal visto por alguns juristas que alegam falta de deferência institucional a outros poderes do governo. Para suprir essa lacuna foi adotado o conceito proposto por Carlos Alexandre, segundo o qual o ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e

leis locais; responder aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; e se manifestar por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. Em relação à forma de manifestação das decisões, propôs-se que há no Brasil o ativismo estrutural, segundo o qual há, de certo modo, falta de deferência do judiciário em relação aos demais poderes, pois para o juiz ativista todas as razões de decisões e omissões relevantes estão sujeitas ao controle de legitimidade constitucional (BRANDÃO, 2015, p. 180-181). Assim, buscou-se demonstrar a legitimidade do ativismo judicial em questões de direitos fundamentais nas quais o legislativo tem sido omissivo em assegurar a efetividade, como é o caso do direito à greve dos servidores públicos.

Preocupando-se com a *atitude* ativista do Supremo que pode ser boa ou ruim, citou-se o Recurso Extraordinário nº 693456 que decidiu pela possibilidade de a Administração Pública poder cortar o ponto do servidor em greve. Esse julgamento demonstra que na mesma matéria, entre um período e outro o STF se posicionou ora favoravelmente aos servidores, quando do Mandado de Injunção em 2007, aplicando-lhe analogicamente a legislação referente ao direito de greve do setor privado, ora a favor da classe política, uma vez que o risco de greve generalizada (motivada pela grave crise de representação do atual governo) ameaça o governo.

Essa expansão do Supremo Tribunal Federal em questões essencialmente políticas submete-o à exposição da mídia e à pressão da opinião pública, composta por diversos grupos sociais nem sempre convergentes em interesses. Tendo essa preocupação em mente, este trabalho objetivou analisar o comportamento estratégico dos ministros do STF e a possibilidade de que seus votos sejam influenciados por fatores extrajurídicos, no caso a opinião pública. Para tal fim, foi feita uma breve análise comparada à Suprema Corte norte-americana em razão das semelhanças, principalmente no que concerne à forma de composição, que ocorre através de um processo político de escolha dos magistrados, de modo que assevera a relação entre direito e política e conduz ao alinhamento ideológico entre os juízes e as forças políticas dominantes no momento de sua seleção.

Defendeu-se que em muitos casos a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pode significar o reforço da vontade da maioria, pois que busca contornar deficiências provocadas pela omissão legislativa, pela crise de representatividade. Assim, o ativismo do judiciário pode ser analisado também sob uma perspectiva do modelo estratégico de comportamento, pois mesmo que os ministros gozem de garantias funcionais e institucionais, o Supremo Tribunal Federal não está imune à pressão popular.

Assim, a interação do Supremo Tribunal Federal com a opinião pública foi analisada sob a *perspectiva instrumental*, tendo-se como alvo a preservação da estabilidade institucional e *como um fim em si mesmo* objetivando o reconhecimento da Instituição. Ademais, há a preocupação de alinhamento do STF não só à opinião pública considerada como aquela proveniente de grupos sociais diversos, mas também com a opinião publicada, ou seja, com o que a mídia informa, pois essa representa interesses privados que às vezes pode divergir do que a população realmente manifesta.

Da análise da relação entre o Supremo e a opinião pública, com reservas, é possível afirmar que há influência desse fator extrajurídico nas decisões, como foi ilustrado pelo caso da competência *concorrente ou subsidiária* do CNJ para processar e julgar magistrados que houve modificação entre a decisão liminar e a definitiva, muito provavelmente em razão da intensa pressão da opinião pública. O que foi confessado pelo Ministro Cezar Peluso em entrevista à imprensa após sua aposentadoria, que declarou ainda, haver uma preocupante tendência do STF a se alinhar com a opinião pública.

Esse caso, mais do que demonstrar a influência do fator opinião pública na tomada de decisão dos ministros, ilustra bem o *diálogo* do STF com a comunidade, pois quando reavaliou sua decisão e não referendou a liminar, deu uma resposta às críticas que colocavam em risco sua credibilidade. Além disso, esse caso comprova que às vezes os ministros enfrentam essa tensão entre manifestarem suas reais convicções ou considerarem a opinião pública; e para evitar o desgaste e a desestabilização atuam estrategicamente moderando seus votos a fim de obterem o *apoio difuso*.

Por derradeiro, tem-se que a saída para eventuais discordâncias causadas pela expansão do poder judiciário pode ser resolvida através da teoria do diálogo institucional entre o judiciário e o legislativo, que contribui para superar o problema da dificuldade contramajoritária e para o equilíbrio da separação de poderes, fazendo valer o sistema de freios e contrapesos. Isso porque a decisão tomada pelo STF não será necessariamente definitiva, principalmente quando houver forte discordância popular seguida de atitudes que demonstrem a intenção de descumprir a decisão (*backlash*), hipótese em que se promove um debate social entre a imprensa, movimentos sociais e instituições que invariavelmente irá gerar repercussão nas instâncias representativas abrindo espaço a uma revisão da decisão de modo a se chegar a um consenso.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**. Connecticut, Yale Law School Occasional Papers, Second Series, n. 3, 1997 *apud* BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais – A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011.

ABRAMO, Claudio Weber. **Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado**, 2003. Transparência Brasil, 2004 *apud* SARMENTO; OSÓRIO, 2014 *apud* SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. **ELEIÇÕES, DINHEIRO E DEMOCRACIA: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais**. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/26_Doutrina_Nacional_01.pdf>. Acesso em: 03 Nov. 2016.

ARON, Raymond. **Etapas do pensamento sociológico**. Capítulo Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu. Tradução de Sérgio Bath. – 5ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ALVES, Ricardo Luiz. **Montesquieu e a Teoria da Tripartição dos Poderes**. In: Política Democrática – Revista de Política e Cultura – Brasília/DF: Fundação Astrojildo Pereira, 2010. Nº 28, dezembro/2010. Disponível em: <<http://www.politicademocratica.com.br/wp-content/uploads/2015/06/PD28.pdf>>. Acesso em: 28 Out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 02 Nov. 2016.

_____. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. Saraiva. São Paulo, 2004 *apud* BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais – A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 Out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.650**. Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de Medida Cautelar. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 05 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4650&processo=4650>>. Acesso em 30 Out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 107**. Pleno, MI – QO 107, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 23 Nov. 1989, Acórdão Publicado no DJU em 02 Ago.1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 670-9/ES**. Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, Relator p/ ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25 Out. 2007, Acórdão Publicado no DJE em 31 Out.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708-0/DF**. Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25 Out. 2007, Acórdão Publicado no DJE em 31 Out.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 712-8/PA**. Pleno, MI, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25 Out. 2007, Acórdão Publicado no DJE em 31 Out.2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 260 f. 2015. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Mimeografado.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed., Reimpressão, Editora Almedina. Coimbra. 1998.

DAHL, Robert Alan. **Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker**. Journal of Public Law, 1957, p. 279-295 *apud* NOVELINO, Marcelo. **A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF**. In: Marcelo Novelino; André Fellet. (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 265-328.

DOURADO, Edivânia A. Nogueira; AUGUSTO, Natália Figueiroa; ROSA, Crishna Mirella de Andrade Correa. **Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>>. Acesso em: 23 Out. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo – 1ª ed., São Paulo. Martins Fontes. 2003.

ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**. Cambridge University Press *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 6ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione e Popolo Sovrano: La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno**. Bologna: Il Mulino, 1998 *apud* NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Cap. 3. p. 73-114.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098343.pdf>>. Acesso em: 23 Out. 2016.

FREIXO, Maria Aparecida de Andrade. **O ativismo judicial e o princípio da separação de poderes**. Revista Intervenção, Estado e Sociedade, Ourinhos - SP, n. 1, p. 59-83, ago. 2014. ISSN ISSN 2359-3474. Disponível em: <<http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/8>>. Acesso em: 28 Out. 2016.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Cap. 2. p. 35-72.

GONÇALVES, Francisco de Assis Carvalho. **Programa CQC transmitido dia 28 de setembro de 2015.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PuzzgDH2fYk&feature=youtu.be&t=1m37s>>. Acesso em: 10 Nov. 2016.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>>. Acesso em: 22 Out. 2016.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006, *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 02 Nov. 2016.

GRIMM, Dieter. **Constitution Adjudication and democracy.** Israel Law Review, vol. 33, 1999, *apud* FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação.** In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política.* Rio de Janeiro: Forense, 2015. Cap. 2. p. 35-72.

MARSHALL, Thomas R. **Public opinion and the Supreme Court.** Boston: Unwin Hyman, 1989 *apud* MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal.** 422 f. 2014. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Mimeografado.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal.** In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política.* Rio de Janeiro: Forense, 2015. Cap. 9. p. 273-310.

_____. **Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial – 1ª ed.* Salvador. Editora Jus Podivm, 2013.

_____. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal.** 422 f. 2014. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Mimeografado.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 6ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis.** Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. – 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

MOREIRA, Vital. **Constituição e democracia.** In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). **Constituição e democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 272, *apud* FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação.** In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política.* Rio de Janeiro: Forense, 2015. Cap. 2. p. 35-72.

NOVELINO, Marcelo. **A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF**. In: Marcelo Novelino; André Fellet. (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 265-328.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Cap. 3. p. 73-114.

PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial – 1ª ed.* Salvador. Editora Jus Podivm, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 4ª ed. Editora Método, 2009.

PESSANHA, José Américo Motta; LAMOUNIER, Bolivar. **Montesquieu (1689-1755): vida e obra** in: *Montesquieu: Do Espírito das Leis*. 2. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1979. (Coleção “Os Pensadores”) *apud* ALVES, Ricardo Luiz. **Montesquieu e a Teoria da Tripartição dos Poderes**. In: *Política Democrática – Revista de Política e Cultura – Brasília/DF: Fundação Astrojildo Pereira*, 2010. Nº 28, dezembro/2010.

POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008 *apud* MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial – 1ª ed.* Salvador. Editora Jus Podivm, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. **ELEIÇÕES, DINHEIRO E DEMOCRACIA: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais**. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/26_Doutrina_Nacional_01.pdf>. Acesso em: 03 Nov. 2016.

_____. **Uma Mistura Tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>>. Acesso em: 03 Nov. 2016.

SUNSTEIN, CASS R. et al. **Are Judges Political?: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Washington: Brookings Institution Press, 2006, *apud* MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.), *As novas faces do ativismo judicial – 1ª ed.* Salvador. Editora Jus Podivm, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Glossário Jurídico. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>>. Acesso em: 10 Nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Glossário Jurídico. **Ação Direta de Inconstitucionalidade.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=482>>. Acesso em: 15 Nov. 2016.

TARDELLI, Brenno. Justificando. **Quando STF elimina direito de greve de servidores, passou da hora de repensá-lo.** Quinta-feira, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/10/27/quando-stf-elimina-direito-de-greve-de-servidores-passou-da-hora-de-repensa-lo/>>. Acesso em: 12 Nov. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista Direito GV, v. 4, p. 441-463, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 14 Nov. 2016.