

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO

THIAGO CALANDRINI DE OLIVEIRA DOS ANJOS

**SEPARAÇÃO DOS PODERES: A (I) legitimidade do controle de
constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal mediante as
decisões manipulativas**

Marabá, PA, Brasil

2018

THIAGO CALANDRINI DE OLIVEIRA DOS ANJOS

**SEPARAÇÃO DOS PODERES: A (I) legitimidade do controle de
constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal mediante as
decisões manipulativas**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito, da Universidade Federal do Sul
e Sudeste do Pará.

Orientador: Prof. Carlos Henrique da Costa Marques

Marabá - PA

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

Anjos, Thiago Calandrini de Oliveira dos

Separação dos poderes: a (I) legitimidade do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal mediante as decisões manipulativas / Thiago Calandrini de Oliveira dos Anjos ; orientador, Carlos Henrique da Costa Marques. — Marabá : [s. n.], 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Separação de poderes - Brasil. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3. Juízes - Decisões - Brasil. 4. Poder judiciário e questões políticas. 5 Legitimidade (Direito). I. Marques, Carlos Henrique da Costa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.233

THIAGO CALANDRINI DE OLIVEIRA DOS ANJOS

SEPARAÇÃO DOS PODERES: A (I) legitimidade do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal mediante as decisões manipulativas

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Carlos Henrique da Costa Marques (Orientador)

Prof. Ms. Edieter Luiz Cecconello

Prof. Ms. Hirohito Diego Athayde Arakawa

Conceito:

Marabá - PA

2018

RESUMO

A separação dos poderes é princípio fundamental do Estado democrático de direito. Tal princípio é resultado de grande luta, cuja finalidade foi, no início, combater o absolutismo. Desde a antiguidade até o momento contemporâneo, a separação dos poderes passou por várias modificações, não só pelo fator tempo, como também pelo ponto de vista daqueles que construíram o tema. Outro fator que veio a dar um acréscimo ao conceito de separação foram os freios e contrapesos (Check and Balances), pelo que, com vistas a se ter um equilíbrio entre os poderes, o poder controla certas ações dos demais poderes. Ressalta-se que o poder judiciário, na época em que estava se consolidando a separação dos poderes, não constituía poder autônomo, nem mesmo ostentava a aptidão de controlar os outros poderes. Posteriormente, com o *judicial review*, o poder judiciário ganha, de fato, força e se transforma em um poder autônomo, com competência para exercer a contenção dos poderes executivo e legislativo. Pode-se afirmar, sem dúvida alguma, que o poder que ganhou mais ímpeto, nas últimas décadas, foi o judiciário. Nesse cenário, exsurtem o ativismo judicial, e, em contrapartida, a autorrestrrição judicial. O ativismo judicial deve se ater a certos limites, sem o que essa ação se torna ilegítima. A autorrestrrição prega que o poder judiciário deve lançar mão da prudência e da deferência políticas quando do controle. O STF, sobretudo a partir da Constituição de 1988, inaugurou um sistema de controle perante os outros poderes de forma mais incisiva. Um dos motivos, para isso, é o próprio poder que lhe foi conferido pela Constituição. Com o passar do tempo, a corte constitucional brasileira se transformou, no cenário jurídico-político brasileiro, em um protagonista. O tribunal detém uma função de destaque no controle de constitucionalidade das normas em geral, apontando quais atos normativos são ou não constitucionais. Ocorre que o STF, não se atendo apenas a isso no controle, vem proferindo decisões manipulativas, entendidas como aquelas que dão um sentido novo à norma, sentido este que não era previsto inicialmente pelo legislador. Com isso, a corte acaba se imiscuindo na função de legislar, o que é perigoso para o princípio democrático. Tais decisões, em determinadas hipóteses, põem em alerta o equilíbrio existente na separação dos poderes. Não se pode negar que o exercício de controle pelo STF é importante para o ordenamento jurídico. Mas, para tanto, a corte deve respeitar limites, tal como o texto literal da norma, que, contudo, não vem sendo observado. Constata-se que, com base em juízo de valores e se valendo do fenômeno do *pamprincipiologismo*, o STF vem legitimando suas decisões manipulativas, ainda que sejam contrárias ao texto legal da norma ou da Constituição. A autorrestrrição judicial é medida que se impõe, na atual conjuntura, ao tribunal constitucional brasileiro com vistas ao reequilíbrio dos poderes.

Palavras-chave: Separação dos poderes; Freios e contrapesos; Ativismo judicial; STF; Decisões manipulativas; Legitimidade.

ABSTRACT

The separation of powers is a fundamental principle of the democratic rule of law. This principle is the result of a great struggle, the purpose of which was, at the outset, to combat absolutism. From the antiquity to the contemporary moment, the separation of powers underwent several modifications, not only by the time factor, but also by the point of view of those who constructed the theme. Another factor that added to the concept of separation was checks and balances (Check and Balances), so that in order to have a balance between the powers, the power controls certain actions of the other powers. It should be noted that, at the time when the separation of powers was consolidating, the judiciary did not constitute autonomous power, nor did it have the ability to control other powers. Subsequently, with judicial review, the judiciary gains, in fact, strength and becomes an autonomous power, with competence to exercise the containment of executive and legislative powers. It can be argued, without a doubt, that the power that has gained the most momentum in recent decades was the judiciary. In this scenario, judicial activism exudes, and, in contrast, judicial self-restraint. Judicial activism must stick to certain limits, without which this action becomes illegitimate. Self-restraint preaches that the judiciary must use prudence and political deference when in control. The STF, especially since the 1988 Constitution, inaugurated a system of control over other powers in a more incisive way. One reason for this is the very power conferred on it by the Constitution. Over time, the Brazilian constitutional court became, in the Brazilian legal-political scenario, a protagonist. The court has a prominent role in the control of the constitutionality of norms in general, pointing out which normative acts are constitutional or not. It happens that the STF, not only attending to this in the control, comes making manipulative decisions, understood as those that give a new feeling to the norm, a sense that was not foreseen initially by the legislator. With this, the court ends up interfering in the function of legislating, which is dangerous for the democratic principle. Such decisions, in certain cases, call into question the balance existing in the separation of powers. It can not be denied that the exercise of control by the Supreme Court is important for the legal order. But to do so, the court must respect limits, just like the literal text of the norm, which, however, has not been observed. It is observed that, based on a judgment of values and using the phenomenon of pamprinciologism, the STF legitimates its manipulative decisions, even if they are contrary to the legal text of the norm or the Constitution. Judicial self-restraint is a measure that is imposed, in the current conjuncture, to the Brazilian constitutional court with a view to rebalancing the powers.

Keywords: Separation of powers; Brakes and counterweights; Judicial activism; STF; Manipulative decisions; Legitimacy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	SIGNIFICADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2.1	Conceito da Separação dos Poderes	12
2.1.1	Princípios que permeiam a Separação dos Poderes	13
2.2	A evolução histórica do conceito: Separação dos Poderes	13
2.2.1	A Separação dos Poderes na concepção de Aristóteles	14
2.2.2	A separação dos poderes de acordo com Jonh Locke	15
2.2.2.1	O Homem no estado de natureza	15
2.2.2.2	A competência de cada poder	17
2.2.2.3	A observância obrigatória de quatros limites impostos aos poderes	19
2.2.2.4	O modo pelo qual o exercício do poder é (ou não) legítimo.....	22
2.2.2.5	O poder soberano do povo	24
2.2.3	A separação dos poderes segundo Montesquieu	25
2.2.3.1	Divisão tripartida dos poderes.....	26
2.2.3.2	Check And Balances.....	28
2.2.4	A separação dos poderes na ótica de Benjamim Constant.....	31
3	A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO UM PRECEITO ELEVADO À NORMA CONSTITUCIONAL	33
3.1	Inglaterra.....	33
3.2	Estados Unidos da América.....	34
3.3	França.....	34
3.4	Brasil	35
3.4.1	Constituição de 1824	35
3.4.2	Constituição de 1891	36
3.4.3	Constituição de 1934	37
3.4.4	Constituição de 1937	37
3.4.5	Constituição de 1946	38
3.4.6	Constituição de 1967	38
3.4.7	Constituição de 1988	39
3.4.7.1	Freios e contrapesos na Constituição de 1988.....	40
4	ATIVISMO JUDICIAL E AUTORESTRIÇÃO JUDICIAL	41

4.1	Ativismo Judicial	41
4.1.1	O surgimento do ativismo judicial	43
4.1.1.1	O caso Marbury versus Madison	44
4.1.1.2	O caso Dred Scott versus Sandford.....	45
4.1.1.3	A Corte Constitucional Italiana.....	46
4.1.1.3.1	Sentenças Aditivas	49
4.1.2	Limites e grau de controles que devem nortear o Ativismo Judicial segundo a Concepção de Elival Ramos.....	49
4.1.2.1	Graus de Controle do Ativismo Judicial	50
4.1.2.1.1	Inexistência de controle	50
4.1.2.1.2	Controle mínimo.....	51
4.1.2.1.3	Controle médio fraco.....	51
4.1.2.1.4	Controle médio forte.....	52
4.1.2.1.5	Controle máximo.....	52
4.1.2.2	Limite textual.....	52
4.1.2.3	A necessária intervenção legislativa em normas cuja eficácia seja limitada.....	53
4.1.2.4	Questões políticas constituem uma barreira intransponível ao ativismo judiciário?	56
4.2	Teorias de autorrestrrição judicial	57
4.2.1	A Teoria de James Bradley Thayer.....	58
4.2.2	A Teoria de Alexander Bickel.....	59
5	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	
	REALIZADO ATRAVÉS DAS DECISÕES MANIPULATIVAS	61
5.1	Controle de constitucionalidade brasileiro.....	61
5.2	As sentenças intermediárias	62
5.2.1	Sentenças interpretativas (Decisões manipulativas em sentido amplo)	64
5.2.1.1	A interpretação conforme a Constituição	64
5.2.1.2	Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto .	67
5.2.2	Decisões Manipulativas ou modificativas (em sentido estrito)	68
5.2.2.1	Sentenças aditivas	69
5.2.2.2	Sentenças substitutivas	70

6	STF E SEU PROTAGONISMO NO CENÁRIO POLÍTICO	
	BRASILEIRO	71
6.1	O Ativismo Judicial à luz do exercício emanado pelo STF.....	73
6.1.1	Supremocracia?	73
6.1.1.1	A criação institucional da Supremocracia	74
6.1.2	Mutação constitucional emanada do STF	75
6.1.2.1	Limites à mutação constitucional	75
6.1.3	Exemplos de decisões manipulativas ilegítimas	77
6.1.3.1	MS 266003/DF	77
6.1.3.1.1	Análise crítica da decisão.....	78
6.1.3.1.1.1	Princípio da Fidelidade Partidária não expressa na Constituição de 1988.....	79
6.1.3.1.1.2	Hipótese de perda do cargo inexistente na Constituição de 1988 ...	79
6.1.3.1.1.3	A mutação constitucional como meio de alteração da Constituição	80
6.1.3.2	ABORTO - ADPF 54 e HC 124306/RJ.....	81
6.1.3.2.1	ADPF 54	81
6.1.3.2.1.1	Análise crítica da decisão	82
6.1.3.2.1.1.1	O inadequado uso da interpretação conforme a Constituição	83
6.1.3.2.1.1.2	Desfiguração da vontade originária do legislador	84
6.1.3.2.2	HC 124306/RJ	85
6.1.3.2.2.1	Análise da decisão	86
6.1.3.2.2.1.1	Inexistência de pedido quanto à descriminalização da conduta	87
6.1.3.2.2.1.2	Meio e quórum inadequados para dar início à tema de grande complexidade.....	87
6.1.3.2.2.1.3	Inadequação da utilização da técnica de interpretação conforme ...	87
6.1.3.2.2.1.4	A dificuldade contramajoritária no que diz respeito ao aborto.....	88
6.2	Importação das decisões manipulativas pelo STF	89
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
	REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

A fim de deter um governo estável em quaisquer Estados, não há dúvida de que seja necessária uma harmonia entre os poderes: judiciário, executivo e legislativo. Não é por outro motivo que Aristóteles afirmou: “Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem”¹.

Vive-se, todavia, no Brasil, em um cenário jurídico de grande delicadeza, sobretudo no que diz respeito à separação dos poderes. O Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões que põe em estado de alerta o equilíbrio dos poderes.

A separação dos poderes é um mecanismo basilar, em que se estrutura um Estado Democrático de Direito. **Sendo assim, se não houver respeito a esse princípio fundamental, corre-se o risco de o Estado cair em ruína.**

Nesse cenário, o objetivo a que se destina este trabalho é esclarecer se as decisões manipulativas (modificativas) do Supremo Tribunal Federal ostentam legitimidade de acordo com os valores emanados da Constituição Republicana brasileira de 1988.

É, com esse pensamento, que os questionamentos a que este trabalho se propõe a responder são:

- a) Qual o significado do princípio da separação dos poderes e qual a finalidade a que se destina?;
- b) Qual os limites a que se deve submeter o ativismo judicial?;
- c) As decisões manipulativas (modificativas) proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ostentam legitimidade de acordo com a Constituição Brasileira de 1988?;

Com vistas a alcançar a resposta de tais questionamentos, os materiais jurídicos que serviram de fonte de pesquisa, para este trabalho, são: a) livros em que haja conteúdo pertinente à separação dos poderes; b) normas jurídicas; c) jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

As técnicas de metodologia, por sua vez, que serão usadas serão de natureza:

- a) quantitativas, a exemplo de algumas decisões da corte suprema, em cujo teor há questões relacionadas à intervenção dos poderes; b) qualitativa, pelo que se fez uma análise dos fundamentos das referidas decisões, que ensejaram a intervenção.

¹ Aristóteles, **A Política**, 2006, p. 75.

Este trabalho se dividiu em 5 (cinco) capítulos.

No primeiro capítulo, irá ser abordado o significado da separação dos poderes, bem a como evolução pela qual este princípio passou com o decorrer do tempo.

No segundo capítulo, será demonstrada a elevação do princípio da separação dos poderes ao *status* de norma constitucional, dando destaque não só para as principais Constituições do mundo em que ocorreu tal fenômeno, como também para a brasileira.

No terceiro capítulo, abordaremos sobre o surgimento do ativismo judicial, apontando os limites que devem norteá-lo. Falaremos, além disso, acerca da autorrestrrição judicial, mecanismo defendido por aqueles que são contrários ao ativismo judicial.

Já no quarto capítulo, ressaltaremos o funcionamento de como ocorre o controle de constitucionalidade no Brasil, destacando-se as decisões manipulativas, entendida como uma expressão do ativismo judicial.

No último capítulo, quinto, vamos destacar os motivos em que se fundou o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal no cenário político-jurídico brasileiro e como isso vem influenciando na legitimidade da separação dos poderes. Irão ser ressaltadas, nesse capítulo, algumas decisões do STF de cunho manipulativo, fazendo-se uma análise delas.

2 SIGNIFICADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Iniciaremos o presente trabalho discorrendo sobre o conceito da separação de poderes sob a ótica de vários autores renomados no ordenamento jurídico brasileiro. Após, abordaremos sobre a evolução histórica do significado desse princípio ao longo do tempo.

2.1 Conceito da Separação dos Poderes

Trata-se de uma forma de organização jurídica das manifestações dos poderes. José Afonso (2008, p. 106)² afirma que a Separação dos Poderes é um princípio geral do direito constitucional, o qual a Constituição Republicana de 1988 ergueu como um dos seus princípios fundamentais.

Tal princípio pode ser facilmente encontrado em seu art. 2º que prevê que: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, poder executivo e poder judiciário” (BRASIL, 1988).

Insta ressaltar que a separação dos poderes é reconhecida como cláusula pétrea pelo poder constituinte originário brasileiro, não podendo, por isso, ser suprimida ou alterada por emenda constitucional³.

Dever-se-ia conferir ao termo separação de poderes outra denominação, qual seja, separação de funções, uma vez que o poder é uno e, portanto, indivisível.

Afonso (2008)⁴ assenta uma diferença importante entre o conceito de função e o de divisão de poderes. Segundo ele, a distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

³ Art. 60 da CF de 88: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes.

⁴ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 108.

Afonso (2008)⁵ entende que a divisão dos poderes fundamenta-se em dois elementos: (I) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função legislativa; ao executivo, a função executiva; ao judiciário, a função jurisdicional; (II) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.

2.1.1 Princípios que permeiam a Separação dos Poderes

Martins, em sua obra⁶, destaca os princípios da independência e harmonia, bem como o da indelegabilidade, como normas jurídicas vetores da separação dos poderes.

De acordo com Martins⁷, a independência se traduz na impossibilidade de uma interferência indevida de um poder nos demais. Exemplo disso são as matérias regimentais do Poder Legislativo que não podem ser analisadas ou controladas pelo poder judiciário, uma vez que constituem matérias *interna corporis*⁸.

A harmonia se traduz, basicamente, no respeito à prerrogativa dos poderes. E a harmonia deve prevalecer, sobretudo, nas hipóteses em que é possível que um poder interfira em outro (MARTINS, 2017).

A indelegabilidade da função é um princípio implícito da Constituição Republicana de 1988. Em última análise, a indelegabilidade se presta a preservar a própria independência dos poderes, a qual poderia ser mitigada, caso houvesse a permissão para isso, em situações de instabilidade política (MARTINS, 2017).

2.2 A evolução histórica do conceito: Separação dos Poderes

Para que se possa ter uma boa compreensão do tema, é importante que se entenda a evolução pela qual o conceito de separação dos poderes passou. É, por tal

⁵ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 109.

⁶ MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**, 2017.

⁷ MARTINS, Flavio, op. cit., p. 1322.

⁸ São matérias cujas interpretações são realizadas exclusivamente pelo ente de que se originaram, razão por que não cabe a outro poder interpretá-las.

razão, que este trabalho colacionou uma síntese dos entendimentos de grandes pensadores sobre o tema.

2.2.1 A Separação dos Poderes na concepção de Aristóteles

A discussão sobre o tema separação de poderes surgiu na Grécia antiga com Aristóteles. O referido filósofo (2006)⁹ identificou a existência de três funções distintas que decorriam do soberano em sua obra: a) editar normas abstratas e gerais que toda a sociedade deveria obedecer; b) aplicar as normas gerais ao caso concreto (administrador); c) e julgar as demandas que lhe eram propostas.

Aristóteles (2006) denominou os três poderes como poder deliberativo (legislador e soberano), poder executivo (administrador) e poder judiciário. Segundo Aristóteles:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. [...] O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição¹⁰.

Aristóteles (2006) aduzia que, ao poder deliberativo, cabia decidir sobre: a) a paz e a guerra; b) realizar alianças e extingui-las; c) decretar a pena de morte, de banimento e de confisco; d) bem como prestar contas aos magistrados.

Para o filósofo (2006), o poder executivo era formado por magistraturas governamentais. Em suma, essa função se resumia no cumprimento das ordens emanadas pelo poder deliberativo.

Já em relação ao poder judiciário, Aristóteles (2006) dividia esse poder, precipuamente, em oito subfunções, sendo elas: a) apreciação de contas e condutas de magistrados; b) julgamento de malversações financeiras; c) julgamento de crimes de Estado ou contra a Constituição; d) apreciação de multas contra as pessoas, públicas ou privadas; e) resolução de demanda referente a contratos entre particulares; f) julgamento de crimes contra a vida; g) apreciação de litígios oriundos de estrangeiro; h) e, por fim, para julgamento de pequenas causas.

⁹ Aristóteles, op. cit., p. 75.

¹⁰ Aristóteles, op. cit., p. 75.

Depreende-se que Aristóteles ressaltou a separação das funções como meio para se conseguir um melhor governo, “Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas”¹¹.

2.2.2 A separação dos poderes de acordo com Jonh Locke

Jonh Locke¹² viveu numa época em que o seu país, Inglaterra, estava passando por mudanças profundas, sobretudo nos que diz respeito à limitação do poder absoluto do monarca. O período em que ele viveu na Inglaterra refletiu bastante nos seus pensamentos, destacando-se, dentre eles, o seu entendimento sobre a separação dos poderes.

2.2.2.1 O Homem no estado de natureza

É curial entender o homem no estado de natureza, para que se possa compreender a razão pela qual o indivíduo decide, mediante um contrato social, submeter-se a uma sociedade civil. Tal razão tem estreita relação com a separações dos poderes, pois, a partir desse motivo, entender-se-á os limites a que os poderes da sociedade civil estão circunscritos.

Locke (1994) destacou em sua obra: “O Segundo Tratado sobre o Governo Civil” que o homem, no seu estado de natureza, não era a tradução do caos. Entedia ele (1994) que o indivíduo nessa fase originária possuía um certo discernimento ao ponto de não se valer da força bruta por quaisquer motivos.

Locke (1994) entendia que, mesmo no estado de natureza, o homem já tinha o direito à propriedade, à vida e à liberdade, sendo considerados como direitos naturais.

O autor (1994) registra algumas perguntas no sentido de indagar o motivo pelo qual o homem na fase originária se submeteria à sociedade civil, abdicando-se de sua liberdade. E, para tal pergunta, responde o autor:

A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo

¹¹ Aristóteles, op. cit., p. 75.

¹² Foi um pensador inglês que nasceu em 29 de agosto de 1632, na cidade de Wrington, Reino Unido, falecendo no ano de 1704.

da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro¹³.

O inglês (1994) entendia que o homem no estado de natureza adentraria na sociedade civil para, precipuamente, garantir: a preservação da propriedade; o julgamento das demandas por um juiz imparcial; o cumprimento das leis e das decisões judiciais justas.

Entende o filósofo (1994) que o homem no estado de natureza é inseguro e tem medo das instabilidades que possam decorrer do meio em que vive. É, por isso, que o homem busca a sociedade civil como meio de assegurar seus direitos (que, por sinal, já preexistiam à sociedade civil). Nesse sentido:

As inconveniências a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que cada homem possui de punir as transgressões dos outros faz com que eles busquem abrigo sob as leis estabelecidas do governo e tentem assim salvaguardar sua propriedade¹⁴.

No estado primitivo, Locke afirma que o homem dispõe de dois poderes. Sobre eles, discorre o autor:

O homem detém dois poderes. O primeiro é fazer o que ele acha conveniente para sua própria preservação e para aquela dos outros dentro dos limites autorizados pela lei da natureza [...] O outro poder que o homem tem no estado de natureza é o poder de punir os crimes cometidos contra aquela lei¹⁵.

Em relação ao primeiro poder, o homem, ao entrar em uma comunidade civil, deixar a cargo desta a regulamentação das relações, de modo que se assegure a preservação dele e da própria sociedade. Com isso, indubitavelmente, o homem primitivo renuncia boa parte de sua liberdade.

Sobre o segundo poder, Locke afirma que:

[...] o poder de punir, ele renuncia inteiramente e empenha sua força natural (que antes podia empregar como bem entendesse, por sua própria autoridade, para fazer respeitar a lei da natureza) para ajudar o poder executivo da sociedade, conforme a lei deste exigir¹⁶.

¹³ LOCKE, Jonh. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**, p. 69.

¹⁴ LOCKE, Jonh, op. cit., 69.

¹⁵ LOCKE, Jonh, op. cit., 69.

¹⁶ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 70.

Isso faz com que cada homem renuncie aos seus próprios critérios de punição, para se submeter a julgadores, nomeados entre eles, que irão julgar de acordo com as regras que a própria sociedade adotou, **regras criadas de comum acordo**.

2.2.2.2 A competência de cada poder

Jonh Locke deu um novo contorno a tripartição dos poderes. Para ele, os três poderes eram o Legislativo, o Executivo e o **Federativo**.

Segundo Locke (1994), ao poder legislativo incumbia a prescrição das leis, a que toda sociedade civil seria subordinada. Segundo seu entendimento, a criação das normas demandava pouco tempo e a vigência delas seria contínua e por tempo indeterminado.

Nesse sentido, o filósofo assentou que:

Entretanto, como basta pouco tempo para fazer aquelas leis que serão executadas de maneira contínua e que permanecerão indefinidamente em vigor, não é necessário que o legislativo esteja sempre em funcionamento se não há trabalho a fazer¹⁷.

Registra-se que Locke entendia que as pessoas que executavam a lei (poder executivo) não poderiam ser as mesmas que compuseram ou compunham o poder legislativo. Explica o autor (1994) que, em razão da fragilidade da tentação humana, acaso os indivíduos fossem os mesmos que executassem a lei, eles poderiam se esquivar de cumprir a lei, além de se ter a possibilidade de criar e executar as normas consoante as suas vontades.

Locke (1994) asseverou que o poder legislativo deveria ser composto por várias pessoas habilitadas a exercer tal encargo. Ademais, tais indivíduos deveriam se submeter às normas como toda a sociedade, com vistas a assegurar o bem comum da coletividade.

Destacou o filósofo (1994) que, havendo-se a separação da função de legislar daquela de executar as normas, **alcançar-se-ia a sociedade civil bem organizada**.

Já o poder executivo, segundo o filósofo (1994), deveria ser um poder contínuo. A função executiva deveria ser permanente, de modo que se garanta a execução das leis pelo prazo durante o qual permaneceriam em vigor. Locke (1994) entendia que, pelo fato de o exercício do poder legislativo ser temporário e pela razão de a vigência

¹⁷ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 75.

da lei ser duradoura, o poder legislativo e o executivo deveriam ser, necessariamente, separados.

O pensador inglês (1994) ainda destacou o terceiro poder, ao qual atribuiu o nome de federativo. Para ele, esse poder possuía como característica o natural, que consistia no sentimento de que cada homem dispunha antes de entrar na sociedade. Ele entendia que, embora a relação de cada indivíduo inserido na sociedade fosse considerada como uma relação diferente perante os demais, o conjunto dos membros constituía um todo em relação aos Estados estrangeiros.

Nesse sentido, assentou o autor:

[...] em referência ao resto da humanidade eles formam um corpo único, e este corpo permanece no estado de natureza em referência ao resto da humanidade, como cada um de seus membros estava anteriormente. Isso explica que as controvérsias que surgirem entre qualquer homem da sociedade e aqueles que a ela não pertencem sejam administradas pelo público e que um dano causado a um membro daquela comunidade implica em que todo o conjunto seja obrigado a reparar. Assim, sob este ponto de vista, a comunidade toda é um corpo único no estado da natureza com respeito a todos os outros estados ou a todas as outras pessoas que não pertençam a sua comunidade¹⁸.

Locke (1994) asseverou que competia a esse poder dispor sobre todas as transações com as comunidades externas (aquelas que não faziam parte da sociedade civil interna), sobretudo as pertinentes à guerra e à paz, às alianças e aos inimigos. **Extrai-se desse entendimento que essa função era intimamente ligada à soberania do Estado.**

Locke (1994) afirmou que, não obstante as funções executivas e federativas fossem distintas, elas estariam, na maioria das vezes, interligadas. Para ele, tais funções deveriam ser exercidas pelas mesmas pessoas, uma vez que o exercício de ambos os poderes deriva da força da sociedade. Por tal razão, ele aduziu que: “é quase impraticável situar a força da comunidade civil em mãos distintas e sem elo hierárquico; ou que os poderes executivo e federativo sejam confiados a pessoas que possam agir separadamente”¹⁹. O inglês (1994) afirmou que, acaso as funções executiva e federativa fossem exercidas por comandos diferentes, poderia resultar na desordem e na ruína. Assim, é possível afirmar que, a despeito de funções distintas, **o poder federativo está agregado ao poder executivo.**

¹⁸ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 75.

¹⁹ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 75.

Já o poder judiciário, não era, de acordo com o filósofo, considerado como um poder autônomo. Depreende-se do entendimento dele que a função do poder judiciário está incluída, também, na função executiva. É, por tal razão, que Bobbio (1997), citado por Albuquerque (2006), aduz que:

Diz-se habitualmente que o Estado tem três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. Todavia, para Locke, considerado muitas vezes, erroneamente, como o pai da teoria dos três poderes, os poderes são apenas dois²⁰.

2.2.2.3 A observância obrigatória de quatro limites impostos aos poderes

Entende o inglês (1994) que o homem escolhe viver em sociedade para melhor proteger seu direito de propriedade e sua liberdade. Por isso que, para o inglês, seria inconcebível que o indivíduo renunciasse os direitos de que já dispunha no seu estado originário para ir a uma situação pior daquela em que se encontrava.

É nessa toada que o autor (1994) afirma que, se a comunidade civil, sobretudo por meio do poder legislativo, restringir direitos, precipuamente aqueles naturais, **tal supressão seria ilegítima, ocasião em que surgiria a possibilidade de desfazer o poder outorgados daqueles dos quais decorreu o ato ilegítimo**. Aduz o autor: “não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo por ela instituído, se estenda além **do bem comum**”²¹.

Esclarece o autor (1994) que, independentemente dos poderes, o governo da sociedade deve ser guiado por leis permanentes, promulgadas e públicas, e não por atos provisórios sem força de lei, tal como o decreto. Os juízes, por sua vez, que serão, necessariamente íntegros e imparciais, deverão julgar de acordo com as leis a que todos estão submetidos. E a força, de acordo com o ilustre filósofo, só pode ser exercida para assegurar o cumprimento das mesmas leis, “E tudo isso não deve visar outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo”²².

Locke entende que, entre o poder legislativo e o executivo, aquele é supremo em relação a este, configurando-se uma verdadeira hierarquia entre eles. Nesse sentido, assenta ele: “O poder legislativo é o poder supremo em toda comunidade

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Edunb, 1997, p. 231, *apud* ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria da separação de poderes na doutrina política de Locke**.

²¹ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 70, grifo nosso.

²² LOCKE, Jonh, op. cit., p. 70.

civil, quer seja ele confiado a uma ou mais pessoas, quer seja permanente ou intermitente”²³.

As normas editadas na sociedade só se tornariam de observância obrigatória, de acordo com o autor, se houvessem sido instituídas pelo poder legislativo ou com a sua homologação. A razão, de acordo com o Locke (1994), é a de que as leis criadas sem o aval do poder legislativo seriam instituídas sem o consentimento da sociedade, comunidade de que emana o poder e é aquela competente para escolher e nomear os membros do poder legislativo.

Extrai-se desse entendimento que as normas editadas pelo poder legislativo possuem força obrigatória, a que todas as outras normas editadas de outros poderes seriam subordinadas. É inconcebível, de acordo com o autor (1994), que uma norma editada por outro poder, que não o legislativo, pudesse contrariar e se impor contra norma editada pelo poder legislador. Nesse sentido: “[...] seria ridículo imaginar que um poder que não é o poder supremo na sociedade, possa se impor a quem quer que seja”²⁴.

Porém, Locke deixa claro que o poder supremo conferido ao legislativo não se traduz em arbitrariedade. Nessa toada, o autor discorre sobre o poder legislativo:

[...] ele não é exercido e é impossível que seja exercido de maneira absolutamente arbitrária sobre as vidas e sobre as fortunas das pessoas. Sendo ele apenas a fusão dos poderes que cada membro da sociedade delega à pessoa ou à assembleia que tem a função do legislador, permanece forçosamente circunscrito dentro dos mesmos limites que o poder que estas pessoas detinham no estado de natureza antes de se associarem em sociedade e a ele renunciaram em prol da comunidade social²⁵.

Locke (1994) assevera que, mesmo no estado de natureza, o homem não possuía poder arbitrário, e, se não o possui, é impossível, no momento em que se decide fazer parte da sociedade civil, transferir tal função ao poder legislativo.

Nesse sentido, o filósofo aduz que:

[...] no estado de natureza, o poder que um homem pode exercer sobre a vida, a liberdade ou a posse de outro jamais é arbitrário, reduzindo-se àquele a ele investido pela lei da natureza, para a preservação de si próprio e do resto da humanidade; esta é a medida do poder que ele confia e que pode confiar à comunidade civil, e através dela ao poder legislativo, que portanto não pode ter um poder maior que esse. Mesmo considerado em suas maiores dimensões, o poder que ela detém se limita ao bem público da sociedade²⁶.

²³ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 72, grifo nosso.

²⁴ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 71.

²⁵ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 72.

²⁶ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 72.

Com efeito, o poder arbitrário exercido por quaisquer poderes existentes na sociedade, inclusive o poder supremo (legislativo), sempre será ilegítimo. E o primeiro limite que se impõe à manifesta arbitrariedade é, de acordo Locke (1994), **o bem comum**.

O segundo limite que Locke (1994) ressalta, ao poder supremo e, por consequência, à comunidade, **é a proibição de se governar por meio de decretos arbitrários provisórios**. Em outras palavras, os atos normativos, para serem legítimos, necessariamente, devem derivar do poder legislativo e disporem de vigência contínua. Nessa toada, o autor resume:

O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens; e graças a regras que definissem expressamente o direito e a propriedade²⁷.

O terceiro limite que o Locke (1994) registra **é a impossibilidade de destituir a propriedade do homem sem o seu consentimento, ainda que tal ato seja realizado pelo poder supremo**. Um dos motivos pelos quais o homem no estado originário se abdica dessa situação é justamente preservar seu direito à propriedade. Se assim o faz, não faz sentido, de acordo com o pensador, o próprio governo retirar-lhe esse direito.

Nesse sentido, o autor pontua:

[...] seja quem for a pessoa em cujas mãos está depositado o governo, como este só lhe foi confiado sob condição e para um fim preciso, ou seja, que todos os homens podem continuar donos de seus bens com toda segurança, o príncipe, o senado, ou seja quem for que tenha o poder de fazer as leis para a regulamentação da propriedade entre os súditos, **jamaiz tem o poder de tomar para si o conjunto ou qualquer parte da propriedade dos súditos sem seu próprio consentimento** (LOCKE, 1994, p. 73, grifo nosso).

O quarto limite que o autor (1994) **aduz é a impossibilidade de o poder legislativo transferir sua função a outra pessoa ou poder**. A razão, para tanto, é a de que o povo decidiu se submeter às regras e às leis instituídas pelo poder legislativo, representado por pessoas que foram escolhidas e nomeadas pela sociedade. O povo, de acordo com Locke (1994), transferiu tal prerrogativa somente ao poder legislativo. E, portanto, este poder não o pode transferir, sem o seu consentimento, a terceiros.

²⁷ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 72.

2.2.2.4 O modo pelo qual o exercício do poder é (ou não) legítimo

Locke era um pensador liberal, e, por esse motivo, pregava entendimentos e conclusões que eram contrários ao absolutismo. O absolutismo era fundado no poder absoluto conferido ao rei.

Em termos simples, o poder absoluto consiste na concentração das três funções do Estado em uma única pessoa: criar lei; administrar a coisa pública; e dizer o direito. Decorrem desse poder várias arbitrariedades, tais como a criação e o aumento de tributos apenas para custear o conforto da realeza e da nobreza; prisões e direitos suprimidos sem o devido processo legal etc.

Locke (1994) repudiava a vigência permanente do tempo de duração dos cargos ocupados por membros do poder legislativo e a concentração desse poder nas mãos de uma única pessoa, tal como o monarca. O filósofo (1994) entendia que, concretizando-se tais situações, os interesses dos membros do legislativo ou do monarca não seriam o mesmo da coletividade, podendo, inclusive, apropriar-se dos bens da comunidade, sem consentimento algum.

Para o filósofo inglês (1994), todavia, se a composição das cadeiras do poder legislativo for temporária, a chance de ocorrer arbitrariedade será menor. Nessa toada, aduz o pensador:

Por isso é um erro acreditar que o poder supremo ou legislativo de qualquer comunidade social possa fazer o que ele desejar, e dispor arbitrariamente dos bens dos súditos ou tomar qualquer parte delas como bem entender. Isso não deve ser muito temido em governos em que o legislativo consiste inteiramente, ou em parte, de assembleias de composição variável, e cujos membros, quando elas são dissolvidas, retornam à condição de súditos e estão sujeitos, da mesma forma que o restante das pessoas, às leis comuns de seu país²⁸.

Os membros do poder legislativo e o monarca deveriam, de acordo com Locke (1994), se submeter às mesmas leis a que toda a comunidade era subordinada. Com isso, acaso houvesse a criação de leis arbitrárias, tais diplomas seriam não só aplicados à comunidade civil, mas, sobretudo, aos seus próprios criadores. Deriva também disso a ilação de que a vigência das leis deveria ser permanente de modo que, com isso, inexistisse a possibilidade de manipulação dos diplomas legislativos

²⁸ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 73.

de acordo com interesse privado, sobretudo durante o tempo em que durasse o mandato.

O fundamento do poder político deriva do consentimento dos administrados. Nessa toada, aduz Albuquerque:

O Segundo tratado concerne à legitimidade do poder político naquilo que se refere a sua origem, a sua extensão e aos seus fins, tal como aparece explicitamente enunciado no subtítulo daquela obra. Nem a tradição (como queria Filmer), nem o medo (como pretendia Hobbes) são fundamentos legítimos do poder político. Para Locke, ele se dá unicamente pelo consentimento expresso dos governados (ALBUQUERQUE, 2006).

O homem ao entrar na sociedade buscou, de acordo com o Locke (1994), a segurança de seus direitos. Para tanto, a criação, a execução, o cumprimento, as interpretações das leis, bem como o julgamento das demandas que decorriam de tais situações, não poderiam ser conferidos apenas a uma pessoa ou poder, sob pena de esvaziar a razão pela qual o homem saiu do estado originário.

Foi com esta finalidade que os homens renunciaram a todo o seu poder natural e o depuseram nas mãos da sociedade em que se inseriram, e a comunidade social colocou o poder legislativo nas mãos que lhe pareceram as mais adequadas; ela o encarregou também de governá-los segundo leis promulgadas, sem as quais sua paz, sua tranquilidade e seus bens permaneceriam na mesma precariedade que no estado de natureza²⁹.

Não havia, portanto, lógica, para Locke, o homem se abdicar de seu estado de natureza, em que dispunha de ampla liberdade, para adentrar em uma sociedade civil, se, nessa nova fase social, houvesse supressão ou restrição de direitos dos quais era detentor naquele estado.

Havia, a outro turno, de acordo com o inglês (1994), um poder conferido ao executivo denominado de prerrogativa, que, com vistas ao bem comum, consistia no agir discricionário do governante, para uma situação fática, quando da ausência de um dispositivo legal. “A prerrogativa nada mais é que o poder de realizar o bem público sem se basear em nenhuma regra”³⁰. Tal poder (prerrogativa) era, de acordo com o pensador, algo necessário, pois, em função das constantes mudanças que ocorrem no meio social, as leis não poderiam prever a resolução para todos os conflitos e para todas as urgências que surgissem.

²⁹ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 73.

³⁰ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 81.

A prerrogativa sendo utilizada de modo adequado, com vistas ao bem comum, não seria jamais objeto de questionamento pela comunidade e pelos demais poderes.

Todavia, quando essa prerrogativa foi utilizada para fins privados, o povo reclamou por mudanças. Uma das modificações foi a criação de leis que restringissem a atuação discricionária do executivo (LOCKE, 1994).

O pensador (1994) pontuou que existiam alguns entendimentos contrários a essa mudança - restrição, sendo considerada por algumas pessoas como um abuso praticado pelo povo. Tais indivíduos que eram contrários a mudança entendiam que a prerrogativa do monarca não podia ser limitada, uma vez que o interesse do monarca era, em muitos casos, diferente do interesse comunidade. Locke, porém, repudiou tal entendimento, afirmando:

Os únicos abusos são aqueles que prejudicam ou entram o bem público. Aqueles que dizem o contrário, falam como se o príncipe tivesse um interesse distinto e separado do bem da comunidade; eis a razão e a fonte de onde procedem quase todos os males e as desordens que acompanham os governos monárquicos. Realmente, se fosse assim, o povo sob seu governo não seria uma sociedade de criaturas racionais que entraram em uma comunidade visando o bem comum, mas deveria ser encarado como um rebanho de criaturas inferiores sob a dominação de um dono, que os mantém e os faz trabalhar para ele para seu próprio prazer ou proveito. Se os homens fossem tão desprovidos de razão e tão selvagens para entrar em sociedade em tais termos, talvez, como alguns o desejariam, a prerrogativa pudesse na verdade ser um poder arbitrário para realizar atos que prejudicassem o povo³¹.

Nessa toada, Locke (1994) entendia que a prerrogativa só podia ser utilizada nos termos em que dispusesse o bem comum, e não conforme interesses contrários à coletividade, sob pena de ocasionar a desordem pública.

2.2.2.5 O poder soberano do povo

Locke (1994) afirmou que o poder legislativo deriva de um poder fiduciário, conferido pelo povo. Por isso que o autor afirmou: “permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou”³².

³¹ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 80.

³² LOCKE, Jonh, op. cit., p. 76.

Afirma, também, o filósofo (1994) que o poder supremo perpétuo pertence ao povo. Sendo assim, uma vez não observado o bem comum pelo poder legislativo, o povo poderia destitui-lo, segundo Locke.

Locke ainda faz um questionamento na hipótese em que o poder executivo queira usar a força contra o interesse do povo. Responde o autor:

Eu respondo que o fato de se servir da força contra o povo sem autoridade e indo de encontro à confiança depositada no autor de ato equivale, por si só, a entrar em guerra contra o povo, que tem o direito de restaurar seu poder legislativo no exercício de seu poder. Se o povo instituiu um legislativo, é porque ele exerce o poder de fazer leis, seja a uma data precisa e fixada de antemão, seja em caso de necessidade; cada vez que uma força qualquer impede o poder legislativo de prestar à sociedade um serviço assim necessário, o povo, cuja segurança e preservação estão em jogo, tem o direito de destituí-lo pela força³³.

Constata-se que, de acordo com o pensamento do Locke, o controle das arbitrariedades perpetradas pelos poderes legislativo e executivo seria exercido pelo próprio povo, razão por que não havia ainda, propriamente, o controle do poder pelo poder, ocasião em que se caracterizariam os freios e contrapesos.

2.2.3 A separação dos poderes segundo Montesquieu

Charles-Louis de Secondat³⁴, conhecido como Montesquieu, retratou com grande maestria o tema separação dos poderes em sua obra clássica: *O espírito das leis* (1748). O momento em que vivia na França fez com que ele tivesse pensamentos contrários ao absolutismo, regime adotado no seu país à época.

Como a Inglaterra foi um dos primeiros países a abolir o absolutismo, Montesquieu usava este país como referência para a França. E, como forma de subsidiar seus pensamentos, valeu-se em boa parte dos ensinamentos de Locke. Separou o francês, inclusive, um capítulo para falar só sobre a Constituição da Inglaterra em seu livro.

Todavia, a separação de poderes, nos ideais de Montesquieu, está mais bem delineada do que aquela retratada por Locke. O pensador inglês não descrevia o judiciário como um poder autônomo. Ademais, Locke não chegou a detalhar como seria os mecanismos de limitação dos poderes, restringindo-se a falar que, caso

³³ LOCKE, Jonh, op. cit., p. 77.

³⁴ Foi um grande pensador francês, que nasceu em 18 de janeiro de 1689 e faleceu no ano de 1755.

houvesse um poder arbitrário, seja por meio do poder executivo, seja por meio do poder legislativo, o abuso poderia ser desconstituído pelo povo.

Montesquieu, por sua vez, estabeleceu o poder judiciário como um poder autônomo perante os demais. Além disso, a sua maior contribuição para o Estado de Direito foi **o sistema de freios e contrapesos**, meio pelo qual o poder controla o poder (MONTESQUIEU, 2000).

2.2.3.1 Divisão tripartida dos poderes

Em função do momento em que se situava Montesquieu, a liberdade, certamente, foi, para ele, o ponto de partida, para o surgimento da necessidade da separação dos poderes. Mas o autor adverte que a liberdade que deve ser protegida é a política, materializada na liberdade de fazer o que a lei permite (MONTESQUIEU, 2000).

O pensador francês (2000) pontua que a liberdade política só é encontrada nos governos moderados. Mas, para além disso, aduz o autor que a liberdade só surgirá quando inexistir o abuso de poder e ressalta que o homem que possua poder é levado a dele abusar. Nesse sentido, o autor expõe uma solução para esse problema: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, **o poder limite o poder**”³⁵.

Montesquieu (2000) asseverou que cada Estado ostenta três tipos de poderes: poder executivo; poder legislativo; e poder judiciário. De fato, o autor chamar o poder judiciário, a princípio, de poder executivo de que depende o direito civil. Mas depois aduz: “Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado”³⁶.

Montesquieu (2000) ressaltou que, para que a liberdade exista, não se pode acumular o poder de legislar com o de executar as leis, pois, nesse caso, ter-se-ia a tirania. Tampouco poderia acumular a função de julgar com a de legislar ou de executar as leis, pois haveria a arbitrariedade ou a opressão.

Nessa toada, o autor preconiza:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se

³⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p.166, grifo nosso.

³⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 168.

pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor³⁷.

Montesquieu (2000) afirma que tudo estará perdido se houver a concentração dos três poderes na figura de uma única pessoa, o que terá como consequência inevitável o despotismo.

O poder de julgar não deve ser conferido ao senado permanente, mas sim por pessoas retiradas do seio da sociedade em certos períodos do ano, de maneira prevista em lei, com vistas a formar um tribunal (MONTESQUIEU, 2000). Registra-se que o Montesquieu (2000) entende que o tribunal julgador deveria durar pelo tempo que a necessidade requer. E, por esse motivo, seria um tribunal temporário com constantes modificações em sua composição.

O autor, todavia, assenta que, embora os tribunais não fossem fixos, o julgamento o deveria ser:

Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que **nunca sejam mais do que um texto preciso da lei**. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos. É até mesmo necessário que os juízes sejam da mesma condição do acusado, ou seus pares, para que não possa pensar que caiu nas mãos de pessoas inclinadas a lhe fazerem violência (MONTESQUIEU, 200, p. 170, grifo nosso).

Nesse excerto extraído, já se percebe o entendimento de Montesquieu acerca da função de julgar. Para ele, a despeito de ser uma atribuição que, obrigatoriamente, não devia ser agregada à função executiva ou legislativa, sob pena de causar a opressão ou a arbitrariedade, **a função de julgar deveria se ater ao texto da lei**.

Ademais, o autor pontuou que: “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo”³⁸. Os juízes, para Montesquieu, são apenas a boca que pronuncia as palavras que estão descritas na lei, “são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”³⁹.

Montesquieu (2000) pontuou que o poder legislativo deveria ser formado, em suma, por dois corpos de parlamentares: corpo de nobres e o corpo que representa o povo. A razão para isso é a de que os interesses da sociedade são distintos e, caso

³⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 168.

³⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 172.

³⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 175.

houvesse uma unificação deles no corpo de uma única representação, “a liberdade comum seria sua escravidão, e elas não teriam nenhum interesse em defendê-la, porque a maioria das resoluções é contra elas”⁴⁰.

Afirmou o autor (2000) que o poder executivo exige ações instantâneas, e, por isso, as medidas seriam resolvidas de modo mais efetivo por apenas uma pessoa, que, segundo ele, seria o monarca. Já o poder legislativo deveria ser composto por várias pessoas. Montesquieu (2000) afirmou que, se o poder executivo fosse confiado a um número de pessoas retiradas do legislativo, não haveria liberdade.

Os membros do poder legislativo deveriam ser, de acordo com o autor, constantemente modificados. Nessa toada, aduz o pensador francês:

Quando diversos corpos legislativos sucedem uns aos outros, o povo, que tem uma má opinião do corpo legislativo atual, coloca, com razão, suas esperanças naquele que virá depois. Mas se fosse sempre o mesmo corpo, o povo, vendo uma vez corrompido, não esperaria mais nada de suas leis; tornar-se-ia furioso, ou cairia na indolência⁴¹.

2.2.3.2 Check And Balances

Uma das maiores contribuições dos pensamentos de Montesquieu foi, certamente, os freios e contrapesos. Segundo ele: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, **o poder limite o poder**” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166, grifo nosso).

Nessa toada, o autor entendia que, além de se ter a separação das funções de legislar, administrar e julgar, era necessário que houvesse um controle dessas funções pelos próprios poderes.

Uma das formas pelas quais se materializava esse controle, segundo o autor (2000), era através da faculdade de impedir e de estatuir. Nesse sentido, Montesquieu pontuou: “Chamo *faculdade de estatuir* ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo *faculdade de impedir* ao direito de anular uma resolução tomada por outrem”⁴².

Para Montesquieu, o poder executivo deveria agir com sua faculdade de impedir. Nesse sentido:

⁴⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 171-172.

⁴¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 173.

⁴² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 172, grifo do autor.

O poder executivo [...] deve participar da legislação com sua faculdade de impedir, sem o que ele seria logo despojado de suas prerrogativas. Mas se o poder legislativo participar da execução o poder executivo estará igualmente perdido. Se o monarca participasse da legislação com poder de decidir, não haveria mais liberdade. Mas, como é necessário, no entanto, que participe da legislação para se defender, é preciso que tome parte nela com a faculdade de impedir⁴³.

Tais faculdades conferiam ao poder executivo e ao poder legislativo um controle recíproco entre eles. O poder executivo através da faculdade de impedir poderia frear as iniciativas do poder legislativo ilegítimas, evitando-se que este poder se transformasse em um poder despótico. Já o poder legislativo, por meio das faculdades, poderia verificar se as leis estavam sendo executadas de maneira correta pelo poder executivo.

O autor (2000) entendia que, necessariamente, o poder legislativo deveria se reunir em um intervalo de tempo razoável. Vale dizer, de uma sessão à outra, não poderia haver um lapso de tempo grande. Isso porque haveria anarquia ou o poder executivo se tornaria absoluto.

Nesse sentido:

Se o corpo legislativo passasse um tempo considerável sem se reunir, não haveria mais liberdade. Pois aconteceria uma destas duas coisas: ou não haveria mais resolução legislativa, e o Estado cairia na anarquia; ou estas resoluções seriam tomadas pelo poder executivo, e ele se tornaria absoluto⁴⁴.

Para o autor (2000), o legislativo não poderia estar sempre reunido, pois o poder executivo deixaria de atuar em sua função, para defender suas prerrogativas contra o poder legislativo.

O pensador francês (2000), sofrendo influência de Locke, entendia que o poder legislativo não podia convocar a si mesmo, com o objetivo de realizar as suas deliberações. Existem, precipuamente, duas razões, segundo Montesquieu (2000), para isso:

- a) Se tal poder fosse confiado ao legislativo, a decisão de convocação deveria ser unânime entre os membros do poder legislativo; e, se isso não ocorresse, não se saberia se a reunião foi dada pela maioria ou pela minoria, faltando-se, em alguns casos, a representatividade;

⁴³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 175.

⁴⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 173.

- b) Existem períodos em que a necessidade da reunião são maiores; e o poder executivo saberia o momento adequado, “Se o poder executivo não tiver o direito de limitar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico; pois, como ele poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar, anulará os outros poderes”⁴⁵.

O pensador entendia, por outro lado, que o poder legislativo não devia limitar a função do poder executivo, visto que, se a execução fosse limitada, tornar-se-ia inútil, sobretudo pelo fato de o poder executivo ser momentâneo (MONTESQUIEU, 2000). Registrou, outrossim, o autor que, embora o poder legislativo não devesse limitar o poder executivo, deveria verificar se as leis estavam sendo executadas. Nesse sentido, aduz o pensador:

Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o, direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas⁴⁶.

Montesquieu afirmou que, mesmo nesse controle que o poder legislativo pudesse exercer sobre o poder executivo, não poderia o corpo legislativo julgar o executivo, uma vez que poderia se tornar tirânico (MONTESQUIEU, 2000).

Apesar de, a princípio, o pensador asseverar que ao poder legislativo não se deveria conferir o poder de julgar, **o autor apresenta três exceções**.

Sobre a primeira exceção, o autor pontuou que os representantes da nobreza estão sempre expostos à inveja. E, por tal razão, caso fossem julgados por alguém do povo, estariam em perigo, visto que não dispõem:

[...] do privilégio que possui o menor dos cidadãos, num Estado livre, que é o de ser julgado por seus pares. Assim, é preciso que os nobres sejam levados não aos tribunais ordinários da nação, e sim a esta parte do corpo legislativo que é composta de nobres⁴⁷.

Em relação à segunda exceção, o autor assentou que o corpo legislativo que representava o povo deveria ser julgado pelos membros do legislativo da nobreza. Isso porque, segundo ele, tal corpo não poderia ser julgado pelos próprios membros, pois seria parte interessada. Não poderia também ser julgado pelo judiciário, pois não poderia se rebaixar a um poder inferior. Nessa toada, o autor pontua:

⁴⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 173.

⁴⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 174.

⁴⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 174.

[...] é preciso, para conservar a dignidade do povo e a segurança do particular, que a parte legislativa do povo faça a acusação perante a parte legislativa dos nobres, que não tem nem os mesmos interesses, nem as mesmas paixões que ela⁴⁸.

Em relação à terceira exceção, aduz o autor:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. Assim, é a parte do corpo legislativo que acabamos de dizer ter sido, em outra oportunidade, um tribunal necessário que se mostra de novo necessária agora; sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela⁴⁹.

Decorre do pensamento de Montesquieu que **os freios e contrapesos eram exercidos apenas entre o poder executivo e o poder legislativo**. Isso porque, para o filósofo, o poder judiciário, a despeito de lhe ser conferida a função de julgar, não era considerado como um poder autônomo. Em função disso, o autor (2000) chegou a falar que o judiciário seria um poder inferior, razão por que não havia a possibilidade de exercer o controle sobre os demais poderes.

2.2.4 A separação dos poderes na ótica de Benjamim Constant⁵⁰

Segundo Toledo (2007), a separação dos poderes, para Benjamim Constant, suíço-francês, só poderia ser preservada com um quarto poder. Para tanto, entendia-se que deveria haver uma divisão de função entre o chefe do Estado e o chefe do Governo, que, nesse último caso, era chamado por Benjamim de poder ministerial. O monarca deteria o poder como chefe de Estado, ao passo que os ministros exerceriam a função de chefe do governo.

Para Constant (1815), haveria, então, quatro poderes: poder judiciário, poder legislativo, poder executivo, exercido pelos ministros, e, por último, o poder real, a ser exercido pelo rei. Nesse passo, o poder real seria o poder neutro, cuidando do equilíbrio.

⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 175.

⁴⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 175.

⁵⁰ Foi um escritor, pensador e político francês, cujo nascimento ocorreu em 25 de outubro de 1767 e cuja morte se deu em 8 de dezembro de 1830.

Tais ideias de Constant refletiram muito no Brasil, no século XIX, culminando na previsão do poder moderador na Constituição de 1824. Essa Constituição previa em seu art. 98 que o poder moderador era a chave de toda a organização política e era delegada privativamente ao imperador.

3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO UM PRECEITO ELEVADO À NORMA CONSTITUCIONAL

Todos os pensamentos elaborados pelos grandes filósofos citados serviram, em grande parte, como fonte de direito para que vários países adotassem suas lições sobre a separação dos poderes nas Constituições de seus Estados. Com efeito, destacaremos os principais países, Inglaterra, EUA, França, responsáveis pela constitucionalização do direito e, por consequência, da separação dos poderes, países em que ocorreu a elevação de tal princípio como norma jurídica constitucional.

Além disso, abordaremos a evolução e as mudanças com as quais sofreu a separação dos poderes no Brasil, apontado, também, como os freios e contrapesos funcionam, atualmente, no país brasileiro.

3.1 Inglaterra

Ressalta-se que já, no século XIII, o Rei da Inglaterra foi compelido a ceder parte de seus poderes a um grupo de barões, o que acabou culminando na carta magna de 1215. **Não se tem dúvida de que já nesse episódio há, de certa forma, a materialização da separação de poderes.**

Sob a influência do contexto político existente e da doutrina de Jonh Locke, a separação de poderes foi, de fato, implementada na Inglaterra em 1688, ano em que ocorre a revolução gloriosa, “pondo fim ao absolutismo através de uma transição de uma Monarquia Absolutista para uma monarquia Parlamentar na qual o Rei estaria subordinado ao parlamento”⁵¹. Disso decorre a assinatura de um dos documentos fundamentais o *Bill of Rights*, considerado como um dos pilares do arcabouço constitucional inglês.

Tal documento veio promover o fortalecimento da separação dos poderes. Nesse sentido, Comparato, citado por Pires:

[...] o essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, ficar sujeito ao arbítrio deste⁵².

⁵¹ MARTINS, Flavio, op. cit., 2017, p. 1314.

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, *apud* PIRES, Ana Carolina Fernandes. **Conceito histórico da Separação dos Poderes**.

Desde então, consagrou-se, na Inglaterra, a Separação dos Poderes como um princípio que foi alçado à norma fundamental da Constituição inglesa, e, por ser, praticamente, o país pioneiro nesse aspecto, influenciou vários outros Estados soberanos a agirem de igual forma.

3.2 Estados Unidos da América

A Constituição norte-americana de 1787 adotou a tripartição dos poderes. A carta fundamental prevê que o poder legislativo se materializa no Congresso dos Estados Unidos, composto por um Senado e de uma Câmara de representantes (EUA, 1787).

Em relação ao poder executivo, a Constituição estabelece que esse poder será investido na figura do eleito Presidente dos Estados Unidos da América, sendo que seu mandato, junto com o do vice, durará quatro anos (EUA, 1787).

Quanto ao poder judiciário:

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo (EUA, 1787).

De acordo com Martins, foi na Constituição norte-americana que o sistema de freios e contrapesos ganhou relevância na prática. O Autor pontua que, na obra *O Federalista*, havia expressa previsão de que se deveria ter os freios e contrapesos. Pires, inspirando-se nos pensamentos de Hamilton, Madison e Jay, autores da obra *O Federalista*, pontuou que a Constituição dos Estados Unidos da América evitou a concentração do poder nas mãos de uma pessoa, sem que, para isso, houvesse a necessidade de separar de forma absoluta os poderes do Estado⁵³.

3.3 França

A independência dos Estados Unidos da América em 1776 e os postulados fundamentais contidos na Constituição norte-americana de 1787 inspiraram, na França, *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789. Trata-se de

⁵³ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. Londres: Penguin, 1987 apud PIRES, Ana Carolina Fernandes, op. cit.

documento emanado da Assembleia Constituinte da França, cuja finalidade era a de positivizar os direitos naturais e universais de toda a sociedade.

A declaração trata sobre a separação dos poderes, prevendo no art. 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FRANÇA, 1789).

Pela sua importância, tal declaração serviu como preâmbulo para a Primeira Constituição Francesa de 1791, que, implantando uma monarquia constitucional, positivou a separação dos poderes desde então na França, tendo como poderes o Legislativo, Executivo e Judiciário.

3.4 Brasil

Trataremos como se deu a modificação do princípio da separação dos poderes no Brasil, tendo como parâmetro as Constituições que vigoraram no país.

3.4.1 Constituição de 1824

A Constituição brasileira de 1824 sofreu grande influência de Benjamin Constant, e, seguindo os pensamentos desse pensador⁵⁴, adotou-se a quadripartição dos poderes. Além dos poderes executivo, legislativo e judiciário, a Constituição previa o “Poder moderador”. Este poder era exercido de forma privativa pelo imperador e dispunha da função de, precipuamente, fiscalizar os outros poderes.

Consoante o art. 99 da referida Constituição⁵⁵, além de ser inviolável perante todos, os atos executados pelo imperador não lhe sujeitavam a responsabilidade alguma. O art. 101 e seus incisos previam poderes exorbitantes ao imperador. Destacam-se, entre eles, o poder de dissolver a Câmara dos Deputados; o poder de suspender os magistrados; e o poder de nomear os senadores.

Constata-se, tendo em conta tais dispositivos, que o objetivo do imperador, D. Pedro I, era concentrar o poder em suas mãos, e que, por isso, houve uma desfiguração do que o Benjamin Constant pregava.

⁵⁴ Ver o capítulo 2.2.4 *supra*.

⁵⁵ Constituição de 1824, art. 99: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle (sic) não está sujeito a responsabilidade alguma”.

O Poder Legislativo era chamado de assembleia geral, dividido em duas casas, a Câmara dos Deputados e a Câmara de Senadores ou Senado⁵⁶. Os deputados eram eleitos para mandato determinado, enquanto os senadores, escolhidos pelo imperador após a eleição em lista tríplice, eram vitalícios.

O poder judicial (judiciário) era, de acordo com a Constituição, independente⁵⁷. O maior tribunal era chamado de Supremo Tribunal de Justiça, cuja competência era, entre outras: “Conhecer dos delictos (sic), e erros do Officio (sic), que commetterem (sic) os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico (sic), e os Presidentes das Provincias (sic)”⁵⁸.

3.4.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891 foi a primeira carta de cunho republicano, vale dizer, a forma de governo adotada foi a república. A tripartição dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), no Brasil, foi inaugurada com ela⁵⁹, tendo a previsão explícita que tais poderes seriam harmônicos e independentes entre si.

Manteve-se o bicameralismo do Poder Legislativo Federal, Senado e a Câmara dos Deputados. Os deputados e senadores eram eleitos de igual modo, todavia, os senadores deixaram de ser vitalícios, tendo a duração do mandato por nove anos. A presidência do Senado era exercida pelo Vice-Presidente da república, dispondo de voto de qualidade nas votações.

O sistema de governo preconizado pela Constituição foi o presidencialismo. O Presidente da República e o Vice eram eleitos para um mandato de quatro anos, sendo “eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos”⁶⁰. Houve a previsão de *impeachment* para o presidente, julgamento pelo Senado de crimes de responsabilidade, e a previsão de responsabilidade por crimes comuns a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1891 inaugurou o Supremo Tribunal Federal, com sede na capital, tendo a composição de quinze membros, escolhidos pelo Presidente e

⁵⁶ Constituição de 1824, art. 14: A Assembléa (sic) Geral compõe-se de duas Camaras (sic): Camara de Deputados, e Camara de Senadores, ou Senado.

⁵⁷ Constituição de 1824, art. 151: “O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes [...]”.

⁵⁸ Constituição de 1824, art. 164, II.

⁵⁹ Constituição de 1891, art. 15: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

⁶⁰ Constituição de 1891, art. 47.

sabatinados pelo Senado. Dentre as competências previstas para o Supremo Tribunal Federal, destaca-se: processar e julgar originaria e privativamente o Presidente da República (sic), nos crimes comuns (sic)⁶¹.

3.4.3 Constituição de 1934

A tripartição dos poderes se manteve na Constituição de 34, com a peculiaridade de ser “vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições”⁶². Uma das principais novidades foi a de que o Senado era órgão meramente colaborador da Câmara dos Deputados⁶³.

O sistema de governo presidencialismo permaneceu, sendo a duração do mandato do presidente de quatro anos, não podendo se reeleger. O julgamento por crime de responsabilidade e por crime comum permaneceu nessa Constituição.

Sobre o Poder Judiciário e o Ministério público, Martins ressalta que a Constituição de 1934:

[...] denominou o Supremo Tribunal Federal de “Corte Suprema” (art. 73), composta de 11 ministros, podendo ser elevado até a 16, nomeados pelo Presidente e aprovados pelo Senado Federal. Outrossim, implantou a justiça do trabalho, mantendo-a na esfera administrativa (art. 122) e a Justiça Eleitoral (art. 82). Por fim, previu o Ministério Público, nos artigos 95 ao 98, estabelecendo como chefe do Ministério Público Federal o Procurador-Geral da República, “de livre nomeação do Presidente da República” (art. 95, §1)⁶⁴.

3.4.4 Constituição de 1937

A Constituição de 37 manteve a tripartição dos poderes, porém, tal previsão era nominal, uma vez que não havia poder legislativo. O art. 178 da Constituição previu, *in verbis*, que:

São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias (sic) Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.

Ocorre, todavia, que o plebiscito de que trata o art. 187 nunca foi realizado. Em razão disso, o presidente da república acabou por fazer o papel de legislador,

⁶¹ Constituição de 1891, art. 59, I.

⁶² Constituição de 1934, art. 3º, §1.

⁶³ Constituição de 1934, art. 22: “O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal”.

⁶⁴ MARTINS, Flavio, op. cit., p. 1320.

instituindo vários decretos-leis, a exemplo do código penal (DECRETO-LEI 2.848 de 1940).

Dessa maneira, o poder executivo concentrava a função executiva e a legislativa. Apesar de se ter a previsão nos artigos 85 e 86 do *impeachment*, tal dispositivo, na prática, era letra morta, uma vez que não havia o poder legislativo para julgá-lo. Todos esses dispositivos e medidas arbitrários eram derivados do momento crítico pelo qual o país passava, denominado Estado Novo.

Já sobre o poder judiciário, Flávio Martins pontua:

Com um executivo centralizado e ditatorial, um legislativo inexistente, o Judiciário não passaria incólume no Estado Novo. Aparentemente independente sofria o controle do governo, devido a um dispositivo constitucional que permitia ao Presidente da República a aposentadoria compulsória de qualquer agente⁶⁵.

3.4.5 Constituição de 1946

Na Constituição de 46, a democracia foi restabelecida, e a Carta Fundamental previu a tripartição dos poderes e a independência e harmonia entre eles⁶⁶.

O poder legislativo era exercido de modo bicameral pelo Congresso, formado pela Câmara e Senado. Os deputados eram eleitos pelo sistema proporcional, para um mandato de quatro anos, ao passo que os senadores, pelo sistema majoritário, para um mandato de oito anos.

Sobre o sistema de governo e o *impeachment*:

Sendo o sistema de governo presidencialista, o chefe do Poder Executivo era o Presidente da República (art. 78), eleito pelo voto direto para mandato de cinco anos (art. 82). O texto originário da Constituição não vinculava a candidatura do Presidente à do Vice-Presidente (art. 81) [...]. Previa o processo do Presidente da República pelo crime de responsabilidade (*impeachment*)⁶⁷.

Em relação ao poder judiciário, a Constituição inaugurou o Tribunal Federal de Recursos. A justiça trabalhista, que antes integrava o poder executivo, transformou-se em órgão pertencente do poder judiciário.

3.4.6 Constituição de 1967

⁶⁵ MARTINS, Flavio, op. cit., p. 1320.

⁶⁶ Constituição de 1946, art. 36: "São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si".

⁶⁷ MARTINS, Flavio, op. cit., p. 1321.

Na Constituição de 1967, apesar de ter previsão da tripartição dos poderes, recaía sobre o poder executivo uma preponderância sobre os demais. O poder executivo era comandado pelo Presidente da República, eleito pelo voto indireto de um colégio eleitoral⁶⁸.

O poder legislativo compunha da Câmara e do Senado e, por isso, era bicameral. Competia ao Senado julgar não só Presidente nos crimes de responsabilidade, como também os membros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República.

O Supremo Tribunal Federal, com a redação dada pelo ato institucional seis de 1969, era composto por onze ministros, sendo suas nomeações realizadas pelo Presidente da República depois de aprovadas pelo Senado. O Tribunal Federal de Recursos tinha a composição de treze ministros nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pelo Senado.

3.4.7 Constituição de 1988

A Constituição de 1988, atual carta política do Brasil, restabeleceu a democracia e constituiu, de fato, a separação dos poderes, não havendo preponderância entre eles. Há previsão expressa de que os poderes são independentes e harmônicos. O sistema de governo adotado é o presidencialismo.

O Poder Legislativo é composto pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, sendo que a eleição para deputado se dá através do sistema proporcional, enquanto que, para os senadores, o sistema é majoritário. O Senado julga os membros do Supremo Tribunal Federal e o Presidente da República nos casos de crimes de responsabilidade.

Em relação ao poder judiciário, o Tribunal Federal de Recursos foi extinto e, no seu lugar, emergiu o Superior Tribunal de Justiça. Com a emenda 45 de 2004, ocorreu uma das maiores novidades que acabou por impactar na separação dos poderes. Trata-se da criação do Conselho Nacional de Justiça, cuja competência é o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. A sua composição compreende advogados, cidadãos,

⁶⁸ Const. 1967, art. 76: O Presidente será eleito pelo sufrágio de um Colégio Eleitoral, em sessão, pública e mediante votação nominal.

juízes, membros do Ministério Público e membros dos tribunais superiores. Outra novidade que derivou dessa emenda foi a Súmula Vinculante, emanada do Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos são vinculativos aos outros poderes do poder judiciário, bem como à administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

3.4.7.1 Freios e contrapesos na Constituição de 1988

O sistema de freios e contrapesos, sistema de controle aperfeiçoado, como assentado, por Montesquieu na obra intitulada *O Espírito das Leis*⁶⁹, tem o objetivo de promover o equilíbrio de forças entre os poderes. Tais interferências, por conta da limitação que decorre dessa atuação, devem ser realizadas apenas nas hipóteses em que a Constituição Federal de 1988 permite.

Pode-se citar alguns exemplos em que é permitida a imiscuição de um poder em outro:

- a) O Executivo pode vetar projeto de lei do Legislativo (art. 66, §1º);
- b) O Legislativo julga o Executivo e o Judiciário nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II);
- c) Legislativo rejeita medida provisória (art. 62);
- d) Judiciário declara a inconstitucionalidade de lei emanada do Legislativo (art. 97);
- e) Executivo escolhe os ministros do STF com a aprovação do Senado (art. 101, parágrafo único).

⁶⁹ Ver o capítulo 2.2.3.2 *supra*.

4 ATIVISMO JUDICIAL E AUTORESTRIÇÃO JUDICIAL

Tanto o ativismo quanto a autorrestrição judiciais são manifestações do poder judiciário, que ostentam íntima relação com o princípio da separação dos poderes.

4.1 Ativismo Judicial

A intervenção do judiciário nos outros poderes decorre, precipuamente, do controle de inconstitucionalidade das leis e atos normativos, bem como das omissões legislativas.

O ativismo, se for realizado de modo arbitrário, pode ser considerado como uma manifestação antidemocrática, sobretudo quando se depara com a origem e com a razão de ser das leis, que, tendo um papel relevante, puseram um limite ao absolutismo monárquico.

Sobre o conceito de ativismo judicial, nas palavras de Campos:

[...] as decisões ativistas são multifacetadas, isto é, se revelam por **diferentes dimensões** – a interpretação criativa e expansiva da Constituição, a aplicação direta de direitos fundamentais implícitos ou apenas vagamente definidos, a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica dos outros poderes, a superação de precedentes, etc. [...] ⁷⁰.

O ativismo judicial é um termo que ostenta uma carga de significados muito ampla. Como exemplo disso, é possível que em uma decisão polêmica dois grupos cujas ideologias sejam distintas considerem que a decisão, para um, foi acertada, e, para outro, ilegítima e ativista⁷¹.

Ademais, o ativismo judicial poder ser utilizado como uma alegação da discordância em relação à decisão, ainda que seja acertada. O ativismo judicial, portanto, muitas vezes, é confundido como um excesso judicial, sentido extremo do termo. Sobre o assunto, alerta Campos:

⁷⁰, CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**, p. 52, grifo do autor.

⁷¹ Campos retrata em sua obra com maestria tal situação que se deu nos EUA: “Conservadores e liberais divergem sobre o grau de intervenção do Estado na economia, federalismo, aborto, direitos dos gays, ações afirmativas raciais, pena de morte, financiamento de campanhas eleitorais, etc. Mas o desenvolvimento judicial dessas controvérsias mostra um ponto comum: ambos são dispostos a utilizar o ativismo judicial para avançar suas agendas político-ideológicas e são igualmente dispostos a atacar juízes e cortes quando não é a sua agenda que está sendo posta em prática” (CAMPOS, op. cit., p. 68).

Ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, e essa correlação simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual. Pensar de modo diverso daria razão àqueles que afirmam a absoluta inutilidade do termo: bastaria então substituí-lo por ilegitimidade⁷².

Há algumas razões pelas quais se associa o ativismo judicial a uma interferência sempre indevida.

Conforme demonstrado alhures, o poder judiciário não era considerado como um poder autônomo, inclusive era tratado como um poder nulo⁷³. Com o passar dos anos, tal poder ganhou magnitude ao ponto de não se ater apenas ao dizer o direito, mas também de controlar os outros poderes. Essa “mudança de comportamento” do poder judiciário fez com que houvesse uma ligação indissociável do ativismo judicial a um excesso ilegítimo do judiciário.

Em locais em que a Constituição seja analítica, as demandas propostas às Cortes Constitucionais vão desde as de menores expressões até aquelas de alta relevância para a sociedade. Com isso, a Corte acaba definindo e determinando o comportamento de cada indivíduo para quaisquer tipos de matérias. Esse excesso de atuação que, algumas vezes, decorre da própria Constituição do Estado faz, também, com que esse ativismo seja visto, em várias situações, de modo arbitrário.

Com o avanço de poder que teve o judiciário no cenário político de vários países do mundo, ele acaba participando de questões políticas, que, a priori, são matérias em que não se deveria ter interferência. Sobre o assunto, Campos preconiza:

Com a expansão de poder sobre os demais atores relevantes e no âmbito de solução das grandes questões morais e políticas, as cortes tornam-se, inevitavelmente, personagens centrais dos sistemas de governo e suas decisões interferem sobre os mais importantes processos políticos desses sistemas. Daí não haver como enxergá-las, de outra forma, senão como autênticos *atores políticos* [...] As cortes ativistas, diante da relevância e dos efeitos de suas decisões, não fazem apenas parte do sistema político de determinado país, mas são hoje verdadeiros centros de poder que participam, direta ou indiretamente, da formação da vontade política predominante⁷⁴.

Para Campos, não há como se afirmar de modo apriorístico que uma decisão judicial ativista será sempre ilegítima. Para ele, deve-se analisar a particularidade do caso de que se originou a decisão.

Nesse sentido, Campos adverte que:

⁷² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 186.

⁷³ Ver o capítulo 2.2.2.2 e 2.2.3.1 *supra*.

⁷⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 60, grifo do autor.

Não há [...] como afirmar aprioristicamente que uma decisão judicial ativista é legítima ou ilegítima, pois isso dependerá, em cada caso concreto, da conformidade do exercício do poder judicial com os limites institucionais mais ou menos claros impostos pela respectiva Constituição de regência e pelas diferentes variáveis políticas e sociais presentes. [...] O ativismo judicial pode ser bom ou ruim, legítimo ou ilegítimo, e isso é contingente⁷⁵.

Neste trabalho adotaremos o significado amplo do termo ativismo judicial, que compreende tanto as decisões arbitrárias como também aquelas necessárias para a garantia dos postulados constitucionais.

4.1.1 O surgimento do ativismo judicial

Pode-se afirmar, sem dúvida, que o termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos da América (EUA). Campos (2014) afirma que a palavra ativismo judicial foi proferido pela primeira vez por Artur Schlesinger Jr., norte-americano e historiador, em um artigo chamado de *The Supreme Court: 1947*. Em sua obra, o Schlesinger invocou o termo ativismo judicial como o contrário de autorrestrrição judicial.

Já naquela época havia uma grande divergência entre os juízes da corte constitucional americana no que diz respeito ao ativismo judicial. Para Schlesinger, havia um “conflito fundamental sobre a própria função do judiciário em uma democracia”⁷⁶.

Schlesinger, citado por Campos, aduziu que os juízes ativistas entendiam que deveriam necessariamente atuar promovendo as liberdades públicas, os direitos das minorias e dos indefesos, ao passo que, por outro lado, os juízes da autorrestrrição judicial possuíam um entendimento diferente a respeito da responsabilidade da corte, assentando que o Tribunal Supremo não deveria intervir nas questões políticas⁷⁷.

Campos, sintetizando o entendimento de Schlesinger, pontuou:

A formulação de Schlesinger apontou, portanto, para discussão de tipo muito mais político-institucional do que simplesmente jurídico-metodológica – decidir sobre o ativismo ou autorrestrrição judicial é decidir a respeito do espaço decisório da Suprema Corte no sistema constitucional e político do país. Ele tomou partido, como regra geral, da autorrestrrição judicial: “os maiores interesses da democracia nos Estados Unidos” “requerem que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder”, devendo deixar a “instituições diretamente responsáveis ao controle popular” o poder de decisão. Contudo, advertiu que o ativismo se justificaria caso “ameaçadas as liberdades que

⁷⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 186.

⁷⁶ SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. Fortune Vol. 35, 1947, apud CAMPOS, op. cit., p. 54.

⁷⁷ SCHLESINGER Jr., Arthur M, op. cit., p. 75-77, apud CAMPOS, op. cit., p. 54.

garantem a própria participação política dos indivíduos”, ou seja, Schlesinger não negou o ativismo em absoluto, entretanto, não o aceitava como rotina institucional da democracia norte-americana⁷⁸.

Destacam-se dois casos que a Corte Suprema americana julgou que construíram e solidificaram o papel do tribunal na sociedade estadunidense:

- a) *Marbury v. Madison*;
- b) e *Dred Scott v. Sandford*.

Cuida-se de casos que, por sua importância, refletiram na configuração do ativismo da Corte americana.

4.1.1.1 O caso Marbury versus Madison

A Suprema Corte americana antes da nomeação de John Marshall como *Chief Justice* não ostentava uma importância significativa no contexto político do país. Marshall, grande jurista americano, como chefe da corte, conferiu ao tribunal grande importância e relevância, potenciando-lhe credibilidade.

O caso em questão foi materializado por um *writ of mandamus*, espécie de um mandado de segurança, proposto por William Marbury, contra ato do Secretário de Estado, James Madison, que havia negado a sua nomeação para o cargo de juiz da paz do Distrito de Columbia, apesar de ter sido nomeado para a função pelo então presidente John Adams, em seus últimos dias de mandato.

Marbury propôs a ação diretamente na Suprema Corte, com base na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que havia conferido ao tribunal, de modo originário, a competência para julgar *mandamus* contra autoridades públicas federais, a exemplo de secretários de estado do governo.

Ocorre que a Constituição americana outorgou à Corte Suprema esse tipo de demanda apenas em sede de recurso. Por isso, o Tribunal maior, liderado por Marshall, entendeu, em controle difuso, que a lei federal era inconstitucional por conter preceito contrário ao estabelecido na carta magna.

Sobre o tema, Campos afirmou que:

⁷⁸ SCHLESINGER Jr., Arthur M, op. cit., p. 208-2012, apud CAMPOS, op. cit., p. 57.

A Corte Marshall julgou inconstitucional e deixou de aplicar a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, afirmando, historicamente, o poder de *judicial review*⁷⁹ da Suprema Corte. A *lógica de Marshall* é por todos conhecida: a Constituição é a lei suprema, imodificável por meios ordinários, e pensamento contrário ‘subverteria o próprio fundamento de todas as constituições escritas’; ato legislativo contrário à Constituição então não é lei, é ato nulo, e cabe à Corte declarar a nulidade⁸⁰.

Trata-se de caso emblemático em que se configurou, pela primeira vez de forma mais incisiva, o controle de atos externos do poder legislativo por parte do judiciário.

4.1.1.2 O caso Dred Scott versus Sandford

Dred Scott era escravo de propriedade de um major do exército americano, Jonh Emerson. À medida que o major se transferia para outras localidades do território americano, Scott o acompanhava.

Alguns desses locais para os quais o major era transferido foram *Rock Inland*, cidade localizada no estado americano de Illinois, cuja Constituição proibia a escravidão, e *Fort Snelling*, localizado no território Wisconsin, local em que, também, a escravidão era proibida com base em lei federal (compromisso do Missouri).

Quando da morte de Jonh Emerson (1843), Scott decidiu ser livre, direito que lhe foi negado pela viúva do major, razão por que Scott a demandou na corte estadual requerendo a liberdade.

A matéria acabou chegando na Suprema Corte e, em março de 1857, esta corte decidiu que Scott não ostentava legitimidade para propor a ação, uma vez que, por ser escravo, não seria considerado como cidadão apto a requerer em juízo o direito violado, entendimento que decorreu de uma interpretação histórica feita pela corte quando da promulgação da Constituição americana.

A corte entendeu, também, que o direito constitucional da propriedade (ter um escravo) deveria prevalecer no caso, e, por tal razão, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da lei federal que proibia a escravidão.

Campos, criticando a decisão, pontuou:

Em vez de evitar questão tão tormentosa, a Corte acabou constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do Congresso de tratar

⁷⁹ Trata-se de termo que se refere ao mecanismo que permite aos juízes a fiscalização da constitucionalidade das leis.

⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 60, grifo do autor.

o tema. Agindo dessa forma, a Corte não foi só ativista, mas também inconsequente⁸¹.

4.1.1.3 A Corte Constitucional Italiana

A Constituição da República italiana foi promulgada em 22 de dezembro de 1947, entrando em vigor no dia 01 de janeiro de 1948. A época em que foi promulgada a Constituição era a de pós-guerra mundial.

Nesse cenário, a Itália passava por modificações profundas, sobretudo nas questões políticas e ideológicas. O país acabara de sair de um regime totalitário, vale dizer, do fascismo. É, por essa razão, que as normas infraconstitucionais tinham, à época, cunho eminentemente fascista.

Com o advento da Constituição italiana⁸², entre outros direitos e garantias, estabeleceu-se a democracia, reconheceram-se direitos fundamentais e invioláveis do homem e o dever do Estado em ter de implementar as condições sociais e econômicas do indivíduo. Ademais, a Constituição previu que o controle de constitucionalidade deveria ser realizado pela Corte Constitucional.

Nesse passo, de acordo com Campos:

[...] a legislação herdada do regime fascista era um entrave para a concretização dos direitos fundamentais na Itália pós-II Guerra e isso piorava à medida que o Parlamento permanecia inadimplente no dever político de reformar a legislação pré-constitucional, deixando intactas as velhas leis autoritárias incompatíveis com a nova Constituição⁸³.

Houve, portanto, com a inauguração da Carta maior italiana, um conflito material entre os preceitos contidos na legislação ordinária com os valores e princípios preconizados na Constituição.

A despeito da Constituição ter vigência a partir de 01 de janeiro de 1948, a Corte Constitucional só foi instalada no ano de 1956. Isso acabou influenciando na falta de normatividade dessa Constituição, uma vez que seus valores não eram aplicados no país.

⁸¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 60.

⁸² A Constituição Italiana traduzida para a língua portuguesa pode ser consultada no endereço https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf.

⁸³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 132.

Campos aduz os motivos pelos quais a Constituição italiana não tinha aplicabilidade:

Não obstante a pretensão revolucionária e democratizante, a nova Constituição italiana não teve a vida concreta que dela se esperava em seus primeiros anos e isso por dois motivos principais inter-relacionados – primeiro, embora os constituintes italianos tenham pretendido fosse a nova “Constituição concretizada mediante a obra política do Parlamento”, esse poder quedou-se inerte, de forma que a nova ordem constitucional precisou conviver por um longo tempo com a antiga legislação fascista; segundo, essa dificuldade poderia ter sido relativizada e até superada pela Corte Constitucional, porém, em razão de “desencontros políticos em torno da lei ordinária necessária para disciplinar seu funcionamento”, ela não foi instalada até 1956⁸⁴.

Portanto, desde a inauguração da Carta magna italiana (1948) até a instalação da Corte constitucional, a Constituição não tinha força normativa. Isso se deu, em grande parte, pelo fato de os juízes e a Corte de Cassação (equivalente ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil) não concretizarem os valores previsto na nova Constituição. A verdade é que se mantiveram com atuação passiva com as questões que lhe eram impostas.

Campos (2014) ressalta que, com o objetivo de justificar a passividade constitucional, a Corte de Cassação desenvolveu uma classificação sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais, dividindo-as em normas programáticas e preceptivas, tendo estas últimas subespécies, denominadas preceptivas completas e preceptivas incompletas. Com efeito, para a Corte, apenas as normas preceptivas completas ostentavam aplicabilidade imediata e, por isso, eram dotadas de exigibilidade frente ao poder público.

Ocorre que, para a Corte de Cassação, as outras normas, programáticas e preceptivas incompletas, não possuíam aplicabilidade. Nesse sentido, Campos:

As duas outras espécies, que envolvem a maior parte dos direitos de liberdade e todos os princípios fundamentais, seriam normas não autoaplicáveis e, por isso, incapazes de justificar a superação judicial das normas ordinárias com elas incompatíveis. Essas normas – programáticas e preceptivas incompletas – conteriam somente diretivas cuja eficácia jurídica dependeria exclusivamente de futura legislação (*eficácia diferida*)⁸⁵.

Decorre dessa atuação que as leis fascistas continuaram a ter validade na prática, ainda que incompatíveis com a Constituição italiana, com o amparo, inclusive,

⁸⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 132.

⁸⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p.132, grifo do autor.

da Corte de Cassação. Campos (2014) cita alguns exemplos das arbitrariedades aplicadas na época:

- a) Permissão da retroatividade da lei penal;
- b) Limitação ao direito de petição nos órgãos;
- c) Reconhecimento da ilicitude do incentivo à emigração;
- d) Tolerância quanto ao excesso de restrição à liberdade de expressão e da manifestação de pensamento, à liberdade religiosa e de culto e à liberdade política;
- e) Legitimidade à ocupação de cargos de juízes, exclusivamente, por homens.

Tal cenário só foi modificado, de fato, quando da instalação da Corte Constitucional em 1956. Os juízes que compuseram a Corte Suprema tiveram um entendimento diferente daquele construído pela Corte de Cassação. Nesse sentido, Campos:

Em sua primeira sentença, a histórica decisão de 5 de junho de 1956, a Corte Constitucional definiu questões fundamentais que dimensionaram para sempre seu papel na ordem política italiana. Ela afirmou a competência exclusiva para o controle de constitucionalidade das leis e, superando a maior marca do passivismo judicial da Corte de Cassação, decidiu pela *eficácia normativa imediata* das chamadas *normas constitucionais programáticas*⁸⁶.

Com efeito, com esta nova concepção e com a manutenção da inércia do poder legislativo, o Tribunal Constitucional se transformou em um verdadeiro ator no cenário político italiano, fazendo uma verdadeira reforma nas leis fascistas que eram incompatíveis à Constituição. Para tanto, a Corte realizou uma modificação nos sentidos das leis, incluindo novos significados e, até mesmo, substituindo os existentes.

É de extrema importância ressaltar que foi nesse ambiente que surgiram as sentenças manipulativas. Nesse sentido, Campos, discorrendo sobre o tema, afirma:

Sobre essas sentenças não ortodoxas, a dogmática constitucional tem desenvolvido uma tipologia muito influente: as chamadas **sentenças manipulativas** – sentenças que resultam na transformação do significado da lei, mas sem alteração formal do texto normativo⁸⁷.

⁸⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 134, grifo do autor.

⁸⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 134, grifo do autor.

4.1.1.3.1 Sentenças Aditivas

Um exemplo que Campos (2015) pontua acerca dessa sentença proferida pelo Tribunal Constitucional italiano foi a sentença nº 190 de 10 de outubro de 1970. O cerne da discussão girava em torno do Código de Processo Penal, cujo dispositivo dispunha da necessária intervenção do MP durante o interrogatório do acusado, mas, por outro lado, silenciava sobre a obrigatoriedade de um defensor para acompanhá-lo. A corte decidiu com base no direito de defesa previsto na Constituição italiana que a omissão era inconstitucional e, por isso, incluiu a obrigatoriedade do defensor na instrução processual penal, dando-lhe um sentido aditivo.

Campos (2014) adverte que as sentenças aditivas se tornam mais presentes em casos em que haja uma omissão legislativa inconstitucional violadora do princípio constitucional da igualdade.

O autor (2014) assevera que tais decisões conferem ao julgador **um aumento considerável do poder político-decisório**, e, por essa razão, é que esse tipo de procedimento vem sendo criticado com veemência. Uma das críticas se traduz na discricionariedade de que o julgador dispõe ao analisar a demanda que lhe foi proposta.

Zagrebelsky, citado por Campos, aduz que das sentenças manipulativas aditivas decorre “uma pretensão de introduzir escolhas políticas novas, uma função paralegislativa, substitutiva daquela do parlamento e estranha à natureza das funções da nossa corte constitucional”⁸⁸.

4.1.2 Limites e grau de controles que devem nortear o Ativismo Judicial segundo a Concepção de Elival Ramos

Elival Ramos em sua obra *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* discorre de maneira brilhantes sobre o desencadeamento do ativismo judicial. Em sua obra, o autor formula parâmetros que servem de limite para o ativismo judicial. Extraímos de sua obra alguns desses limites para discorrer.

O controle dos atos legislativos e executivos, todavia, não pode ser exercido com total liberdade, pois uma das finalidades a que se destina esse controle é a

⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 299/301, *apud* Carlos Alexandre de Azevedo CAMPOS, *op. cit.*, p. 136.

preservação da Constituição, e, por isso, deve se ater a vários limites. Elival (2015) entende que ativismo judicial se traduz no desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional.

Elival (2015) aduz que o ativismo judicial está relacionado à atividade de interpretação e aplicação da lei maior, tais como:

- a) A supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito;
- b) A amplitude que decorre das normas-princípios;
- c) A fluidez e a decorrente imprecisão da linguagem constitucional;
- d) A posição da supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação e aplicação da Constituição;

4.1.2.1 Graus de Controle do Ativismo Judicial

Elival estabelece algumas matérias nas quais o poder judiciário não pode intervir ou, quando se der o controle, dar-se-á de maneira limitada. O autor faz uma divisão dos atos que se submetem ou não ao controle judiciário, de acordo com o grau de intervenção. Segundo o autor, os graus de intervenção são:

- a) Inexistência de controle;
- b) Controle mínimo;
- c) Controle médio fraco;
- d) Controle médio forte;
- e) Controle máximo.

4.1.2.1.1 Inexistência de controle

Segundo o autor, a função do governo se traduz:

[...] na elaboração de programas de governo, de plano de ação, globais ou setoriais, compreendendo, ainda, a busca do engajamento dos demais poderes e da sociedade civil em relação às diretrizes traçadas⁸⁹.

⁸⁹ Elival Ramos, op. cit., p. 114.

Essas ações não sofrem controle judicial. Isso porque, a priori, as ações que decorrem da função de governo não têm força para atingir a esfera jurídica de quaisquer pessoas.

4.1.2.1.2 Controle mínimo

O exercício de jurisdição pelo poder legislativo ocorre, precipuamente, quando o Senado julga o Presidente da República e os Ministros de Estados nos termos do artigo 52, Inciso I e II, da Constituição Republicana de 1988, ocasião em que o poder judiciário não poder modificar o mérito da decisão prolatado pelo órgão legislativo. Porém, é possível que, nessa matéria, haja o controle pelo poder judiciário acerca da garantia do devido processo legal e do contraditório e a ampla defesa⁹⁰.

Ainda se enquadra no grau de controle mínimo, segundo o autor (2015), o veto emanado pelo Presidente da República. O motivo do veto, ainda que jurídico, é insuscetível de controle pelo poder judiciário, em função da inevitável “dissociação entre a questão jurídica e a apreciação de mérito”⁹¹. Apesar disso, é possível o controle quando, por exemplo, o veto for constituído de modo intempestivo.

4.1.2.1.3 Controle médio fraco

Atos *interna corporis* por constituírem atos ordinatórios são insuscetíveis de violar direitos subjetivos de que dispõem os parlamentares, razão por que tais atos estão imunes a controle judicial⁹².

Elival entende, por outro lado, que os atos *interna corporis* podem sofrer controle judicial, sobretudo na hipótese de violação a valores constitucionais:

Ao contrário, se a impugnação de ato integrante do *inter* procedimental de elaboração legislativa se fizesse com fundamento na violação de dispositivo constitucional, estaria habilitado o poder judiciário a dela conhecer [...] Entendo que, à luz da Constituição brasileira e especialmente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, a melhor interpretação é a de que não se falar aqui em exclusão total e sim em fiscalização de intensidade média fraca [...] as normas regimentais [...] se prestam, perfeitamente, à configuração de direitos subjetivos dignos de proteção judicial⁹³.

⁹⁰ MS 21.689-1/DF, Rel. Min. Carlos Velloso. A consulta da decisão pode ser visualizada no endereço: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85587>.

⁹¹ RAMOS, Elival, op. cit., p. 117.

⁹² O supremo, no MS 20.471/DF, de Relatoria do Min. Francisco Rezek, assentou que “matéria relativa à interpretação de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*”.

⁹³ RAMOS, Elival, op. cit., p. 117 ss., grifo do autor.

4.1.2.1.4 Controle médio forte

Atos administrativos discricionários são aqueles que derivam do poder discricionário:

“São situações em que é lícito ao administrador decidir sobre a conveniência e a oportunidade para praticar determinados atos. Nesses casos, afirmamos que a administração está fazendo uso do **poder discricionário**, que é aquele que **possibilita à administração praticar atos administrativos discricionários**”⁹⁴.

Em suma, a despeito de o agente dispor de certa liberdade para praticar o ato, isso não tem o condão de excluir da apreciação judicial o devido atendimento da observância dos limites legais impostos à prática desse ato.

4.1.2.1.5 Controle máximo

Atos administrativos vinculados são aqueles que, quando produzidos, ostentam margem mínima de liberdade para o agente, o que faz com que haja um controle mais acentuado pelo poder judiciário. Tais atos, de acordo com Ramos, sofrem controle máximo.

4.1.2.2 Limite textual

Ramos (2015) pontua que a própria Constituição limita a criatividade do juiz enquanto intérprete. Levando-se em conta a amplitude de possibilidades que servem como parâmetro para aferir se a conduta do juiz é ou não ativista, o autor busca sistematizar de modo metodológico alguns limites mais relevantes.

Segundo o autor, “O primeiro e principal desses parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma”⁹⁵.

Ramos (2015), também, prescreve que da interpretação-aplicação derivam normas reguladoras de conduta, **razão por que é inconcebível que a interpretação criada pelo intérprete não guarde aderência à textualidade do dispositivo.**

⁹⁴ SANTOS, Ricardo Alexandre De Almeida; CALHEIROS, Júnior João De Deus Moreira. **Direito Administrativo Esquematizado**, p. 221.

⁹⁵ RAMOS, Elival, op. cit., p. 123.

Continua o autor: “o texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados⁹⁶.

Konrad Hesse, citado por Elival, pontua que o limite do texto normativo “é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição”⁹⁷.

Elival arremata:

“A atribuição de um sentido ao enunciado normativo objeto de interpretação, com vista à decisão do conflito ou controvérsia, há que passar, portanto, pela utilização combinada dos elementos gramatical, lógico-sistemático, histórico e finalístico”⁹⁸.

4.1.2.3 A necessária intervenção legislativa em normas cuja eficácia seja limitada

Há normas constitucionais que são desprovidas de eficácia, e, para que possam gerar efeitos, a própria Constituição confere ao legislador mediante normas infraconstitucionais a competência para a regulação da matéria.

Elival (2015) assevera que, nas situações em que se permite a intervenção legislativa, as normas infraconstitucionais irão desempenhar um papel diferente a depender da norma constitucional a que se reportará. Tais normas infraconstitucionais podem ser integrativas ou normas de desdobramento.

Nessa toada, o autor assenta:

“Pode-se falar, nesse ponto, de normas integrativas de comandos constitucionais, isto é, normas cuja estatuição se funde com a dos preceitos constitucionais a que se reportam, para compor uma disciplina unitária acerca da matéria regradada; e de normas de desdobramento de princípios e regras constitucionais, que expandem a disciplina por eles imposta, mantendo, contudo, certa autonomia regulatória, mesmo sendo inegável a existência de um vínculo entre ambos os segmentos normativos (constitucional e ordinário)”⁹⁹.

O autor, também, faz referência as normas constitucionais principiológicas, que se consubstanciam numa direção para que o Estado deve se guiar. Ramos aduz: “Com efeito, os princípios constitucionais consubstanciam “normas-do-que-deve-ser”

⁹⁶ RAMOS, Elival, op. cit., p. 124.

⁹⁷ Konrad Hesse, **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, 20. ed, apud Elival Ramos, op. cit., p.124.

⁹⁸ RAMOS, Elival, op. cit., p. 125.

⁹⁹ RAMOS, Elival, op. cit., p. 131.

(*ought-to-be-norms*), em contraposição às regras constitucionais que são “normas-do-que-fazer” (*ought-to-do-norms*)”¹⁰⁰.

Robert Alexy, um dos pioneiros na diferenciação entre regras e princípios, pontua:

“Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”¹⁰¹.

Em decorrência de a carga valorativa dos princípios ser mais abrangente, exsurge uma maior possibilidade de ocorrer o ativismo judicial com base neles. Isso porque o intérprete, em tese, estará com uma maior liberdade, por conta de não se vislumbrar, de modo apriorístico, critérios rígidos como limite, a exemplo das normas-regras.

Por isso que o autor (2015), concluindo o seu pensamento sobre o tema, aduz um importante limite a atuação do intérprete no que diz respeito às normas de desdobramento e de expansão dos princípios constitucionais. Segundo ele:

“[...] se deve explicitar a existência de importante limitação à atuação concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário: as normas de desdobramento ou de expansão de princípios constitucionais, precisamente por não estarem compreendidas no respectivo campo de incidência, tal qual inicialmente proposto pelo Constituinte, devem ser formuladas pelo Poder Legislativo, o qual se sujeitará, como sói acontecer com toda regulação subalterna, ao controle judicial a posteriori, típico de nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade”¹⁰².

Sem prejuízo da declaração de mora do legislativo pelo poder judiciário, o intérprete nas ocasiões em que não existir as normas de desdobramento ou de expansão dos princípios constitucionais não poderá dizer o direito sem que antes haja a manifestação do poder legislativo.

Elival, por outro lado, assevera:

¹⁰⁰ RAMOS, Elival, op. cit., p. 134.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 90-91, grifo do autor.

¹⁰² RAMOS, Elival, op. cit., p. 134.

“No que concerne ao desdobramento infraconstitucional de normas-regra os riscos de extrapolações ativistas são consideravelmente menores, em face do maior grau de precisão e determinabilidade dos comandos constitucionais”¹⁰³.

Existem normas constitucionais exequíveis e não exequíveis. José de Afonso (2008)¹⁰⁴, um dos juristas mais expoentes nesta classificação, dividiu as normas constitucionais de acordo com a sua eficácia. Nesses termos, de acordo com o autor, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida ou limitada¹⁰⁵.

Para Jose de Afonso (2008), as normas de eficácia plena reúnem todos os elementos necessários para a produção de efeitos, ostentando aplicabilidade imediata e direta. As normas constitucionais de eficácia contida, por sua vez, exurgem com eficácia plena, possuindo todos os elementos necessários para a produção de efeitos, mas, posteriormente ao seu nascimento, seu âmbito de incidência será reduzido pelo legislador infraconstitucional. Já as normas constitucionais de eficácia limitada não detêm todos elementos necessário para a consecução dos efeitos jurídicos, tendo, por isso, aplicabilidade indireta e mediata. Ressalta-se que, para essa última classificação, há as normas constitucionais de eficácia limitada de princípios programáticos e de princípios institutivos¹⁰⁶.

Elival (2015) ressalta que:

Bem mais complexa é a atribuição a uma norma constitucional da condição de norma programática, na medida em que, raramente, o condicionamento de sua eficácia a providências variadas dos Poderes Públicos resta expresso ou ao menos parcialmente indicado no respectivo texto¹⁰⁷.

Isso porque, para que se materialize as normas constitucionais programáticas¹⁰⁸, não basta que o legislador infraconstitucional aja sozinho, mas, sobretudo, que se tenha uma intensa intervenção estatal.

A efetivação de tais normas programática não se deve ficar, exclusivamente, a cargo do intérprete, mas sim de todos os poderes. A razão para tanto é a de que tais

¹⁰³ RAMOS, Elival, op. cit.,134.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

¹⁰⁵ SILVA, Jose Afonso, op. cit., p. 82.

¹⁰⁶ SILVA, Jose Afonso, op. cit., p. 82-87.

¹⁰⁷ RAMOS, Elival, op. cit., p. 137.

¹⁰⁸ Exemplo de norma programática está prevista no art. 3º, III, da CF, que prevê: “II - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

direitos, para serem concretizados, dependem de modificações fáticas – política, social e econômica.

Nessa toada, Elival assevera:

Em suma, a interpretação-aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário, em sistemas constitucionais similares ao brasileiro, não pode ser feita mediante discricionária atribuição de efeitos às normas concretizadas, devendo o juiz se ater aos elementos hermenêuticos que, objetivamente, indiquem o seu enquadramento na categoria das normas de eficácia plena (restringível ou não) ou na das normas de eficácia limitada. Nessa última hipótese, se afigura de crucial importância identificar se a integração do comando normativo é dependente apenas de providências jurídico-formais (normas preceptivas) ou se, bem além disso, exige a execução de um programa de ação estatal de cunho abrangente, que produza a indispensável adaptação da estrutura fático-material subjacente à normatização constitucional (normas programáticas)¹⁰⁹.

4.1.2.4 Questões políticas constituem uma barreira intransponível ao ativismo judiciário?

Sobre se valer das questões políticas como fator de limite ao ativismo, Elival afirma:

[...] “tem sido esse parâmetro invocado com mais frequência, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, para extremar o campo de atuação constitucionalmente franqueado ao poder judiciário, daquele em que lhe é vedado a incursão, sob pena de infringência ao princípio da separação dos poderes”¹¹⁰.

É interessante notar que as questões políticas já serviram como limite positivado de intervenção do poder judiciário. Nesse sentido, na Constituição brasileira de 1934, o art. 68 rezava: *É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.*

Pontes de Miranda, citado por Elival, afirma que:

“[...] em vez de dizer ‘é vedado ao poder judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas’ poderia ter dito ‘questões exclusivamente entregues aos Poderes Legislativos e Executivo’. Seria, apenas, tautológico. Melhor técnica é a das constituições que se abstêm de dar critérios discriminativos, ou de formular regras jurídicas como a da Constituição de 1934”¹¹¹.

¹⁰⁹ RAMOS, Elival, op. cit., p. 139.

¹¹⁰ RAMOS, Elival, op. cit., p. 106.

¹¹¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**, 3. ed, Rio de Janeiro, *apud* RAMOS, op. cit., p.111.

Ramos (2015) pontua que tanto no Brasil como nos Estados Unidos já houve uma maximização da cláusula de questões políticas. Ocorria uma grande autocontenção pelo poder judiciário nas questões que, à época, eram consideradas como políticas, ainda que houvesse violação a direitos individuais.

Elival (2015) aduz que o exercício do poder discricionário se traduz no binômio conveniência e oportunidade. E, caso houver extrapolação do campo de liberdade com a violação de um direito individual, mesmo que, a priori, a situação esteja relacionada com questões políticas, abre-se a possibilidade de se ter o controle judicial.

Dessa maneira, esse autor pontua que o termo questões políticas, apesar de ostentar uma enorme vagueza em seu significado, de que os poderes (executivo e legislativo) poderiam se valer para praticar quaisquer atos ilegítimos, **não conduz a uma barreira intransponível** para apreciação judicial.

Em virtude disso, Elival pontua que a maximização de questões políticas foi mitigada, uma vez que: “como não há ato inteiramente discricionário, não existem matérias totalmente políticas e, por isso, excluídas de apreciação judicial”¹¹².

O autor aduz que é temerário o poder judiciário se abster de apreciar quaisquer matérias cuja natureza seja política:

“Entendo, pois, que a denominada “doutrina” das questões políticas constitui mera cortina de fumaça, que mal disfarça a existência de categoria meramente retórica e de nenhum valor científico. Em outros termos, a mencionada cláusula de exclusão não consubstancia um parâmetro dogmático sólido de avaliação da função jurisdicional, na tentativa de proscrever práticas ativistas, devendo ser afastada em prol da construção de critérios efetivamente consistentes e que não deem ensejo a deformações”¹¹³.

Levando-se em conta tais considerações, não se pode negar acesso ao poder judiciário nas ocasiões em que se tenha relação às questões políticas, pois, ocorrendo violação a direito individual, faz-se necessário que se haja, ao menos, um exame de legalidade, sob pena de serem perpetrados vários atos abusivos sem respaldo jurídico.

4.2 Teorias de autorrestrrição judicial

¹¹² RAMOS, Elival, op. cit., p. 110.

¹¹³ RAMOS, Elival, op. cit., p. 111.

Ressalta-se, de plano, que a autorrestrição judicial é o oposto de ativismo judicial. Apesar de a autorrestrição judicial possuir um significado amplo (assim como o ativismo judicial), **a deferência e a prudência** são elementos base de que decorre essa autolimitação pelo poder judiciário.

Tais elementos são contemporâneos ao surgimento do **constitucionalismo americano** e a do grande debate em torno do papel do judiciário no cenário sócio-político do país.

Nesse cenário, para o partido Republicano, à época, a autorrestrição judicial era um mecanismo necessário a fim de se preservar a autoridade primária e superior do povo. E, como o povo era representado pelo legislativo, o judiciário deveria ser deferente a esse poder, primando pelo princípio democrático (CAMPOS, 2014).

Já o partido Federalista (já extinto), que era a oposição do partido Republicano, baseava a autorrestrição em um fundamento diverso: a prudência. Para o partido, os juízes só deveriam deixar de aplicar uma lei no caso concreto mediante manifesta inconstitucionalidade da norma. Havendo dúvida sobre a inconstitucionalidade, o juiz deveria manter a norma. Os federalistas invocavam a prudência e a conveniência política para embasar a autorrestrição judicial (CAMPOS, 2014).

Campos entende que:

[...] a autorrestrição judicial pode ser entendida como a filosofia adjudicatória ou mesmo a prática decisória que consiste em retração do poder judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político-institucional¹¹⁴.

Importantes juristas do mundo prescreveram algumas propostas teóricas de modo a fundamentar a autorrestrição judicial. Tais teorias visam dar respaldo à autocontenção das Cortes Constitucionais nas situações em que a prudência ou (e) o fundo democrático deva (m) prevalecer.

4.2.1 A Teoria de James Bradley Thayer

Thayer em 1893 propôs, em sua obra¹¹⁵, que uma lei só poderia ser declarada inconstitucional na ocasião em que seja, sem espaço para dúvida, violadora dos

¹¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 203, grifo do autor.

¹¹⁵ THAYER, James Bradley. **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**. Harvard Law Review, 1893.

valores constitucionais (CAMPOS, 2014). Vale dizer, a constitucionalidade da lei se presume.

Bickel, citado por Campos, apontou que a proposta de Thayer constitui a *regra do erro manifesto*, consoante a qual apenas um erro claro do poder legislativo, sem dubiedade, pode acarretar a declaração da inconstitucionalidade da norma¹¹⁶.

Sobre o tema, Campos assentou que:

Thayer defendeu, portanto, **limitações substantivas** ao exercício da *judicial review*, **deferência institucional** aos outros poderes e isso por motivos de **fundo democrático**. A presente proposta é o marco clássico da **autorrestrição judicial estrutural** [...] a possibilidade de as Cortes declararem a invalidade das leis se daria “quando aqueles que têm o direito de fazer leis não cometeram um mero erro, mas cometeram um erro muito manifesto – tão manifesto que não está aberto à dúvida razoável”¹¹⁷.

Thayer, citado por Campos (2014), entendia que as questões democráticas não deveriam ser discutidas ou resolvidas em âmbito judicial e que o pensamento de favorecimento ao *judicial review* só tendia a distanciar as questões de direito e de justiça do âmbito legislativo. Entendia Thayer que o povo deveria enxergar os riscos de se ter uma violação à democracia na hipótese em que houvesse a redução da atuação do legislador¹¹⁸.

4.2.2 A Teoria de Alexander Bickel

Alexander Bickel em sua obra “*The Least Dangerous Branch*” ressaltou sobre o perigo da *judicial review*. Bickel ressaltou que a atuação excessiva do poder judiciário seria uma expressão do que intitulou de “dificuldade contramajoritária.

Sobre o tema, Guedes aduz que a dificuldade contramajoritária:

[...] consistiria na considerável oposição, suposta em qualquer Democracia, à possibilidade de o Judiciário ter a prerrogativa de anular atos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), que têm legitimidade democrática, sobretudo, na medida em que ele mesmo, Poder Judiciário, não se submete ao regime de Accountability, isto é, os membros do Poder Judiciário não submetem seus cargos ao crivo das eleições¹¹⁹¹²⁰.

¹¹⁶ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**, p. 35-46, *apud* CAMPOS, op. cit., p. 209.

¹¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 209, grifo do autor.

¹¹⁸ THAYER, James Bradley. **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**. Harvard Law Review 7 (3), 1893. p. 155-156 *apud* CAMPOS, op. cit., p. 209.

¹¹⁹ GUEDES, Néviton. **Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal**.

¹²⁰ Carrano, por sua vez, entende que: “gera-se a chamada dificuldade contramajoritária, a qual se trata de uma suposta impossibilidade de que órgãos formados por agentes públicos não eletivos, invalidem decisões de órgãos legitimados pela escolha popular. Seria então, a dificuldade contramajoritária, um

É justamente com o intuito de combater a “dificuldade contramajoritária” que Bickel defendia a tese de que as Cortes Constitucionais não deveriam julgar as questões de alta divergência moral e política enquanto o tema não tivesse, no seio da sociedade, um entendimento majoritariamente aceito.

Nessa toada, Campos:

[...] para Bickel, a Suprema Corte deve agir com **prudência política** – recusar-se a decidir no primeiro momento para minimizar conflitos com as outras instituições de governo e permitir uma discussão mais ampla, um colóquio contínuo, entre os poderes políticos, o público e as cortes em torno do princípio. Uma vez que essa discussão tenha *amadurecido o princípio*, a Corte finalmente deverá aplicá-lo livre e assertivamente nos casos futuros¹²¹.

De modo a alcançar tal desiderato, Bickel sugeriu que as Cortes Constitucionais exercessem as “virtudes passivas”. Para Bickel, as virtudes passivas eram técnicas processuais com as quais a Corte conseguiria não julgar a demanda cuja questão ainda fosse prematura para decidir (CAMPOS, 2014).

Sobre as tais técnicas processuais, Campos:

Esses mecanismos processuais estratégicos são: ilegitimidade do autor para a propositura da demanda (*standing*), falta de maturidade do caso para julgamento (*ripeness*), inexistência de controvérsia atual e por isso a perda do objeto da ação (*mootness*), questão discutida eminentemente política, carecendo a Corte de competência para julgá-la (*political questions doctrine*) e ausência de relevância do caso para ser julgado pela Suprema Corte (*denial of certiorari*)¹²².

Bickel, com isso, sugeriu que a Corte lançasse mão da prudência de maneira a que os temas de alta divergência fossem primeiro amadurecidos nos outros poderes e, sobretudo, na sociedade, para, depois disso, decidisse a respeito sobre a demanda que lhe fosse dirigida.

meio de se questionar a própria legitimidade do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais”. Disponível em: <<http://angelazillijuridico.blogspot.com/2011/05/dificuldade-contramajoritaria-no-estado.html>>.

¹²¹ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**, p. 240-244, *apud* CAMPOS, op. cit., p. 236, grifo do autor.

¹²² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 236, grifo do autor.

5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO REALIZADO ATRAVÉS DAS DECISÕES MANIPULATIVAS

O objeto desse trabalho são as decisões do STF que se denominam de manipulativas. São aquelas decisões que, em vez de declarar ou não a constitucionalidade da norma, vão além disso, adicionando-lhe sentido. É, por essa razão, que tais decisões são chamadas também de sentenças intermediárias.

Mas, para que se possa falar delas, é imprescindível que se entenda o controle de constitucionalidade brasileiro, razão por que abordaremos esse tema.

5.1 Controle de constitucionalidade brasileiro

Segundo Bernardo Gonçalves (2017), as principais matrizes ou sistema de controle existente no cenário mundial são as matrizes americana e a austríaca. Cada uma, tendo a sua particularidade, influenciou o controle de constitucionalidade mundialmente.

A Matriz americana se destaca por possuir o controle difuso, com os efeitos *inter partes*, de que decorre uma declaração de inconstitucionalidade cujos efeitos são *ex tunc*.

A matriz austríaca, por sua vez, delineada por Hans Kelsen, ostenta de acordo com Gonçalves:

[...] um órgão próprio e específico de controle de constitucionalidade, denominado "Corte" ou "Tribunal Constitucional" que, diga-se, é o único órgão dotado de legitimidade para a análise da adequação de leis ou atos normativos em relação à Constituição; daí a terminologia **controle concentrado**, diferenciando-se do **difuso**, da matriz norte-americana¹²³.

Ademais, tal controle não é feito de modo incidental, mas de maneira direta via principal, cujos efeitos são *erga omnes* e *ex nunc* (GONÇALVES, 2017).

Adota-se no Brasil, em sua maioria, os institutos da Matriz americana. Nesse sentido, Elival ressalta:

[...] registra-se autêntico consenso doutrinário, respaldado por farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser esta a de nulidade, expressando regra constitucional inferida das normas atinentes à estruturação do sistema de fiscalização referido (arts. 102, I, a e p, III e § 2º, e 103)¹²⁴.

¹²³ GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1433, grifo do autor.

¹²⁴ RAMOS, Elival, op. cit., p. 143.

Streck (2012), por sua vez, afirma que

[...] o nosso sistema de controle de constitucionalidade foi copiado dos Estados Unidos e introduzido pela Constituição de 1891, após a proclamação da República. Não precisamos falar dos problemas decorrentes da introdução de um sistema de controle de constitucionalidade atravessado pela carga genética da tradição do *common law* (em que há o *stare decisis*) por um sistema de tradição romano-canônico [...] (STRECK, 2012).

Ocorre que, a exemplo da declaração de nulidade, cujos efeitos são *ex tunc*, está havendo uma flexibilização dessa natureza. Nesse sentido, ressalta Lenza:

Ao lado do **princípio da nulidade**, que adquire, certamente, o *status* de **valor constitucionalizado**, tendo em vista o princípio da **supremacia da Constituição**, outros valores, de igual hierarquia, destacam-se, por exemplo, o princípio da **segurança jurídica** e o da **boa-fé**¹²⁵.

Para corroborar o fato de nem sempre ser aplicada a nulidade à norma, a lei federal 9.868/99, que trata sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, em seu art. 27, prevê, *in verbis*:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Sendo assim, a lei *supra* veio a confirmar a mitigação da declaração de nulidade da matriz americana. Trata-se da técnica de modulação dos efeitos da decisão, que assegura a segurança jurídica, o interesse social, a boa-fé e a proteção da confiança legítima.

O Elival (2014) pontua que o controle de constitucionalidade se legitima, de acordo com alguns, sobretudo no fato de que o controle é uma decorrência lógica necessária do princípio da supremacia da Constituição.

5.2 As sentenças intermediárias

O intérprete deve buscar ao máximo a preservação das normas emanadas pelos poderes competentes. Deve-se fazer, portanto, uma ponderação entre o

¹²⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p. 244, grifo do autor.

binômio nulidade (inconstitucionalidade) e constitucionalidade, de maneira a que a declaração de nulidade da norma somente seja decretada nas situações em que esse ato se revele imprescindível para o ordenamento jurídico. Nessa toada, Elival assenta:

[...] outros princípios e valores inerentes ao Estado Constitucional de Direito, tais como isonomia, segurança jurídica, proporcionalidade etc., contribuíram para consolidar, como um autêntico subprincípio, a ideia do máximo aproveitamento, nos limites constitucionalmente autorizados, dos atos normativos emanados dos Poderes competentes¹²⁶.

Com efeito, **exsurge a figura das sentenças intermediárias**, que consiste em uma técnica de decisão pela qual o poder judiciário à luz de fatores econômicos, políticos, sociais e jurídicos, suplanta a mera declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma (GONÇALVES, 2017).

Sobre o tema, Gonçalves assenta:

[...] onde antes somente era cabível ao Tribunal Constitucional posicionar-se pela declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, agora, assistimos a uma pluralidade de medidas intermediárias, que relativizam tais julgamentos, abrindo a um espectro de possibilidade para os juízes constitucionais¹²⁷.

Lenza atribui a essas sentenças a figura da criação judicial de direito. Nesses termos, o autor pondera que:

Não se pode desconhecer a realidade atual e inevitável de, muitas vezes, criação judicial do direito, já que entre a declaração de nulidade absoluta total da lei ou ato normativo e o não conhecimento da ação, em termos de segurança, preferem-se as decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos¹²⁸.

Destacam-se, como espécie das sentenças intermediárias, **as sentenças normativas e as sentenças transitivas**. José Adércio Leite Sampaio, citado por Gonçalves, assenta que as normativas são divididas em sentenças interpretativas ou de interpretação conforme a Constituição; sentenças aditivas; sentenças aditivas de princípios; e sentenças substitutivas. Já as transitivas, segundo o autor, são divididas em sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo; sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida; sentença de apelo ou apelativa; e sentença de aviso¹²⁹.

¹²⁶ RAMOS, Elival, op. cit., p. 147.

¹²⁷ GONÇALVES, Bernardo, op. cit., p. 1578.

¹²⁸ LENZA, Pedro, op. cit., p. 168.

¹²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **As sentenças intermediárias e o mito do legislador negativo**, p. 159, *apud* GONÇALVES, op. cit., p. 1578.

Sobre o tema, Elival pontua que:

As decisões de controle, ditas manipulativas em sentido amplo, podem ser subdivididas em duas categorias, seguindo-se, nesse passo, a esquematização consagrada na doutrina italiana: as sentenças interpretativas e as sentenças manipulativas em sentido estrito¹³⁰.

Este trabalho apenas se debruçará quanto às **sentenças normativas**, de modo que se alcance a finalidade a que se propõe, o que não implica dizer que não se deve conferir importância às sentenças transitivas.

5.2.1 Sentenças interpretativas (Decisões manipulativas em sentido amplo) ¹³¹

Levando-se em conta o fato de que as normas, normalmente, possuem várias interpretações, as sentenças interpretativas fixam ou determinam a interpretação que deve ser utilizada, de modo que, com isso, não haja a decretação da inconstitucionalidade da norma. Além disso, tais sentenças objetivam extirpar a interpretação que esteja em desconformidade à Constituição.

Com efeito, Lenza afirma: “o texto constitucional apresenta-se como porto seguro para os necessários limites da interpretação, destacando-se a interpretação conforme a Constituição como verdadeira técnica de decisão”¹³².

Para Gonçalves (2017), as sentenças interpretativas têm o objetivo de determinar ou fixar uma interpretação, afastando as que não sejam de acordo com a Constituição, com o objetivo de manter a lei vigente. Ademais, de acordo com o autor, tais sentenças podem determinar a extirpação de determinada interpretação (aplicação) extraída da lei inconstitucional.

Arremata o autor: “Sem dúvida, as sentenças interpretativas trabalham hermeneuticamente ou para manter ou para extirpar uma determinada interpretação de uma norma em relação à Constituição”¹³³.

5.2.1.1 A interpretação conforme a Constituição

¹³⁰ RAMOS, Elival, op. cit., p. 148.

¹³¹ Percebemos que Lenza as chama de decisões interpretativas em sentido estrito, dividindo-as em sentença de interpretativa de rechaço e em sentença interpretativa de aceitação. Nesse sentido: LENZA, Pedro, op. cit., p. 168.

¹³² LENZA, Pedro, op. cit., p. 168.

¹³³ GONÇALVEL, Bernardo, op. cit., p. 1579.

A interpretação conforme a Constituição é uma técnica pela qual o tribunal constitucional, analisando uma norma, fixa-lhe determinada interpretação em consonância com a Constituição, com o objetivo de não a declarar inconstitucional. Com efeito, havendo-se duas ou mais interpretações da lei questionada, deve o intérprete “optar pela interpretação segundo a qual a lei é constitucional” (MARTINS, 2017, p. 472).

Há previsão legal de tal técnica na lei Federal 9.868/99. O parágrafo único do art. 28 da lei supracitada dispõe, *in verbis*:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a **interpretação conforme a Constituição** e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, **têm eficácia contra todos e efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (grifo nosso).

Sobre o surgimento dessa técnica, Gonçalves aduz que:

No Direito norte-americano, destaca-se o precedente da Suprema Corte do Estado da Flórida - **Boynton v. State**. - que considerou haver um dever para o Judiciário de salvar a lei que pode ser, até certo ponto, considerada constitucional. Na Alemanha, destaca-se como original no tema uma decisão do Tribunal Federal alemão de 1953, que afirmou que o "princípio de presunção de constitucionalidade das leis" envolveria não apenas o respeito das leis para com a Constituição, como ainda a compatibilização de uma interpretação afinada com esta¹³⁴.

Bernardo (2017) dispõe que a interpretação conforme a Constituição é uma técnica que deve ser empregada no âmbito das decisões em sede de controle de constitucionalidade. É certo que, por ser uma técnica que visa “salvar” a norma atacada, não há necessidade de se ter a cláusula da reserva do plenário¹³⁵ para a consecução da legitimidade da decisão, uma vez que não se declara a inconstitucionalidade.

Mendes (2015) pondera que, com esteio na presunção de constitucionalidade das leis, o legislador não tem intenção de criar uma norma inconstitucional e, por isso, na dúvida, deve-se declarar a constitucionalidade da norma. E, no caso da possibilidade de se extrair da norma duas interpretações possíveis, escolhe-se aquela que esteja de acordo com a Constituição.

¹³⁴ GONÇALVEL, Bernardo, op. cit., p. 1580, grifo do autor.

¹³⁵ A respeito da cláusula do plenário, dispõe a Constituição Republicana Brasileira de 1988, em seu art. 97: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Mendes, ainda, aduz limites a essa técnica de interpretação. Nesse sentido:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas **admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador**¹³⁶.

Com esse mesmo entendimento de Gilmar Mendes, o Ministro do STF Moreira Alves na Representação de Inconstitucionalidade 1.4177/DF afirmou que a interpretação conforme a Constituição não se atém apenas como princípio, mas também serve como uma técnica de decisão em sede de controle de constitucionalidade. O min. Moreira, na ação, afirmou que a interpretação conforme sofre restrição, pois, quando a corte declara a inconstitucionalidade de uma norma, atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, criando normas diferentes daquelas previstas pelo legislador. Com base nisso, o min. Moreira afirmou que, se a única interpretação possível para se coadunar com a Constituição for distinta daquela inequívoca que o legislador quis dar, não vai ser possível aplicar tal técnica¹³⁷.

Nessa passada, Canotilho, citado por Martins, aduz que: “no caso de polissemia de sentidos de um acto (sic) normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a Constituição”¹³⁸.

Mendes (2015) ainda ressalta que da técnica de interpretação conforme pode se extrair uma interpretação que tenha o condão de alterar, ainda que de forma mínima, o sentido normativo original do texto, razão por que “muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto”¹³⁹.

Elival (2015), ademais, ressalta que as decisões de interpretação conforme não constituem em ativismo judicial desde que:

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1316, grifo nosso.

¹³⁷ Para Consulta da decisão na íntegra: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2803880/representacao-rp-1417-df>>.

¹³⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina 2003, p. 958, *apud* REIS, Maurício Martins; BRASIL, Alexandre Prevedello. **Derrotabilidade das Regras e Técnicas De Decisões da Jurisdição Constitucional**.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 1316.

“[...] a textualidade do dispositivo preservado, que, mediante a adequada e racional combinação dos diversos critérios hermenêuticos, deve conter espaço de interpretação que comporte a proposta normativa reputada harmônica com a Constituição. Se a alternativa exegética pressuposta pela decisão de improcedência desfigura por completo o dispositivo que se pretende salvar, impõe-se a conversão do decisório em decreto de invalidação¹⁴⁰.”

5.2.1.2 Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto¹⁴¹

Trata-se de técnica de controle de constitucionalidade similar, em termos, a de conforme a Constituição. A diferença entre elas, precipuamente, é a de que, na parcial sem redução de texto, há extirpação de uma aplicação da lei em determinada situação, ao passo que, na conforme a Constituição, há a prevalência, entre duas ou mais normas, daquela que seja compatível com a Constituição.

Gilmar pontua:

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal¹⁴².

Nas palavras de Elival, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto são aquelas que:

[...] sancionam com inconstitucionalidade parcial qualitativa o ato legislativo controlado, restringindo a sanção de invalidade não a alguns de seus dispositivos (inconstitucionalidade parcial quantitativa), mas a determinadas variantes interpretativas associadas a um ou a mais de um de seus enunciados normativos¹⁴³.

Para Gonçalves, tal decisão:

É a possibilidade de o STF declarar a inconstitucionalidade de uma hipótese, de um viés ou de uma variante de aplicação de uma norma jurídica sem reduzir seu texto. Embora o texto da norma continue o mesmo gramaticalmente, literalmente no ordenamento uma hipótese de aplicação do mesmo é extirpada por inconstitucionalidade¹⁴⁴.

¹⁴⁰ RAMOS, Elival, op. cit., p. 150.

¹⁴¹ Para alguns autores, a exemplo de Elival Ramos, essa sentença é chamada, também, de Sentenças Interpretativas de procedência.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 1314.

¹⁴³ RAMOS, Elival, op. cit., p. 151.

¹⁴⁴ GONÇALVES, Bernardo, op. cit., p. 1570.

Há por parte do STF uma grande confusão gerada pelo uso dessa técnica, confundindo-a com a técnica de interpretação conforme a Constituição. Exemplo disso são as ADI 1719 e ADI 3168. Nesses julgados, o STF restringiu o âmbito de aplicação da norma e, mesmo assim, valeu-se da técnica de interpretação conforme, quando, na verdade, deveria utilizar a técnica da inconstitucionalidade sem redução de texto.

Nessa passada, Gilmar Mendez aduz:

De nossa parte, cremos que a equiparação pura e simples da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto à interpretação conforme à Constituição prepara dificuldades significativas. A primeira delas diz respeito à conversão de uma modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os tribunais e juízes, em técnica de declaração de inconstitucionalidade. Isso já exigiria especial qualificação da interpretação conforme à Constituição, para afirmar que somente teria a característica de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto aquela interpretação conforme à Constituição desenvolvida pela Corte Constitucional, ou, em nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque, do contrário, também as questões que envolvessem interpretação conforme à Constituição teriam de ser submetidas ao Pleno dos Tribunais ou ao seu órgão especial (CF, art. 97)¹⁴⁵.

Há previsão legal dessa técnica no parágrafo único do art. 28 da lei supracitada dispõe, *in verbis*:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e **a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (grifo nosso).

5.2.2 Decisões Manipulativas ou modificativas (em sentido estrito)

Sobre tais decisões, Elival (2015) assevera que nos modelos de fiscalização da constitucionalidade das normas têm surgido decisões de controle que modificam o conteúdo das normas, obrigando os operadores do direito a seguirem tal entendimento em detrimento de outras interpretações que poderiam se extrair do texto normativo sob o qual recaiu o controle.

Tais decisões têm origem na doutrina e jurisprudência italiana¹⁴⁶. Nesse sentido, Ramos pontua:

Talvez seja na Itália que o tema tenha recebido maior grau de elaboração, para o que muito contribuiu a riquíssima jurisprudência de sua Corte Constitucional. Pois bem, na doutrina peninsular as sentenças manipulativas

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 1313.

¹⁴⁶ Ver o capítulo 4.1.1.3.1 *supra*.

stricto sensu são subdividas em duas subcategorias: a das sentenças aditivas e a das sentenças substitutivas ou criativas¹⁴⁷.

As decisões manipulativas é gênero de que são espécies as aditivas e substitutivas. Gilmar ressaltar a diferença que existe entre elas:

A primeira espécie, mais comum, verifica-se quando a corte constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência. As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional¹⁴⁸.

5.2.2.1 Sentenças aditivas

As sentenças aditivas buscam concretizar situações que foram postas de lado pelo legislador, alargando a incidência do dispositivo e indo além do que previsto originariamente (GONÇALVEZ, 2017).

Gilmar (2015) pontua que o STF já proferiu decisões aditivas tanto em sede de controle concentrado, como também no controle difuso por meio de mandado de injunção. Exemplo desse último foi a decisão da Corte Suprema brasileira estendendo a aplicação da lei 7.783/89 (que trata de greve à iniciativa privada) aos servidores público, em função de a inexistência de lei própria que reja o tema¹⁴⁹. Além disso, Gilmar pontua outro exemplo de decisão aditiva, que estendeu o reajuste de vencimento para servidores que não estavam expressamente contemplados na lei que conferiu tal direito¹⁵⁰.

É certo, todavia, que as decisões manipulativas, para serem concretizadas, necessitam ter fundamento jurídico, seja constitucional ou infraconstitucional.

Com efeito, Elival prevê que:

Para se afirmar a sua compatibilidade ou não com os limites estabelecidos pelo ordenamento para a jurisdição constitucional é preciso, entretanto, considerar a existência ou não de assento normativo e os seus termos específicos, mas, também, inúmeros outros elementos, tais como as características do sistema de controle, que, de igual modo, somente podem ser aferidos à luz do direito positivo de um determinado Estado¹⁵¹.

¹⁴⁷ RAMOS, Elival, op. cit., p. 152.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 1319.

¹⁴⁹ MI 670, Red. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 25-10-2007.

¹⁵⁰ RMS 22307-7, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 11/03/1998.

¹⁵¹ RAMOS, Elival, op. cit., p. 148.

5.2.2.2 Sentenças substitutivas

Trata-se de uma técnica decisória por meio da qual o tribunal substitui a disposição normativa por outra (GONÇALVEZ, 2017).

Nesse caso, o tribunal declara a inconstitucionalidade do próprio texto normativo, substituindo-o com vistas a adequá-lo à Constituição. Dessa maneira, a corte não apenas anula a norma questionada, como também a substitui, o que configura a criação de atos legislativos pelo poder judiciário em clara afronta aos princípios democráticos.

Exemplo dessa sentença no Brasil ocorreu com o Decreto-Lei 3.365 de 1941, que trata sobre a desapropriação por utilidade pública. Tal decreto prevê que os juros compensatórios serão de seis por centos. Em 1984, o STF entendeu que os juros fixados em seis por centos por ano não garantiriam a justa indenização, razão pela qual instituiu a súmula 618, cujo teor: “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano”. Assim, o STF declarou a inconstitucionalidade da previsão de seis por centos, substituindo-a por doze.

6 STF E SEU PROTAGONISMO NO CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO

Nos últimos anos, vê-se uma mudança no espaço ocupado pelo Supremo Tribunal Federal no contexto sociopolítico brasileiro. Isso se deu com mais força a partir da vigência da Constituição Republicana de 1988.

Carlos Alexandre, em brilhante explicação sobre o tema, sintetiza as razões pelas quais a corte constitucional brasileira assumiu uma posição de protagonista:

[...] a Corte foi reinventada em diferentes aspectos: na abrangência dos temas julgados – temas de alta voltagem política e moralmente hipercontroversos ao lado de muitas questões não tão importantes assim; no tipo de argumentos de decisão – redução progressiva do positivismo formalista para a adoção de uma metodologia mais criativa e orientada a valores; no alcance das decisões – julgamentos que repercutem sobre todo o sistema político e por toda a sociedade; na própria afirmação da identidade institucional – os ministros passaram a defender como nunca, inclusive fora dos autos, o valor de suas funções e a relevância do Supremo¹⁵².

Em termos simples, Carlos Alexandre pontua que o julgamento de temas de alta repercussão sociopolítica e o embasamento de teses cujos fundamentos decorrem de normas com carga valorativa alta em detrimento do texto da norma são motivos que fizeram com o STF ganhasse destaque no cenário brasileiro.

Devido à TV justiça, à internet e, sobretudo à imprensa, um número bem maior de brasileiros vem acompanhando de perto a atuação do STF, uma vez que a corte, dando a última palavra, se transformou em um espaço em que são debatidos temas políticos, sociais, morais e econômicas, que refletem, ainda que indiretamente, na vida de todos.

A ocupação de uma vaga de protagonista no cenário brasileiro decorre também do ceticismo gerado pelo sistema representativo brasileiro, que se tornou incapaz de cumprir com as propostas prometidas, mormente de justiça e de igualdade.

Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia (VILHENA, 2008).

A Constituição de 1988, por ser analítica, ostenta uma gama grande de dispositivos. Ademais, a Carta é ambiciosa, garantindo vários direitos e um enorme acesso à justiça. Tais fatores acarretam uma ampliação de demandas a serem

¹⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, op. cit., p. 34.

apreciadas pelo STF, o que “aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil” (VILHENA, 2008).

Não se pode olvidar a “tendência” contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos. Esse “incentivo” doutrinário decorre de uma equivocada recepção daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra a partir do que se convencionou da chamada *jurisprudência de valores*¹⁵³.

Na Alemanha, a **jurisprudência de valores** serviu como meio para equalizar a Constituição alemã, no pós-segunda guerra, cuja criação se deu sem participação popular (STRECK, 2017). STRECK, todavia, adverte que é um equívoco incorporar a jurisprudência de valores do tribunal alemão cuja realidade é totalmente distinta da brasileira.

A outro turno, a discricionariedade que, a cada vez mais está presente nas decisões da Suprema Corte Brasileira, é extremamente gravosa para os valores da democracia e, sobretudo, para a segurança jurídica. Streck alerta que “discutir as condições de possibilidade de decisão jurídica é, antes de tudo, *uma questão de democracia*”¹⁵⁴. Combater a discricionariedade, de acordo com o STRECK:

[...] quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade. [...] essa crítica ao subjetivismo [...] não implica a submissão do Judiciário a qualquer legislação que fira a Constituição, entendida no seu todo principiológico. Legislativo irresponsáveis – que aprovelem leis de conveniência – *merecerão a censura da jurisdição constitucional*¹⁵⁵.

O autor (2017) afirma, ainda, que a crítica à discricionariedade judicial não implica, necessariamente, uma proibição à arte de interpretar. Isso porque interpretar é dar um sentido a norma. **O que, de fato, não pode ocorrer é que os textos normativos fiquem ao arbítrio de sentidos dados em decorrência da exclusiva vontade do julgador.** Continua o autor:

Na verdade, o “drama” da discricionariedade que crítico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*. E, para além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento” típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a “fonte

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 20.

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 104, grifo do autor.

¹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 122, grifo do autor.

iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade¹⁵⁶.

Os princípios constitucionais são considerados como um suporte dos valores da sociedade. Disso decorre o fato de que os princípios constituem uma abertura para a interpretação e para a criação judiciária, sob o pretexto de os juízes não serem a boca da lei (STRECK, 2017). Todavia, o texto normativo não pode ser relegado pelo intérprete e, principalmente, pelo **STF**, sob a alegação da observância de (super) princípios. Nessa toada, Streck afirma:

[...] devemos *levar o texto a sério*, circunstância que se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do direito¹⁵⁷.

6.1 O Ativismo Judicial à luz do exercício emanado pelo STF

6.1.1 Supremocracia?

Vilhena, tratando sobre a grande mudança pela qual passou o supremo, afirma que o STF constitui:

[...] uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. **Supremocracia** é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro (VILHENA, **Supremocracia**, 2008, grifo nosso).

Vilhena (2008) aduz que a supremocracia é vista sob dois sentidos:

Em um primeiro sentido, o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário [...] Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes.

Vilhena (2008) ressalta que o STF adentrou, de fato, no arranjo político apenas com a Constituição de 1988. Essa nova posição ocupada deriva, sobretudo, da guarda de uma Constituição extensa como a nossa.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 122, grifo do autor.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 122, grifo do autor.

O autor (2008) ainda afirma que a grande gama de instrumentos ofertados pela Constituição para a jurisdição constitucional tem conduzido a corte **a ser não só uma espécie de poder moderador**, mas também a ser responsável por dar a última palavra sobre variadas questões de alta relevância, envolvendo a validação das decisões emanadas dos órgãos representativos e, até mesmo, substituindo as escolhas majoritárias.

O autor afirma que, apesar de essa função ser exercida por vários tribunais constitucionais, o exercício desempenhado pelo Supremo se diferencia em grau de escala e de natureza.

Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador (VILHENA, 2008).

6.1.1.1 A criação institucional da Supremocracia

Oscar Vilhena (2008) elenca alguns motivos institucionais que contribuíram para que a Suprema Corte alcançasse o patamar a que chegou. Vamos colacioná-los.

A proposta ambiciosa da Constituição de abranger uma grande extensão de matérias, justificada pela desconfiança que havia quando da sua promulgação.

“Assim, a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso *maximizador*” (VILHENA, 2008, grifo do autor).

Com isso, exsurge o fenômeno da constitucionalização do direito, pelo que gerou uma maximização de demandas constitucionais. Se, praticamente, tudo é constitucional, a área de atuação do legislador fica limitada. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo (VILHENA, 2008).

A própria arquitetura constitucional, sobretudo no que diz respeito às competências, propiciou o poder do qual o STF é detentor. Nessa passada, Oscar Vilhena assevera:

Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância (VILHENA, 2008).

Isso ocorre diariamente quando questões julgadas em tribunais de terceiras instâncias com competências especializadas são remetidas ao STF por meio de recurso extraordinário.

6.1.2 Mutação constitucional emanada do STF

Faz-se necessário, para este trabalho, falar acerca da mutação constitucional, uma vez que, por meio dela, é possível haver modificação na Constituição sem que, para isso, necessite alterar o seu texto.

Em verdade, trata-se de um poder de fato, e não de direito, dada a inexistência de norma que o regulamente. Segundo Denise Soares, citada por Martins:

Essas modificações informais ocorrem quando surgem mudanças nas circunstâncias sociopolíticas, impondo-lhe um significado diferente do até então atribuído. Esses processos informais de mudança da Constituição em que se mudam o sentido, o significado, o alcance do texto, sem empreender-lhe qualquer reforma, acarreta uma mudança material denominada de mutação constitucional. Trata-se de uma mudança oblíqua ou oculta, à margem do poder reformador¹⁵⁸.

Cuida-se, em verdade, de um poder difuso, uma vez que pode ser feito por qualquer intérprete. Porém, quando é feito pelo judiciário, sobretudo pelo STF, recai sobre a mutação uma projeção mais expressiva, por força de, em determinados casos, decorrerem desse tribunal decisões vinculantes.

O STF através da mutação constitucional altera a interpretação da Constituição e, inclusive, de seu sentido, o que configura uma manifestação do ativismo judicial. Nessa passada, a atividade jurisdicional não pode ter relação com a legislativa, mesmo que decorra de corte constitucional (STRECK, 2007).

6.1.2.1 Limites à mutação constitucional

Deve-se ressaltar que a mutação constitucional necessita, para ser legítima, respeitar todos os princípios e limites impostos na Constituição, sob pena de ser extraída dela uma interpretação em dissonância à carta fundamental, o que implica uma mutação **inconstitucional**.

¹⁵⁸ VARGAS, Denise Soares. **Mutação Constitucional via decisões aditivas**, p. 30, *apud* MARTINS, Flavio, op. cit., 2017, p. 389.

Streck, fazendo críticas em relação à mutação constitucional, Assevera:

Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia (STRECK, 2007).

Para serem realizadas emendas na Constituição (manifestação do poder constituinte derivado), é necessário que se respeitem os limites explícitos formais (iniciativa, quórum etc.), materiais (cláusula pétreas), circunstanciais (intervenção federal etc.) e os limites implícitos (impossibilidade de modificação da titularidade do poder constituinte e do poder derivado etc.).

O poder difuso, necessariamente, deve respeitar os mesmos limites, sobretudo nas hipóteses em que seja dado um novo sentido à Constituição. Nesse sentido, aduz Nogueira (2015):

Se o Poder Legislativo, que exerce, como representante do titular do poder constituinte, o povo, por expressa disposição constitucional, a função de constituinte derivado, possui limitações para a reforma constitucional, não pode o Poder Judiciário pretender exercer o poder de reforma difusa (mutação constitucional) sem qualquer limite¹⁵⁹.

Streck (2007)¹⁶⁰ alerta que, em determinados casos, a mutação constitucional pode caracterizar, de modo equivocado, a substituição do poder constituinte derivado pelo poder judiciário. “O poder judiciário é um poder constituído, como o legislativo e o Executivo” (NOGUEIRA, 2015). Por força de ser um poder constituído, o poder judiciário, representado pelo STF, deve se curvar às restrições impostas na Constituição.

Nesse cenário, jamais o STF poderá, a pretexto de estar se valendo da técnica de mutação constitucional, alterar a carta magna, uma vez que as modificações devem ser feitas pelo poder constituinte derivado, que não se confunde com o poder judiciário.

¹⁵⁹ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **A mutação constitucional como instrumento do STF para atuar como legislador positivo**: a necessidade de um controle externo às modificações constitucionais realizadas por meio da interpretação, 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/8372/4713>>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

Todavia, conforme se verá mais adiante, o STF vem usurpando o poder constituinte derivado, fazendo modificações na Constituição sem amparo democrático.

6.1.3 Exemplos de decisões manipulativas ilegítimas

6.1.3.1 MS 266003/DF

Em 2007, o STF, em sede de mandado de segurança, debruçou-se sobre um caso complexo e, de certo modo, bastante interessante. Trata-se de *mandamus* impetrado pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB -, em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que indeferiu o requerimento pelo partido formulando, no qual se solicitava a declaração de cargo vago dos deputados que se desfilaram dos partidos para poderem participarem de outros partidos.

O pedido do partido se fundava no fato de que as eleições para deputados são regidas pelo sistema de proporcionalidade e, por essa razão, a vaga pertenceria ao partido, e não ao parlamentar. O Partido alegava que, caso os deputados saíssem mediante motivo justificado, a exemplo de perseguição política ou de desfiguração da finalidade inicial a que o partido se propôs quando da eleição do parlamentar, poderia este sair sem perder o cargo. Porém, para o partido, não foi o que ocorreu no caso, uma vez que os parlamentares saíram sem motivo justificado e, com base na Consulta 1.398/DF de 27 de março de 2007, emanada pelo TSE, pediram ao STF que houvesse a declaração da vacância dos cargos.

O STF por maioria, com base em vários fundamentos, deu razão ao partido impetrante, sendo eles: a) a essencialidade dos partidos; b) pertence às agremiações partidárias o monopólio das candidaturas; c) os partidos políticos são uma expressão da concretude do princípio democrático; d) o mandato representativo do sistema proporcional não constitui direito pessoal do candidato; e) a ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições; f) a exigência da fidelidade partidária representa valor de elevada significação política-jurídica, cuja observância é obrigatória; g) o ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio

democrático e ao exercício legítimo do poder; h) a prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias. Porém, em razão de a mudança dos parlamentares se der antes da consulta do TSE, data de 27 de março de 2007, momento a parti do qual o STF modulou os efeitos da decisão, foi negado o *writ*.

Segue a ementa:

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA – QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS – O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS – RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO – INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS “INTERNA CORPORIS” – COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – O INSTITUTO DA “CONSULTA” NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS – POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA – A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER – MANDATO ELETIVO – VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR – INFIDELIDADE PARTIDÁRIA – CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL – HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO – POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO “DUE PROCESS OF LAW” (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) – APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO – MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF – OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA – A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO – O MONOPÓLIO DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO **(MS 26603/DF, rel. Min. Celso de Mello, 3 e 4.10.2007).**

6.1.3.1.1 Análise crítica da decisão

Não vamos discutir o mérito da decisão, a conclusão a que chegou o STF. Mas vamos debater o caminho que a decisão percorreu.

6.1.3.1.1.1 Princípio da Fidelidade Partidária não expressa na Constituição de 1988

A Constituição de 1967 previa expressamente o princípio da fidelidade partidária, que derivou da emenda constitucional 1/69. Ocorre que, com a emenda 25/85, tal princípio deixou de existir de forma expressa. Na Constituição vigente, não há o princípio da fidelidade partidária expressamente. Em razão desses fatores, o Supremo não vinha admitindo o princípio da infidelidade partidária.

Nesse sentido, o Min. Eros Grau, com alta lucidez, ressaltou que:

[...] a Emenda Constitucional 1/69 estabelecia o princípio da fidelidade partidária, o qual veio a ser suprimido pela Emenda Constitucional 25/85, não o tendo adotado a vigente Constituição, que, no rol taxativo de causas de perda de mandato elencadas no seu art. 55, não inseriu a desfiliação partidária [...]¹⁶¹.

O Min. Ricardo Lewandowski e o Min. Joaquim Barbosa votaram de acordo com o Min. Eros Graus, mas, por serem minoria, foram vencidos na ocasião. E, justamente pelo fato de ter havido uma mudança de entendimento, o STF decidiu, com base na segurança jurídica, modular os efeitos da decisão.

6.1.3.1.1.2 Hipótese de perda do cargo inexistente na Constituição de 1988

Não há dúvida de que o STF, por meio dessa decisão, estabeleceu mais uma hipótese de perda de mandato para parlamentar, perda que não está prevista no rol taxativo do art. 55 da CF. Para conseguir construir tal tese, fez-se uma construção jurídica embasada em vários princípios.

O pamprincipiologismo é uma expressão cunhada por Streck e significa a exacerbação de (pseudo) princípios, criados com base na vontade e na discricionariedade do intérprete. Não se pode desmerecer a importância dos princípios para o ordenamento jurídicos. Todavia, as regras devem ser cumpridas, sob pena de esvaziá-las.

¹⁶¹ Ementa completa: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo482.htm>.

Par atender àquilo que julga ser certo, os intérpretes se valem de princípios, inclusive daqueles que não ostentam normatividade, com vistas a justificar a sua vontade, praticando o deletério decisionismo.

Sobre o tema, Neves, citado por Lenza, pontua:

[...] esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes¹⁶².

A prática do pamprincipiologismo me parece que foi aplicada na decisão aludida, pois, através de uma construção engenhosa, baseada em princípios, o STF justificou, como sendo legítima, a sua atuação como poder constituinte derivado.

Trata-se, a nosso ver, de uma das decisões mais perigosas proferidas por esse tribunal.

6.1.3.1.1.3 A mutação constitucional como meio de alteração da Constituição

A corte, como forma de justificar a decisão, pontuou no julgado (ementa colacionada alhures) que no poder de interpretar a Constituição reside a prerrogativa de **reformulá-la**. O STF afirmou, expressamente, que tem o poder de **reformular** a Constituição por meio da mutação constitucional.

A titularidade do poder constituinte, originário e derivado, pertence ao povo. Nessa toada, as emendas, para que sejam aprovadas, passam, de acordo com o art. 60 da CF de 88, por um processo formal rígido: a) quórum qualificado; b) apreciação pelas duas casas legislativas em dois turnos; c) iniciativa de emenda restrita.

Ora, os parlamentares representam o povo, e, por essa razão, que a Constituição lhes conferiu o poder de emendá-la. O STF, ignorando todas essas restrições, atuou como poder constituinte reformador quando incluiu mais uma

¹⁶² SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, *apud* LENZA, Pedro, op. cit., p. 176.

hipótese de perda de mandato dos parlamentares, que já são taxativamente previstas no art. 55 da Constituição.

Elival (2015), citando Hesse, assevera que, se por um lado, o limite da textualidade abre a possibilidade de uma mutação constitucional, por outro, não permite o rompimento constitucional – o desvio do texto no caso concreto – e impede que haja uma modificação constitucional por interpretação.

Com tais considerações, a decisão do STF, nessa ação, se reveste de flagrante ilegitimidade, sobretudo por ferir o princípio da separação dos poderes, na medida em que a corte usurpou a função do poder constituinte derivado.

6.1.3.2 ABORTO - ADPF 54 e HC 124306/RJ

O aborto é a interrupção prematura da gravidez, realizada de forma espontânea ou provocada, por meio da remoção ou a expulsão de um embrião ou feto, ação de que resulta a morte do concepto.

No código penal brasileiro, o aborto é considerado como crime, nos termos dos seus artigos 124, 125 e 126. O próprio código estipula as ocasiões em que não se terá a configuração do crime, que compreendem: a) o aborto necessário, que consiste no fato de que, para preservar a vida da mulher, não resta outra alternativa senão o aborto, b) e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

Além dessas hipóteses legais, de acordo com o STF, não haverá crime, também, quando o aborto decorrer de feto anencéfalo (ADPF 54) e quando correr até o terceiro trimestre de gravidez,

Iremos analisar essas hipóteses de exclusão de culpabilidade emanadas do STF, e, após a análise, dar uma resposta no sentido de saber se as decisões foram manipulativas e se, com elas, houve violação ao princípio da separação dos poderes.

6.1.3.2.1 ADPF 54

Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde protocolou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no STF, requerendo que este tribunal, conferindo interpretação conforme a Constituição, declarasse que o aborto de fetos anencéfalos não fosse considerado como crime.

Para propor a ADPF, a requerente se embasou nos seguintes fundamentos: a) a antecipação terapêutica do parto, no caso de anencéfalos, não constitui aborto, que, para ocorrer, precisa de vida extrauterina, o que não se configura *in casu*; b) perdurar a gestação por meses seria apenas prorrogar o sofrimento da mãe, uma vez que, tendo como base estudos científicos, a morte da criança ao nascer seria inevitável; c) não haveria, de fato, nem mesmo aborto, pois o feto anencéfalo é despido de cérebro e, conforme a Lei n.º 9.434/1997, o momento para se aferir a morte de uma pessoa ocorre no momento em que ocorre a morte cerebral.

O Min. Relator Marco Aurélio julgou procedente a ADPF sob os seguintes argumentos: a) a incolumidade física do feto não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento de direitos fundamentais da mulher; b) sopesando-se valores e sentimentos, o direito de antecipação terapêutica do parto cabe à mulher e não ao Estado; c) não se está discutindo a descriminalização do aborto, uma vez que este não se confunde com a antecipação terapêutica de parto no caso de anencéfalo; d) o caso analisado não pode levar em conta fatores morais religiosos, pois o Estado é laico.

Registra-se, outrossim, o voto do Min. Joaquim Barbosa, que julgou procedente a demanda objetiva, com base na saúde física e psíquica da mulher e que tais direitos não se contrapõem ao princípio da dignidade da pessoa humana e, ao fazer uma ponderação entre a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendeu que deve prevalecer a dignidade da pessoa humana. Levando em conta tais argumentos, o STF, por maioria, acolheu o pedido nos seguintes termos:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. **ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio**¹⁶³.

6.1.3.2.1.1 Análise crítica da decisão

Não queremos, novamente, criticar o resultado em si da decisão a que chegou o STF, pois, mesmo que seja louvável, a crítica é atribuída no caminho que a decisão

¹⁶³ Consultar a decisão na íntegra: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>.

percorreu. Entendemos que o “meio” para se alcançar o “fim” não foi o adequadamente correto.

6.1.3.2.1.1.1 O inadequado uso da interpretação conforme a Constituição

O STF se valeu da técnica de interpretação conforme a Constituição¹⁶⁴ para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124, 124 e 128, incisos I e II, do CP a criminalização da interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Colacionam-se os dispositivos:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Conforme já ressaltado neste trabalho¹⁶⁵, a interpretação conforme sofre restrições:

- a) **A norma que sofrer o controle deve ostentar mais de uma interpretação;**
- b) **A interpretação conforme não pode violar texto literal;**
- c) **Depois da interpretação conforme, não pode surgir uma norma diferente daquela que foi prevista inicialmente pelo legislador.**

Na decisão, houve violação às três restrições. Os referidos artigos são bastante claros, não deixando margem para diversas interpretações. Se a lei é clara, não há margem para interpretação. Ora, no art. 128 do CP, é de clareza cristalina: só não haverá crimes nas hipóteses ali previstas (casos taxativos)¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Parece-nos que o STF se valeu da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, em vez da interpretação conforme. Por diversas vezes, o STF usa as duas técnicas como se fossem sinônimas. Sobre o tema, ver o capítulo 5.2.1.2 *supra*.

¹⁶⁵ Ver o capítulo 5.2.1.1 *supra*.

¹⁶⁶ Sendo voto divergência na ADPF 54, O Min Ricardo Lewandowski afirmou que: “O legislador infraconstitucional, todavia, isentou de pena, em caráter excepcional, o aborto, desde que praticado por médico, em duas únicas hipóteses, taxativamente definidas: no chamado “aborto necessário” e no denominado “aborto sentimental”, caracterizados, respectivamente, nos incs. I e II do art. 128 do Codex repressivo”.

Com efeito, “A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto [...]”¹⁶⁷. Trata-se do limite textual (e mais importante) a que o intérprete deve se submeter.

Assim, não havendo dúvidas acerca do que o legislador quis dizer com a norma jurídica, é incabível realizar a interpretação conforme a Constituição. Portanto, quando o STF inclui uma hipótese de descriminalização que ali não está prevista, há uma violação literal do texto e, por consequência, há uma inauguração de uma norma diferente daquela concepção originária dada pelo legislador.

6.1.3.2.1.1.2 Desfiguração da vontade originária do legislador

Como já relatado neste trabalho, na Representação de Inconstitucionalidade 1.4177/DF, o STF ressaltou que o intérprete deve atuar como legislador negativo, declarando, se for o caso, a inconstitucionalidade da norma ou, quando a sua inauguração for anterior à vigência da Constituição, a sua não recepção, não devendo atuar como legislador positivo. Por isso que, quando a única interpretação conforme a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o poder legislativo lhe concedeu, não se poderá usar a técnica da interpretação conforme, pois, para esse caso, o tribunal atuará como legislador positivo.

Não se pretende afirmar, com isso, que se deve dar preferência a declaração da inconstitucionalidade da norma. Mas se pretende buscar admitir apenas a escolha de técnica de decisão intermediária quando houver cabimento, e, para isso, deve-se respeitar os limites impostos.

Nessa toada, sendo voto vencido na ação, o Min. Ricardo Lewandowski asseverou:

[...] caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados¹⁶⁸.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 1316.

¹⁶⁸ ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE 30/04/2013.

A presunção de constitucionalidade da norma e a própria **separação dos poderes** são mecanismos, que o STF e, inclusive, o poder judiciário devem levar em consideração quando da aplicação da hermenêutica constitucional. Não poder o STF atuar como legislador positivo, pois não ostenta respaldo democrático para criar normas. Nesse sentido, Lewandowski:

[...] não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem¹⁶⁹.

Trata-se de manifestação com a qual o Min. Cezar Peluso, também concordou, sendo, porém, os seus votos vencidos. O min. Lewandowski advertiu, ainda, em seu voto, que uma concessão de uma eventual descriminalização de aborto nesse caso, além daquelas previstas no código penal, **abriria espaço para descriminalização de inúmeras outras situações semelhantes**¹⁷⁰.

Levando-se em conta tais considerações, o STF, nesse julgamento, revestiu-se do poder de legislar e, atuando como verdadeiro legislador positivo, incluiu norma jurídica, vinculativa e normativa, no Código Penal.

Consideramos que a decisão proferida na ADPF 54 é manipulativa aditiva, uma vez que, não se atendo a declarar ou não a inconstitucionalidade da norma, a corte acrescentou um sentido novo à norma. As decisões manipulativas só devem ser utilizadas em última hipótese, o que não era o caso.

6.1.3.2.2 HC 124306/RJ

No HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016 (Informativo 849), o STF apreciou pedido que questionava a legalidade da prisão preventiva decretada em desfavor dos pacientes do remédio constitucional.

Nesse julgado, todavia, a 1ª turma do STF não se ateve apenas à legalidade da prisão, indo além do que, de fato, era necessário para o deslinde da causa.

Segue a emenda do Julgado:

¹⁶⁹ ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE 30/04/2013.

¹⁷⁰ Parece-nos que a HC 124306 (será analisada adiante), julgada pelo STF, em que foi descriminalizado o aborto quando realizado até o terceiro mês é fruto dessa “premeditação”.

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. [...] 3. Em *segundo lugar*, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade da mulher*, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. [...] 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. **HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso**¹⁷¹.

Em sede estreita de HC, a Corte Constitucional inaugurou mais uma exclusão de culpabilidade do aborto: a interrupção da gravidez **no primeiro trimestre** da gestação provocada pela gestante.

Nesse caso, a maioria da 1ª turma, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber, concedeu a ordem em favor de integrantes de uma clínica clandestina onde se realizavam os abortos, sob os motivos de que a prisão não atendia aos requisitos da prisão preventiva e pelo fato de não ter entendido que a interrupção da gravidez realizada no primeiro trimestre configure crime.

De acordo com o voto do ministro relator, Luís Roberto Barroso, criminalizar o aborto nessa situação constitui: a) violação à autonomia da mulher; b) violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher; c) violação à igualdade de gênero; d) discriminação social e impacto proporcional sobre mulheres pobres. Em síntese, “A criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher”. (CAVALCANTE, 2016).

6.1.3.2.2.1 Análise da decisão

¹⁷¹ Consulta da decisão na íntegra: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>.

Críticas devem ser levantadas diante de tal decisão. Inicialmente, não queremos, frisa-se, criticar o fim almejado pela decisão, mas sim o meio pelo qual ela se deu, a forma como ela foi construída.

6.1.3.2.2.1.1 Inexistência de pedido quanto à descriminalização da conduta

Os réus que se favoreceram do HC em nenhum momento alegaram que os crimes dos quais estavam sendo acusados, no caso concreto, não seriam uma infração penal ou algo similar. Alegaram, apenas, em síntese, que: a) são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa; b) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e c) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante.

6.1.3.2.2.1.2 Meio e quórum inadequados para dar início à tema de grande complexidade

Registra-se que o resultado inovador a que chegou o STF se deu em sede de Habeas Corpus, remédio constitucional que, a priori, não dá azo à discussão profunda da matéria questionada. Outrossim, dada a grande relevância da matéria e, sobretudo, a complexidade, o debate do tema deveria, no mínimo, ser realizado pelo plenário.

6.1.3.2.2.1.3 Inadequação da utilização da técnica de interpretação conforme

Os ministros deram interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Para melhor compreender o tema, colacionam-se os dispositivos do Código Penal de 1940 a que alude a decisão:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de dois a seis anos. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Aqui, reiteram-se os nossos argumentos utilizados alhures em relação à APDF 54, já que, além de serem casos semelhantes, a técnica de decisão foi a mesma: interpretação conforme a Constituição.

6.1.3.2.2.1.4 A dificuldade contramajoritária no que diz respeito ao aborto

Pode-se afirmar que a descriminalização de aborto é um dos temas mais polêmico existente no Brasil. Tal divergência se inicia em âmbito científico, desembocando na seara religiosa.

Há uma sugestão de lei¹⁷² nº 15 de 2014 que trata sobre a descriminalização do aborto se realizado até a 12ª semana de gestação, prevendo que o procedimento será realizado pelo Sistema único de Saúde (SUS). A sugestão está sendo analisada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, que já realizou cinco audiências públicas entre 2015 e 2016. Em fevereiro do corrente ano, o Senador Magno Malta (PR-ES) apresentou relatório pelo arquivamento do processo, sob a justificativa de que “O Estado não pode interferir no livre desenvolvimento de um ser humano no ventre de sua mãe”¹⁷³. O assunto é tão divergente que, em consulta no site do Senado¹⁷⁴, há 349.606 votos a favor da sugestão, ao passo que existem 356.959 votos contra. Trata-se de tema que ostenta uma carga alta de divergência na comunidade brasileira.

Conforme já ressaltado¹⁷⁵, para combater a dificuldade contramajoritária, expressão batizada por Alexander Bickel, as Cortes Constitucionais devem se abster de julgarem temas de alta divergência moral e política, até que o assunto seja aceito de forma majoritária e consolidada pela sociedade. E, pelo exposto, ainda não há no seio da sociedade, um consenso acerca da descriminalização do aborto quando realizado no terceiro trimestre.

Faltou, também, à Corte Constitucional a deferência política, que, no caso, consistiria na necessária omissão de julgar um tema de alta divergência e complexidade; assunto que ainda não atingiu o amadurecimento necessário. Inclusive, o aborto até a 12ª semana está sendo debatido pelo poder legislativo, razão

¹⁷² A sugestão de lei deriva das ideias legislativas emanadas por quaisquer cidadãos. Havendo a aprovação por mais de 20 mil pessoas, a ideia se transforma em sugestão de lei, que, por sua vez, poderá virar um projeto de lei. Para saber mais: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/comofuncionaideia>>.

¹⁷³ Agência Senado. **Sugestão de lei que legaliza o aborto divide opiniões na internet**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/24/sugestao-de-lei-que-legaliza-o-aborto-divide-opinioes-na-internet>>. Acesso em 25 de setembro de 2018.

¹⁷⁴ <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119431>>. Acesso em 25 de setembro de 2018.

¹⁷⁵ Ver o capítulo 4.2.2 *supra*.

por que o STF não poderia substituir a figura do legislador, prevendo tal descriminalização **em sede estreita** de habeas corpus.

6.2 Importação das decisões manipulativas pelo STF

Conforme debatido alhures¹⁷⁶, as decisões manipulativas surgiram na Itália em um momento pós-segunda guerra mundial por força de as leis (a maioria) da época possuírem cunho eminentemente fascista. E, com o objetivo de não declarar várias leis inconstitucionais, a corte se valeu das decisões manipulativas.

Ora, deve-se ressaltar que o contexto em que surgiu a decisão manipulativa na Itália é totalmente distinto da realidade brasileira. Porém, ainda assim, o STF importou essa técnica para o país, usando-a de forma indiscriminada para quaisquer tipos de leis, a exemplo do Código Penal brasileiro. É necessário que o STF se valha das decisões manipulativas só em último caso, eis que surge norma nova daquela inicialmente prevista.

Deixamos registrada uma pergunta: é mais legítimo declarar a norma como um todo inconstitucional e, em virtude disso, forçar o legislativo a inaugurar uma nova de acordo com a Constituição; ou, por outro lado, se valer das decisões manipulativas para “salvar” a norma, mas que, com isso, faça surgir uma nova norma, desprovida de representatividade e legitimidade?

Ao apreciar a ADI 3.459, Rel. Marco Aurélio (Sessão Plenária de 24-8-2005), o Supremo Tribunal Federal decidiu não conhecer da ação direta tendo em vista que a eliminação da expressão normativa impugnada teria o condão de fazer surgir nova lei contrária à vontade original do legislador.

Porém, o STF, nos julgados mais recentes, não está mais levando em conta a vontade do legislador, o que é perigoso para o princípio democrático.

¹⁷⁶ Ver o capítulo 4.1.1.3 *supra*.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação dos poderes é fruto de uma grande conquista e luta por um Estado democrático de direito. Seu fundamento, quando foi criado, era o de combater as violações provenientes do absolutismo, sistema de governo no qual o poder emanava apenas do monarca ou do imperador.

Com a separação dos poderes, deixou-se de ter a concentração do poder nas mãos de uma pessoa, o que acarretou, de imediato, a diminuição das atrocidades realizadas pelo absolutismo.

Todavia, a separação dos poderes sofreu gradativas modificações até alcançar o *status* a que chegou nos dias atuais.

De acordo com Locke (1994), o poder legislativo era supremo perante o executivo, afirmando, entretanto, que o poder perpétuo supremo pertencia ao povo. Por sua vez, o poder judiciário, de acordo com o filósofo, não era autônomo.

Posteriormente, Montesquieu (2000) aduziu que a separação dos poderes é composta pelo legislativo, executivo e judiciário. A despeito disso, para ele (2000), o poder judiciário era, de certo modo, nulo, pois apenas poderia pronunciar aquilo que estava descrito na lei.

Insta ressaltar que foi Montesquieu (2000) com quem emergiram os freios e contrapesos, técnica de controle realizada pelos próprios poderes. Todavia, essa técnica de controle, de acordo com o autor (2000) deveria ser exercida apenas pelo poder executivo e legislativo, excluindo-se o poder judiciário de tal controle.

O poder judiciário ganhou, de fato, amplitude nos E.U.A, no século XIX, quando se valeu do *judicial review*, no caso *Madison* contra *Marbury*, para declarar a inconstitucionalidade da lei federal em face da Constituição americana. Estava inaugurado, de modo substancial, o controle dos outros poderes pelo poder judiciário.

A partir de então, exsurge o ativismo judicial e, em contrapartida, a autorrestrrição judicial.

Sobretudo no pós-guerra, o poder judiciário, definitivamente, ganhou força. Isso porque, em razão de as atrocidades e violações que ocorreram no século 20, a comunidade internacional se viu compelida a ter de garantir os direitos fundamentais inerentes à dignidade humana. Para tanto, o tribunal constitucional foi um dos meios mais eficiente para cumprir tal desiderato.

Porém, sobretudo no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, com a justificativa de intérprete máximo e de guardião da Constituição, vem proferindo decisões que violam a separação dos poderes. Exemplo disso são as decisões manipulativas.

Não se nega a importância de que as decisões manipulativas (modificativas) dispõem para quaisquer sistemas jurídicos. Exemplo disso foi o que ocorreu com os MI's 670, 708 e 712, que trataram sobre a extensão do direito de greve a servidores públicos, ante a manifesta omissão do poder legislativo. Nesse sentido, nem mesmo Schlesinger, uma das mais expoentes figuras contra a intervenção emanada do poder judiciário, negou o ativismo em absoluto¹⁷⁷.

Todavia, limites devem ser observados. Com efeito, Ramos assevera que “o texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados”¹⁷⁸. **Trata-se de um dos limites (senão o maior) a que se deve submeter o ativismo judicial, e, apesar disso, a jurisdição constitucional realizada pelo STF não o vem respeitando.**

O STF, através de decisões manipulativas, vem dando sentido novos às leis e, até mesmo, à própria Constituição, mesmo que tais normas não deem abertura para esse tipo de técnica. Foi o que ocorreu com o Código Penal quando o STF incluiu duas excludentes de culpabilidades em um rol que é taxativo, e com a Constituição quando a Corte constitucional, através da mutação constitucional, acrescentou mais uma hipótese de perda de mandato de parlamentar em rol taxativo previsto na carta política.

O STF, agindo dessa forma, põe em alerta o equilíbrio entre os poderes, já que, em última análise, dispõe da última palavra em todas as questões¹⁷⁹, atuando como verdadeiro (inadmissível) poder moderador. Não é por outro motivo que lhe foi batizado o título de “**Supremocracia**”.

Nesse cenário, **as decisões manipulativas normativas**, notadamente aquelas que são proferidas em situações em que não existe liberdade para a prolação delas, **não encontram guarida na Constituição Republicana brasileira de 1988.**

Com vistas a mitigar o imbróglio gerado dessa intervenção, entendemos que o Supremo Tribunal Federal, ao proferir tais decisões, deve se valer da razoabilidade e

¹⁷⁷ Ver capítulo 4.1.1 *supra*.

¹⁷⁸ RAMOS, Elival, op. cit., p. 124.

¹⁷⁹ No **MS 26603/DF**, o STF asseverou que ostenta o monopólio da última palavra.

da proporcionalidade. Com efeito, entendemos que a Corte Constitucional pode se valer da autorrestrrição judicial para o restabelecimento do equilíbrio entre os poderes, podendo lançar mão da prudência e da deferência políticas, bem como das virtudes passivas¹⁸⁰, como mecanismos decisórios.

Com grande apoio popular às muitas decisões ilegítimas, o STF se tornou um “**Leviatã**”¹⁸¹ imparável do poder judiciário, que vem, a cada dia, ganhando magnitude frente aos demais poderes.

¹⁸⁰ Ver capítulo 4.2.2 *supra*.

¹⁸¹ Uma comparação com o termo cunhado por Thomas Hobbes em sua obra clássica: “Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil”, publicado em 1651 na Inglaterra. A diferença dos Leviatãs é que a relação de soberania na obra de Hobbes consistia entre o Estado e a sociedade; ao passo que, aqui, a relação de subordinação é entre o STF e os demais poderes.

REFERÊNCIAS

- ABCMED, 2013. **Aborto**: o que é? Como é feito? Quais são os riscos? Como age a "pílula do dia seguinte"? Disponível em: <<https://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/359669/aborto-o-que-e-como-e-feito-quais-sao-os-riscos-como-age-a-quot-pilula-do-dia-seguinte-quot.htm>>. Acesso em: 30 setembro de 2018;
- ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria da separação de poderes na doutrina política de Locke**. Disponível em: armandoalbuquerque.com/albuquerque_armando_2001.pdf. Acesso em: 11 de julho de 2018;
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015;
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2006. Disponível em: <http://lelivros.love/book/baixar-livro-a-politica-aristoteles-em-pdf-epub-e-mobi/>. Acesso em: 08 de julho de 2018;
- AUGUSTO, Miriam Toledo. **Os Princípios da Política à Luz de Benjamin Constant**. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/PPLBJ.pdf>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2018;
- BATISTA, Alexandre Lins. **Presidencialismo de Coalizão e a Atual Crise Brasileira**. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/presidencialismo-de-coalizao-e-atual-crise-brasileira/>>. Acesso em: 23 de setembro de 2018;
- BOAVENTURA, Thiago Henrique. **Conheça o caso Marbury vs. Madison**. Disponível em: <<https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/451428453/conheca-o-caso-marbury-vs-madison>>. Acesso em: 06 de setembro de 2018;
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro;
- BRASIL. Constituição (1891). **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**. Rio de Janeiro;
- BRASIL. Constituição (1934). **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**. Rio de Janeiro;
- BRASIL. Constituição (1937). **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil**. Rio de Janeiro;
- BRASIL. Constituição (1946). **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil**. Rio de Janeiro;
- BRASIL. Constituição (1967). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Brasília;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Brasília;

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 de dezembro de 1940;

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de novembro de 1999;

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014;

CARRANO, Ângela Zilli. **A dificuldade contramajoritária no Estado Democrático de Direito: breves considerações**. Disponível em: <<http://angelazillijuridico.blogspot.com/2011/05/dificuldade-contramajoritaria-no-estado.html>>. Acesso em: 14 de outubro de 2018;

CAVACALNTE, Marcio André Lopes. **A interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação é crime? Entenda o que decidiu o STF**, 2016. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2016/12/a-interruptao-da-gravidez-no-primeiro.html>>. Acesso em: 24 de setembro de 2018;

CAVACALNTE, Marcio André Lopes. **Decisão do STF na ADPF 54: não existe crime de aborto de fetos anencéfalos**, 2012. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2012/04/decisao-do-stf-na-adpf-54-nao-existe.html>>. Acesso em: 30 de setembro de 2018;

CONSTANT, Benjamin. **Princípios da Política**. Paris, 1815. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1054556w>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018;

EUA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/Constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 14 de setembro 2018;

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 15 de setembro de 2018;

GONDIM, Yuri. **O caso Marbury Vs. Madison e a contribuição de John Marshall**. Disponível em: <<https://yurigondim.jusbrasil.com.br/artigos/118688828/o-caso-marbury-vs-madison-e-a-contribuicao-de-john-marshall>>. Acesso em: 06 de setembro de 2018;

GUEDES, Maurício Pires. **A Separação de Poderes e a Função Judiciária em John Locke, Montesquieu e Hamilton, Madison e Jay**. XXIV Congresso Nacional Do Conpedi: Teoria e Filosofia do Estado. Belo Horizonte, 2015, fls. 381 – 398;

GUEDES, Néviton. **Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-25/constituicao-poder-alexander-bickel-ano-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 09 de setembro de 2018;

LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223>. Acesso em: 03 de agosto de 2018;

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017;

LIMA, Flavia Santiago. A Corte Costituzionale e suas interações no quadro institucional italiano. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4050, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30643>>. Acesso em: 7 de setembro 2018;

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 1994;

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933: Um estudo de direito comparado**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198714>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018;

MARIANO, Cynara Monteiro. **O Debate Sobre a Separação de Poderes no Pensamento Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/119>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000;

PIRES, Ana Carolina Fernandes. **Conceito histórico da Separação dos Poderes**, 2015. Disponível em: <<https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017;

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015;

REIS, Maurício Martins; BRASIL, Alexandre Prevedello. **Derrotabilidade das Regras e Técnicas De Decisões da Jurisdição Constitucional**. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino: Direito, Razões e Racionalidade. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Mauricio-Martins-Reis-e-Alexandre-Prevedello-Brasil.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2018;

SANTOS, Ricardo Alexandre de Almeida; CALHEIROS, Júnior, João de Deus Moreira. **Direito Administrativo Esquemático**. São Paulo: Editora Método, 2015;

SARLET, Ingo Wolfgang. **O STF, novamente, diante dos desafios da proteção jurídica nos limites da vida**. Rev. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-07/stf-diante-desafios-protecao-juridica-limites-vida>. Acesso em 24 de setembro de 2018;

SCAFF, Fernando Facury. **Quem controla o controlador?** Considerações sobre as alterações na Lindb. Ver. Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-literacoes-lindb>>. Acesso em: 23 de setembro de 2018;

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008;

SOUZA, Danuta Rafaela Nogueira de. Direito Constitucional Italiano: A magistratura segundo a Constituição da Itália de 1948. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4171, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34425>>. Acesso em: 7 de setembro de 2018;

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010;

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017;

STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”**. Rev. Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em 23 de setembro de 2018;

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em: 02 de outubro de 2018;

VIEIRA, Oscar Vilhena. **SUPREMOCRACIA**. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2018.