



Universidade de Brasília – UnB
Instituto de Ciência Política – IPOL

VINÍCIUS BARROS COLLI

Ativismo Judicial: O Limite dos Freios e Contrapesos

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Brasília

2017

VINÍCIUS BARROS COLLI

Ativismo Judicial: O limite dos freios e contrapesos

Monografia apresentada ao curso de Ciência Política do Instituto de Ciência Política, na Universidade de Brasília, como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Ciência Política.

Orientador: Rafael Silveira e Silva

Brasília

2017

AUTORIZO A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

C699a

Colli, Vinicius Barros.

Ativismo Judicial: o limite dos freios e contrapesos / Vinicius Barros Colli. – Brasília, 2017.

71f.: il. color.

Orientador: Profº. Rafael Silveira e Silva

Monografia (Graduação) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política, Curso de graduação em Ciência Política, 2017.

1. Judicialização da Política. 2. Ativismo Judicial. 3. Controle Judicial. 4. Tripartição de Poderes. 5. Freios e Contrapesos. I. Título.

ATIVISMO JUDICIAL:

O Limite dos Freios e Contrapesos

Monografia apresentada como pré-requisito
para obtenção do título de bacharel em Ciência
Política pela Universidade de Brasília.

PROFESSOR RAFAEL SILVEIRA E SILVA

(Universidade de Brasília)

PROFESSORA SUELY MARA VAZ GUIMARÃES DE ARAÚJO

(Universidade de Brasília)

Brasília

2017

“Palavras são, na minha nada humilde opinião, nossa inesgotável fonte de magia. Capazes de formar grandes sofrimentos e também de remediá-los” Alvo Dumbledore

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à minha família, por ter me apoiado até aqui, mesmo após não ter correspondido, por muitas vezes, às expectativas dos mesmos. Agradeço por terem confiado no meu potencial e por terem me incentivado a ir além, me incentivado em ser um profissional melhor e uma pessoa igualmente melhor.

Contudo, entrar na Universidade é descobrir um mundo novo. É ter que lidar com uma realidade completamente diferente da que vivia até então, deste modo, a Universidade me ajudou a vencer preconceitos e a ser não só um ser humano melhor, mas também um cidadão melhor, sensível às diferenças das diversas pessoas com quem vivi e viverei num futuro.

Entrei na graduação de Ciência Política sem conhecer muita coisa, inclusive sobre a área de atuação que o curso me fornecia. Deste modo, agradeço ao professor André Borges de Carvalho, que me abriu os olhos para a pesquisa acadêmica e me ajudou a entender o funcionamento do sistema partidário do Brasil, bem como das diversas instituições e sistemas legislativos pelo mundo, me despertando uma enorme curiosidade pela arena e estudos legislativos.

E foi nesse caminho, na busca por um maior entendimento sobre o sistema legislativo do Brasil e do mundo, que conheci os professores Rafael Silveira e Silva e Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo. Por meio deles e da forma completamente amigável de ensinar, aprendi sobre o Processo Legislativo Brasileiro, sobre a importância que a arena legislativa, muitas vezes desprezada, tem para a formação do nosso país e da nossa sociedade. Aprendi sobre federalismo e a dificuldade que existe em administrar um país tão grande como o Brasil, com tantos níveis de Governo e arenas legislativas.

Ao professor Rafael agradeço de forma maior, pois não só foi completamente receptivo ao aceitar me orientar neste trabalho, gastando parte do seu tempo me ouvindo no Senado Federal, de forma a me mostrar o melhor caminho para conduzir tal texto, como também se mostrou um grande amigo, dando a certeza de ser uma pessoa com quem posso contar no futuro.

Deste modo, presumo que todas as pessoas que foram citadas ou não aqui, foram fundamentais na minha trajetória nesta Universidade e contribuíram fielmente para a minha formação como Cientista Político e como indivíduo.

Resumo

Este trabalho busca apresentar uma revisão bibliográfica sobre o que hoje se conhece como Tripartição de Poderes, bem como sobre o papel do Judiciário nesta divisão. Após isso, busca-se apresentar a visão antagônica dos principais autores do Direito, sobre o tipo de intervenção que o Judiciário pode exercer nas demais arenas de Poder. Deste modo se faz o estudo de casos onde o STF possa ter agido de maneira ativista, interferindo diretamente na função legislativa, seja criando Direito, seja gerando efeitos inesperados na arena Legiferante. Conclui-se que as decisões da corte podem gerar reações inesperadas e de difícil contorno.

Palavras-chave: Judicialização da Política, Ativismo Judicial, Controle Judicial, Tripartição de Poderes, Freios e Contrapesos.

Abstract

The main reason of this paper is to present a literature review about what today is the Tripartite System, as well as the Judiciary Power role in this partition. Thereafter, this paper introduces an antagonistic vision of the main authors of the entitlement of intervention the Judiciary may exercise on the remain powers. Thus, it is studied the instances in which the Brazilian Supreme Court may have behaved following activist grounds, hence interfering on the legislative function of the Congress, whether creating Justice, or creating unexpected events during the act of legislating on the Parliament. It is concluded that the court decisions may generate unexpected and hard to outline reactions and events.

Keywords: Judicialization of Politics, Judicial Activism, Judicial Review, Tripartite System, Weight and Counterweight.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
1.0. A TRIPARTIÇÃO DE PODERES	12
1.1. SÓ O PODER CONTROLE O PODER	13
1.2. A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	15
2.0. O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	20
2.1. O <i>COMMON LAW</i> COMO BASE HISTÓRICA DO <i>JUDICIAL REVIEW</i>	21
2.2. A CONSTITUIÇÃO AMERICANA COMO BASE MODERNA DO <i>JUDICIAL REVIEW</i>	25
2.3. O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO	30
3.0. O <i>JUDICIAL REVIEW</i> E O ATIVISMO JUDICIAL	33
3.1. O PENSAMENTO SUBSTANCIALISTA COMO DEFESA AO <i>JUDICIAL REVIEW</i>	36
3.1.2. A MORALIZAÇÃO DO DIREITO CONFORME DWORKIN	38
3.2. A VISÃO PROCEDIMENTALISTA DO DIREITO	42
3.2.1. A DEFESA DA DEMOCRACIA PARLAMENTARISTA NA VISÃO DE ELY	43
3.2.2. J. WALDRON E O CONCEITO PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA	45
3.3. CRÍTICAS AOS DOIS MODELOS	47
4.0. O CASO BRASILEIRO	49
4.1. AS 10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO COMO DEMANDA SOCIAL	51
4.2. O CASO EDUARDO CUNHA: PODE A SUPREMA CORTE AFASTAR UM PARLAMENTAR DE SEU MANDATO?	54
4.3. ADPF 378 – O PROCEDIMENTO DO <i>IMPEACHMENT</i> EM DESFAVOR DE DILMA ROUSSEFF	60
5.0. CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

Introdução

O Brasil vive uma crise nunca antes observada na história da República. Deste modo, é visível o quanto que as Instituições Republicanas estão sendo testadas, nas três esferas de Poder, nas três esferas de governo.

A população, desgostosa com o quadro de extrema corrupção que se vive e alijada por uma enorme crise moral e econômica, busca cobrar do Poder Judiciário que a Constituição seja plenamente aplicada, com o principal fim de punir os casos de corrupção verificados no país.

Do mesmo modo, a crise política resultante da cirúrgica operação Lava-Jato, aliada com o desemprego e queda do poder de compra, levaram os brasileiros às ruas, com o fim de exigir o *impeachment* da então Presidente da República Dilma Rousseff.

E ouvindo o anseio da população por uma legislação que buscasse o fim da impunidade, o Ministério Público propôs uma série de ações por meio de iniciativa popular, com o objetivo principal de facilitar as investigações e a punição dos corruptos do país.

Ainda assim, era verificável o desejo da população por renovação política, além da punição dos culpados. Fato este que levou também à queda do Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha.

Em todas as situações, o Judiciário foi plenamente exigido e testado ao extremo, de formas que possa ter tomado decisões que, por ventura, possam ser consideradas errôneas, prejudicando a própria manutenção do regime Constitucional.

Deste modo, o objetivo deste trabalho será investigar se as ações do Judiciário poderiam levar ao desequilíbrio e crise entre os três Poderes. Para isso será buscado nas teorias clássicas que tratam sobre divisão de Poder, a verdadeira função e significado do Judiciário.

No primeiro capítulo busca-se fazer uma interpretação sobre a teoria de Separação de Poderes na visão de Montesquieu e também demonstrar o entendimento completamente original dada pelos *Federalist Fathers* acerca de tal conceito no momento em que se formulava a Constituição dos Estados Unidos da América.

Posteriormente, como forma de introduzir o debate, busca-se fazer uma ponderação acerca do conceito de *Common Law* e sua diferente aplicação no caso Americano, abarcado no segundo capítulo.

No terceiro capítulo busca-se entender o significado de Ativismo Judicial e buscar as principais teorias que fundamentam a criação de Direito pelo Judiciário. Deste modo, é visível a tentativa de tentar entender a necessidade ou não, o benefício ou não do dito Ativismo nas visões procedimentais e substancialistas da atuação judicial.

No quarto capítulo busca-se entender essas teorias por meio de casos concretos e de extrema relevância, além da visível atualidade dos mesmos, sendo eles: o Mandado de Segurança (MS) nº 34.530, que diz respeito ao julgamento liminar sobre a tramitação do PL 4850/16 (10 Medidas Contra a Corrupção); a Ação Cautelar (AC) nº 4070, que diz respeito ao pedido de suspensão do mandato do então presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha e a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378, que diz respeito ao pedido de suspensão do processo de *Impeachment* contra a então Presidente da República Dilma Rousseff.

E por último, o quinto capítulo profere as considerações finais, onde se conclui que num cenário como o brasileiro, não só é possível, como necessária a interferência do Judiciário com o fim de garantir princípios e direitos que fundamentam nossa Constituição. Entretanto, caberia maior cuidado da Corte Constitucional ao proferir suas decisões, pois o resultado final, porventura, pode ser pior do que a crise que tentavam resolver inicialmente.

Durante o trabalho, contudo, não se busca fazer juízo de valor acerca do Ativismo Judicial, tenta-se, sobretudo, mostrar que mesmo para o Judiciário exercer suas funções de controle e de garantia de direitos, existem limites dos quais necessitam ser observados, pois quando vivemos em um regime onde um Poder é soberano com relação a outro poder, não estamos vivendo mais numa democracia. Portanto, o Judiciário deve exercer suas funções de forma que se evite um Governo de Juízes, deve atuar a fim de garantir o melhoramento das instituições democráticas, de forma que a Democracia seja plenamente desenvolvida.

1.0. A Tripartição de Poderes

Montesquieu (2000) ao idealizar a tripartição de poderes, entendia que se fazia necessária a limitação do poder como fim de evitar um governo despótico, totalitário, onde a vontade do Soberano estivesse acima de todas as demais. No seu ideário, só o poder limitaria o poder.

Tal teoria foi o marco inicial para uma estrutura que se tornaria muito mais complexa, a ser base da maioria dos Estados modernos, onde, sendo democracias ou não, possuem, em sua maioria, tal teoria como pedra fundamental da organização estatal.

Entretanto, os poderes constituídos - Executivo, Legislativo e Judiciário - na atualidade, possuem muito mais funções e são dotados de uma complexidade muito maior do que a vislumbrada por Montesquieu inicialmente (MONTESQUIEU, 2000).

Isso advém, principalmente, com o estabelecimento da Constituição dos Estados Unidos. Os americanos adotaram uma estrutura onde cada Poder estaria sempre fiscalizando as ações do outro Poder, como forma de impedir que a transgressão do outro acabasse por gerar riscos ao próprio regime democrático. Desta forma, o modelo americano viria a servir como modelo para a grande maioria dos países que adotariam o presidencialismo como regime de governo, como é o caso do Brasil em 1889 após o Golpe de Estado que implementaria a República no país.

Entretanto, muito mudou desde a teoria de Montesquieu (2000), e não é mais possível pensar a tripartição de poderes como três ilhas isoladas com funções específicas. A fiscalização e controle vêm como ponto chave da existência de tal modelo, mas mantém a visão da teoria original de que a necessidade de dividir os Poderes se faz necessária para controlar o próprio Poder.

Neste sentido, é importante pensar que os Poderes estão em constante tensão. Porém, tensão não necessariamente significa conflito. Significa apenas que as instituições, para funcionarem, exigem que a função de uma esteja em contraste com a função da outra, de forma que se complementem.

O problema, neste ponto, é quando a função de um Poder começa a atrapalhar o desempenho de um outro, gerando riscos, inclusive, para o regime democrático.

Tal debate vem sendo feito de maneira mais calorosa nos últimos tempos, principalmente no Brasil. Os escândalos de corrupção envolvendo atores nas três esferas de Governo, nos três Poderes, vem fazendo com que os as Instituições com representantes eleitos pelo povo tenham sua legitimidade contestada, levando o Judiciário a ser constantemente provocado com vistas à busca de solução dos diversos conflitos. Contudo, mesmo o Poder Judiciário não tem escapado da insatisfação da população, que vê alguns dos membros das mais altas Cortes do país envolvidos igualmente em diversos escândalos. Muitas vezes, inclusive, há na população a sensação de que o Poder Judiciário age de maneira seletiva, levando ao descrédito do mesmo.

Além disso, as funções do Judiciário são mais incisivas, acabam interferindo de maneira maior nos outros dois Poderes. Tais funções, principalmente a de Controle de Constitucionalidade, devem ser usadas de forma mais cautelosa, pois suas consequências podem ser difíceis de remediar e podem desempenhar crises e desequilíbrios na relação entre os Poderes constituídos.

E é justamente este equilíbrio entre Poderes e a relação com o Judiciário que é foco deste trabalho, onde buscar-se-á entender como a ação do mesmo pode gerar consequências indesejáveis através do uso desmedido da hermenêutica pelo juiz. Neste primeiro capítulo, portanto, busca-se entender o desenvolvimento moderno da Tripartição de Poderes, com o foco na Constituição dos Estados Unidos da América, e posteriormente, entender como funciona e se desenvolveu o *Judicial Review* ou Controle de Constitucionalidade, contrapondo suas principais vertentes.

1.1. Só o Poder controla o Poder

Montesquieu (2000) formula sua teoria com base em estudos sobre os diferentes tipos de governo e, principalmente, num profundo estudo da Monarquia Inglesa. Neste sentido, ele procura entender como que as instituições democráticas funcionam, para evitar que o governo vá de um onde reine a liberdade política para o despótico, onde impera a tirania. E é nesta direção que Montesquieu (2000) busca diferenciar a Monarquia do Governo Despótico.

Ao tentar fazer essa diferenciação, o autor tenta apresentar o melhor significado de liberdade política, que seria “quando o governo seja constituído de tal qual um cidadão não possa temer outro cidadão”, e isso só poderia acontecer quando existisse o império da lei. Portanto, é

justamente no império da lei que reside a diferença entre a Monarquia e o Despotismo (MONTESQUIEU, 2000).

O despotismo seria o governo onde reinaria a vontade do Soberano. A lei seria a vontade do Soberano, e este governaria através do medo, concentraria em si o poder de criar leis, de julgar e condenar e de executar as diversas políticas e através da tirania conseguiria governar, pois, novamente, só o medo que o povo tem iria sustentar o governo (MONTESQUIEU, 2000).

E a Monarquia seria exatamente o oposto, seria o Governo limitado pela lei. O Monarca não poderia fazer muito mais do que a lei permitiria, e deveria obedecer a ela, pois, caso contrário, o governo degeneraria para um despótico, correndo o risco de o Executivo sobrepor os outros dois Poderes (MONTESQUIEU, 2000).

Montesquieu (2000) tem a mesma preocupação que os principais filósofos gregos tiveram ao estudar os vários tipos de governos, mais especificamente Platão e Aristóteles.

Era comum na filosofia grega a ideia de que os governos se degenerariam de um ponto de liberdade absoluta até um onde o totalitarismo reinaria. Assim, eles buscavam formas contornar ou retardar essa degeneração. Foi nesta linha de raciocínio que os romanos, por meio de Políbio, viriam a propor o Governo Misto.

Não à toa, Montesquieu (2000) se preocupa em grande parte da sua obra em descrever a República Romana, que inclusive foi também exemplo de liberdade política para Maquiavel, nos *Discorsi*, onde o mesmo tenta demonstrar os motivos que levam a queda ou não de um governo, motivos que vão desde as instituições do governo, a religião e os costumes, ou até mesmo pela virtude dos cidadãos e dos representantes destes. Maquiavel começa discutindo a questão dos tipos ideais de Governo, assim, pontua a República Romana como a melhor das formas, pois equilibraria os três melhores modelos – a aristocracia, monarquia e democracia – em um só Governo. Isso teria gerado a república perfeita, que obteve a estabilidade com base nos conflitos entre povo e Senado, permitindo assim a produção de boas leis, resultando em uma República Livre (MAQUIAVEL, 1994 [1517], p. 27-31).

Nesta mesma linha de raciocínio, Montesquieu (2000) escreve aquilo que o tornaria célebre: “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o Poder limite o Poder” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166). Ele entende que no Estado existem três tipos de Poder: o Executivo das Coisas, o Executivo Civil e o Legislativo. Ao Poder Executivo Civil dá-se o nome de Poder de Julgar, ou Judiciário.

Portanto, o foco nessa teoria é garantir que não haja abuso do poder e para que isso ocorra é preciso que o mesmo não esteja concentrado na mão de uma só pessoa ou na mão de uma única Instituição, pois assim o Soberano poderia subjugar o povo às suas vontades e não mais haveria o império da lei, mas o da paixão do governante.

Contudo, para Montesquieu (2000), a ideia de separação só é possível de uma forma completamente rígida. A autonomia de um Poder se limita pela sua própria função. O próprio Judiciário existe de forma atrofiada, o juiz existe tão somente para aplicar a lei, ou como nas palavras do mesmo “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei” (MONTESQUIEU, 2000, p. 175).

Deste modo, Montesquieu (2000) se preocupava em evitar que o juiz assumisse o papel de legislador quando fosse aplicar a lei, não havia discricionariedade para “interpretar” a legislação, ela deveria ser aplicada tal qual fora escrita pelo Poder Legiferante. Em seu ideal, se o juiz fosse legislador, poderia impor suas convicções ao povo, e se tivesse a tutela do Executivo, teria a força de um opressor (MONTESQUIEU, 2000). Portanto, na visão do escritor francês, cada esfera da tripartição deveria ser especializada em sua própria função, só assim faria sentido dividir o Poder em três.

É neste sentido que podemos verificar que a própria ideia de fiscalização e controle entre os poderes é erroneamente atribuída ao filósofo francês, pois, para o mesmo, a interferência de um Poder no outro, por mínima que fosse, poderia levar a um estado de Governo Despótico, onde não mais haveria liberdade.

Entretanto, sua teoria viria a ser aprimorada e superada com a Constituição dos Estados Unidos, resultado de grande debate e calcada em valores que viriam a revolucionar e influenciar as bases da grande maioria dos Estados Modernos.

A (re) interpretação da teoria da Tripartição dos Poderes por Madison, Hamilton e Jay, traria novidades como a teoria dos Freios e Contrapesos, além de um papel maior para o Judiciário, porém jamais poderiam imaginar o protagonismo que este Poder teria no mundo atual.

1.2. A Constituição dos Estados Unidos da América

O debate sobre a separação dos Poderes, que evoluiu durante séculos, viria a ser aperfeiçoado e posto em prática durante a Convenção da Filadélfia, que deu origem à constituição dos Estados Unidos da América.

Jay, Hamilton e Madison (2003), escreveriam uma série de artigos, denominados *federalist papers*, onde descreveriam como deveria ser constituída a Federação Americana. Os autores fazem uma interpretação própria da teoria de Montesquieu, criticam alguns pontos e introduzem melhorias, que viriam a ser a principal base do Estado americano.

Nesta obra, os autores demonstram uma preocupação principal, que viria a ser o cerne de toda a teoria que desenvolveram: garantir a liberdade e a justiça. Neste sentido, eles vão na mesma direção que Montesquieu foi ao entender que a liberdade e a justiça dentro de um Estado só existem com a limitação do Poder, pois, quando o mesmo está concentrado na mão de uma única pessoa ou de uma Instituição, não haveria espaço para liberdade.

Deste modo, eles entendem que seria crucial a existência de três Poderes bem divididos, com o fim de não permitir que o Poder fosse concentrado, pondo em risco a liberdade do povo que constitui aquela nação.

Entretanto, no que isso difere de Montesquieu? Primeiramente, o filósofo francês acreditava que nenhum Poder deveria concentrar em si funções de um outro, portanto, os três Poderes deveriam ser bem limitados, em uma divisão rígida, não havendo qualquer forma de controle que pudesse evitar a transgressão nas funções de outra Instituição.

Madison *et ali* (2003), entendem que seria impossível a existência de tal tripartição, com separação absoluta de Poderes, e dão uma outra interpretação à visão de Montesquieu. Para eles, a liberdade política só está ameaçada “quando dois poderes, em toda sua plenitude, se acham concentrados numa só mão” (HAMILTON *et ali*, 2003, p. 300), ou seja, poderiam haver instrumentos aos outros dois Poderes que fossem originalmente de um outro Poder, sem evoluir para um governo despótico, onde a totalidade de um estivesse concentrada na mão de outro, tendo aqui a principal divergência naquilo que primeiramente escreveu Montesquieu (2000).

A esses instrumentos de fiscalização e controle, os autores deram o nome de *Checks and Balances*, ou Freios e Contrapesos na tradução conhecida.

Deste modo, eles desenharam instituições capazes de frear a transgressão de um outro Poder, evitando assim riscos às instituições democráticas. O Legislativo, Executivo e Judiciário possuiriam instrumentos próprios que garantiriam que o império da lei, mas não o da paixão dos homens, governasse a nação.

Assim, eles passam a descrever as principais funções de cada Poder e como deveriam ser constituídos, começando com o Legislativo, que seria, de fato, o representante direto do povo.

Para eles, o Legislativo deveria fazer as leis que governaria a Nação, além de validar os atos do executivo e fiscalizar os membros dos outros dois Poderes. Entretanto, eles temiam que o Legislativo fosse forte demais e buscavam formas de evitar a supremacia do mesmo, ou o que chamavam de tirania da maioria (MADISON *et ali*, 2003).

A forma de fazer isso foi dar o poder de veto ao presidente e garantir o controle de constitucionalidade a um Supremo Tribunal, além de (em congruência com a própria ideia de tripartição do Poder) dividir o Legislativo em duas Casas com funções bem distintas.

A Câmara alta, o Senado, viria com força moderadora, com o fim de moderar as decisões da Câmara dos Representantes, deste modo, estariam defendendo o povo dos excessos de si mesmo, ou seja, defender o povo das transgressões de seus representantes. Além disso, o Senado teria funções como a de aprovar a indicação de funcionários vindos do Poder Executivo, além de se transformar em um Tribunal de Justiça para julgar os membros dos dois Poderes (MADISON *et ali*, 2003).

Ora, um tribunal de *Impeachment* seria incompatível com a teoria desenvolvida por Montesquieu, e foi duramente criticado na Convenção, pois confundiria a autoridade de dois Poderes (MADISON *et ali*, 2003). Mas os autores Federalistas explicam que seria a forma de garantir que, caso o presidente, juízes das cortes e outros magistrados transgredissem suas funções, pudessem ser penalizados.

E como forma de balancear a produção legal exclusiva ao Legislativo, o presidente, chefe do Poder Executivo, possuiria prerrogativas específicas com o fim de limitar a produção de leis ruins. Dentre elas estaria o poder de veto, além do controle da administração do país. Apesar disso, ambos os poderes seriam eleitos, com mandatos fixos, podendo sofrer sanções pela população através do não voto.

Já com relação ao Poder Judiciário, creio que caiba uma análise mais profunda, como forma de guiar o resto deste trabalho. Tal poder seria o mais fraco dentre os três, e deveria ter prerrogativas específicas que o resguardasse de uma possível usurpação do Legislativo e da completa influência do Executivo.

Portanto, relembramos que para os autores federalistas, não seria problema que um Poder possuísse matérias de outros Poderes. Isso deveria existir para que houvesse equilíbrio na atuação dos entes do Estado, além de ser necessário para que a fiscalização das funções estatais fosse bem exercida. Nessa visão, o que seria inaceitável seria um único Poder Constituído exercer a função de dois. Nesse sentido, Madison *et ali* (2003), diz:

“Tudo quanto ela exige é que um dos poderes não exercite completamente as atribuições do outro e, de fato, a Constituição, à testa da qual ela se acha, admite a mistura parcial deles.” (MADISON *et ali*, 2003, p. 301)

Deste modo, os autores federalistas estavam em congruência com o Pensamento de Montesquieu (2000) e criticam de forma dura os membros da Convenção, que defendiam que o Poder Judiciário deveria ser tão somente um braço do Legislativo. Portanto, o pensamento do autor francês se mostra um imperativo na visão federalista, pois garantir a independência do Judiciário seria, antes de tudo, garantir a liberdade dos componentes do Estado:

“Se o poder de julgar fosse unido ao de legislar, não haveria liberdade [...]. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ao executivo, teria a força de um opressor.” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168)

Contudo, poderia ser indagado que há contradição no argumento defendido pelos federalistas, visto que os mesmos defendem que o Senado possua a função de se transformar num tribunal judicial para julgar os membros dos outros Poderes. Tais autores respondem a essa indagação que isso seria uma função atípica do Legislativo, necessária para garantir a ordem do Estado.

Essa argumentação é justificada na medida em que não haveria liberdade alguma se um Poder julgasse e aplicasse sanções a ele mesmo. Assim, dar poderes de julgar ao Legislativo, seria tão somente evitar que os atores dos outros entes do Estado, seja do Judiciário ou do Executivo, transgredissem suas funções, pondo em risco a própria separação de Poderes (MADISON, 2003, p. 474). Seria, portanto, mais um dos freios e contrapesos necessários para o estabelecimento e perpetuação do regime democrático e da Constituição.

É nesse mesmo sentido que os autores defendem que os membros do Poder Legislativo não teriam incentivo algum para rever projetos de lei ruins ou que fossem contra à liberdade do cidadão; projetos estes que tenham sido formulados por eles próprios. Seria necessário um corpo externo a tal Poder, com membros completamente distintos. Assim, tal papel seria dado

à uma Suprema Corte, que poderia rever atos do legislativo que confrontassem diretamente à vontade positivada do povo, a Constituição.

Os membros desta corte deveriam ter um amplo conhecimento jurídico, além de reputação ilibada e uma gratificação suficiente para que não houvessem incentivos para buscar ganhos fora da magistratura. Além disso, deveriam um mandato vitalício, para que não devessem favores políticos a ninguém. Tais princípios fazem parte hoje da grande parte das Constituições que vinculam a uma Corte Constitucional a representação máxima do Poder Judiciário (MADISON *et ali*, 2003).

Tais cortes seriam responsáveis por interpretar as leis conforme a Constituição, e teriam o poder de anular a legislação produzida pelos representantes eleitos, que confrontasse diretamente os princípios e garantias impostos pelo texto constitucional.

Entretanto, há o questionamento de qual a legitimidade que um Poder não eleito teria para anular aquilo que foi produzido pelo parlamento. A mera interpretação já seria além das competências do Judiciário, pois, teoricamente, ao interpretar, o juiz poderia valer-se de sua vontade para dar sentido às leis, sobrepondo o Judiciário com relação ao Legislativo.

Contudo, Madison *et ali* (2003) entende que tal poder concedido ao Judiciário não seria legislar, mas garantir que o povo fosse defendido das tentativas de usurpação do Legislativo. Assim, o poder de interpretação do Judiciário está limitado pelo próprio texto da Constituição.

Cabe ao Judiciário, portanto, conciliar e invalidar as normas que, de certa forma, vão contra a Constituição. Tendo como função, portanto, a aplicação de legislação ao caso concreto, devendo-se analisar caso a caso, dando sentido à norma produzida no Legislativo. Para isso, como dito anteriormente, é necessário que esteja separado do Corpo Legislativo.

Nesse sentido, o debate toma uma outra proporção. Não questionam mais a necessidade de uma Suprema Corte, contudo, procuram impor limites aos Tribunais. O Poder Judiciário passa a ter um papel muito mais importante nas democracias modernas, e começa a ter suas prerrogativas afirmadas e ampliadas a partir do debate dos limites do Controle de Constitucionalidade, dos quais serão abordados nos próximos capítulos.

2.0. O Constitucionalismo moderno e o Controle de Constitucionalidade

A consolidação da Constituição americana e a implementação real da teoria da Tripartição de Poderes viria a ser um marco para a história do institucionalíssimo moderno, bem como uma clara evolução do conceito de Democracia. Pela primeira vez, a limitação dos poderes constituídos como sinônimo de resguardar a liberdade política, com o principal objetivo de se evitar uma tirania, viria a ser a pedra fundamental da formação de uma nação.

Desta forma, os Estados Unidos viriam a ser um divisor de águas para o estabelecimento das diversas democracias que viriam a ser criadas pelo globo. Deixou o modelo inglês de Supremacia do Parlamento de lado para um outro onde nenhum Poder estaria acima do outro, com a possibilidade de terem seus atos revistos por outro Poder igualmente constituído.

É nesse contexto que surgem as Supremas Cortes, que viria a ser a maior inovação da Constituição americana, pois retiraria do Parlamento a tarefa exclusiva de revisar os seus próprios atos.

Entretanto, a principal polêmica que existe no surgimento das Cortes Constitucionais, está no fato da possibilidade de um órgão não eleito tornar nulo atos realizados pelos órgãos democraticamente eleitos, o chamado *Judicial Review*, ou controle de constitucionalidade.

Ainda que haja tal polêmica, o Controle Judicial de Constitucionalidade ou *Judicial Review*, não é novo, encontrando raízes ainda na democracia ateniense. Entretanto, é no Reino Unido que encontra suas bases modernas, permitindo um estudo mais amplo e aprofundado, como se verá a seguir (VICTOR, 2015).

O Controle de Constitucionalidade é extremamente importante para compreender o aparato do Judiciário contemporâneo e sua evolução. Deste modo, foi superado, de certa forma, o debate entre Soberania do Parlamento vs Supremacia Judicial, pois o entendimento que se obtém é o de que não há democracia se não houver limites para a própria atuação do Legislativo. Esses limites são encontrados na própria atuação do Judiciário como forma de contrabalancear a atuação do Poder Legiferante.

Mas para que se possa ter compreensão dessa forma de atuação do Judiciário, é necessário que se entenda as próprias raízes do *Judicial Review*, bem como ao modelo proposto de revisão legal, onde um lado defende a proatividade do juiz em busca da concretização de direitos, diferente de outro lado que defende a autocontenção judicial.

Iremos, portanto, discutir tal origem do termo, buscando vislumbrar os diversos estudos que apontam para o *Common Law* como base histórica para a compreensão do funcionamento do revisionismo judicial, onde obteve uma conceituação própria no Constitucionalismo norte-americano.

2.1. O *Common Law* como base histórica do *Judicial Review*

O *Common Law* é o modelo legal adotado em Estados como o Reino Unido e os Estados Unidos. É comumente definido como o Direito baseado nos costumes de um determinado povo, o que não está errado. Entretanto, é uma definição bastante rasa e que deixa de abarcar todo o significado histórico do modelo.

Ele se estende para o próprio ato discricionário de fazer a legislação. A lei deve ser feita de tal forma que tenha penetração no dia-a-dia do habitante do Reino, em congruência com os costumes mais antigos e aceitos por estes (VICTOR, 2015).

Deste modo, deveria haver uma distinção sobre que tipo de costumes deveria se referir. A conclusão que se chega, portanto, seria quanto à antiguidade e ao enraizamento na vida dos habitantes do Reino. Isso garantiria que a aceitação dos costumes naquele contexto social resistiria ao teste do tempo (VICTOR, 2015).

Assim, a lei que contrarie e não se adeque aos costumes é nula por natureza, pois contraria o próprio *Common Law*, não sendo reconhecida no meio social em que foi proposta.

Logo, o que se obtém na interpretação de tal teoria é que ela vai muito além da aplicação prática dos costumes, mas tem a ver com sua integridade e continuidade histórica, gerando um arcabouço jurídico que penetra em cada ponto da vida do cidadão.

O *Common Law*, por natureza, deve ser abarcado de coerência e estabilidade, buscando estabilidade jurídica suficiente para que possa ser reconhecida e compreendida na vida daquele povo.

Nesse sentido, Postema (2004), conforme citado por Sérgio Victor (2015), define três principais pontos como forma de justificar o que os operadores do *Common Law* viriam a chamar de “origem antiga e imemorial” dos costumes, sendo eles: a Continuidade no tempo, a Continuidade afirmada e a Acomodação das regras à natureza da Nação (VICTOR, 2015).

Esses três pontos garantiriam não só a legitimidade, mas também a estabilização das regras editadas pelo Parlamento, estando os três diretamente ligados de forma a garantir a integridade do próprio *Common Law*.

A Continuidade no tempo, portanto, é a característica própria do *Common Law* de estar sempre atual, pois, ao se adaptar aos costumes dos cidadãos, garante que as normas estejam intimamente ligadas à vida dos mesmos, sendo maleável por natureza, de forma que o seu *ethos*¹ continue o mesmo, garantindo a sua própria atualidade e estabilidade, pois a atualização das normas e costumes faz parte da natureza do *Common Law* (VICTOR, 2015).

Essa característica está diretamente ligada à Continuidade Afirmada, pois, como já se viu, se faz necessário que haja continuidade nas regras adotadas, de forma que se integrem na vida da população e haja correlação com elas mesmas. Desta forma, para que resista ao tempo, é necessário que haja aceitabilidade pelo povo, que se integra nos costumes, resistindo ao tempo e às mudanças, sendo necessário que se observe a própria história, para que haja a certeza que determinada norma (moral, jurídica, dentre outros), tenha sido incorporada plenamente nos costumes da população (VICTOR, 2015).

Deste modo, o tripé constituído pelos costumes, legislação e decisões judiciais (VICTOR, 2015, p. 33), deve estar plenamente integrado, para que só assim possa haver qualquer tipo de modificação nas leis, pois, antes de tudo, o *Common Law* é um sistema que visa a continuidade e a estabilidade.

O terceiro ponto a ser analisado, a Acomodação das regras à natureza da Nação, significa

“Acomodar à natureza da nação as regras ou máximas que vão se incorporando ao *Common Law*, ou seja, ao seu temperamento, de forma que possa se tornar uma constituição ou estrutura normativa básica enraizada na mentalidade coletiva.” (VICTOR, 2015, p. 33)

O que se verifica, portanto, é que o *Common Law*, para funcionar e ser aceito, precisa de consistência histórica e aceitabilidade social. E essa última é também o fator do qual os juízes se apoiam para que suas decisões tenham legitimidade ante à população.

Não obstante, as decisões judiciais são as principais responsáveis pela transformação, atualização e descobrimento das regras existentes no *Common Law*. O modelo jurídico não apenas regula o que é costume, mas também legitima a atuação jurídica e legiferante. A lei e a decisão judicial precisam ser coerentes com o *Common Law*, pois precisam ter aceitabilidade social, caso contrário é por natureza nula, sendo suficiente para renegar para fora do ordenamento jurídico as normas inúteis ou que não obtiver aceitação social.

¹ Conjunto dos costumes e hábitos fundamentais, no âmbito do comportamento (instituições, afazeres etc.) e da cultura (valores, ideias ou crenças), característicos de uma determinada coletividade, época ou região. (FGV, acesso em 15 de outubro de 2010).

Assim, o que se entende é que, ao decidir, os juízes não estão criando legislação, mas descobrindo o verdadeiro sentido da norma legitimada pelos costumes originários. Portanto, o *Common Law* seria resultado das próprias transformações sociais, se adaptando a essas mudanças (VICTOR, 2015).

E para isso, é necessário que o aplicador do Direito esteja atento às próprias transformações históricas e sociais para que produza decisões coerentes umas com as outras e com a própria legislação. É necessário que se descubra o direito por meio dos costumes e das necessidades de um determinado povo. Não à toa, Dworkin viria anos mais tarde a desenvolver uma teoria que visava justamente a estabilidade e congruência do Direito, por meio da análise histórica das decisões judiciais e necessidades sociais, denominando tal teoria como “Romance em Cadeia”.

Entretanto, seria ingênuo pensar que o Direito seria produzido pelo povo, ou que os mesmos tivessem consciência dos Costumes seculares. O *Common Law* nada mais seria “o direito tal como enunciado por juízes e tribunais, e este estava em primeiro plano, em segundo e terceiro plano, respectivamente, o direito legislado [...] e os costumes” (VICTOR, 2015, p. 37).

A principal ideia nesse quesito é o *Common Law* é resultado da “razão especializada dos juristas” (VICTOR, 2015, p. 37), pois estes seriam os responsáveis por atualizar o Direito, por meio da sua aplicação direta caso a caso. Deste modo, seria possível firmar no subconsciente social tal norma, de forma a se tornar parte da cultura, fundamento próprio do *Common Law*.

A Razão Especializada seria, portanto, a capacidade única que os juristas têm para produzir Direito. Isso seria resultado de longas horas de estudo e conhecimentos jurídicos adquiridos de uma forma única, estabelecendo os juristas como únicos protetores do *Common Law*, ao modo de que as pessoas normais e mesmo a Corte (reis), não estariam aptos a ditar e interpretar o *Common Law* (VICTOR, 2015).

O caso denominado Dr. Bonham’s Case é bem simbólico e representativo com relação a essa teoria. Por muitas vezes, tal caso foi enunciado como precursor do *Judicial Review*, o que pode ser equivocado.

Resumidamente, o caso se relaciona com o fato do então médico Dr. Bonham ser condenado pelo *Royal College of Physicians* por teoricamente exercer medicina de forma ilegal, pois, apesar de ser formado pela Universidade de Cambridge, não possuía filiação ao Conselho. Portanto, o estatuto do *Royal College* dizia que neste caso, seria inicialmente aplicado uma multa e em caso de descumprimento seria decretada a prisão.

O médico entrou com uma ação questionando o estatuto, e o juiz Coke tomou uma decisão favorável ao então Doutor, pois entendeu que um réu não deveria ser condenado pela mesma coisa duas vezes e que ninguém poderia ser juiz em causa própria. Decidiu, portanto, pela não aplicação da norma (VICTOR, 2015).

A decisão do Juiz Coke seria apontada por muitos como precursora do Controle de Constitucionalidade, devido ao fato de que, teoricamente, questionar um ato do parlamento, dado que o *Royal College* somente obteve tal prerrogativa devido a um decreto Real aprovado pelo Palácio de Westminster, o Parlamento britânico. Alguns juristas defendem que tal decisão foi tomada ou com base na Magna Carta, ou então com base no Direito Natural (VICTOR, 2015).

Entretanto, Coke não questionava a autoridade do parlamento, mas, através do entendimento da razão artificial, onde os juristas teriam conhecimento elevado devido sua atuação profissional e conhecimento adquirido, Coke submeteu o rei à *Common Law*. Para ele, nem o rei estaria acima do Direito, colocando a *Common Law* como norma fundamental a ser seguida.

Isso colocou em primeiro plano a polêmica que existe entre democracia e direito, pois como já havia previsto Montesquieu (2000), seria necessária a limitação do próprio Poder.

Mas aqui não haveria distinção entre o Parlamento e os Juristas. O Parlamento, que produzia as normas, na grande maioria das vezes era o responsável pela interpretação das mesmas. Ora, neste entendimento é possível ver que não há ninguém melhor para dizer o sentido de uma lei do que quem mesmo a produziu (VICTOR, 2015).

O Judiciário aqui, se confundia com o Legislativo, seriam dois braços de um mesmo corpo. E esse entendimento daria base para, mais tarde, limitar definitivamente os poderes do Monarca (VICTOR, 2015).

É nesse sentido que se verifica que na história britânica, após sucessivos atos de fortalecimento do Legislativo, o resultado seria nada menos que a Revolução Gloriosa, onde garantiria a Supremacia do Parlamento, de modo que nem o Rei estaria acima das regras editadas pelo Parlamento, e conseqüentemente, do *Common Law* (VICTOR, 2015).

Esse debate acerca do *Common Law* se faz necessário para que se introduza o debate sobre o Controle de Constitucionalidade, como se verá mais à frente. A evolução do modelo britânico do Direito é visível principalmente na Constituição Americana, onde se firmariam as bases necessárias para o estabelecimento e a institucionalização do Judiciário.

2.2. A Constituição Americana como base moderna do *Judicial Review*

A Constituição Americana foi revolucionária e inovadora em diversos aspectos e a principal revolução institucional, sendo basicamente a essência da mesma, se constituiu na Tripartição de Poderes.

Portanto, o texto Constitucional dos Estados Unidos viria a ser um marco para a formação dos Estados Modernos. A Constituição deveria ser capaz de provar que as instituições desenhadas pelos seus fundadores seriam estáveis o suficiente para marcar o progresso da nova Nação.

Assim, a principal preocupação em seu texto seria a de garantir o funcionamento da forma federativa de Estado e a busca pela liberdade política dos cidadãos, de forma que o Estado não os oprima.

A Constituição apresenta uma série de inovações que visam, sobretudo, organizar o Estado ante a necessidade de impedir que o poder não estivesse concentrado numa pessoa só ou numa única instituição. Deste modo, a principal preocupação dos *federalist fathers* seria garantir que não houvesse uma usurpação de poder pelo Legislativo, já que seria aquele que produziria as leis que ditaria o comportamento dos indivíduos da Nação.

E dentro deste cenário, a principal Instituição criada por eles foi uma Suprema Corte, que teria o papel de comandar o Poder Judiciário, e além do ser a última esfera recursal, teria o poder de ditar a constitucionalidade das leis, isto é, se a legislação produzida pelo parlamento estaria de acordo com a Lei Maior do país, a Constituição.

A polêmica gerada por trás da possibilidade de uma Corte tornar nulos os atos de um corpo eleito não é sem justificativa. Os Estados Unidos vinham de uma tradição de supremacia do Parlamento, onde a última palavra competia ao Legislativo e a mais ninguém.

Não à toa, o debate sobre quem deveria dar a última palavra em competência da constitucionalidade das leis rendeu grandes discussões na Convenção da Filadélfia, lugar onde seria produzida a Constituição Americana.

A principal discussão se deu com relação se as Cortes estaduais terem o poder declarar a constitucionalidade ou não das leis. Havia duas teses, a de Madison, que dizia que seria do Congresso Nacional o dever de ser o revisor das leis estaduais em contraste com a federal, dado que parlamentares de todos os estados teriam assentos na Assembleia Federal; havia também a

tese, que viria a ser a vencedora, de Roger Sherman, de que não haveria a necessidade de o Congresso Nacional fazer isso, pois o próprio Judiciário o faria (VICTOR, 2015).

A preocupação de Madison não era sem razão. O mesmo se preocupava com a integridade das leis que seriam criadas nos níveis subnacionais da Federação, bem como sua execução. A possibilidade de o Congresso Nacional revisar as leis seria devido ao fato de que os mesmos parlamentares, responsáveis por criar as leis, teriam a interpretação correta dos fatos, podendo assim garantir a coesão do Direito criado. Outro ponto seria, como pontua o autor, de que já houveram situações nas colônias onde as decisões judiciais não teriam sido respeitadas, inclusive com a dissolução da Corte respectiva, além do fato de ser perigoso deixar às Cortes estaduais tais decisões, que claramente diriam respeito aos interesses nacionais (VICTOR, 2015).

Vencido no debate, a solução encontrada foi a de criar uma cláusula obrigando as cortes estaduais que, em caso de conflito entre normas, dar-se-ia preferência à legislação Federal, garantindo assim o respeito à Federação e a coesão das normas com a Constituição (VICTOR, 2015).

Toda essa discussão nos mostra que a existência do *Judicial Review* no sistema americano já é antiga, o que representa uma enorme preocupação com a eficácia das normas existentes, e por eficácia se entende, principalmente, como a compatibilidade das normas com o sistema jurídico existente.

Quando colônia inglesa, a própria prática jurídica nas 13 colônias era limitada e revisada por um conselho no Reino Britânico, e mesmo na colônia já haviam Cortes que revisavam os atos dos Parlamentos locais. Mas esse revisionismo dos atos das colônias era feito tendo como base o Common Law britânico, funcionando como um verdadeiro sistema legal, muito além de um simples sistema baseado em costumes.

Esse tipo de atuação foi consolidada com a formação de uma Suprema Corte, mesmo com a possibilidade do controle de constitucionalidade não estar expressamente escrita no texto da Constituição que viria a ser promulgada.

Entretanto, a principal pergunta que nos fica seria a de como que um Estado baseado no Common Law permitiria, como já foi dito anteriormente, a atuação do judiciário, um corpo não eleito, na revisão dos atos legislativos, realizados por um corpo eleito, com a legitimidade popular, coisa que o Judiciário não possuía (CONTINENTINO, 2015).

A razão para isso, como já fora afirmado anteriormente e justificada de várias formas por Madison *et ali* (2003), seria a de limitar a autoridade do Poder Legislativo (BILDER *apud* CONTINENTINO, 2015).

A legitimidade do Juiz viria da própria Constituição, funcionando como a vontade máxima do povo, legalmente expressa e positivada, como afirmaria o Ministro Ricardo Lewandowski, em julgamento no Plenário da Suprema Corte brasileira acerca do processo de *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff (STF, 2016).

A legitimidade do legislador, apesar de vir expressa pelo voto do cidadão, assim como a do juiz também é verificável pelo texto constitucional, pois os poderes constituídos sequer existiriam se não fossem pela própria Constituição (CONTINENTINO, 2015).

Esse argumento é visível em decisões nas Cortes das colônias americanas, onde reafirmam que o mandato do legislador não o confere poderes ilimitados, pois ainda que tenha sido eleito, o mesmo está limitado pela própria norma constitucional (CONTINENTINO, 2015). Esse raciocínio é justificável, dado que o mandato do legislador não confere o Poder Constituinte Originário, mas apenas o Poder Constituinte Derivado, onde cabe fazer normas que sigam a evolução social e para a própria evolução da Estado, sem, contudo, alterar a norma originária da qual se extraem tais poderes.

O principal temor dos constituintes seria, portanto, o de que os futuros legisladores vissem a impor sua vontade por meio de nova legislação, fazendo com que o governo definhasse para uma tirania, tirando a liberdade política do povo, como já temia Montesquieu (2000) e mesmo Platão milênios atrás.

Assim, apesar de não estar legalmente positivado, o entendimento que ficou foi o de que caberia à Suprema Corte Federal a revisão de atos que pudessem estar contra a constituição, declarando-os nulo. A inovação nesse entendimento é de que não mais o *Common Law* seria a norma fundamental a ser seguida, mas a própria Constituição, que seria a vontade do povo legalmente expressa por meio de seus constituintes.

Poder-se-ia argumentar que os constituintes americanos abandonaram o *Common Law*, mas o que se observa é que foi dada apenas uma nova interpretação, dado que ainda caberia aos juízes descobrir o direito por meio das normas produzidas, e acima de tudo, compatibilizar todas as decisões com base na Constituição (VICTOR, 2015).

Tal entendimento foi compartilhado pelo juiz Marshall, em decisão célebre sobre o caso *Marbury vs Madison*, que apesar de não ter sido a primeira que definiria a compatibilidade de uma lei com uma norma maior, viria a firmar no Direito americano a possibilidade de um juiz declarar algo como contrário à Constituição, sendo nulo por natureza.

Essa decisão foi extremamente importante, pois além de assentar a prática do *Judicial Review* na esfera Federal, evitou uma crise que poderia pôr em risco a própria continuidade da União.

O Juiz Marshall resolveria um impasse que impedia a nomeação do Juiz Marbury pelo novo Governo de Thomas Jefferson, um Republicano. Marbury foi nomeado de última hora, viabilizado por uma lei que viria a ser denominada lei dos *midnight judges* (VICTOR, 2015).

A lei aprovada, de certa forma, garantiria que os Federalistas obtivessem refúgio dentro do Judiciário, não sendo completamente limados do centro de decisão. Entretanto, por um detalhe técnico não foi dada a posse à Marbury, fazendo com que o mesmo recorresse ao Judiciário para que tal Poder obrigasse o executivo a nomeá-lo (VICTOR, 2015).

O juiz se viu num impasse, pois ao obrigar que um Presidente Republicano nomeasse um juiz Federalista, poderia ser acusado de violar a separação de poderes, sendo de certa forma imparcial, já que o mesmo fora Secretário de Estado do presidente anterior, sendo o responsável por nomear Marbury como juiz.

Além do mais, os legisladores Republicanos entendiam que uma vez eleitos, seriam responsáveis pela própria interpretação da Constituição, e além disso não aceitavam serem comandados por juízes federalistas, de forma que se aceitassem a ordem de nomear Marbury, o Judiciário federalista poderia agir de forma cada vez mais incisiva (VICTOR, 2015).

Entretanto, Marshall afasta a tese de que o Judiciário não possa intervir nos atos dos outros dois poderes. Ao contrário, ele entende que o mandato dado ao legislador não seria uma salvaguarda dada ao mesmo para criar o tipo de lei que quisesse, pois isso seria dar todos os poderes ao Legislativo, algo que Montesquieu (2000) considera como tirania e que os Constituintes americanos buscaram evitar (VICTOR, 2015).

Para ele, o Judiciário tem o dever de descobrir o Direito com base na legislação existente, bem como de estabelecer a resolução do conflito entre legislação ordinária e a Constituição, pois esta seria hierarquicamente a maior norma de um Estado, e nenhuma outra poderia ser contrária a esta, assim como no Direito britânico uma norma não pode ser contrária ao

Common Law (VICTOR, 2015). A diferença nesse ponto consiste que cabe ao Judiciário e não ao Parlamento estabelecer a compatibilização entre as normas.

Deste modo, a decisão de Marshall é compatível com o que Hamilton já havia dito nos debates federalistas e que já foi discutido de forma exaustiva neste trabalho, não cabendo fazer maiores considerações. Assim, limitar o poder por meio de uma Constituição seria proteger o próprio povo, e o Judiciário sendo o Poder mais fraco, deveria ser capaz de revisar atos dos outros dois Poderes para garantir que nenhum fosse maior que o outro, e acima de tudo, que o Legislativo não usurpasse o poder (VICTOR, 2015).

Portanto, Marshall afasta a tese de que o Judiciário não teria o poder de guardar a Constituição, declarando nulas as normas que sejam repugnantes² a esta. Deste modo, a sua decisão diz respeito ao grau da Justiça em que a ação deveria ter sido proposta. Para ele, não caberia à Suprema Corte inicialmente julgar a ação, dado que para este caso ela funcionaria tão somente como esfera recursal, e decretou como inconstitucional a lei por supostamente atribuir competências aos membros da Suprema Corte (VICTOR, 2015).

O que se observa neste caso é que tanto a teoria da Separação de Poderes, quanto a possibilidade de o Judiciário rever atos dos outros poderes foi levada em consideração na decisão de Marshall. Ele foi capaz evitar uma crise maior, além de assentar na esfera Federal o *Judicial Review*, mesmo que não haja uma única menção a esta possibilidade na Constituição americana.

Apesar disso, o entendimento de Marshall não teve tanto peso nos séculos subsequentes nas decisões da Suprema Corte, que optou por adotar uma posição conservadora, de autocontenção, como forma de se estabelecer e evitar choques com o Executivo, garantindo assim, firmar sua Legitimidade Constitucional (VICTOR, 2015).

Foi somente no século XX que a existência de Cortes Constitucionais se estendeu pelas diversas Nações e deixaria de ter um caráter de meramente definir os limites e funções do Estado, para dar garantias e direitos aos cidadãos das nações. Tal movimento ocorre principalmente após a Segunda Guerra Mundial e fica conhecido como Neoconstitucionalismo, e viria a dar uma atuação maior para o Judiciário, principalmente no que tange à defesa e proteção dos direitos individuais.

² O Direito Inglês pontua como “*repugnant*” (*Repugnante*) todo ato que vá contra o *Common Law*, portanto, todo ato que seja repugnante ao *Common Law*, é “*Void*”, ou seja, nulo por natureza. Seria a prévia do que hoje conhecemos como “inconstitucional” (VICTOR, 2015).

2.3. O Neoconstitucionalismo como proteção do indivíduo

Como foi dito anteriormente, as constituições anteriores ao século XX possuíam em sua grande maioria um caráter que visava definir os limites do Estado e a atuação dos poderes constituídos. Foi visível o esforço dos americanos em buscar formas de preservar a liberdade política através da limitação do poder, além disso, a Constituição passaria a ter outra função na hierarquia normativa, adotando o status de norma fundamental, fazendo com que todas as outras normas devessem estar de acordo com ela, ou seja, serem *constitucionais*.

O Estado criado por este modelo de constituição, não se preocupava muito com a proteção específica do indivíduo, pois tudo levava a crer que preservando a liberdade política do mesmo, as liberdades e salvaguardas necessárias para uma boa vida seriam garantidas. A isso chamamos de Estado Liberal.

Uma mudança significativa viria a ser presenciada ao fim da Segunda Guerra Mundial, com a reformulação dos Estados Nacionais. Ora, todos sabem dos absurdos e das tragédias que ocorreram durante a Guerra, com a morte de milhões de pessoas por práticas genocidas, como foi o caso do Holocausto, conduzido pelos nazistas.

Portanto, se torna visível que seria necessário encontrar uma forma de proteger o cidadão dos excessos de seus governantes, protegendo não só a sua liberdade política, mas os seus direitos como ser humano.

A Constituição deixaria de ser meramente uma carta política, com o objetivo de organizar o Estado, e passaria a ser o documento que elencaria os direitos naturais e individuais do cidadão. A isso foi somada a proliferação das Cortes Constitucionais, que além de ter o dever de compatibilizar as normas com a Constituição, passaria a ser responsável também por defender as garantias e direitos naturais, podendo interferir, inclusive, no processo legislativo, quando o mesmo ameaçasse os direitos dos cidadãos (TOLEDO, 2011).

O Judiciário passaria a ser cada vez mais provocado, além de ter se tornado mais acessível, tendo que se manifestar sobre os mais diversos assuntos. A busca pela proteção dos Direitos Humanos foi basilar para a transformação que se viu nesse sentido, de modo que foi superada a Supremacia do Parlamento, dado que a sociedade exigia respostas cada vez mais rápidas aos seus problemas, fazendo com que o Judiciário não mais apenas aplicasse o Direito, mas também o criasse por meio de suas decisões e interpretações da lei (TOLEDO, 2011).

O que se extrai disso tudo é que o Direito passa a deixar de buscar somente na constituição, os valores a serem seguidos e passa a buscar legalidade também no Direito Natural e em uma série de princípios criados para fortalecer a própria Constituição.

O Direito, portanto, deixa de ter um caráter geral, onde cabe ao juiz tão somente a aplicação do mesmo. Quando um magistrado aplica a lei a um caso concreto, passa a buscar as especificidades do caso e busca ampliar o alcance da lei, sem alterar o teor da mesma. Passa a considerar na sua decisão uma série de princípios – como o do Devido Processo Legal e o da Dignidade da Pessoa Humana – que regem a própria Constituição. Desta forma, como diz Toledo (2011) “Toda a interpretação jurídica, passa a ser, também, uma interpretação Constitucional” (TOLEDO, 2011, p. 10).

Assim, o próprio conceito de Constituição é modificado, que passa de um mero documento que regula o jogo político e os limites do Estado para um documento que busca a concretização de direitos e uma ferramenta que busca a transformação social (ROSSI e PAMPLONA, 2013).

Isso permitiu que a própria teoria de Separação de Poderes fosse redesenhada, dando novas funções ao Judiciário. A ampliação que o conceito de Princípios trás na atuação do Judiciário é sem precedentes. São conceitos completamente abstratos e gerais que acabam por moldar a atuação do juiz.

Entretanto, o escopo de atuação do Judiciário vem sendo ampliado também pela falta de legitimidade, aliada com a insatisfação popular, que a atuação dos outros dois Poderes eletivos – Legislativo e Executivo – estão a gerar no sentimento da sociedade.

Diversos escândalos de corrupção, a impunidade, dentre outros acontecimentos, tem tido um reflexo no sentimento populacional, que vêm exigindo do Judiciário aquilo que deveria ser cobrado dos legisladores. Esse vácuo de poder gerado pela má atuação do Legislativo e Executivo fazem com que o Poder Judiciário amplie a sua atuação, principalmente na busca pela concretização de direitos (ROSSI e PAMPLONA, 2013).

Entretanto, esse argumento vem sendo constantemente combatido, possuindo uma ampla bibliografia sobre o assunto. A possibilidade de que um órgão não eleito invalide decisões de um corpo majoritário e eleito é um dilema que vem ocupando por muito tempo a cabeça dos juristas que estudam o assunto, o que não melhorou com o surgimento do conceito de princípios, como regras morais a serem seguidas na hora da produção legislativa e da decisão judicial.

Assim, o principal debate que se coloca à tona, seria o de constitucionalismo *versus* democracia, que é nada menos do que o debate da proteção e garantia de direitos contra as decisões majoritárias, que poderiam, por ventura, entrar em confronto com os direitos dos indivíduos.

É nesse cenário de hipertrofia do Judiciário, que nascem as principais indagações e críticas ao *Judicial Review*, do qual se dividem em basicamente duas frentes: a defesa do Parlamento como a melhor esfera deliberativa e a outra no que diz respeito à necessidade do Judiciário como o guardião supremo da Constituição e protetor dos direitos dos indivíduos. Entretanto, como será visto adiante, todo o debate gira em torno da *legitimidade* que o juiz teria para atuar sobre as decisões do Congresso, algo que Bickel (BICKEL *apud* VICTOR, 2015) denomina como *Dificuldade Contramajoritária*.

A partir desse ponto, verifica-se que a maior preocupação dos juristas se dá ao fato de encontrar modelos dos quais os juízes se preocupem com os limites da legislação, que haja preocupação em não ter interpretações que modifiquem a legislação ao ponto de que seja completamente diferente daquilo que escreveu o legislador, a isso dão o nome de *Ativismo Judicial*. Entretanto, cabe ressalvas quanto ao uso do termo, pois mesmo a inação do juiz, algo que chamam de *Autocontenção Judicial*, é uma forma de ativismo.

O que se percebe, é que tal preocupação se torna latente quando o Judiciário, dentro do contexto do Neoconstitucionalismo, passa a se utilizar de princípios completamente abstratos como forma de decidir, frente a lacunas do texto legislativo ou frente a inação do Poder Legislativo.

Entretanto, como se verá adiante, as duas principais correntes jurídicas que estudam o *Judicial Review* podem se complementar, apesar das grandes divergências entre as mesmas. E o principal argumento é que não se pode mais pensar o Direito como tão somente a aplicação irrestrita de normas estabelecidas, devendo, principalmente, buscar a concretização dos direitos individuais como forma de garantir a plena vigência da Democracia.

3.0. *Judicial Review* e Ativismo Judicial

Como visto anteriormente, a segunda metade do século XX foi um divisor de águas para a história recente do Direito. Casos como os ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, fizeram com que as diferentes nações no mundo repensassem a questão dos direitos humanos, levando a buscar formas de proteger os indivíduos de uma possível opressão estatal. Deste modo, toda a estrutura do Poder Judiciário viria a ser repensada, não à toa a proliferação de Cortes Constitucionais pelo mundo é um fato bastante visível ao fim da Segunda Guerra, principalmente durante a reconstrução das Democracias Europeias (BARROSO, 2008).

Assim, os direitos individuais, baseados em princípios universais, foram elevados ao patamar da Constituição, de forma que fosse muito mais difícil que os parlamentos os modificassem, além de dar ao Poder Judiciário a capacidade de anular leis que pudessem, em teoria, entrar em confronto com a concretização de tais direitos, ainda que tivesse apoio da população e ampla maioria no Parlamento. O Judiciário, portanto, com sua função Contramajoritária (VICTOR, 2015), seria a esfera responsável por proteger o indivíduo da opressão da maioria.

Deste modo, o Poder Judiciário se tornou mais acessível à população em geral, fazendo com que as mais diferentes ações fossem levadas à luz do juiz, para que o mesmo buscasse decidir sobre. Não à toa, o termo *judicialização* vem sendo bastante empregado para descrever o processo em que os assuntos de grande repercussão são levados a lume do Judiciário (BARROSO, 2008).

Com as recentes crises políticas vistas no mundo inteiro, com o descrédito do Poder Executivo e principalmente do Poder Legislativo, é visível que o Judiciário acaba sendo a esfera que a população procura na tentativa de ter seus direitos implementados. O que se verifica, portanto, é que há transferência de poder para este último, e conforma afirma Barroso (2008), há uma substancial alteração na forma que os debates irão ocorrer, envolvendo a própria linguagem a ser usada, bem como no tipo de participação que a sociedade terá.

Aliado a isso, surge o fenômeno conhecido como Judicialização da Política, que seria, resumidamente, quando os processos políticos são levados ao Judiciário para que o mesmo tenha a última palavra. Na maioria das vezes acontece quando minorias parlamentares, ao serem derrotadas durante o processo democrático, buscam o Judiciário como forma de ter algum direito garantido e, na teoria, impedir que a maioria parlamentar oprima uma minoria.

Esse é um dos principais argumentos a favor do processo de revisão judicial e vai de encontro, inclusive, com o que Montesquieu (2000) já dizia séculos atrás ao afirmar que a liberdade só existe a partir do momento que um cidadão não tema outro cidadão (MONTESQUIEU, 2000).

No contexto brasileiro, conforme afirma o Ministro Luís Roberto Barroso (2008), tal procedimento ganha força após a promulgação da Carta de 88, onde diversos direitos e garantias foram constitucionalizados, principalmente com vistas ao momento anterior e ditatorial que o país vivera. E não só a questão de direitos, pois diversas matérias que anteriormente eram de caráter de legislação ordinária foram levadas ao patamar Constitucional.

Entretanto, um problema que se verifica, se dá quanto a abrangência dessas matérias, que muitas vezes são de tamanho abstracionismo e amplitude, que na falta de legislação que a complemente, exigem que o Juiz busque completar a norma por meio da sua interpretação.

Esta atitude mais proativa do Judiciário é que se dá o nome de Ativismo Judicial, que visa ampliar o alcance da Constituição com o fim da busca pela concretização dos direitos. Coloca, portanto, o Judiciário no centro do debate, de modo que, além de aplicar a Constituição de forma direta, anulando atos que vão contra a mesma, ou aplicando cláusulas do texto Constitucional, busque mostrar o sentido dela por meio da interpretação, direcionando a atuação dos poderes eleitos na busca pela realização democrática (BARROSO, 2008).

O Ativismo Judicial é, senão, uma escolha e diz muito sobre a forma que o Poder Judiciário se relaciona com os outros dois Poderes dentro de um regime democrático. O Judiciário passa a decidir sobre matérias que anteriormente eram de competência exclusiva dos Poderes eletivos, além de ser constantemente buscado como a última trincheira na batalha democrática.

O que se compreende, neste sentido é que o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política são temas que se relacionam de uma maneira muito íntima. A Judicialização é resultado da constitucionalização dos direitos e da maior possibilidade de acesso ao Judiciário e o Ativismo é, senão, o resultado da extrema Judicialização dos diversos assuntos, de modo que o Ativismo Judicial não existe sem a Judicialização, dado que o Judiciário precisa ser provocado para que tome alguma decisão, por vezes interferindo no próprio processo decisório dentro dos Parlamentos.

Dentro das diversas correntes que tratam sobre Ativismo, é possível resumir os argumentos que se contrapõe em duas esferas: o Ativismo como sendo uma má atuação do Judiciário, que interfere na própria separação de Poderes e outra que é apenas uma forma de interpretar e aplicar a constituição (SOLIANO, 2013).

Soliano (2013), entende que a atuação ativista do Judiciário acaba por desnaturar a atividade típica do mesmo, em detrimento da atividade do Poder Legislativo. A partir deste argumento, percebe-se que a principal preocupação dos estudiosos que vão nesta linha de raciocínio, se dá quanto à possibilidade de um governo ser comandado por juízes, uma *juristocracia*.

Não à toa, o argumento que Hamilton (2003) usou para dar poderes de Controle de Constitucionalidade ao Judiciário, seria quanto à força que o mesmo teria quando comparado aos outros dois Poderes, dado que sendo o mais fraco, poderia ser subjugado a qualquer momento pelo Legislativo ou Executivo. Mas, para ele, tanto era perigoso que os outros dois Poderes subjugassem o Judiciário como também seria se o mesmo passasse a legislar.

Entretanto, o argumento de Montesquieu (2000), de que o juiz deveria ser tão somente a boca que pronuncia as palavras da lei, cabendo tão somente uma aplicação mecânica da legislação na forma em que foi escrita, não é possível num contexto de normas abstratas, baseadas em princípios amplos e nada concretos.

Esse argumento é visível em cada decisão proferida por um Juiz, pois se faz necessário que a norma seja adaptada ao fato concreto, de forma que esteja assim criando Direito, o que não significa que o juiz esteja criando legislação. Desta forma, apesar da lei continuar sendo sempre a mesma, os fatos analisados pelo juiz não o são, cabendo, portanto, maestria ao mesmo para aplicar a legislação conforme a Constituição o permite. Assim, seria completo equívoco dizer que ao criar Direito o juiz estaria sendo ativista e incorrendo na quebra da Separação de Poderes (SOLIANO, 2013).

O que se verifica, portanto, é que o Ativismo Judicial deve ser compreendido como um excesso do Poder Judiciário e não como a mera interpretação e adaptação da legislação aos fatos, não se criticando necessariamente a interferência em um outro Poder constituído, mas a forma em que isso ocorre (SOLIANO, 2013).

Ainda assim é errôneo afirmar que cabe somente ao Judiciário realizar a interpretação Constitucional. Os outros dois Poderes fazem a todo tempo, principalmente o Legislativo, dado que novas normas devem ser feitas em compatibilidade com a Constituição (SOLIANO, 2013). Ao Judiciário cabe a revisão dessas normas, para garantir que nenhum ato ou interpretação dos outros Poderes estejam em desacordo com a Carta Magna da Nação.

Deste modo, o debate evolui para não mais verificar tão somente a decisão judicial, mas o processo por qual ela decorre. Passa a questionar-se o próprio processo de *Judicial Review*, sua necessidade e, acima de tudo, a sua *legitimidade*.

É neste quadro que surgem duas frentes jurídicas que aprofundam o debate em duas linhas, mas que podem se complementar. Deste modo, “podem-se entender esses dois eixos

temáticos como as matrizes epistemológicas que garantiram o *como* agir do Poder Judiciário” (SOLIANO, p. 13, 2013).

O que se verifica, (e o que se pretende discutir com maior profundidade), é que os procedimentalistas defendem uma interferência somente no processo democrático. Para eles, a verdadeira esfera de debate e com legitimidade democrática está no Parlamento, e o Judiciário deve garantir que os procedimentos adotados no parlamento sejam democráticos e respeitados, de forma que não exima as minorias da participação política. Assim, a defesa dos procedimentalistas diz respeito ao processo legislativo, onde garantir o correto procedimento democrático é, também, garantir a concretização dos direitos fundamentais (VICTOR, 2015).

Entretanto, na perspectiva Substancialista, o Poder Judiciário tem um papel mais ativo na busca da concretização dos direitos e garantias que foram positivados na Constituição (SOLIANO, 2013). O Judiciário aqui, é o responsável por conduzir a sociedade ao melhor caminho, de forma que nem o Estado, nem maiorias políticas e sociais oprimam minorias desamparadas ou que venham a ter seus direitos violados. É nessa perspectiva que Bickel diz que o Judiciário, e não o Legislativo, seria o verdadeiro representante do povo, vigorando o argumento da Supremacia Judicial (VICTOR, 2015).

O debate entre as duas linhas de pensamento se dá na medida em que se procura o foro ideal para que se tenha a busca pela implementação dos direitos apontados na forma de princípios, cabendo uma maior explanação dos dois argumentos, que será feito adiante.

3.1. O pensamento substancialista como defesa ao *Judicial Review*

A corrente substancialista entende que não é mais possível pensar o Judiciário como então fora pensado por Montesquieu, não pode mais ser somente aquele “que pronuncia as palavras da lei” (MONTESQUIEU, 2000, p. 175). Em um contexto moderno, como fora dito anteriormente, o Judiciário não só tem o direito, como tem o dever de buscar a aplicação da Constituição, bem como defende-la de forma que os direitos e garantias individuais sejam sempre respeitados.

É nessa perspectiva que Bickel (*apud* VICTOR, 2015) se propõe a apresentar uma nova perspectiva ao *Judicial Review*. Ele busca fazer uma crítica ao pensamento baseado na *Dificuldade Contramajoritária*, termo usado por ele para nomear a possibilidade de um corpo de juízes minoritários e não eleitos poderem tornar nulos atos dos outros Poderes, principalmente do Parlamento (VICTOR, 2015).

O argumento de Bickel mostra que há desconfiança com relação aos Poderes Legislativos e Executivos, de forma que acaba por enfraquecer as instituições democráticas. Ele mostra ainda que isso se dá principalmente por conta do desinteresse do eleitorado em realizar um processo de *accountability* com relação aos representantes (VICTOR, 2015). É notório o descontentamento da sociedade com os órgãos de representação, e junto com esse descontentamento, também é visível que na busca pela concretização de direitos, o judiciário vem sendo cada vez mais procurado, de forma que, como aponta Victor (2015), no caso da produção de legislação ruim, o Judiciário possa vir a invalidá-las.

Assim, o que se verifica é que o descontentamento social leva à falta de responsabilidade democrática, gerando uma má representação e conseqüentemente põe em risco o próprio desenvolvimento da comunidade como um todo. As Cortes, portanto, deveriam tomar cuidado ao se utilizar do controle Judicial, de forma a criar no indivíduo um senso de responsabilidade democrática, para que passassem a cobrar dos outros dois Poderes a concretização dos direitos, respeitando as liberdades individuais (VICTOR, 2015)

Entretanto, Bickel discorda em partes dessa argumentação. Para ele, a especialização do juiz (como já preconizava o *Common Law*), seria necessária para a tomada de decisões. O juiz deveria possuir características como a prudência e a especialização como forma de garantir que a Corte buscasse a Contenção (VICTOR, 2015).

A busca pela neutralidade como um princípio fundamental a ser levado em conta na hora da análise dos fatos. Isso garantiria a calma e a imparcialidade do juiz na hora de decidir, pois isso o levaria a ouvir todos os lados, além de buscar na história do país, formas de princípios aplicáveis a todos de maneira isônoma. Portanto, o que se verifica é que a prudência é necessária como um princípio básico para que a Corte a partir da busca moralizante da aplicação da lei possa criar Direito (VICTOR, 2015).

O que se constata, é que a teoria de Bickel, por fim, impõe o Poder Judiciário, especificamente à Suprema Corte, como sendo o foro ideal para a discussão dos direitos dos cidadãos. Isso se daria ao fato de que o Legislativo estaria dominado por grupos de *lobby*, de forma que não mais defendesse os interesses e direitos do indivíduo, sob o qual a Constituição diretamente diz respeito. Assim, o Judiciário se legitimaria perante a sociedade como verdadeiro representante do povo. O que se verifica nesse argumento é que o que deveria prevalecer seria a Supremacia Judicial, com as Cortes dando a última palavra sobre a implementação de princípios como normas fundamentais na concretização de direitos.

Entretanto, na visão de outro autor a ser analisado, o juiz tem um papel muito maior dentro de uma estrutura Constitucional. Cabe a ele dizer os sentidos da Constituição, de forma que cada caso deveria ser analisado de forma específica, mas interligado com toda a história do Direito e de uma sociedade. É nesse sentido que Dworkin (2007)³ busca apresentar uma teoria moralizante da Constituição e da Revisão Judicial.

3.1.2. A moralização do Direito conforme Dworkin

O juiz de Dworkin é um juiz que acima de tudo busca não só plenamente aplicar a Constituição, mas garantir que todos tenham os seus direitos garantidos. O Judiciário seria a esfera que, de fato, protegeria as minorias políticas contra uma possível opressão majoritária. Deste modo, caberia ao juiz dar sentido às normas constitucionais, bem como descobrir o Direito por meio do aprofundamento na história cultural e das decisões, para que só assim possa decidir.

O que Dworkin propõe seria uma interpretação construtiva, criticando substancialmente o positivismo jurídico, ao afirmar que a dinâmica jurídica é muito mais complexa que simplesmente um emaranhado de normas. Deste modo, ele afirma que o positivismo jurídico pressupõe que o Direito é criado por meio das práticas sociais que são amplamente aceitas pelo povo, ao ponto de se tornarem legislação, de forma que se rejeite tudo aquilo que não está expressamente determinado pelo conjunto de normas explícitas (VICTOR, 2015).

Assim, Dworkin entende que os indivíduos podem ter Direitos que estejam além daquilo que esteja expressamente nos textos legais. Cabendo ao Judiciário, por meio da sua razão especializada, descobrir e instituir por meio das suas interpretações e decisões, garantindo que a Democracia vigore de plena forma (VICTOR, 2015).

No entanto, descobrir e criar Direito a partir das suas decisões, não seria uma prática abusiva ou ativista, seria tão somente aplicar os princípios constitucionais como formas que transcendem à Constituição (RIBEIRO e CZELUSNIAK, 2012).

Deste modo, Dworkin apresenta um argumento para tentar justificar a sua visão com relação à criação de Direito por meio das decisões judiciais, dado que, para ele, o *Judicial Review* auxilia a democracia a encontrar a plenitude na sociedade.

³ (DWORKIN, 2007 *apud* RIBEIRO e CZELUSNIAK, 2012; VICTOR, 2015)

Nesse sentido, o Juiz de Dworkin não pode se negar a decidir, mesmo naqueles casos que não contenham legislação explícita, como defendem os positivistas. O autor defende que se faça uma leitura moral da Constituição, de forma a buscar a melhor resposta possível para resolver um caso. Portanto, o texto constitucional pode ser observado como um documento que representa as práticas morais e sociais, além de representar o conjunto de precedentes judiciais e tradições compartilhadas pelo povo. Assim, o juiz teria meios suficientes para decidir de forma neutra, com base nos princípios socialmente e juridicamente aceitos, mesmo que não estejam explicitamente na Constituição (VICTOR, 2015).

A principal crítica de Dworkin quanto aos positivistas, conforme afirma Victor (2015), se dá ao fato de algo que já foi bastante debatido aqui. Os positivistas não fornecem os mecanismos para a resolução dos chamados casos difíceis, pois compreendem que para ser legal, é necessário que esteja positivado na forma de lei (VICTOR, 2015). Deste modo, seria impossível ao juiz resolver os casos, dado que a legislação não é geral o suficiente, abstrata o suficiente para acoplar a diversidade e especificidade de cada caso; cada caso é único e deve ser visto de forma específica pelo juiz, de forma que, ao decidir, não cometa injustiça alguma.

A partir desta visão, é possível entender o Direito como uma ferramenta interpretativa, com princípios que ao mesmo tempo que limitam a ação do juiz e evitam a discricionariedade, permitam que um caso seja resolvido. A interpretação do direito só pode ser feita por meio de um conjunto de regras, que exigem bastante imersão e estudo do jurista para que assim possa resolver, isso se assemelha com a razão especializada exigida dos juízes no *Common Law* (VICTOR, 2015)

Os procedimentalistas, entretanto, tecem grandes críticas ao pensamento de Dworkin, pois acreditam que ultrapassar a norma escrita seria legislar, algo que estaria consequentemente além de suas prerrogativas. Contudo, Dworkin discorda dessa visão, e entende que o Direito é concebido por meio de dois tipos de argumento: os de princípio e os de política (RIBEIRO e CZELUSNIAK, 2012).

Esses argumentos fazem parte das características necessárias para que o juiz, num esforço interpretativo, possa decidir. Deve-se ir além das regras, mas entender, a partir dos princípios e diretrizes políticas, como aquele caso se distingue dos demais e como a norma pode ser aplicada especificamente àquele caso (VICTOR, 2015).

O argumento de Dworkin seria basicamente de que o Direito não está dissociado do conceito de moral, mas faz parte do mesmo. Entende que todos possuem o direito moral de obter decisões judiciais que lhes garantam os direitos legislados pelo Parlamento, mas ainda assim, o juiz não pode deixar de garantir direitos que não tenham sido expressos, mas sabe-se

claramente que existem. Desta forma, Dworkin nos aponta que a garantia dos direitos fundamentais deve ser buscada a todo custo, para qualquer cidadão que seja, colocando a inviolabilidade dos direitos e garantias num patamar acima da Constituição (VICTOR, 2015).

Contudo, Dworkin apresenta o argumento de Integridade do Direito, de modo que para a decisão ser válida, o juiz deveria construir uma decisão baseada, principalmente, nas decisões anteriores, de forma que cada decisão complemente a anterior, como se fosse parte de um romance em cadeia⁴, devendo mergulhar também na história de uma dada comunidade, podendo fazer um novo julgamento moral quando for assim necessário, para que se faça uma melhor interpretação (RIBEIRO e CZELUSNIAK, 2012).

Para Costa (2011), a integridade na visão de Dworkin seria nada menos que a personificação da comunidade na atividade jurídica, de forma que os princípios constitucionais de justiça e equidade fossem a manifestação máxima disso. E nessa concepção, a ideia que se tem é de que a sociedade, por meio da integridade do Direito, seria diretamente responsável pelas decisões que foram tomadas pelos juízes, que deveriam ser capazes de buscar no meio social as respostas para as suas decisões (COSTA, 2011).

Ele apresenta a figura do Juiz Hércules, que seria um juiz neutro e imparcial, com grande disposição para mergulhar profundamente na história social e jurídica, e depois de grande reflexão, poderia proferir uma decisão justa e democrática. A figura mitológica do Juiz Hércules serviria como um modelo a ser seguido pelos demais juristas, e diz claramente que os membros do Judiciário deveriam não só ter grande conhecimento sobre as leis proferidas pelo parlamento, mas a capacidade de entender as entrelinhas das leis, o *porquê* foram escritas, a história por trás delas, além de um grande conhecimento da jurisprudência dos tribunais. Deste modo, Hércules deve buscar o melhor argumento possível a fim de justificar a sua decisão (COSTA, 2011).

Na sua concepção “O indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral” (DWORKIN, 2007 *apud* RIBEIRO e CZELUSNIAK, 2012), e tal afirmação coloca novamente em pauta o debate sobre Constitucionalismo *vs* Democracia, dado que em

⁴ A teoria do romance em cadeia foi proposta por Dworkin para justificar a coerência histórica entre as decisões. O juiz deveria construir suas decisões de forma que fizessem parte de um todo, sem muito medo de errar, pois poderia ser corrigida por uma outra decisão. Assim, seria como se diversos autores estivessem escrevendo cada capítulo de um livro separadamente, exigindo que obtivessem um conhecimento prévio sobre aquilo que estava escrito, a fim de que a história escrita fizesse sentido para quem lê. O direito, portanto, deveria seguir na mesma direção. Cada decisão faz parte de um todo, e ao analisar as decisões anteriores, o juiz deveria proferir um julgamento que não destoasse delas, e se necessário, considerar novos julgamentos morais, com o objetivo de garantir a melhor interpretação. Assim, seria garantida a integridade do direito, pois o mesmo seria coerente entre as decisões, respeitando a história social e jurídica de uma dada população, além de também ser a leitura moral do Direito, pois consideraria questões de princípios a fim de garantir a decisão mais justa e implementação igual e democrática dos direitos dos cidadãos. Essa teoria garantiria que o juiz estaria limitado pelas decisões anteriores, de forma que não pudesse usar seus valores pessoais na decisão, imperando os valores morais do direito (COSTA, 2011).

um regime democrático o que impera é a lei da maioria, entretanto, as Constituições nascem com o objetivo de proteger o indivíduo da opressão do Estado e elenca direitos e garantias individuais a cada um, de forma que, todos os cidadãos são iguais perante a lei, não cabendo distinção alguma, portanto, garantir esses direitos seria tão somente implementar e garantir a Constituição, preservando a própria Democracia, pois nem tudo que é vontade da maioria, convém em um regime constitucional (VICTOR, 2015).

Deste modo, as leis seriam nada menos que diretrizes políticas a serem seguidas pelos juízes, cabendo ao Judiciário fazer a devida interpretação com base nos princípios que representam a tradição compartilhada devidamente por uma comunidade de princípios (COSTA, 2011). Assim, o Judiciário garantiria que essas diretrizes políticas não só fossem justas e não estivessem a margem da Constituição, como garantiriam que fossem devidamente aceitas pela sociedade em geral.

A ideia por trás desse pensamento é que direitos de minorias não devem ser discutidos no Legislativo, pois o mesmo pode decidir por oprimir o indivíduo face ao coletivo, tornando o Judiciário – na figura da Suprema Corte –, o local apropriado para essas discussões, pelo fato de ser, principalmente, um órgão contramajoritário, capaz de proteger os direitos individuais da opressão do Estado (VICTOR, 2015).

Para Dworkin, pelo fato de ser o os juízes os responsáveis por darem o real sentido da lei, também deveria ser o último a fazer isso, vigorando a regra da Supremacia do Judiciário. O problema nessa visão, conforme afirma Sérgio Victor (2015), se daria devido ao fato que os juízes estariam impondo suas concepções morais e pessoais de valores ao cidadão, por meio da decisão judicial, contrariando, inclusive, normas editadas pelo parlamento que seguiriam plenamente o processo democrático e Constitucional, constituindo um certo *Ativismo*.

Mas, apesar das críticas, a teoria de Dworkin nos coloca um novo panorama a ser analisado, de que nem tudo que a maioria decide é necessariamente o melhor para o indivíduo, pois pode estar privando minorias de seus direitos. Deste modo, Dworkin propõe a substituição da regra majoritária pela Democracia Constitucional, onde os direitos, e não necessariamente a maioria, imperassem. Cabendo ao Judiciário fazer as devidas ponderações (VICTOR, 2015).

Entretanto, a visão manifestada por Dworkin e Bickel quanto à Supremacia Judicial é severamente criticada pela linha de pensamento denominada Procedimentalista, pois na visão dos mesmos, ampliar o alcance da lei para aquilo que não foi legislado, colocaria em risco a própria existência do regime democrático. Portanto, eles questionam se o *Judicial Review* seria realmente a melhor forma de proteger os direitos dos indivíduos.

3.2. A visão Procedimentalista do Direito

A crítica da visão Procedimentalista é contundente e traz à tona diversos questionamentos. Como já foi brevemente mencionado, a principal preocupação desta visão seria a de que se dessem poderes de interpretação absolutos sobre as normas editadas pelo parlamento, poderiam, de fato, criar um grande desequilíbrio entre os Poderes. Proteger direitos acima de tudo poderia ser bastante autoritário, subordinando o Poder Legislativo às interpretações do Poder Judiciário.

O principal argumento seria o de que o Poder Legislativo está sendo renegado pelos estudiosos a segundo plano, e deveriam ser buscadas formas de aprimorar o trabalho legiferante e não transferir suas atribuições para outros atores. Assim, na visão deles, caberia ao Legislativo, e não ao Judiciário, trabalhar na descoberta de direitos, além de compatibilizar com os costumes dos cidadãos. O papel do Judiciário, desse modo, deveria ser mais sutil, trabalhando em cima do processo democrático e não necessariamente sobre o *resultado* do processo democrático.

O argumento de que cabe ao Judiciário, na figura da Suprema Corte, a guarda da Constituição, não pode dar brecha para, num regime de Supremacia da Constituição, que o que se vigore seja a interpretação do juiz e não a norma constitucional. Num regime onde se vigore a Supremacia Judicial sem contestação alguma, entende-se que não há uma separação entre Poderes tão equilibrada assim, o que pode acabar abrindo espaço para arbitrariedades. O Judiciário, apesar de ser resguardado pela proteção da Constituição, ainda assim está limitado por ela, devendo estar atento a estes pontos.

Não à toa, algumas linhas teóricas dentro do Procedimentalismo, entendem que num regime democrático, o que é supremo é a Constituição e não as Cortes. Dessa forma, todos os Poderes são responsáveis por ter algum tipo de interpretação judicial, e se entenderem que alguma decisão das Cortes fora inconstitucional, não devem respeitar a mesma, de forma que o que seja respeitado, acima de tudo, seja a Constituição e não a decisão do juiz (VICTOR, 2015).

Nesse sentido, a principal crítica que se dá ao revisionismo judicial, parte do pressuposto que os princípios utilizados na interpretação são muito abstratos e abrem espaço para um maior ativismo por parte do Juiz. O que deveria ser feito seria se ater às regras existentes, a fim de obter o máximo aproveitamento, em vez de ser idealizado um tipo de juiz (VICTOR, 2015).

Além da amplitude da decisão, o juiz não tem as ferramentas necessárias para medir o impacto, nem como prever os resultados de suas decisões. Portanto, a depender da decisão do julgador, os impactos causados podem ser bastante danosos para a Democracia, e remediar pode ser bastante difícil. A interpretação que se tem é que muitas vezes, no anseio por demonstrar

sua capacidade intelectual, a decisão do juiz pode acabar trazendo mais problemas do que de fato resolver o caso do qual é responsável por analisar. Deste modo, o que se observa é que seria mais vantajoso ao Judiciário esperar a resolução dos conflitos pelo Parlamento, de forma que se tenha onde buscar a decisão (VICTOR, 2015).

Devido ao fato de a sociedade estar em constante evolução, o Parlamento pode se eximir de decidir sobre algum assunto, principalmente porque a população ainda não se adequa bem àquela matéria. Nesse sentido, quando o Judiciário se antecipa e, na busca pela concretização de direitos de minorias, acaba por atropelar a sociedade e o próprio Parlamento, pode gerar algum tipo de comoção social, boa ou não, que, de fato, pode gerar maior polarização dentro de um corpo social, dificultando ainda mais a busca por algum consenso (VICTOR, 2015). Portanto, a imprevisibilidade da reação social é o que preocupa diversos teóricos da corrente Procedimental, conforme se verá a seguir.

3.2.1. A defesa da Democracia Parlamentarista na visão de Ely

Como já dito anteriormente, o debate substancialista negligenciou por muito tempo o papel do Legislativo numa Democracia. A maioria dos teóricos substancialistas acreditam que o Judiciário, e não o Parlamento, seria o melhor *locus* para o debate acerca dos direitos, por meio da defesa de princípios, justamente por ser um órgão contramajoritário.

John Hart Ely seria um dos principais críticos dessa visão substancialista e por meio dos seus escritos nos propõe a dar uma maior ênfase ao Parlamento. Ely entende que a visão interpretacionista somente funcionaria quando usada para frear a atuação da corte frente à casos não previstos na Constituição, entretanto, como bem pontua, o que vem acontecendo é justamente o contrário, dado que os juízes vem proferindo decisões vagas, obscuras e amplas demais, gerando tanta discordância como se fosse desenvolvida dentro do Legislativo (VICTOR, 2015).

Entretanto, conforme Victor (2015), Ely repudia ainda mais o não interpretacionismo. A linguagem usada nos textos legais e na Constituição são além de abstratas, bastante rasas e ambíguas, levando o interprete a buscar na história do Direito e nas decisões judiciais o sentido para se preencher a lacuna legislativa, algo que Dworkin chama de integridade (COSTA, 2011). Entretanto, o não interpretacionista buscaria em outros lugares que não estejam diretamente ligados ao texto Constitucional, gerando um entendimento arbitrário e autoritário, e deste modo, a própria liberdade do cidadão estaria em risco, bem como a própria separação de Poderes, pois deste modo, o juiz estaria legislando (VICTOR, 2015)

Ely não é contra o revisionismo judicial, mas contra a forma que ele é aplicado. Deste modo, ele propõe uma mudança na forma que isso deveria ser feito.

Para evitar que a interpretação judicial fosse carregada de valores externos ao da história do Direito, da integridade jurídica e social, dentre outros pontos anteriormente elencados, Ely propõe que a interferência da Suprema Corte deva ser no processo democrático dentro dos parlamentos e não no resultado deste processo (VICTOR, 2015).

Ele acredita que seja o Parlamento, e não a Suprema Corte, o local ideal para dar sentido à legislação, devendo, então, atuar na garantia do processo democrático (RIBEIRO e CZELUSNIAK, 2012).

A ideia, então, é que o que de fato haja seja um Controle *Procedimental de Constitucionalidade*. Deste modo, o Judiciário não debateria o mérito do resultado legislativo, mas a forma em que foi produzido, pois seria no Legislativo a melhor opção para que se descubra não só o sentido da lei, mas também para que se extraia do contexto social e da história legislativa tudo aquilo que possa ser usado como norma.

O objetivo de Ely, portanto, seria tão somente garantir que as minorias políticas fossem respeitadas dentro do processo democrático, que as cláusulas legislativas fossem plenamente aplicadas. Desta forma, o texto seria amplamente debatido, e garantiria ao Judiciário a legitimidade necessária para interferir no processo, de forma que as minorias não fossem oprimidas pelas majorias (VICTOR, 2015).

O que Victor (2015) defende, é que na visão de Ely, o Judiciário deveria agir tão somente no caso do mal funcionamento Legislativo, com o fim de aperfeiçoar o processo de tomada de decisões no âmbito legiferante. Deste modo, eles deveriam se preocupar com o procedimento, a fim de que dessem voz aos “setores marginalizados da sociedade”, garantir, principalmente, que o processo democrático garanta a equidade e a igualdade para todos que dele participam, e diferente de Dworkin, acha impossível que se distinga os direitos que devem ou não ser protegidos pelas Cortes (VICTOR, 2015, p. 118).

É o que entende também Ribeiro e Czelusniak (2012), pois não faria sentido haver todo um aparato técnico, observância ao procedimento democrático e participação social se o Judiciário e não o Legislativo fosse o responsável por dar o sentido de toda a legislação:

“Dessa forma, para Ely (2010, p. 176-178), não faz muito sentido garantir um processo legislativo democrático, com a ampla participação da população, se as decisões políticas importantes não são tomadas pelas autoridades competentes e eleitas. Assim, os Tribunais deveriam assegurar não apenas que os administradores acatem as decisões advindas

do Legislativo, mas que essas orientações sejam realizadas pelo Legislativo, ou seja, que o Legislativo efetivamente legisle.” (RIBEIRO e CZELUSNIAK, 2012, p. 12)

Ainda assim, é visível a preocupação que Ely tem com proporcionar ao Judiciário um papel de destaque dentro do regime democrático. Ao garantir que os tribunais tenham o papel da observância ao processo democrático, Ely transfere o debate Constitucional ao Parlamento, dando maior importância ao papel da representação. Waldron, contudo, tem uma visão completamente diferente acerca do papel do Judiciário num regime democrático e, ao contrário de seu colega, acredita que não faça diferença sobre quem dê a última palavra sobre a legislação, mas onde estaria o melhor procedimento para isso. Waldron, deste modo, nega completamente o revisionismo judicial.

3.2.2. J. Waldron e o conceito Procedimental de Democracia

O autor não busca apresentar teorias filosóficas acerca do tema, nem apresentar teorias sobre a função do Judiciário. A sua interpretação se dá completamente em base no procedimento democrático adotado para resolver os problemas da sociedade.

Ele critica veementemente o trabalho de Dworkin, que afirma que a argumentação Constitucional pode ser dividida em argumentos de política e de princípios (RIBEIRO e CZELUSNIAK, 2012, p. 12). Para ele, reduzir a argumentação desta forma faz, parecer que apenas o Judiciário pode chegar a alguma resposta, e isso seria completamente preconceituoso com o Poder Legislativo (VICTOR, 2015).

Para ele, seria absurdo que o Judiciário reduzisse tudo a uma questão de princípios, pois mesmo com relação aos princípios pode haver discordância, e nem o Judiciário será unânime em suas decisões, e que, portanto, a atenção destinada ao Poder Judiciário seria em demasia excessiva, por vezes dando ao Legislativo um papel secundário (VICTOR, 2015).

Nesse ponto, o que deveria ser entendido é que o Legislativo é, de fato, a real fonte de Direito, não devendo ser visto como Direito de fato. Entretanto, tudo o que é de fato revelado pelo Legislativo, é resultado de todo um processo deliberativo que é formalizado em termos de sim ou não. Deste modo, compreende-se perfeitamente que as atenções deveriam se voltar para o procedimento deliberativo, é o procedimento que realmente deveria importar nas análises (WALDRON, 2003).

Waldron (2003), cita um debate hipotético que poderia haver entre as ideias de Maquiavel e Madison. Madison defenderia a existência de Parlamentos pequenos, pois seria difícil existir decisões no meio do caos de Parlamentos grandes, enquanto Maquiavel diz que só em meio à calma e solenidade que pode ser verificada a saúde do sistema. Entretanto, ambos esqueceriam que mais importante que o tamanho dos Parlamentos, seria o procedimento adotado, de forma que a principal análise deveria ser feita com base no resultado que se tem desse procedimento, pois mesmo no caos podem existir decisões boas (WALDRON, 2003).

Deste modo, ele passa a analisar a questão do princípio majoritário, que é a base decisória da maioria, (se não de todos), dos Parlamentos contemporâneos. O argumento que ele questiona é que o princípio majoritário sempre foi associado a uma ideia, de que a decisão majoritária é necessariamente arbitrária, de forma que maiorias podem facilmente oprimir maiorias. Essa ideia não é errada, entretanto é muito simplória, principalmente quando se considera toda a complexidade dos Parlamentos modernos (WALDRON, 2003).

Ele contradita essa ideia de uma maneira muito inteligente, pois questiona a própria decisão nas Supremas Cortes. Sua argumentação se reside na questão do método, pois se o problema é o método majoritário, a Suprema Corte então não seria o melhor lugar para se resolver as questões de princípio e de direitos, pois o método é o mesmo, e da mesma forma que por vezes não há consenso no Parlamento, também não há consenso dentro dos tribunais, de forma que a decisão é postergada com o objetivo de construir uma maioria (WALDRON, 2003).

Deste modo, por questão de procedimento, o Legislativo teria as ferramentas necessárias para os estudos acerca dos assuntos legislativos, para se obter conhecimento e para se obter consenso. Essa crítica rebate o Judiciário, pois o mesmo não possui as qualificações técnicas e acesso a dados que o Legislativo e o Executivo possui (WALDRON, 2003). Waldron (2003) não vê problema algum nisso, mas aponta em outra direção, que se relaciona principalmente com as Instituições Democráticas (VICTOR, 2015).

Para que o processo deliberativo dentro dos Parlamentos funcione a pleno vapor, se faz necessário que existam Instituições bem formalizadas e estabilizadas, com um sentimento coletivo de responsabilidade pela coisa pública, caso contrário, as decisões que saírem do Parlamento serão ruins, mas não menos legítimas. Contudo, essas decisões acabam por afetar o próprio funcionamento da sociedade.

Essa visão mostra que, para Waldron (2003), tanto no *Common Law* quanto no *Civil Law*, a fonte de legitimidade das leis é o povo, e a legislação só obtém lastro com a própria aceitação da população. A norma produzida e incorporada no dia-a-dia da população, de forma que ela se incorpore no costume e nas ações, só tem legitimidade por que recebeu consentimento

de uma assembleia. Deste modo, Victor (2015) entende que o consentimento tácito cria o direito costumeiro, enquanto o consentimento parlamentar cria as leis (VICTOR, 2015).

Permitir que o Judiciário atue como descobridor da norma seria tirar do parlamento o direito de dar o consentimento popular às leis que serão incorporadas à legislação por meio da votação. Ele coloca a legislação produzida nos Parlamentos como real fonte de Direito, e crítica os defensores do *Judicial Review*, pois o procedimento adotado nas casas legislativas seria exatamente o mesmo adotado no Judiciário, e se o método adotado no parlamento for arbitrário, o do Judiciário também o é (VICTOR, 2015).

O ponto que ele toca seria que a diferença crucial entre os dois Poderes, estaria na *legitimidade* que cada Poder obtém da sociedade, e não no método adotado. Nesse caso, a população, por meio de seus representantes, não irá abrir mão de deliberar sobre os diversos assuntos que dizem respeito às suas vidas (VICTOR, 2015).

Victor finda dizendo que, na visão de Waldron, o *Judicial Review* traria mais riscos aos direitos fundamentais e garantias individuais do que a deliberação no Parlamento, de forma que a transferência do foro das discussões, do Legislativo para o Judiciário, apenas excluiria o direito fundamental máximo que é o da participação democrática (VICTOR, 2015).

3.3. Críticas aos dois modelos

Após a explanação das principais teorias procedimentais e substanciais, podemos tecer algumas críticas aos modelos.

Começando pelo modelo Substancialista, o que se verifica de extrema importância, é que os autores buscam, principalmente, proteger minorias contra os excessos das maiorias, seja no processo democrático ou nas leis desenvolvidas.

Quando Ely menciona que a atuação do Judiciário deve ser realizada somente sobre o processo democrático, ele acaba por não colocar limites para essa atuação, o limite seria tão somente a garantia do processo democrático, mesmo que o judiciário tenha que tomar decisões contrárias a legislação, para garantir a plenitude dos direitos e que a Constituição fosse cumprida, o que parece contraditório.

Se a crítica de Ely ao modelo de Dworkin se daria pela completa discricionariedade que o último dá aos juízes para anular decisões majoritárias, sua teoria não parece menos arbitrária que o revisionismo de Dworkin. Garantir direitos dentro do processo decisório não pode dar brechas para a atuação desmedida do Judiciário, que, ainda sim, é um ente democrático e está limitado pela Constituição.

Entretanto, Waldron (2003) apresenta uma crítica muito pertinente com relação às teorias formuladas para estudar a atuação Judiciária. Ele nos aponta a necessidade de voltar os olhos para a atuação do Parlamento, que foi esquecido na grande maioria das teorias, além de ser construído um preconceito enorme com relação à sua atuação. O que se verifica é que a atuação desmedida do Judiciário é convalidada com base numa desconfiança enorme com relação ao Legislativo, que, apesar de tudo, foi eleito para representar o povo (VICTOR, 2015).

Ele aponta a necessidade de se olhar para as Instituições democráticas, pois só se obteria a plenitude do regime democrático com leis boas e garantia de direitos, com a própria participação e conscientização da sociedade, mostrando que as críticas ao processo decisório são válidas, mas não são justificáveis para desqualificar a atuação do Poder Legislativo, visto que o processo majoritário também é usado nos tribunais (WALDRON, 2003). Entretanto, apesar de ele trazer o Legislativo para o centro do debate, coloca em segundo plano a enorme importância do Poder Judiciário na concretização de direitos, de colocar em vigor aquilo que foi produzido pelo Legislativo.

Entretanto, a preocupação com o Judiciário é completamente visível na teoria de Dworkin, mas mesmo assim, junto com Bickel, demonstra um enorme preconceito para com o Poder Legiferante.

Bickel aponta que, como o Legislativo está dominado por grupos de Lobby, cabe ao Judiciário representar os interesses da população, e Dworkin vai na mesma direção, colocando nas mãos do Judiciário a completa tarefa de descobrir o Direito e moldar a legislação (VICTOR, 2015).

É necessário que a legislação seja adaptada caso a caso, contudo, limitar o processo legislativo com base em um receio de que o Legislativo possa reduzir direitos de minorias é ter uma visão completamente autoritária e arbitrária com aqueles que foram eleitos para representar o povo.

O errado, contudo, seria considerar como ativismo, a decisão Judicial que visa atender os diversos atores, de forma que a legislação se molde à situação. Principalmente numa realidade onde as regras são completamente abstratas, com princípios que dizem pouco ou quase nada, onde, na maioria das vezes, cabe ao jurista dar sentido a estes princípios.

É verificável, portanto, a preocupação da Academia em buscar respostas para o problema de relacionamento entre os dois Poderes, principalmente numa sociedade onde reside tamanha desigualdade entre as pessoas, ou em sociedades onde a Democracia não se estabeleceu completamente, exigindo uma atuação mais forte do Judiciário, a fim de buscar a concretude e estabelecimento pleno da Democracia.

4.0. O caso brasileiro

Com tudo o que foi abordado até aqui, é possível que se façam considerações acerca do Brasil e o relacionamento entre os seus Poderes, principalmente o Legislativo e o Judiciário.

Como o ministro Barroso (2008) nos mostra, só é possível fazer uma análise da atuação do Judiciário, principalmente no âmbito da Suprema Corte, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso porque a corte teve pouca atuação anteriormente ao regime militar e principalmente durante o regime militar, de forma que o que prevalecia era a atitude de autocontenção da mesma. Entretanto, após a promulgação, foram dadas as cartas necessárias para que a Corte pudesse representar o seu papel.

Como foi dito nos capítulos anteriores, o neoconstitucionalismo veio com força após a Segunda Guerra Mundial (SARMENTO, 2011). No Brasil, a Constituição de 88 é fortemente marcada pelos valores de tal teoria, mas foi o regime militar que deu impulso para que o legislador constituinte produzisse uma Carta altamente garantista e com uma infinidade de direitos que foram levados ao patamar constitucional (BARROSO, 2008).

O objetivo do constituinte foi garantir ao cidadão direitos que foram suprimidos ou negligenciados durante o período autoritário. Seria garantir que nenhum órgão ou instituição, agora na Democracia, pudesse ter a chance de interferir na liberdade política do cidadão.

E além dos direitos individuais e garantias fundamentais, diversas outras formas inerentes ao sistema de governo ou não, foram levados à categoria de Constituição, que por vezes é criticado, dado o tamanho da mesma, com legislação que poderia ser tranquilamente abarcada por legislação ordinária.

O tamanho da Constituição, a quantidade de tópicos constitucionalizados, em conjunto com pontos que por vezes possuem um texto amplo e completamente abstrato, e sem lei complementar que regule essa legislação, exige que a Suprema Corte do país se manifeste sobre os mais diversos assuntos. Em muitas dessas manifestações, acaba tendo que ser criativa nas decisões, de forma a completar preencher as lacunas deixadas na produção legislativa.

E, além de ser uma Corte Constitucional, o STF brasileiro é a última esfera recursal, que dentro do nosso caótico sistema de recursos, acaba sendo sobrecarregada pelas diversas ações que acabam chegando à corte.

Dados levantados pelo jornal *O Globo* apontam que o STF possui cerca de 54.000 processos acumulados, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos julga cerca de 8.000 processos por ano. Obviamente, o sistema judicial diferente ajuda, mas é visível que a escolha de permitir uma infinidade de recursos acaba sobrecarregando o Tribunal brasileiro.

Isso tudo, além de dificultar o acesso ao Plenário, nos mostra que grande parte das decisões da Corte são proferidas em caráter liminar, e assim ficam por anos esperando um julgamento final que talvez nem venha a ter. Isso gera um problema ao ponto que dificulta na própria integridade do Direito, como já diria Dworkin, pois torna complexa a formação de jurisprudência pelo tribunal.

Outra crítica visível é que, dado a complexidade dos direitos e a omissão legislativa, a Corte vem a cada vez mais adentrando em esferas que antes eram consideradas *interna corporis*, com o argumento de estar protegendo as minorias contra as opressões das maiorias.

Ainda assim, o STF luta para conseguir legitimidade frente à opinião pública, que muitas vezes acusa o tribunal de ser “comprado”, de atuar partidariamente para proteger a classe política, principalmente quando comparada com decisões de Tribunais inferiores.

Essa luta por legitimidade é visível com mais força a partir de 2006, com a crise política que resultaria no julgamento do Mensalão, e a partir de 2014 nas investigações que ficariam conhecidas como Operação Lava-jato.

A Operação Lava-jato atingiu em cheio todo o sistema político do Brasil, colocando os atores mais importantes no olho de um furacão que parece não ter fim. A corrupção dos membros do Parlamento, aliada com o descaso do setor público às demandas sociais, fazem com que os cidadãos recorram ao judiciário como última tentativa de ver concretizados os seus direitos, de forma que acaba transferindo poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário, que na busca por legitimidade, acaba atravessando a fronteira limitada por suas prerrogativas constitucionais.

O Parlamento, acuado pelas investigações, acaba trabalhando para se proteger, colocando as demandas sociais em segundo plano, bem como o Executivo, que para ver aprovadas as suas demandas num cenário tão caótico, acaba por se render ao Parlamento. E o Judiciário, por vezes toma decisões que acabam por tencionar ainda mais a relação entre os Poderes, agravando uma crise já existente.

Portanto, é nesse quesito, da tensão entre os Poderes, que trabalharemos adiante, de forma a buscar atitudes do Judiciário que possam abalar o funcionamento das instituições, por meio da justificativa de estar sendo buscada a concretização de direitos e do funcionamento democrático.

Deste modo, serão analisados três casos, que foram escolhidos com base na ampla divulgação midiática e na forte repercussão social, que são necessariamente o Mandado de Segurança (MS) nº 34.530, que diz respeito ao julgamento liminar sobre a tramitação do PL 4850/16 (10 medidas contra a corrupção); a Ação Cautelar (AC) nº 4070, que diz respeito ao pedido de

suspensão do mandato do então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, e a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378, que diz respeito ao pedido de suspensão do processo de *Impeachment* contra a então Presidente da República, Dilma Rousseff.

O que se tentará buscar nesses casos são atitudes que poderiam ser enquadradas nas teorias procedimentais e substancialistas vistas anteriormente, além de buscar pontos que justificariam a busca por *legitimidade* ante a sociedade pelos membros do Tribunal, após isso, será realizada a conclusão deste trabalho, com as considerações finais acerca dos casos e das teorias aqui apresentadas. Não se procura aqui, portanto, fazer juízo de valor sobre possíveis posturas *ativistas* dos membros da corte, mas tão somente verificar se essas atitudes podem apresentar algum risco de abalo com os outros Poderes.

4.1. As 10 Medidas Contra a Corrupção como demanda social

Como vimos, o Brasil vive uma grave crise política, que afeta toda a classe política, nas três esferas de governo. Não é por menos que, de acordo com uma pesquisa mundial,⁵ o Brasil é o país onde a população menos confia em seus representantes.

Aliado com a crise política, o sentimento de impunidade que corre nas ruas só cresce a cada momento, pois além de investigações que demoram bastante tempo, por vezes aqueles que cometeram crimes terminam sem punição alguma. É visível também na Suprema Corte, onde processos se acumulam e muitas vezes sequer avançam na fase de instrução penal. Assim, como forma de tentar melhorar a investigação e punição de crimes de corrupção, o Ministério Público apresentou uma série de medidas como forma de Projeto de Lei de Iniciativa Popular e rapidamente conseguiu bem mais assinaturas que o necessário para que a tramitação do projeto pudesse ocorrer.

Contudo, a tramitação foi bastante conturbada e sequer chegou ao fim, dado que o projeto se encontra paralisado no Senado Federal. A tramitação teve bastante atenção social e da mídia, com o fim de cobrar aquilo que foi proposto pelo Ministério Público.

⁵ “A classe política é vista com desconfiança pela grande maioria da população”, constatou o estudo obtido com exclusividade pelo Estado e conhecido como Relatório Confiança nas Profissões. Fundada em 1934 na Alemanha, a GfK Verein se descreve como “organização sem fins lucrativos para promover a pesquisa de mercado”. (CHADE, Jamil, “**Brasileiro é quem menos confia em político, diz pesquisa mundial**”. Estadão Política, 2016).

Entretanto, os políticos passaram a usar o projeto como forma de intimidar alguns setores da população e das instituições democráticas, e começaram a incluir emendas com o foco de modificar substancialmente o texto.

Deste modo, quando fora aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados, foi também aprovada uma emenda relativa a um projeto que dizia respeito sobre crimes de abuso de autoridade. A justificativa seria tentar coibir que os membros do Judiciário usassem de suas prerrogativas para intimidar a classe política. Entretanto, os críticos da emenda afirmavam que a existência da mesma seria uma forma de frear os avanços das investigações contra a classe política. Essa situação levou o Deputado Federal Eduardo Bolsonaro a apresentar um Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de contestar a aprovação da emenda.

O deputado alegava que a emenda era um objeto estranho ao texto, resultado de usurpação de iniciativa privativa, dado que somente o STF e o Ministério Público, representado pela Procuradoria Geral da República, poderiam apresentar projetos de lei que dissessem respeito sobre a organização do Poder Judiciário e da Lei Orgânica da Magistratura. Deste modo, alegando violação ao devido processo legislativo, o parlamentar solicitou uma medida liminar que anulasse a votação da emenda nº 4 do plenário, bem como a supressão dos artigos correspondentes do texto final aprovado na Câmara, que já se encontrava no Senado Federal (STF, 2016).

O Ministro Luiz Fux foi sorteado relator da ação e julgou procedente o pedido de liminar. Ele alegava que o Supremo Tribunal Federal não poderia realizar Controle de Constitucionalidade sobre um texto que ainda não havia sido aprovado, porque retiraria do parlamento a prerrogativa de debater e aperfeiçoar textos propostos pelos parlamentares, mas o Judiciário poderia sim interferir no processo legislativo, principalmente quando um processo se tornasse viciado ao ponto de ameaçar os direitos fundamentais de minorias legislativas (STF, 2016).

Ele ainda afirma que um projeto de iniciativa popular deveria ter todas as suas assinaturas verificadas, não sendo certo que um parlamentar assinasse como de sua autoria fosse, além de ter um rito próprio a ser seguido. Para o ministro, o projeto não poderia sofrer emendas que modificassem substancialmente o texto, devendo ser observada tão somente a constitucionalidade do projeto em questão (STF, 2016). Deste modo, não se poderia apresentar projetos substitutivos nem ser apensado a outros, pois seria colocar em segundo plano um projeto popular.

O ministro ainda afirma que o Regimento Interno das casas do Congresso, por ser uma norma infraconstitucional, mas que ainda deve ser respaldado pela Constituição, existe como

forma de subordinar os atos do Parlamento para a mais estrita legalidade, não cabendo ao parlamentar a discricionariedade em seguir o Regimento. E por ser um aparato de normas, estaria, ainda assim, passível do controle judicial, com o fim principal de que as minorias parlamentares pudessem conhecer e participar do processo de deliberação. Isso impediria que as maiorias parlamentares passassem por cima dos menores grupos no parlamento (STF, 2016).

Ao decidir, portanto, o Ministro Luis Fux mantém o seu entendimento de que o projeto de iniciativa popular não deveria ser emendado e ordena que a Câmara dos Deputados reiniciasse a tramitação do mesmo, como forma de observar a vontade popular.

Pois bem, quando se analisa profundamente o caso, verificamos diversos problemas na decisão do ministro. Primeiramente, ele foi muito além do que foi solicitado pelo deputado Eduardo Bolsonaro e também interpreta de forma errônea o regimento das casas, gerando um enorme problema jurídico para as partes.

A decisão do ministro, de que um projeto de iniciativa popular não pode ser emendado, impossibilita a própria função do Parlamento de melhorar, por meio dos debates, os projetos que chegam ao seu escopo. Mesmo que um projeto seja de iniciativa dos cidadãos, é passível de inconstitucionalidade, que deve ser corrigida pelo Parlamento durante o processo legislativo. Da mesma forma, nem tudo que é vontade da população convém para a manutenção de um regime democrático.

No mesmo sentido, os outros projetos de iniciativa popular aprovados no Brasil obtiveram o mesmo tipo de tramitação e o entendimento do Ministro poderia levar ao ponto da legalidade dessas leis, (inclusive a lei da ficha limpa), ser contestada na Corte, ao ponto de provocar insegurança jurídica.

E como se verifica, o processo legislativo do PL 4.850/16 não havia sido finalizado, exigindo ainda manifestação do Senado Federal, bem como ainda estaria sujeito ao veto ou sanção da Presidência da República e mesmo assim poderia ter sua constitucionalidade contestada no Supremo Tribunal Federal.

Como podemos observar, a decisão do Ministro segue fielmente a teoria Procedimentalista desenvolvida por Ely, e que foi debatida neste trabalho. O argumento de que as minorias estão sendo protegidas dentro do processo democrático, de forma que o procedimento seja observado fielmente, ainda assim pode gerar problemas, de forma que o próprio processo democrático esteja em risco.

O presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, questionou a viabilidade da decisão do Ministro, pois nunca antes havia ocorrido algo do tipo, colocando o Congresso Nacional numa situação de difícil resolução.

Fux fora então questionado e percebeu o problema de sua decisão, ao ponto de mudar seu entendimento de forma apenas que o Congresso verificasse o número de assinaturas, e feito isso, a ação foi extinta.

O que se verifica neste caso é que a população, ao não confiar no Congresso, acaba fazendo com que os juízes tomem atitudes que visem atender ao sentimento popular, levando a extrema politização da justiça. Além disso, verifica-se também a impossibilidade de os assuntos internos ao Parlamento serem resolvidos no seu próprio escopo, ao ponto de que os grupos parlamentares que não tenham sua voz ouvida dentro do processo legislativo, recorram à excessiva judicialização da política, colocando o Judiciário numa situação difícil, tendo que ser a voz da minoria, como poderia afirmar Dworkin, tomando decisões que na grande parte das vezes pode aumentar a tensão existente, não só dentro do Parlamento como na relação entre os demais Poderes da República.

O caso a ser analisado em seguida é bem mais complexo, mas mostra claramente a atuação do judiciário face ao desejo da população por justiça, ao ponto de que o Judiciário possa tomar decisões que não são previstas constitucionalmente, mas que na argumentação possa ser justificável para proteger o próprio regime democrático.

4.2. O caso Eduardo Cunha: pode a Suprema Corte afastar um Parlamentar de seu mandato?

Outro caso de extrema relevância e importância, além do elevado alcance social, diz respeito ao julgamento da AC 4070, proposta pela Procuradoria Geral da República, que solicitava ao Supremo Tribunal Federal a suspensão do mandato do então deputado e presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha. A decisão foi feita de forma monocrática pelo Ministro Teori Zavascki, posteriormente referendada pelo Plenário da Corte.

A decisão se deu em meio a uma enorme crise política, a um processo de *impeachment* aberto contra a então Presidente da República Dilma Rousseff, que se encontrava em estágio avançado no Senado e também em meio a um processo de cassação de mandato aberto contra o sr. Eduardo Cunha no âmbito da Câmara dos Deputados.

O Ministério Público buscou descrever no pedido da Ação Cautelar os atos praticados pelo então presidente da Câmara, que teria o fim de obstruir a justiça, se valendo do seu cargo de presidente e de mandato parlamentar para tal.

O parlamentar era alvo de diversos inquéritos na Suprema Corte, além de réu em outras 5 ações que diziam respeito ao recebimento de vantagens indevidas por empreiteiras investigadas no âmbito da Operação Lava-Jato. Essas vantagens se dariam para que o mesmo influenciasse decisões no Governo e no processo decisório do Parlamento, a fim de beneficiar as empreiteiras (STF, 2016).

O parlamentar também se usava de uma ampla influência política para comandar um grupo de parlamentares, nas palavras do MP, a fim de apresentar requerimentos com o fim de intimidar quem pretendesse denunciá-lo (STF, 2016).

Outra acusação com o fim de justificar o pedido de cautelar, seria com relação ao uso do cargo de presidente da Câmara dos Deputados a fim de atrapalhar as investigações contra ele, principalmente no âmbito do Conselho de Ética da respectiva Casa Legislativa.

O deputado teria trabalhado para inviabilizar os trabalhos da mesma, seja não direcionando um Plenário de comissão para que a mesma se instalasse, seja interferindo na escolha do relator, ou se usando do regimento para convocar a Ordem do Dia no horário em que a comissão funcionaria ⁶ (STF, 2016).

O argumento da defesa do Deputado seria de que a teoria da PGR é falaciosa, e com relação ao funcionamento do Conselho de Ética e das demais funções da Casa, seria matéria *interna corporis*, não cabendo espaço para manifestação do Poder Judiciário (STF, 2016).

Com as manifestações e os fatos acima elencados, o então Ministro Teori Zavascki, decidiu pela procedência do pedido e determinou o afastamento do mandato de parlamentar, e consequentemente, do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, elencando diversos argumentos para justificar sua decisão.

O principal teor da sua liminar, seria de que o Poder Judiciário tem o dever se manifestar quando o direito de minorias políticas e do bom funcionamento de um Estado de Direito, estivessem sendo atacados pelas atitudes de agentes públicos. Para o Ministro, não há que se falar em separação de Poderes, quando a própria função do Poder Judiciário vem sendo impedida de funcionar plenamente (STF, 2016).

⁶ De acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), não podem ocorrer reuniões de sessões plenárias nas comissões no mesmo momento em que ocorre a Ordem do Dia. (RICD, 2016)

O que o ministro argumenta é que apesar do que diz a Constituição, que cabe às casas legislativas autorizar medidas cautelares contra seus membros, cabe ao Judiciário, na mais perfeita observância à defesa constitucional e aos princípios que a ela regem, garantir a perfeita harmonia da República e observância legal dos atos praticados pelos atores públicos, por meio do Controle de Constitucionalidade. A ideia do Ministro é a de que não há, em nenhum Poder da República, a possibilidade de estar acima ou imune à Constituição, e que se existe a independência entre os Poderes, também existe a completa vinculação destes à mesma, e que ao Judiciário cabe impor a Constituição aos agentes públicos, conforme o mesmo evoca:

“A separação de poderes [...] não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou a inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício do direito de protesto contra abusos que possam ser cometidos pelas instituições do Estado.” (STF, 2016).

Do mesmo modo, foi levado em conta que a possibilidade de que o Plenário da Câmara dos Deputados referendar a decisão do Supremo de afastar um parlamentar, só poderia acontecer em caso de a Constituição estar em perfeito funcionamento, não podendo haver desconfiança sobre os membros que compõe o Congresso Nacional. Deste modo, o mesmo Ministro defende que em casos de excepcionalidade “há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional” (STF, 2016, p. 23) e continua:

“Imunidade é prerrogativa que advém da natureza do cargo exercido. Quando o cargo não é exercido segundo os fins constitucionalmente definidos, aplicar-se cegamente a regra que a consagra não é observância da prerrogativa, é criação de privilégio.” (STF, 2016).

Portanto, o ministro conclui que num Estado de Direito, não é possível que os agentes se usem do seu cargo para fins privados. Seria conferir privilégios a membros do Poder público, de forma que os mesmos, por fim, se tornem imunes ao Poder Judiciário. Seria dar poder ao investigado para determinar se seria investigado (STF, 2016).

Portanto, caso as ações do parlamentar oferecessem riscos à ordem pública, é justificável o uso de cautelares para evitar problemas maiores. Deste modo, ele aponta que o Ministério Público justificou plenamente as diversas situações que o então deputado teria se valido para

atrapalhar as investigações, e que as ações se mantiveram de forma continuada, apesar da deflagração das operações e investigações, bem como das diversas delações e depoimentos. O deputado não teria tido pudor algum em continuar delinquindo (STF, 2016).

O Ministro levanta outro ponto, de que o Presidente da Câmara, na ausência do presidente e vice-presidente da república, viria a assumir o cargo – mesmo que temporariamente – de Presidente da República, e que esbarraria numa imposição Constitucional, de onde o ocupante do cargo não poderia se figurar réu para assumir, mesmo que por pouco tempo. O caso se agravaria devido ao fato de a Presidente da República estar prestes a ser afastada pelo Senado Federal num processo de *impeachment*, sendo necessária a rápida ação da Corte, com o fim de proteger a estrutura do Estado e a própria imagem do Congresso Nacional, tão abalada na consciência da população (STF, 2016)

O Ministro alude que a Constituição não traz previsão para o afastamento de um parlamentar do seu mandato, mas igualmente não se pode verificar nela a permanência no mandato de alguém que reiteradamente interferiu no funcionamento das funções do Estado. E que, desta forma, a vontade da Constituição, sustentada pelos princípios de moralidade e probidade administrativa, exige que tais princípios também sejam norteadores das ações dos agentes públicos (STF, 2016).

Desta forma, Zavascki evoca que não só os produtos legislativos estão sob o *Judicial Review*. Também está o mandato do parlamentar submetido ao controle do Judiciário, e caso o Legislativo não tome partido, cabe ao Judiciário atuar para estabelecer a normalidade Constitucional. Entretanto, ele evoca que a sua decisão não se encontra nos textos normativos que compõem a Carta Magna, mas que é possível extrair da história do direito, na jurisprudência e nos costumes populares, e é função exclusiva do Judiciário, sempre que necessário, tomar esse tipo de decisão, não estando a se afastar das normas positivadas (STF, 2016).

Cabe citar diretamente parte de sua decisão:

“Decide-se aqui uma situação extraordinária, excepcional e, por isso, pontual e individualizada. A sintaxe do direito nunca estará completa na solidão dos textos, nem jamais poderá ser negatizada pela imprevisão dos fatos. Pelo contrário, o imponderável é que legitima os avanços civilizatórios endossados pelas mãos da justiça. Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos

Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas. A medida postulada é, portanto, necessária, adequada e suficiente para neutralizar os riscos descritos pelo Procurador-Geral da República.” (STF, 2016, p. 72-73).

No julgamento plenário, apesar da decisão ter sido referendada por decisão unânime, foram proferidas algumas críticas relevantes pelos demais ministros e que cabem aqui ser debatidas.

Inicialmente, o Ministro Dias Toffoli argumenta que as decisões da Corte reverberam em todo o país, de forma seja necessária certa parcimônia das decisões da Corte. É necessária ponderação para que as decisões do Judiciário não sejam vistas como um “Instrumento de empoderamento do Poder Judiciário em relação aos Poderes democraticamente eleitos pelo voto popular” (STF, 2016).

O Ministro Gilmar Mendes, apesar de compartilhar da mesma preocupação, complementa que notada a incompletude do Texto Constitucional, cabe ao Judiciário tentar resolver por meio dos textos já positivados e das decisões proferidas, e isso não seria invadir competência, mas simplesmente garantir o ordenamento jurídico, visto que caso não fosse possível, o que se veria não seria um plano de separação de Poderes, mas de *soberania* de um Poder sobre os demais (STF, 2016).

Já o Ministro Marco Aurélio diz que na omissão das casas ou na opressão da maioria, o Judiciário é a última trincheira da cidadania, cabendo às minorias valerem-se de recursos judiciais para valerem seus direitos e cabe ao Judiciário responder com a devida força a estas demandas (STF, 2016).

Feitas essas considerações, podemos ver na decisão monocrática do Ministro Teori e no julgamento Plenário, a dificuldade que eles encontraram para fundamentar a decisão, visível um certo desconforto quando aludem princípios para justificar os termos.

Ora, suas decisões são duplamente fundamentadas, tanto pelo conceito de integridade que Dworkin nos propõe, quanto na teoria procedimental proposta por Ely. Eles aludem que não há limites para a atuação do Judiciário quando se pretende fazer valer a Constituição e os direitos das minorias.

Na visão de Dworkin, é visível a preocupação de que o juiz pode criar direito por meio das decisões existentes e da interpretação ampliada da Constituição, por meio dos princípios

que a fundam. Na visão de Ely, não cabe limites ao Judiciário para garantir o processo democrático, cabendo interferência direta no processo decisório, a fim de observar que as minorias não sejam pisoteadas pelas maiorias parlamentares (VICTOR, 2015).

Ora, se não foi justamente o argumento usado pelos ministros do STF para fundamentar tal decisão? Entretanto, esse argumento me soa bastante perigoso, principalmente quando os ministros invocam o fato de que esse entendimento se faz necessário, por meio de uma excepcionalidade e urgência que o caso demanda, para que se possa proteger a própria Instituição do Congresso. Mas o que seria excepcionalidade para os Ministros da Corte? Qual tipo de excepcionalidade seria justificável para afastar o presidente de um Poder?

A dificuldade em explicar o que seria excepcionalidade é o que torna – apesar da enorme aceitação social – controversa esta decisão. Pois um caso poderia ser considerado excepcional a depender do momento político e da interpretação que um ministro tenha do mesmo, podendo gerar consequências por vezes irreversíveis na atuação dos Poderes.

No caso da suspensão do mandato do então Deputado Eduardo Cunha, a decisão dos Ministros gerou, além de um vácuo legislativo, uma crise Legislativa, mais tarde resolvida por meio de interpretação do Presidente do Senado. No caso jurídico, quando um presidente é afastado de seu cargo, existe a justificativa que isso é necessário para que o mesmo não se use do cargo para interferir no julgamento, mas ainda assim a suspensão possui um prazo de 180 dias, e caso não seja concluído o julgamento neste tempo, o presidente retorna às suas funções. No caso de Cunha, os ministros não definiram limite algum, de forma que ele poderia ficar suspenso indefinidamente, até que a Câmara tomasse uma decisão.

A outra consequência foi a de que, logo em seguida, o presidente em exercício da Câmara anulou a votação plenária do processo de *impeachment*, que já se encontrava no Senado Federal. Isso levou os parlamentares a promoverem uma chuva de ações na Suprema Corte, a fim de anular a decisão do então presidente Waldir Maranhão e, além disso, levou também os partidos da base governista a buscar o Judiciário, com o fim de anular o processo de *impeachment*, com a justificativa que foi viciado na origem pelas ações de Cunha.

No caso da anulação do processo por Waldir Maranhão, o presidente do Senado, Renan Calheiros, não reconheceu a ação, considerando o ato juridicamente nulo, pois já se encontrava no Senado, com Comissão Especial instalada.

Apesar da resolução dessa possível crise, foi visível o efeito dominó que as ações do Supremo causaram nos Poderes da República, de forma que, apesar de se encontrarem embasadas em princípios democráticos, é verificável que muitas das vezes as decisões judiciais não medem os efeitos que causarão no sistema como um todo, como também se verificará no caso que em seguida será analisado.

4.3. ADF 378 – O procedimento do *impeachment* em desfavor de Dilma Rousseff

Em dezembro de 2015, o então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, viria a dar andamento a um pedido de processo de *impeachment* contra a então Presidente da República Dilma Rousseff. Obviamente, um processo deste já é conturbado por natureza, é a discussão de acabar com o mandato do maior mandatário do país, eleito pelo voto popular.

Logo de cara, o STF foi inundado de ações que buscavam a anulação do ato do Presidente da Câmara, contestando diretamente a origem de sua ação, que na visão da base de Dilma, seria uma retaliação pelo Partido dos Trabalhadores não ter fornecido os votos para findar o processo contra ele, que corria no Conselho de Ética da respectiva Casa. Apesar disso, o processo começou a tramitar, e lida a denúncia no Plenário da Câmara, caberia ao presidente a instalação da Comissão Especial de *Impeachment*.

O rito da instalação escolhido por Cunha foi por eleição secreta das chapas, sendo uma avulsa e outra por indicação dos líderes. Foi vencedora a chapa avulsa, de maioria opositora ao Governo Dilma. Prontamente, os parlamentares da base recorreram ao Supremo Tribunal com o fim, novamente, de anular o processo, ou então de anular a instalação da Comissão.

O Ministro Edson Fachin foi sorteado relator da ação e prontamente concedeu liminar suspendendo a tramitação do processo, o que inicialmente seria uma vitória do Governo Dilma.

Em julgamento em dezembro, ao defender uma menor intervenção da Corte e a aplicação estrita da lei 1.079/50, que regula o processo de *impeachment* contra as autoridades investidas de cargos no Estado, Fachin defenderia que o processo seria um ato *interna corporis* do Legislativo, cabendo manifestação do Judiciário somente no caso da não observância dos direitos e garantias fundamentais, mas quanto ao procedimento, caberia à lei 1.079/50 e aos Regimentos Internos das Casas regular o processo. Entretanto, sai derrotado pela interpretação do ministro Luís Roberto Barroso. Em seguida, a Mesa da Câmara entraria com recurso, que só seria apreciado em março de 2016, devido ao recesso Legislativo e Judiciário, atrasando a instalação da Comissão Especial e da tramitação do processo.

O impetrante da ação, o PCdoB, partido da base aliada de Dilma e que foi importante para a defesa da mesma durante todo o processo, argumenta que a lei que rege o processo de *impeachment*, a 1.079/50, é muito antiga e caberia a devida interpretação conforme a Constituição de 1988.

A lei 1.079/50 é clara quanto à eleição da comissão e quanto ao afastamento do presidente, que no seu artigo 19 e no artigo 23 § 5º diz:

“Art. 19 Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma. [...]

Art. 23 [...]

§ 5º São efeitos imediatos ao decreto da acusação do Presidente da República, ou de Ministro de Estado, a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final.” (Lei 1.079/50)

No entanto, o PCdoB e a base governista argumentam que dada a antiguidade da lei, seria papel do Senado afastar e julgar o presidente, cabendo à Câmara tão somente a acusação formal perante a Casa julgadora, funcionando dessa forma como se fosse uma procuradoria a apresentar no Plenário de uma Suprema Corte a acusação contra alguém (STF, 2016).

O objetivo do Governo seria, além de postergar uma decisão final, ter a possibilidade de uma decisão favorável no Senado, que era mais fiel à então Presidente da República. Fachin, contudo, rechaça essa argumentação, que no seu entendimento caberia à Câmara dos Deputados receber a denúncia e determinar o afastamento do Presidente, cabendo ao Senado o julgamento de fato da mesma, pois seria o foro competente para isso, seguindo de fato o teor da lei existente (STF, 2016).

Entretanto, Fachin foi voto vencido, prevalecendo o entendimento do Ministro Barroso, como já foi dito anteriormente. No voto divergente do Ministro Barroso, a comissão de *impeachment* deveria ser eleita por chapa única e voto aberto. A argumentação do Ministro é que esse teria sido o procedimento adotado no *impeachment* do presidente Fernando Collor.

Entretanto, tal procedimento só foi adotado no caso de Collor pois não houveram chapas concorrentes, de forma que o que prevaleceu foi a indicação dos líderes. No caso de Dilma, houveram chapas concorrentes, pois diferente de Collor, o processo não era unanimidade no Congresso. Mas a decisão do STF faria com que o Plenário apenas referendasse a indicação dos líderes, não haveria eleição de fato. E, novamente, contrariando a própria Lei, a decisão do

Ministro Barroso dá superpoderes ao Senado, que seria o comandante de todo o processo, de fato (STF, 2016).

A argumentação de Barroso seria a de que não caberia à Câmara dos Deputados fazer julgamento do mérito do processo, mas apenas dar procedência ou não a denúncia, e caso o Senado verificasse os requisitos mínimos para o prosseguimento da denúncia, daria continuidade ao processo, afastando a presidente e iniciando a fase probatória, com posterior julgamento (STF, 2016).

Barroso entende que numa Democracia deve prevalecer o princípio da publicidade dos atos públicos e das votações, pois são matérias de interesse absoluto da população, ainda mais quando se relaciona com a cassação do mandato do maior mandatário do país, apesar da Constituição e da Lei em questão não dizerem nada quanto a isso. A votação secreta, portanto, enfraqueceria o controle popular, violando diretamente os princípios democrático, representativo e republicano. Argumenta, portanto que se faz necessário adotar tal escrutínio pois fora o mesmo adotado no caso de Collor, e seria a forma de garantir a segurança jurídica (STF, 2016).

Em julgamento de Embargos de Declaração apresentados pela Câmara dos Deputados à decisão da Corte, questionava-se a decisão do Supremo sobre as já debatidas modificações no rito de *impeachment*. O Ministro Barroso argumenta que cabe ao Supremo Tribunal cuidar do perfeito zelo para com a Constituição e exigir o cumprimento das regras do jogo (STF, 2016).

Deste modo, ele cita aquilo que Dworkin chama da *integridade* (VICTOR, 2015). Caberia à Corte, nesse sentido, a função de “manter, na maior extensão possível a jurisprudência, os precedentes, as práticas efetivas e os caminhos seguidos por ocasião do *impeachment* do presidente Fernando Collor” (STF, 2016). Argumenta que houveram descontentes, dos dois lados – Oposição e Governo – com relação à decisão do STF, mas ainda assim argumenta que a Constituição é da Nação, e não se escolhe lados quando se visa o cumprimento da mesma.

Em seguida, o mesmo ministro argumenta que diversos dispositivos da lei 1.079/50 não foram recepcionados pela Constituição em vigor, e caberia ao Congresso Nacional editar uma norma que fosse compatível com a Constituição, que regulasse um rito previsto constitucionalmente. Contudo, o Congresso se eximiu, e dada a urgência do fato, exigiu que a suprema Corte trabalhasse de forma a compatibilizar um rito, mesmo que provisoriamente. Isso se daria em nome da segurança jurídica e da jurisprudência adotada no único caso que ocorrera após a promulgação da Carta, em 88 (STF, 2016).

Contudo, o ministro reitera a decisão adotada anteriormente, de forma que não há em que se falar em eleição secreta e cabe ao Senado referendar a decisão do Plenário da Câmara, só aí o presidente seria, de fato, afastado do cargo.

O Ministro Luiz Fux argumenta que é função primordial do STF manter a integridade e unidade do sistema jurídico, de forma a sanar instabilidades jurisprudenciais que geram maior desconfiança com relação ao Poder Judiciário. Argumenta que a Suprema Corte nada mais fez do que manter intacta a jurisprudência adotada no caso anterior, de forma a garantir a completa aplicação da Constituição (STF, 2016).

Essa visão que predominou foi duramente criticada pelo Ministro Dias Toffoli, que argumenta que tal entendimento, além de desfigurar completamente a Constituição e a Lei do *Impeachment*, dá ao Senado superpoderes que não deveriam sequer existir, dado que não há sequer previsão Constitucional. Questiona principalmente o fato argumentativo de que haja *integridade* no julgamento, pois diferente do que defendia Dworkin (VICTOR, 2015), não foi sequer observado o contexto que se deu o *impeachment* de Fernando Collor (STF, 2016).

No caso de Collor, como defende o Ministro, só não houve eleição secreta, pois além de não haver outra chapa concorrente, houve *unanimidade*, de forma que a votação simbólica pelo Plenário foi mais que suficiente para referendar a decisão dos líderes (STF, 2016). Desta forma, a decisão da Corte simplesmente criaria parlamentares de primeira e segunda categoria, sendo o de primeira categoria os líderes, e os de segunda categoria os demais parlamentares, que não teriam a liberdade de exercer o seu mandato, conferido pelo povo por meio de eleição. Caberia a estes parlamentares tão somente referendar a decisão dos líderes. Além disso, de acordo com o Ministro, não há sequer previsão Constitucional para a decisão da Corte. A Carta se manifestaria tão somente pela proporcionalidade partidária nas Comissões, onde, aí sim, caberia interferência da Suprema Corte, somente no caso de não observância de tal fundamento (STF, 2016).

A votação secreta, no sentido da interpretação dada pelo sr. Dias Toffoli, se daria pela necessidade do exercício da soberania parlamentar, sem que pudesse sofrer repressão partidária devido a suas escolhas. Caso contrário, não há, novamente, em que se falar de eleição, pois quando se debate sobre eleição, entende-se necessário o escrutínio secreto como base democrática (STF, 2016).

O Ministro também questiona o fato de terem decidido que o Senado Federal teria a última palavra sobre a aceitabilidade da denúncia, quando a constituição é clara quanto à verticalidade da decisão. Uma vez dado procedência à denúncia, cabe ao Senado Federal instaurar o processo, e deste modo, o Presidente da República está automaticamente afastado de seu cargo. Isso difere da necessidade de autorização dada pela Câmara para que o STF processe o Presidente por crime comum. No caso de *impeachment*, o que ocorre é um julgamento político, então a Câmara, de fato, aceita a denúncia, no caso de crime comum, quem verifica a plausibilidade da denúncia é a Corte, à Câmara cabe tão somente autorizar que se faça isso (STF, 2016).

Deste modo, não há discricionariedade para o Senado aceitar ou não a denúncia, ele pode arquivar ao final do julgamento, mas tem que instaurar o processo e realizar o julgamento. Deste modo, a Suprema Corte acabou diminuindo o papel dos verdadeiros representantes do povo – a Câmara dos Deputados – e conferindo superpoderes aos representantes da Federação, o Senado.

Pois bem, é verificável o contraste nas decisões dos ministros. É visível, novamente, os argumentos procedimentalistas e substancialistas na decisão.

Primeiramente, é constatável a preocupação dos ministros em estabelecer ligação com as decisões anteriores da Corte, com a história do direito brasileiro, com o contexto político e social em que vivemos, de forma que, provocados, não podem se eximir ao menos de analisar, podendo proferir uma decisão que ainda assim negue o prosseguimento da ação, mas verificadas as razões e objetos necessários, deve haver prosseguimento, não havendo assim matéria que esteja fora do alcance do Poder Judiciário, como afirmaria posteriormente o Ministro Ricardo Lewandowski, que o Judiciário, ainda assim, poderia vir a julgar o mérito do processo de *impeachment* e, por ventura, rever o ato do Parlamento, se verificado que os direitos e garantias fundamentais do réu, no caso o Presidente da República, viessem a ser desrespeitados, aquilo que Bickel chamaria de dificuldade Contramajoritária (VICTOR, 2015).

Isso vai de completo encontro com aquilo que Dworkin teorizaria. O Judiciário, em sua visão, não pode deixar de decidir, e como reiterou diversas vezes o Ministro Barroso, cabe ao Judiciário preencher as lacunas legislativas por meio da interpretação das entrelinhas das normas, de buscar na história jurídica a forma de complementar a decisão. Isso, em tese, afastaria a discricionariedade do jurista, de forma que ele adotasse conceitos pessoais e morais próprios para decidir, ao invés do que a Constituição traz (VICTOR, 2015).

Também é visível uma preocupação *procedimental* por parte dos ministros. Para Ely, a Suprema Corte deve trabalhar de forma a garantir o devido processo democrático como forma de garantia da manutenção do Estado de Direito (RIBEIRO e CZELUSNIAK, 2012). Ora, foi exatamente o que o ministro Barroso fez ao abrir a divergência, sendo contestado de forma dura, principalmente pelos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

O Ministro Barroso trabalhou de forma que não houvessem limites para o Poder Judiciário atuar quando o direito das minorias parlamentares estivessem sendo atacados, e que caberia ao mesmo, definir os parâmetros para que o processo democrático fluísse, a fim de obter o melhor resultado possível, funcionando assim como árbitro do jogo (RIBEIRO e CZELUSNIAK, 2012). Entretanto, ao ser contestado pelo Ministro Toffoli, este assumiu a posição que seria defendida por Waldron: não caberia sequer a manifestação do Poder Judiciário (VICTOR, 2015).

No caso específico, a visão de Toffoli encontra plena congruência com as palavras de Waldron. O mesmo defendia que o método fosse observado, e no caso do método majoritário, encontraria no Parlamento o melhor *locus* para a discussão. Estabelecer que o Judiciário seria o único a ter pleno conhecimento da história do Direito seria uma visão elitista, e mesmo no Judiciário haveria discordância, sendo necessária a maioria para que se tomasse uma decisão, e isso foi possível de ser visto no julgamento da ADPF em questão, que obteve não mais que a maioria necessária para se julgar procedente a visão do Ministro Barroso. Portanto, seria o Parlamento o detentor das melhores ferramentas para condicionar seus próprios atos, e haveria procedência Constitucional e Regimental para que isso fosse verificado no julgamento da ADPF (WALDRON, 2003).

5.0. Conclusão

O Brasil vive uma crise política sem precedentes, onde se questiona a legitimidade dos três Poderes constituídos. A população não confia nas Instituições democráticas e a Justiça tem bastante dificuldade em aplicar a lei.

Conforme foi amplamente discutido durante este trabalho, a falta de legitimidade do Parlamento faz com que a população requeira do Judiciário a solução dos seus problemas. E deste modo, diversos estudiosos se debruçam sobre o tema, a fim de proferir a melhor teoria para o assunto, de forma que tenha sempre em vistas a completa manutenção dos regimes democráticos.

Dworkin defende que o Juiz tenha um enorme poder, a fim de diretamente criar Direito, isso não seria trabalhar como legislador, mas seria tão somente aplicar as regras Constitucionais e verificar a máxima garantia e implantação dos direitos fundamentais do cidadão. Ele, de certa forma, não verifica o problema da Dificuldade Contramajoritária aludido por Bickel, mas mostra que nos tempos atuais, é impossível que não haja algum tipo de atuação concretista dos direitos e garantias, dando a devida observância àquilo que se chamaria de Supremacia Judicial (VICTOR, 2015).

Ely, contudo, trabalha em cima do procedimento democrático, pois caberia ao Judiciário ditar as normas do jogo, garantindo que o processo democrático fosse plenamente observado e que as minorias políticas não fossem excluídas. Dessa forma, haveria amplo debate, tornando a decisão legítima por natureza. Entretanto, Waldron discorda dessa visão, pois em seu entendimento, se o processo decisório é o mesmo – regra da maioria – seria elitista demais garantir a um minúsculo corpo, as decisões que ditam a Nação. Desta forma, nega o revisionismo judicial com o argumento de que o Parlamento possui as melhores ferramentas, prevalecendo o argumento de que o que se deve vigorar é a Supremacia do Parlamento (VICTOR, 2015).

Entretanto, creio que seja problemático adotar ao extremo qualquer uma das duas linhas de raciocínio – a Procedimentalista e a Substancialista – pois como é visível nas diversas decisões da Corte, ambas as visões podem se misturar, a depender do que o contexto de fato exija.

No caso do Brasil, é extremamente problemático deixar tudo a cargo do Parlamento, como defende Waldron, pois ainda se vive numa sociedade completamente desigual, onde uma pequena casta possui mais direitos que a maioria da população, e isso é visível na enorme demanda que se tem exigido do Poder Judiciário, a fim de resolver os mais diversos conflitos.

Do mesmo modo, a população não confia o suficiente nos seus representantes, de forma que a Democracia esteja bastante abalada. Isso fornece ao Judiciário um poder absurdo sobre a

vida das pessoas, e se dá unicamente devido ao fato da omissão Legislativa, que tem se preocupado mais em fugir da Justiça do que representar o povo.

O próprio Presidente da Câmara, Rodrigo Maia (2017), em entrevista⁷ acerca da eleição para a presidência da Câmara, alude que:

“Acho que é uma questão política, uma questão da Casa, no momento em que a Casa precisa reafirmar seu poder e decidir internamente. A gente sempre reclama que o Supremo decide pela Câmara e, na hora que a gente tem o poder de decidir no voto, muitos não querem, querem que o Supremo decida. Olha que incoerência”. (MAIA, 2017, *apud* Estadão Notícias)

A excessiva judicialização de assuntos políticos levam ao Judiciário questões que poderiam tranquilamente ser resolvidas no Parlamento, como afirma Maia (2017). Isto acaba transferindo um poder ao Judiciário que era discricionário do Legislativo.

Os diversos casos de Corrupção maculam a imagem das Instituições democráticas, inclusive do próprio Judiciário, que por vezes é acusado de fornecer decisões que favoreçam a classe política em detrimento da vontade da Constituição.

Contudo, apesar da visão que busca que o Judiciário tenha mais influência no processo democrático brasileiro, a fim de proteger o cidadão contra a opressão do Estado, cabe críticas à atuação do mesmo Poder. Não se cabe falar em ativismo quando se verifica a busca pela implementação de direitos. Contudo, na busca por legitimidade, o Judiciário acaba tomando decisões equivocadas e de difícil contorno.

Nos casos aqui analisados foi plenamente visível que o Judiciário agiu movido pelos anseios populares, que no meio de uma crise política e econômica sem precedentes, via no Poder jurídico a possibilidade de ter a normalidade democrática reestabelecida.

Contudo, algumas decisões acabam por abalar o equilíbrio entre os Poderes, criando situações de difícil contorno, justamente por não haver previsão constitucional alguma, levando, novamente à busca pela manifestação do Judiciário, a fim de resolver o caos que ele mesmo criou.

No caso das 10 medidas contra a corrupção, a população, que está desgostosa com a classe política, buscou no Judiciário a maneira de se ter uma legislação que não permitisse a impunidade daqueles que cometessem atos de corrupção. Entretanto, o Judiciário foi além e

⁷ “Adversários de Maia entraram, no fim do ano passado, com ação no Supremo para declarar inconstitucional a candidatura do deputado, que é atual presidente da Casa em mandato-tampão” (GADELHA, O Estado de S. Paulo, 2017)

criou um caos jurídico do qual o Parlamento não soube sair. O fato é que a decisão do Ministro Luiz Fux poderia levar à anulação de todas as outras leis que foram aprovadas da mesma forma, inclusive da Lei da Ficha Limpa.

No caso do afastamento do mandato do deputado Eduardo Cunha, novamente foi visível o forte apelo e aceitação popular sobre a medida que foi adotada com a Justificativa de proteger a própria Democracia. Entretanto, a ação que não tem previsão na legislação, criou a dúvida de até onde poderia ir a Suprema Corte, além de criar um problema que envolvia as duas Casas do Parlamento, mas que foi rapidamente resolvido por decisão do Presidente do Senado Federal.

Ainda assim, nesse mesmo caso, caberia maior prudência da Corte, pois como foi visto em caso recente, que diz respeito ao afastamento do Senador Aécio Neves, de extrema semelhança, mas que não é objetivo deste trabalho, o Congresso Nacional poderia ter se levantado contra a Corte, de forma que reduzisse os poderes da mesma, numa atitude completamente corporativista do Congresso, pois deixaria a ideia de que se fez com um, poderia fazer com qualquer outro, dado que a única argumentação dada para a corte para afastar Eduardo Cunha de seu cargo, teria sido extrema urgência e excepcionalidade do caso, algo que soa completamente abstrato e aberto.

No caso de Eduardo Cunha, o processo judicial ocorreu como fora previsto pela Corte, dado que a justificativa da decisão seria que o afastamento se faria necessário para a ocorrência do devido processo legal, sem risco de obstrução de justiça.

Já no caso do rito do *Impeachment* de Dilma Rousseff, a Corte atuou de forma a garantir o melhor processo legislativo para um caso que, em si, já é extremamente grave. Entretanto, como fora apontado pelo Ministro Toffoli, a Corte acabou por criar parlamentares de primeira e segunda categoria. Acabou, inclusive, hierarquizando o Senado logo acima da Câmara, que é a representante direta do povo.

Deste modo, acabou por desfigurar completamente a Lei e a Constituição, numa decisão que faria com que o STF fosse constantemente provocado a fim de explicar o que fazer no rito que ele mesmo criou, e que não era sequer costumeiro do Congresso Nacional.

Entretanto, num processo que, por ventura, possa ser questionado devido a vícios de origem, permitiu que obtivesse a legitimidade necessária por ter sido referendado do início ao fim pela Suprema Corte. A Corte trabalhou de forma a garantir que o devido processo legal e os direitos da então ré fossem plenamente garantidos.

Isso tudo nos leva a concluir que a atuação do Judiciário se faz plenamente necessária num cenário de extrema desigualdade e corrupção, como é o caso brasileiro. A garantia da Democracia se faz necessária tanto na inclusão de minorias no processo democrático, quanto

na busca pela garantia de direitos por meio da interpretação Constitucional, de forma que cada caso tenha a devida aplicação da lei, com as devidas particularidades.

Não há, contudo, em que se falar sobre ativismo judicial nestes casos. Entretanto, a Corte deveria ter mais cuidado ao proferir suas decisões, pois acaba por criar imbróglios jurídicos que ela mesma tem dificuldades em resolver, isso quando não aumenta a tensão entre os demais poderes e às vezes dentro da própria Corte.

Ainda assim, é visível o anseio da Corte em se tornar reconhecida frente a sociedade, de não ter sua legitimidade contestada. O STF tem adotado instrumentos que já são comuns ao processo legislativo, como consultas populares e audiências públicas, com o fim de tornar suas decisões mais próximas do cidadão.

Contudo, a observância dos limites que a Constituição impõe se faz necessária como freio e contrapeso para a atuação democrática. O Judiciário tem sim o dever de se manifestar e garantir a ordem democrática, entretanto, mesmo o Judiciário está passível de controle pela atuação dos outros Poderes, ou não haveria em que falar em Poderes independentes e harmônicos entre si. Isso existe como forma de garantir que nenhum Poder, nem mesmo o Judiciário, esteja acima dos demais. E mesmo que não se possa falar em separação de Poderes como Montesquieu gostaria que fosse, cada Poder tem sua função dentro de um regime democrático e cabe ao Judiciário verificar a plena aplicação das leis, correção das desigualdades na aplicação das mesmas e a plena garantia de direitos, sem que, contudo, passe por cima da função legislativa, que deveria atuar na busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

Referências Bibliográficas

- BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo e Legitimidade democrática. **Ordem dos Advogados do Brasil**, 01 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.
- BRASIL. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. **Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.**, Brasília, DF, 10 abr 1950.
- BRÍGIDO, C. Judiciário: ‘Nos EUA, julgamos temas relevantes’, Secretário-geral da Suprema Corte. **O Globo**, 21 Agosto 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/judiciario-nos-eua-julgamos-temas-relevantes-secretario-geral-da-suprema-corte-13677862>>.
- CONTINENTINO, M. C. História do Judicial Review - O Mito de Marbury. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Brasília, Jan/Mar 2015. 115-132.
- COSTA, F. M. Judicialização da Política e Ativismo Judicial à Luz do Procedimentalismo e do Substancialismo. **Conteúdo Jurídico**, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,judicializacao-da-politica-e-ativismo-judicial-a-luz-do-procedimentalismo-e-do-substancialismo,54385.html>>.
- HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. 512 p.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio** [Tradução de Sérgio Bath]. 3ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O ESPÍRITO DAS LEIS**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 11-40; 165-178; 285-290.
- RIBEIRO, M. C. P. Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista. **Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, 15 Outubro 2012. 219.
- ROSSI, A. S.; PAMPLONA, D. A. Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: Democracia e Constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, 2013. 13-29.
- SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. **As novas faces do Ativismo Judicial**, 2011. 73-114.
- SOLIANO, V. Ativismo Judicial no Brasil: Uma Definição. **Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali**, 2013. 590-623.
- STF. Ação Cautelar 4.070 Distrito Federal. **Acórdão**, Brasília, DF, 2016.
- STF. ADPF 378. **Processo de Impeachment. Definição da Legitimidade Constitucional do Rito Previsto na Lei n 1.079/50**, Brasília, 2016.
- STF. Mandado de Segurança nº 34.530. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.530 Distrito Federal**, Brasília, 2016.

TOLEDO, M. M.; REIGOTA, J. M. D. S. Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial no Brasil, 2011. 17.

VICTOR, S. F. **Dilálogo Insitucional e Controle de Constitucionalidade:** Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. 278 p.

WALDRON, J. **A Dignidade da Legislação.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.