

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO**

**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS**

**CURSO DE DIREITO**

**CLÁUDIO HENRIQUE DE PAULA RODRIGUES**

**A NATUREZA INSTITUCIONAL E O COMPORTAMENTO POLÍTICO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**São Luís**

**2017**

**CLÁUDIO HENRIQUE DE PAULA RODRIGUES**

**A NATUREZA INSTITUCIONAL E O COMPORTAMENTO POLÍTICO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao curso de  
Direito da Universidade Federal do  
Maranhão como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador (a):  
Prof<sup>ª</sup>. Anamaria Sousa Silva

São Luís

2017

RODRIGUES, CLÁUDIO HENRIQUE DE PAULA.

A NATUREZA INSTITUCIONAL E O COMPORTAMENTO POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL / CLÁUDIO HENRIQUE DE PAULA RODRIGUES. - 2017.

66 p.

Orientador(a): Anamaria Sousa Silva.  
Monografia (Graduação) - Curso de Direito,  
Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Ativismo judicial. 2. Comportamento político.  
3. Natureza institucional. 4. Politização da justiça.  
5. Supremo Tribunal Federal. I. Silva, Anamaria  
Sousa. II. Título.

**CLÁUDIO HENRIQUE DE PAULA RODRIGUES**

**A NATUREZA INSTITUCIONAL E O COMPORTAMENTO POLÍTICO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao curso de  
Direito da Universidade Federal do  
Maranhão como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof.<sup>a</sup> Doutora Anamaria Sousa Silva (Orientadora)

---

Examinador 1

---

Examinador 2

Ao Trino Deus, pelo amor  
imerecido, pela presença  
maravilhosa e graça infinita.

À minha mãe, Ana, por todo amor  
e sacrifício.

À minha irmã, Adriana, pelo amor,  
apoio e companheirismo.

À minha esposa, pela paciência,  
longanimidade e amor para  
comigo.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Deus de Israel, razão de minha vida, por toda a bondade e benignidade derramada em minha vida. E pela imensa ajuda na elaboração deste trabalho.

À minha mãe, Ana, por ser um instrumento de Deus em minha vida para que eu chegasse até aqui.

À minha irmã, Adriana, bênção de Deus e uma segunda mãe para mim.

À minha esposa, Flávia, presente de Deus, pelo amor e compreensão em suportar minhas falhas. E pela longanimidade em ter suportado minha ausência durante a execução deste trabalho.

À minha professora Anamaria, por ter me aceitado como orientando e pela atenção, mesmo em meio a tantas ocupações.

“Eu, eu sou o Senhor, e fora de mim não há Salvador. Eu anunciei, e salvei, e eu o fiz ouvir, e deus estranho não houve entre vós, pois sois as minhas testemunhas, diz o Senhor; eu sou Deus”.

**Isaías 43:11-1**

## RESUMO

Decisões políticas são expressões da função política propriamente dita, cujo exercício cabe, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, aos Poderes Legislativo e Executivo. Não obstante, reconhece-se, ao Supremo Tribunal Federal, um papel político específico, diferente daquele desempenhado pelos Poderes supracitados. Nota-se, porém, que, hodiernamente, a Suprema Corte brasileira exerce funções políticas, bem como prolata decisões fundamentadas em razões metajurídicas. Por tratar-se de um tribunal de natureza jurídica, constata-se, por conseguinte, que esse Egrégio Tribunal pratica ativismo judicial e politização da justiça, comportamentos teratológicos que se configuram como dimensões do comportamento político ilegítimo do máximo órgão do Poder Judiciário brasileiro.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Natureza institucional. Comportamento político. Ativismo judicial. Politização da justiça.



## ABSTRACT

Political decisions are expressions of the political function in the strict sense, whose assignment belongs to Legislative Power and Executive Power, in accordance with the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Nevertheless, it is recognized to the Federal Supreme Court a specific political attribution, different of that practiced by the Powers above mentioned. However, it is noticed that nowadays the Brazilian Supreme Court exercises political roles as well as issues decisions justified by the social and political reasons. Seeing that it is an legal nature Court, it means this Tribunal of Justice practices judicial activism and politicization of justice, unhealthy actions that threaten the Brazilian democracy and represent different dimensions of the political and spurious behavior of the Brazil's higher Tribunal.

**Keywords:** Federal Supreme Court. Institutional nature. Political behavior. Judicial activism. Politicization of justice.

## SUMÁRIO

|            |   |           |
|------------|---|-----------|
| <b>1</b>   | <b>INTRODUÇÃO</b>   | <b>9</b>  |
| <b>2</b>   | <b>POLÍTICA E DIREITO</b>                                 | <b>11</b> |
| 2.1        | Poder político  | 11        |
| 2.2        | Decisões políticas  | 13        |
| 2.3        | Poder jurisdicional                                       | 15        |
| 2.4        | Decisões jurídicas  | 16        |
| 2.5        | Considerações parciais                                    | 17        |
| <b>3</b>   | <b>CORTES JURÍDICAS E POLÍTICAS E A NATUREZA DO STF</b>   | <b>18</b> |
| 3.1        | Cortes constitucionais de natureza jurídica               | 19        |
| 3.2        | Cortes constitucionais de natureza política               | 22        |
| 3.3        | Natureza institucional do STF                             | 25        |
| 3.4        | Considerações parciais                                    | 27        |
| <b>4</b>   | <b>PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO</b>     | <b>28</b> |
| 4.1        | Judicialização das relações sociais                       | 28        |
| 4.2        | Politização da justiça                                    | 31        |
| 4.3        | Ativismo judicial   | 34        |
| 4.4        | Considerações parciais                                    | 36        |
| <b>5</b>   | <b>COMPORTEAMENTO POLÍTICO DO STF</b>                     | <b>38</b> |
| <b>5.1</b> | <b>STF e decisões ativistas</b>                           | <b>38</b> |
| 5.1.1      | Perda do mandato por desfiliação partidária               | 39        |
| 5.1.2      | Concretização de normas de eficácia limitada              | 39        |
| 5.1.3      | Vedação ao nepotismo na Administração Pública             | 40        |
| 5.1.4      | Reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas           | 41        |
| 5.1.5      | Controle das leis orçamentárias e das medidas provisórias | 42        |
| 5.1.6      | Anulação de concessão de refúgio político                 | 44        |
| 5.1.7      | Regulação do direito de greve dos servidores públicos     | 45        |
| <b>5.2</b> | <b>Politização na jurisprudência do STF</b>               | <b>46</b> |
| 5.2.1      | Cruzeiros bloqueados pelo plano Collor                    | 47        |
| 5.2.2      | Definição do conceito de “consumidor”                     | 48        |
| 5.2.3      | Propriedade do petróleo e gás natural                     | 48        |
| 5.2.4      | Monopólio estatal dos serviços postais                    | 49        |
| 5.2.5      | Aborto até o terceiro mês de gestação                     | 50        |

|            |  |           |
|------------|--|-----------|
| 5.2.6      | Constitucionalidade da EC nº 41/03                             | 51        |
| 5.2.7      | Meia-entrada de estudantes em eventos                          | 53        |
| 5.2.8      | ICMS e circulação de petróleo, combustíveis e energia elétrica | 55        |
| <b>5.3</b> | <b>Judicialização na jurisprudência do STF</b>                 | <b>57</b> |
| <b>5.4</b> | <b>Considerações parciais</b>                                  | <b>61</b> |
| <b>6</b>   | <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>                                    | <b>63</b> |
|            | <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>                              | <b>64</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre o protagonismo político-institucional dos órgãos jurisdicionais. Expressões como *ativismo judicial*, *politização da justiça* e *judicialização da política* são empregadas na literatura da Ciência Política, do Direito e das Ciências Sociais, sem harmonia conceitual, para designar a atuação política do Estado-juiz e suas diferentes dimensões. Ou seja, acusa-se o Poder Judiciário de comportar-se como órgão legislativo e político-administrativo. Da mesma sorte, os autores divergem quanto à legitimidade do ativismo, da politização e judicialização — uns creem se tratarem de comportamentos neutros; outros, de posturas desejáveis; e há os que entendem ser posturas ilegítimas.

No Brasil, é comum o uso dos termos supracitados para acusar o STF (Supremo Tribunal Federal) de atuar ilegitimamente como corte política. Essa questão liga-se intimamente a outra problemática: a definição da natureza institucional do STF. Pois é natural e legítimo um comportamento político de supremas cortes e tribunais constitucionais instituídos como órgãos políticos. Assim, torna-se muito mais difícil a caracterização de um comportamento político ilegítimo dessas espécies de tribunais.

A compreensão das temáticas supracitadas permite aferir-se se o STF atua, de fato, como órgão político ilegítimo. Isso implica em identificar se a Suprema Corte brasileira desrespeita as balizas erigidas pelo Estado Democrático de Direito e pelo princípio da Separação dos Poderes. Também possibilita conferir se a Egrégia Corte viola a harmonia nas relações institucionais em detrimento da vontade da Constituição.

Por conseguinte, a pesquisa tem como objetivos principais a definição da natureza política ou jurídica do STF. Objetiva também demonstrar se esse órgão comporta-se realmente como instituição política.

Para isso, buscam-se os seguintes objetivos secundários: 1) identificar os elementos que caracterizam o poder político, a função política, as decisões políticas, assim como a função jurisdicional e as decisões jurídicas; 2) retratar os atributos a consubstanciar a natureza institucional das supremas cortes e tribunais constitucionais; 3) aferir a essência política ou jurídica do STF; 4) expor o ativismo judicial, a politização da justiça e a judicialização enquanto dimensões desse protagonismo político-institucional do Poder Judiciário; e 5) reconhecer se essas dimensões encontram-se na jurisprudência do STF.

Para atingirem-se esses desideratos, a pesquisa norteia-se por uma abordagem qualitativa, através de pesquisa bibliográfica e documental. E utilizam-se os métodos dedutivo e indutivo bem como a técnica da documentação.

Dessa forma, no primeiro capítulo, descrevem-se os elementos caracterizadores do poder político, da função política e da função jurisdicional. Esses elementos permitem identificar e diferenciar as decisões políticas das decisões jurídicas. Assim, ao perscrutar-se a jurisprudência da Egrégia Corte, pode-se dizer se ela atua ou não como órgão político.

No segundo capítulo, para conferir-se a legitimidade de um provável comportamento político do STF, disserta-se sobre os atributos e funções que conformam a natureza política de alguns tribunais constitucionais e supremas cortes. Noutro giro, elencam-se as características e os papéis a consolidarem a natureza jurídica de outras cortes. Depois, evocam-se os elementos estruturais e funcionais que conformam o STF para aferir-se a sua real natureza institucional. Pois, como se demonstra, a atuação política dos tribunais de natureza política é-lhes inerente e legítima, o que dificulta, em larga medida, a consubstanciação de um atuar institucionalmente ilegítimo.

No terceiro capítulo, por conseguinte, destrincha-se o protagonismo político-institucional dos tribunais constitucionais e supremas cortes com o escopo de demonstrar-se a natureza multidimensional da expansão judicial nos domínios da política, economia e sociedade. Descreve-se a respeito do *ativismo judicial*, da *politização da justiça* e da *judicialização da política e das relações sociais* enquanto dimensões desse fenômeno institucional. E mostram-se os elementos políticos a constituírem essas dimensões assim como as diferentes decisões que delas promanam. Após isso, identifica-se a legitimidade ou ilegitimidade de cada dimensão apresentada.

No quarto capítulo, investiga-se a presença dessas dimensões na jurisprudência do STF, a fim de se conferir-se a Suprema Corte brasileira atua, de fato, como órgão político. Depois, analisa-se o comportamento do STF encaixa-se com o papel determinado pela sua natureza institucional, isto é, faz-se o cotejo entre o *ser* e o *dever-ser* desse tribunal à luz da democracia, do princípio da Separação dos Poderes e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Pois, dessa maneira, pode-se julgar a legitimidade ou ilegitimidade da hodierna atuação do mais importante tribunal do Brasil.

Como resultado da pesquisa, espera-se esclarecer a sociedade brasileira sobre qual é e qual deveria ser o papel desempenhado pela Suprema Corte brasileira. Assim ela poderá apoiar o papel desempenhado pelos Ministros do STF, caso se constate a sua legitimidade perante os padrões constitucionais e democráticos. Ou, noutro giro, poderá exercer uma cobrança social para que seus membros atuem dentro dos lindes institucionalmente estabelecidos caso se verifique a existência de um comportamento político ilegítimo.

## 2 POLÍTICA E DIREITO

Segundo Bobbio (2010, p. 954), entende-se *política*, numa acepção clássica, como “tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil público, e até mesmo sociável e social”. Modernamente, porém, tal termo passou a “ser comumente usado para indicar a atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, têm como termo de referência a *polis*, ou seja, o Estado” (BOBBIO, 2010, p. 954).

Quanto ao *direito*, pode-se designá-lo “conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social” (BOBBIO, 2010, p. 349).

Depreende-se das conceituações supracitadas que, conquanto sejam campos sociais interdependentes, política e o direito são campos discerníveis. E, com o escopo de verificar-se a natureza institucional dos tribunais constitucionais e supremas cortes e, por conseguinte, do STF, é imprescindível conhecer-se as características intrínsecas que definem as funções política e jurisdicional. Outrossim, é de suma importância compreender-se os atributos essenciais das decisões políticas e jurídicas enquanto manifestações extrínsecas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

### 2.1 Poder político

Segundo Russell (*apud* BOBBIO, 2010, p. 954), o poder é o “conjunto dos meios que permitem alcançar os efeitos desejados”. Divide-se em poder sobre a natureza e poder social (BOBBIO, 2010, p. 954-955). Esse segundo gênero é o “poder do homem sobre o homem” (BOBBIO, 2010, p. 955), onde se encontra o poder político.

O poder político, por seu turno, caracteriza-se pela “exclusividade do uso da força em relação à totalidade dos grupos que atuam num determinado contexto social” (BOBBIO, 2010, p. 956). Além da exclusividade, o autor italiano elencou outros dois atributos: *universalidade* e *inclusividade* (BOBBIO, 2010, p. 957):

[A universalidade é a] capacidade que tem os detentores do poder político, e eles sós, de tomar decisões legítimas e verdadeiramente eficazes para toda a coletividade, no que concerne à distribuição e destinação dos recursos (não apenas econômicos).[...][A inclusividade é a] possibilidade de intervir, de modo imperativo, em todas as esferas possíveis da atividade dos membros do grupo e de encaminhar ao fim desejado ou de a desviar a um fim não desejado, por meio de instrumentos de

ordenamento jurídico, isto é, de um conjunto de normas primárias destinadas aos membros do grupo e de normas secundárias destinadas a funcionários especializados, com autoridade para intervir em caso de violação daquelas.

A exclusividade, a universalidade e a inclusividade condensam os diversos elementos do poder político. O primeiro elemento é a funcionalidade. Como lembra Tavares (2005, p. 162), o termo “função” carece de uma definição e pode mesmo identificar-se com a noção de “poder”. Nesta pesquisa, a função identifica-se como elemento do poder político enquanto “execução de um encargo ou trabalho” (FARIAS, 1967, p. 416 *apud* TAVARES, 2005, p. 162). Donde se conclui que a funcionalidade consubstancia o carácter instrumental do poder político, isto é, de meio utilizado para persecução do interesse público. A concepção do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal (2007) sobre a função política corrobora esse raciocínio: “a função política corresponde à prática de atos que exprimem opções fundamentais sobre a definição e prossecução dos interesses ou fins essenciais da colectividade”.

A funcionalidade atina-se à discricionariedade, visto que o poder político é um poder discricionário, como lembra Lessa (1915, p. 59) *apud* Tavares (2005, p. 346):

Quais são as questões *exclusivamente políticas*? As que resolvem com faculdades *meramente políticas*, por meio de *poderes exclusivamente políticos*, isto é, que não têm como termos correlativos direitos encarnados nas pessoas, singulares ou coletivas, sobre que tais poderes se exercem. Quando à função de um poder, executivo ou legislativo, não corresponde, ou, antes, não se opõe direito, de uma pessoa, física ou moral, que a ação desse poder interessa, um tal poder pressupõe evidentemente o arbítrio da autoridade, em quem reside. É um poder *discricionário*, que portanto não pode ser restringido pela interferência de outro. Poder *meramente político* é um *poder discricionário*.

Em sentido amplo, a função política traduz-se nas atividades legiferantes e governativas ou políticas *strico sensu*, conforme ensina Jorge Miranda *apud* Tavares (2005, p. 345). E no mesmo sentido Di Pietro (2016, p. 84): “Basicamente, a função política compreende as atividades colegislativas e de direção”. Diferencia-se da função administrativa que, “compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia” (DI PIETRO, 2016, p. 84). Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.36) *apud* Marinela (2014, p. 17) também discrimina as funções política e administrativa:

A função administrativa caracteriza-se pela gestão rotineira dos assuntos da sociedade, agindo de forma concreta, prática, direta, imediata, não sendo o caso dos atos acima citados [atos políticos], que versam sobre **superior gestão da vida estatal** ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas. E mais, na função administrativa, estão em

pauta comportamentos infralegais ou infraconstitucionais, expedidos na intimidade de uma relação hierárquica, suscetíveis de revisão quanto à legalidade, o que não acontece nas hipóteses elencadas (grifos meus).

No direito brasileiro, atribuem-se as funções políticas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo (DI PIETRO, 2016, p. 86). A função legiferante consiste em criação de normas jurídicas. A função de governo (função política *stricto sensu*) atina-se à elaboração das “grandes diretrizes, que dirige, que comanda, que elabora os planos de governo nas suas várias áreas de atuação (DI PIETRO, 2016, p. 86).

Outro elemento é a racionalidade. Esse se refere às motivações que movem a função política a estabelecer os meios e objetivos a serem perseguidos pelo Estado. Essas razões podem ser de diversas ordens, como lembra Baum (1985, p. 188) *apud* Tavares (2005, p. 452):

É difícil a explicação das escolhas de diretrizes ou políticas em qualquer área do Governo. Os elaboradores de políticas são influenciados por ampla variedade de considerações que atuam mutuamente de maneira complexa. Dificilmente podemos dizer que determinada escolha de política por um legislativo ou um órgão administrativo resultou de um conjunto específico de influências e especificar com precisão a importância de cada influência.

Enfim, dos atributos concernentes ao poder político, extraem-se outros elementos, como a da governabilidade, imperatividade e legitimidade. Mas, por ora, interessam as dimensões da funcionalidade e da racionalidade. No próximo tópico, falar-se-á sobre o modo pelo qual se exerce a função política.

## 2.2 Decisões políticas

O poder político realiza-se através das decisões políticas. Mas o que são decisões políticas? Para David Easton (*apud* MALTEZ, 2009), a decisão política pode ser conceituada destarte:

[...] a ação é política quando está mais ou menos ligada à execução de decisões coercivas num dado sistema social. A política [e a decisão política] tem a ver com o nível de decisão da sociedade global, como a sociedade como um todo, dado que o sistema político pode ser definido como o sistema social mais inclusivo.

Robert Dahl (1988, p. 119) também conceitua a decisão política:



Naturalmente, seria possível apenas contemplar de forma passiva a atividade política, sem tomar decisões – mas seria também muito difícil. Com efeito, mesmo decidir por uma hipótese, dentre duas alternativas, implica uma escolha. De qualquer forma, não se pode participar ativamente na vida política sem tomar decisões. Na verdade não é isso que queremos dizer quando falamos em “ação política”? A ação política, como outras ações humanas, consiste em tomar decisões – em escolher de algum modo entre alternativas, e em tentar efetivar a escolha feita. Assim, no agir, somos obrigados a decidir que alternativa é melhor, ou menos insatisfatória.

Para André Ramos Tavares (2005, p. 452), a decisão política caracteriza-se pela “dificuldade de precisar seus fundamentos e de projetar suas orientações futuras. Em uma palavra, a liberdade de decisão quanto: (i) ao conteúdo; (ii) ao momento; (iii) ao alcance; (iv) ao prazo; (v) aos objetivos específicos”. Aqui Tavares caracteriza a decisão política pelo prisma da racionalidade, pois fala da conveniência (fundamentos, conteúdo e alcance) e oportunidade (momento e prazo), e pela perspectiva da funcionalidade (objetivos específicos). Baum (1985, p. 188) *apud* Tavares (2005, p. 452) também se refere à funcionalidade e racionalidade das decisões políticas ao mencionar as escolhas e influências que lhes são pertinentes.

Naturalmente, as decisões políticas apresentarão essas dimensões porquanto promanam do poder político. David Easton (*apud* MALTEZ, 2009) reforça o coro ao associar-lhes ao atributo da inclusividade. Por conseguinte, as decisões políticas também são marcadas pela discricionariedade.

A *ratio* da decisão política pode ter conteúdo variadíssimo (TAVARES, 2005, p. 452). Pode consistir-se em razões públicas: econômicas, sociais, políticas, institucionais, éticas ou morais, científicas, jurídicas, estéticas, filosófica, dentre outras. Ou motivações pessoais: corrupção, clientelismo, relações pessoais, nepotismo, bem como outras. As primeiras podem ou não ser legítimas; as segundas, sempre espúrias.

Portanto, a decisão política é aquela que estabelece imperativamente um objetivo à coletividade (elemento funcional). Ou aquela que usa critérios de oportunidade, conveniência e interesse (elemento racional) de conteúdo variado, não necessariamente político. Portanto, a racionalidade da ação política e os critérios de conveniência, oportunidade e interesse podem ter natureza política ou metapolítica. Em suma, o caráter político pode ser compreendido no contexto da relação racionalidade-funcionalidade ou na seara do conteúdo político dos juízos intrínsecos de oportunidade, conveniência e interesse. Logo, a decisão pode ser política pela racionalidade política, funcionalidade política ou por ambas.

### 2.3 Poder jurisdicional

Reconhece-se ter o Poder Judiciário função normativa, como quando elabora os regimentos internos dos Tribunais. Contudo, essa função não tem natureza política, senão normativo-administrativa, conforme lembra Bandeira de Mello (*apud* MARINELA, 2014, p. 17). Por isso, repisa-se: o Poder Judiciário possui função política passiva, mas não poder político, exceto em alguns países em que as supremas cortes criam o direito, como nos Estados Unidos, onde os “precedentes constituem a principal fonte do direito e, portanto, a atividade jurisdicional implica a própria criação do direito” (TRINDADE, 2011, p. 138).

No Brasil, ao Poder Judiciário compete o exercício da função normativo-administrativa e, preponderantemente, da função jurisdicional, “que representa a aplicação coativa da lei aos litigantes, estabelecer regras concretas (julga em concreto), não produzindo inovações primárias no mundo jurídico” (MARINELA, 2014, p. 16). Ou seja, na resolução dos conflitos concretos e normativos, cabe, ao Judiciário, utilizar-se do método jurisdicional, definido por Tavares (2005, p. 464) destarte:

Esse método pode ser definido, sinteticamente, como um arranjo ordenado de elementos consistente na discussão aberta das premissas a serem adotadas, na oitiva de pontos de vista diversos, na decisão juridicamente fundamentada e racionalizada, na neutralidade e imparcialidade [...]

Cabe também o exercício da jurisdição constitucional, conceito trazido por José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 23):

[Jurisdição constitucional é a] garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da “atividade do poder do ponto de vista da Constituição”, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.

No contexto brasileiro, exercem a jurisdição constitucional todos os órgãos do Poder Judiciário, com exceção do controle abstrato de constitucionalidade, exercido apenas pelo STF.

Há doutrinadores a defender a natureza política do controle de constitucionalidade e, por consequência, dos tribunais constitucionais e supremas cortes. Outros defendem sua natureza jurídica. Esse embate origina-se na clássica disputa entre Carl Schmitt e Kelsen

sobre a quem deveria atribuir-se a guarda da Constituição: se a um órgão político ou jurisdicional.

De fato, o controle de constitucionalidade tem implicações políticas, mas não se pode atribuir-lhe natureza política, pois trata da resolução de conflitos constitucionais, temática política em certa medida, mas através de métodos e fundamentos jurídicos (ENTERRÍA, 1970, p. 178) *apud* (SAMPAIO, 2002, p. 58-59), o que lhe garante natureza jurídica.

No *civil law*, sistema jurídico em que predomina o direito legislado enquanto fonte principal de direito, não se costuma outorgar poder político ao Judiciário, visto inexistir discricionariedade para criar normas jurídicas ou governar quando exerce a jurisdição, como se reconhece à Suprema Corte dos Estados Unidos, visto possuir liberdade para criar normas jurídicas vinculantes (COX, 1976 *apud* TAVARES, 2005). Porém, não se nega a importância política do Poder Judiciário, pois decide relevantes temas políticos; as decisões podem provocar grandes impactos sociais; e o próprio poder político ativo o tem como instrumento destinado a garantir a obediência e a transformação desejadas (BOBBIO, 2010, p. 957). Ademais, exerce função política negativa onde as decisões das cortes constitucionais tenham efeitos *erga omnes* no exercício do controle de constitucionalidade.

## 2.4 Decisões jurídicas

As decisões jurídicas não têm natureza discricionária (ação por conveniência e oportunidade). São decisões técnicas, tratam-se, logo, de decisões sobre meios (IRIBARNE *apud* MALTEZ, 2009). Ou seja, orientam-se por razões jurídicas, “noções de legalidade e de justiça e justifica-se não mediante argumentos de interesse, conveniência e oportunidade, mas invocando a lei, a jurisprudência e os princípios gerais de direito” (MINIUCI, 2014).

Dessa forma, as decisões jurídicas e políticas diferenciam-se pelas razões e argumentos, ou seja, pela racionalidade. As decisões jurídicas baseiam-se em argumentos institucionais (ÁVILA, 2010). “Os argumentos institucionais são aqueles que, sobre serem determinados por atos institucionais – parlamentares, administrativos, judiciais –, têm como ponto de referência o ordenamento jurídico” (ÁVILA, 2010, p. 7).

Logo, os argumentos institucionais referem-se a elementos imanentes e transcendentais ao sistema jurídico. Os primeiros dividem-se em linguísticos (sintáticos e semânticos) e sistemáticos (contextuais e jurisprudenciais); os segundos, a elementos

históricos e genéticos (semânticos e teleológicos). Diferenciam-se dos argumentos não-institucionais, argumentos práticos, quanto ao conteúdo (razões éticas, morais ou de justiça) ou quanto ao resultado (razões econômicas e sociopolíticas), pois visam a uma consequência desejada (ÁVILA, 2010). Esses, sim, típicos das decisões políticas.

Diferenciam-se também porque as decisões jurídicas não são discricionárias (TAVARES, 2005). Não obstante a interpretação que integra a norma jurídica seja subjetiva, o texto impõe limites semânticos a impedir a discricionariedade própria das decisões políticas (Streck, 2009).

## 2.5 Considerações parciais

O poder político propriamente dito possui várias dimensões. As duas que interessam a este trabalho são a da *funcionalidade e racionalidade*.

As decisões políticas estabelecem meios e fins (funcionalidade política) e norteiam-se por noções de conveniência, oportunidade e interesse (racionalidade política). Podem ter conteúdo político ou metapolítico.

No Brasil, ao Poder Judiciário destina-se, mormente, a função jurisdicional, que consiste na resolução de conflitos concretos e normativos (controles de constitucionalidade e legalidade); e a função normativo-administrativa, que não possui dimensão política. Não obstante, em alguns sistemas judiciários, como o dos Estados Unidos, os órgãos de cúpula têm, além da função jurisdicional, nítida função política, porquanto criam o direito.

As decisões jurídicas decorrem do exercício da função jurisdicional. Lastreiam-se em argumentos jurídicos ou institucionais (normas jurídicas e critérios de Direito enquanto ciência). Diferenciam-se das decisões políticas pela racionalidade jurídica, que consiste no uso de métodos e fundamentos de Direito, bem como pela falta de discricionariedade.

Os argumentos institucionais distinguem-se dos argumentos não-institucionais, que primam por uma consequência desejada, quer de conteúdo (consequência axiológica), quer de resultado (consequência econômica ou sociopolítica).

### 3 CORTES JURÍDICAS E POLÍTICAS E A NATUREZA DO STF

Como dito, desde a disputa entre Kelsen e Schmitt, discute-se sobre a natureza, política ou jurídica, da jurisdição constitucional:

Há variadas correntes a respeito da natureza dos Tribunais Constitucionais ou das Supremas Cortes no exercício da jurisdição constitucional, notadamente do controle de constitucionalidade. Para uma corrente, tais cortes [...] são órgãos políticos, especialmente legislativos, “uma segunda Câmara” ou “instância política suprema”. Uma segunda corrente não nega a natureza jurisdicional desses tribunais (SAMPAIO, 2002, p. 58).

Concorda-se com Tavares (2005), para quem a natureza da jurisdição constitucional é jurídica, não obstante haja alguns elementos políticos. Porém, não se concorda com o autor ao classificar aprioristicamente os tribunais constitucionais e cortes supremas como órgãos de natureza jurídica (TAVARES, 2005). Seriam assim considerados caso funcionassem exclusivamente para exercer a jurisdição constitucional. E, como lembra Johnson (1962, p. 26) *apud* Tavares (2005, p. 449), a Suprema Corte dos Estados Unidos possui natureza política:

Toda nação civilizada possui uma alta jurisdição de alguma forma, mas o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos difere de todos os outros pois **é mais que um tribunal**. Constitui, em verdade, **um-terçodo governo**, representando uma importante parte não somente decidindo que é hoje o povo norte-americano, **mas também o rumo que ele tomará amanhã**. (grifos meus).

Aprofundar-se-á a temática mais adiante. Por ora, é necessário descrever os perfis de um tribunal jurídico e político. Dessa forma, poder-se-á cotejá-los com os traços institucionais do STF, a fim de se identificar em qual deles se insere a Suprema Corte brasileira.

Perscrutar-se sobre a natureza institucional do STF é importante porque, onde as cortes de cúpula exercem funções políticas — como a criação do direito em decorrência da vinculação dos precedentes na *common law*, sistema jurídico que tem na jurisprudência a principal fonte do direito —, torna-se mais difícil a caracterização de desvios funcionais (RAMOS, 2010, p. 107-110).

### 3.1 Cortes constitucionais de natureza jurídica

André Ramos Tavares (2005) defende inexoravelmente a natureza jurisdicional dos tribunais constitucionais, pois analisa a jurisdição constitucional desvinculada de qualquer contexto institucional. Como se demonstrará alhures, esses órgãos nem sempre terão natureza jurídica.

De qualquer forma, a lição do eminente doutrinador é valiosa. Pois elenca as características essenciais de um tribunal jurídico em contraste com aquelas contingenciais, que consistem em “aspectos realmente políticos que, contudo, não influenciam a natureza jurisdicional desenvolvida pelo Tribunal Constitucional” (TAVARES, 1998, p. 31 *apud* TAVARES, 2005, p. 449).

Segundo o autor, o critério de escolha é relevante para se determinar a natureza de um tribunal. Para que esse seja jurídico, a nomeação também deve ser jurídica. E o será desde que se afaste o caráter pessoal da nomeação através da participação de vários atores políticos, e não apenas do chefe de governo ou de Estado, a fim de que o membro do tribunal não lhe deva favores: “Nesse sentido, a aprovação de um nome por um parlamento, mediante votação na qual se exija alguma sorte de maioria, cumpre o papel de afastar uma tal dependência” (TAVARES, 1998, p. 37 *apud* TAVARES, 2005, p. 456). Ainda segundo o doutrinador, a escolha do presidente ou representante do tribunal deve realizar-se somente pelos membros da corte (TAVARES, 2005, p. 457).

Elenca também as garantias que asseguram a independência funcional, quais sejam, o mandato fixo ou a vitaliciedade, a irredutibilidade da remuneração e a inamovibilidade (TAVARES, 2005, p.457-458).

Igualmente, afirma ser o fator decisional de suma relevância para caracterização de uma corte jurídica. Isto é, órgãos jurisdicionais devem tomar decisões jurídicas, e não políticas.

Acontece que a decisão pode classificar-se por quatro critérios (TAVARES, 2005, p. 463):

A solução de um litígio poderá considerar-se política, não por uma questão de natureza intrínseca das coisas, mas porque se entender (i) não ser o caso de adotar as vias jurídicas próprias (desvio para o método político); (ii) que o fundamento da decisão deve ser político (iii); que o conteúdo da decisão deve ser político; ou (iv) que os efeitos dessa decisão irradiados sejam políticos.

Como se observará, nem todos são determinantes para definir a natureza da decisão. Conforme o autor, para ser um órgão de natureza jurisdicional, o tribunal deve decidir por meio do método jurisdicional (TAVARES, 2005, p. 464):

O expediente adotado invariavelmente pelo Tribunal Constitucional é o jurisdicional. Esse método pode ser definido, sinteticamente, como um arranjo ordenado de elementos consistente na discussão aberta das premissas a serem adotadas, na oitiva de pontos de vista diversos, na decisão juridicamente fundamentada e racionalizada, na neutralidade e imparcialidade [...].

Além do método, as decisões de um órgão jurídico devem adotar fundamentos também jurídicos (TAVARES, 2005, p. 471-472):

A lição mais importante acerca dos fundamentos (motivação) das decisões de um Tribunal Constitucional é a de que só se devem admitir argumentos jurídicos ou de implicações jurídicas, jamais razões de mera oportunidade [...]. Caso contrário, não se estará diante de uma decisão jurídica, e, nessa medida, o resultado alcançado será ilegítimo, porque se terá promovido uma “metamorfose” [...] na natureza das decisões do Tribunal Constitucional.

Ao tratar dos aspectos metodológico e motivacional das decisões jurídicas, Tavares descreve o conteúdo da racionalidade das decisões jurídicas.

Quanto ao critério do conteúdo político das matérias a serem julgadas, não é, por si só, suficiente para se caracterizar como política a decisão. Como lembra García de Enterría (1970, p. 178) *apud* Sampaio (2002, p. 58-59):

Por uma parte, a generalidade e a amplitude dos conceitos normativos constitucionais, mais gerais ou concentrados normalmente do que o que é comum nas normas ordinárias ou derivadas; em segundo lugar, a distinta funcionalidade normativa da Constituição em relação às demais normas ordinárias; enfim, a transcendência mesma das decisões (decisões de conflitos e, portanto, em uma certa medida, decisões políticas elas mesmas, sem minguada de seu caráter jurisdicional [pois tomadas por critérios jurídicos]).

No que tange aos efeitos políticos da decisão, Tavares (1998, p. 63) *apud* Tavares (2002, p. 475) traz um exemplo para afirmar que a natureza jurídica da decisão não se desfigura em face de possíveis efeitos políticos:

[...] o caso de magistrado de primeira instância que anula eleições para prefeito por estar caracterizada a fraude eleitoral. Ora, ninguém nega que essa decisão produz efeitos políticos imediatos. Contudo, o exemplo serve para demonstrar que não é a decisão em si que contém esse tom político. São os destinatários dessa norma concreta que imprimem a ela, efeitos políticos imediatos. O “tom político” como que se agrega à sentença, mas não é a ela inerente. Assim não fosse e bastaria a mera divulgação, pela imprensa de determinada posição judicial para que esta assumisse feição política. Não é assim que se passa, contudo. Portanto, a caracterização da sentença, como política, só pode tomar em consideração a forma pela qual ela é proferida, não os seus efeitos, ou os seus destinatários, ou ainda seus prolores.

Tavares ainda disserta sobre as dimensões funcionais pertinentes a um tribunal constitucional de natureza jurídica. O autor reconhece existirem 6 (seis) dessas dimensões funcionais (TAVARES, 2005): 1) função interpretativa e enunciativa; 2) arbitral; 3) estruturante; 4) comunitarista; 5) legislativa; e 6) governativa.

A função interpretativa refere-se aos aspectos jurídico-rationais usados para decidirem-se os conflitos. A função arbitral consiste na mitigação ou eliminação dos conflitos institucionais, com o escopo de garantir-se a governança estatal. A estruturante verifica-se no papel de legislador negativo a fim de preservar-se a pirâmide jurídico-normativa estabelecida. A comunitarista traduz-se na garantia da prevalência do direito comunitário sobre o direito estatal. As funções legislativa e governativa serão tratadas à parte, pois são pertinentes a esta pesquisa.

Ao falar em função legislativa do tribunal constitucional, André Ramos Tavares não a toma na acepção estrita, que designa a atividade legiferante operada pelos parlamentos, senão em referência à criação do direito dentro dos limites interpretativos e hermenêuticos. Ambas se diferenciam porque a função legislativa propriamente dita tem um campo de liberdade infinitamente maior, balizado apenas pelas cláusulas pétreas (onde existirem). Assim, pode revogar leis e dispositivos constitucionais. Na criação judicial, contudo, as possibilidades decisórias limitam-se pela quantidade de interpretações possíveis do texto, como lembra Lenio Streck (2009). Logo, as decisões não podem ser *contra legem*. Nela, ocorre a escolha da interpretação que mais satisfaça o direito ou a justiça. Ou seja, busca-se a melhor decisão juridicamente.

Da mesma forma, André Ramos Tavares não confere função governativa *stricto sensu* aos órgãos jurisdicionais, pois não se lhes permite atuar discricionariamente. Como lembra o autor, há balizas a se observarem (TAVARES, 2005, p. 358):

Há, efetivamente, limites intransponíveis para o Tribunal Constitucional no exercício dessa categoria funcional específica: (i) não pode atuar de ofício; (ii) encontra-se circunscrito aos programas governativos constitucionalmente incorporados; (iii) deve respeitar, dentro da condicionante anterior, os âmbitos de atuação próprios dos demais “poderes”.

Elencaram-se os fatores intrínsecos das cortes de natureza jurídica. Não se pode esquecer, porém, dos fatores estruturais a formarem a conjuntura institucional em torno do tribunal. As supremas cortes e tribunais constitucionais de natureza jurídica inserem-se no sistema *civil law*, onde o direito legislado suplanta, em larga medida, o direito consuetudinário ou jurisprudencial.



Com efeito, os tribunais constitucionais de natureza jurídica têm função política em sentido lato. Pois exercem o papel de legislador negativo (função estruturante), atuam como mediadores nos conflitos institucionais (função arbitral) além de suas decisões provocarem grandes impactos políticos e sociais. Mas nega-se que possuam poder político e funções políticas em sentido estrito: função legiferante e função governativa. E, portanto, quando proferem decisões políticas, atuam ilegitimamente.

### 3.2 Cortes constitucionais de natureza política

Nem todos os tribunais constitucionais e supremas cortes possuem natureza jurídica. Alguns têm certos aspectos a torná-los órgãos essencialmente políticos.

Mauro Cappelletti delinea, a partir do Conselho Constitucional francês, as características que consubstanciam a natureza política de um órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade. Segundo o autor, a natureza política revela-se “na escolha e no *status* dos membros que dele fazem parte, quer, sobretudo, nas diversas competências do próprio órgão e nas modalidades de seu operar” (CAPPELLETTI, 1992, p. 29). E Favoreu (1967) *apud* Cappelletti (1992, p. 29-30), também com base no Conselho Constitucional francês, citou outra característica marcante dos tribunais políticos: a racionalidade política. Pois, conforme ele, esse órgão exerce função meramente política por nortear-se por critérios de conveniência e oportunidade (FAVOREU, 1967, *apud* CAPPELLETTI, 1992, p. 29-30).

Como visto, os critérios utilizados para definir a natureza política de uma corte foram os mesmos usados por Tavares (2005): forma de escolha e nomeação, funcionalidade e racionalidade (metodologia e fundamentação) das decisões. Contudo, os critérios aqui mencionados têm conteúdo político, diferentemente dos outros, cujo conteúdo é jurídico.

Ao perscrutarem-se os aspectos do *Conseil Constitutionnel*, nota-se, com efeito, tratar-se de órgão institucionalmente político (CAPPELLETTI, 1992, p. 29). Pois o *Conseil Constitutionnel* francês “é composto dos ex-Presidentes da República e de outros nove membros, três dos quais nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da *Assemblée Nationale*, e três, pelo Presidente do *Senát*” (CAPPELLETTI, 1992, p. 27-28). A natureza política dessa forma de escolha é patente, visto que as nomeações dão-se ao alvedrio de órgãos monocráticos. Isso implica em risco de pessoalização do exercício funcional, conforme lembra Tavares (2005). Ademais, o *Conseil Constitutionnel* compõe-se por ex-presidentes, enquanto os juristas são minoria. Dessa forma, depreende-se que se aceita a

incidência de razões políticas no manejo do controle de constitucionalidade, como lembrou Favoreu (1967) *apud* Cappelletti (1992, p. 29-30). Além disso, o Conselho Constitucional francês não atua jurisdicionalmente. O método de trabalho possui natureza eminentemente política:

O pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é emitido por maioria de votos, depois de um procedimento que se desenvolve em segredo, sem audiências orais, sem contraditório, um procedimento em que não existem verdadeiras partes, embora sendo admitida, na prática, a apresentação de memoriais escritos por parte dos órgãos interessados (CAPPELLETTI, 1992, p. 28).

E, como lembrou o autor italiano (1992), o controle é prévio e o parecer, vinculativo. Assim, a própria decisão do Conselho constitui o *iter* processual do texto a ser convocado em lei ou tratado internacional. Esse controle é obrigatório na elaboração de lei orgânica. Caso entenda ser inconstitucional o texto, pode propor reformas a torná-lo compatível com a Constituição francesa. Isso significa exercício de função política.

Logo, o contexto institucional no qual esse órgão se insere, confere-lhe todas as dimensões de um tribunal de natureza política: forma de escolha política, racionalidade política e funcionalidade política. A seguir, cita-se outro exemplo de corte institucionalmente política.

Trata-se da Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo Robert Dahl, a *Supreme Court* é, de veras, uma instituição de natureza política:

To consider the Supreme Court of the United States strictly as a legal institution is to underestimate its significance in the American political system. For it is also a political institution, an institution, that is to say, for arriving at decisions on controversial questions of national policy (Dahl, 1957, p. 279).

Mas quais seriam os aspectos a consubstanciar a natureza política dessa Corte? Conforme o autor, ela é política porquanto decide casos socialmente controversos. Essa decisão costuma ser discricionária haja vista a excepcionalidade do direito escrito e legislado no sistema da *common law* (CAPPELLETTI, 1993 *apud* RAMOS, 2010, p. 109). Ou seja, a adjudicação não se limita por uma norma estabelecida previamente, mas ela mesma a cria. Destarte, visto serem as decisões da *Supreme Court* vinculativas, conclui-se que ela, de fato, cria o direito:

Com efeito, existe na família originária do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas. A capacidade de estabelecer atos disciplinadores de condutas

futuras (e não apenas nos limites do caso a decidir, em desdobramento de textos legais ou judiciais previamente estipulados) conferida aos tribunais ingleses e estadunidenses se soma à possibilidade que detêm, de da ensejo ao exercício dessa função normativa, mediante a revogação de precedentes que, em tese, constituiriam um parâmetro a ser observado. Afinal, é disso que se trata quando, com grande margem de discricionariedade, um tribunal de apelação ou superior declara *overruled* um precedente emanado dele próprio e passa a agregar ao ordenamento um novo ato normativo vinculante (nos limites da força vinculativa do precedente) (RAMOS, 2010, p. 107-108).

Diante da parcimônia quanto à produção de leis, acaba o Poder Judiciário estadunidense, mormente a *Supreme Court*, a exercer função política: a criação do direito. Cox (1976, p. 100) *apud* Tavares (2005, p. 356) testemunhou a força política da máxima Corte dos Estados Unidos: “Earl Warren trouxe um período de extraordinária criatividade ao Direito constitucional, que aumentou grandemente a regra da Suprema Corte no governo Americano e, ademais, politizou o processo de julgamento constitucional”.

Igualmente Johnson (1962, p. 26) *apud* Tavares (2005, p. 346) corroborou a funcionalidade política da *Supreme Court*, enquanto órgão que decide os rumos da sociedade, e não apenas segue o que já se estabeleceu por meio da Constituição ou da lei:

Toda nação civilizada possui uma alta jurisdição de alguma forma, mas o Supremo Tribunal dos Estados Unidos difere de todos os outros pois é mais que um tribunal. Constitui, em verdade, um-terço do governo, representando uma importante parte não somente decidindo o que é hoje o povo norte-americano, mas também o rumo que ele tomará amanhã [...] Mas o Supremo Tribunal dos Estados Unidos não uma vez, mas em inúmeras ocasiões, tem determinado qual deve ser a legislação, o que em teoria é função exclusiva do Congresso.

Robert Dahl elencou outro atributo político da Suprema Corte estadunidense: a racionalidade política. Segundo ele, os seus membros decidem casos em que os métodos jurídicos mostram-se inadequados (Dahl, 1957, p. 280). Dessa forma, é mister recorrer-se a critérios políticos ou metajurídicos de decisão, mormente onde não existe uma norma jurídica a definir uma solução para o conflito:

I have described, the Court cannot act strictly as a legal institution. It must, that is to say, choose among controversial alternatives of public policy by appealing to at least some criteria of acceptability on questions of fact and value that cannot be found in or deduced from precedent, statute, and Constitution. It is in this sense that the Court is a national policy-maker, and it is this role that gives rise to the problem of the Court's existence in a political system ordinarily held to be democratic (DAHL, 1957, p. 281).

E, como lembrou Cox (1976) *apud* Tavares (2005, p. 356) que a presença de fatores políticos é uma realidade no processo de julgamento constitucional.

Em suma, o próprio contexto institucional dos Estados Unidos torna inexorável o exercício político-funcional da *Supreme Court*. E, pelo mesmo motivo, ela tem de recorrer a critérios metajurídicos para resolver os conflitos, face à excepcionalidade das normas legisladas e conseguinte insuficiência dos critérios jurídicos de decisão. Logo, essa instituição possui legitimidade para exercer função política e para decidir por critérios metajurídicos. Por isso, trata-se de tribunal de natureza política.

### 3.3 Natureza institucional do STF

Como lembra Renata Elaine Silva (2014, p. 88), muito se discute sobre qual a natureza institucional do STF: se política ou jurídica. Como aduz a autora, alguns entendem ser a Suprema Corte brasileira órgão político face aos efeitos políticos de suas decisões, pela sua forma e composição, bem como por julgar temas políticos, econômicos e sociais (SILVA, 2014).

Não obstante os argumentos supracitados, entende-se ser o STF órgão de natureza jurídica e função jurisdicional. Primeiro porque, segundo o art. 101 da Constituição da República, os seus membros devem ser escolhidos, pelo critério de notável saber jurídico, além de reputação ilibada. Assim, nota-se a vontade da Carta Magna em instituir um órgão tecnicamente jurídico. O Parágrafo único do mesmo artigo afirma que os “Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. Destarte, afasta-se a natureza pessoal da nomeação, conforme Tavares (1998, p.37) *apud* Tavares (2005, p. 456).

Para Renata Elaine Silva, o principal fundamento que assegura a natureza jurídica do STF está no princípio da Separação dos Poderes, visto que “o Supremo Tribunal Federal é um órgão especial de última instância que compõe o Poder Judiciário” (2014, p. 88). Por conseguinte, as suas decisões precisam obedecer a alguns parâmetros:

[...] devem empregar técnica jurídica, observar todo o sistema jurídico constitucional e adotar critérios objetivos dissociados de qualquer subjetivismo mediante o emprego da forma estabelecida pelo sistema de julgar (relatório, fundamentação e dispositivo) (SILVA, 2014, p 88).

Igualmente, a autora assevera que o STF não tem função legislativa (SILVA, 2014, p. 88). Consequentemente, não possui também função de governo, visto que os tribunais

de natureza política, como a *Supreme Court* dos Estados Unidos, exercem função de governo através da criação do direito. Além disso, lembra que os Ministros do STF não se vinculam a interesses político-partidários (SILVA, 2014, p. 88), diferentemente do que acontece no Conselho Constitucional francês, onde os membros podem exercer atividade política (SEGADO, 1991, p. 42 *apud* TAVARES, 2005, p. 456).

A independência funcional é outro aspecto a densificar a natureza jurídica da Suprema Corte brasileira (SILVA, 2014, p. 89). Nessa senda, a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos, garantias concedidas pela Constituição aos membros do Poder Judiciário, também lhe conformam a essência jurídica (TAVARES, 2005, p. 457-458). E Silva lembra que a imparcialidade e neutralidade impedem seu caráter político (2014, p. 88).

Ademais, o STF deve respeitar os limites normativos, e não criá-los:

As decisões podem até repercutir nos sistemas políticos, econômicos e sociais, pois em se tratando de matéria tributária, sempre haverá interesses políticos e econômicos envolvidos no litígio entre contribuintes e Poder Público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Todavia, o processo de decisão terá que respeitar o ordenamento jurídico, os limites impostos pela norma (moldura), tende em vista a textura aberta das normas (Silva, 2014, p. 89).

A Egrégia Corte deve, também, fundamentar juridicamente suas próprias decisões e evitar o emprego de razões políticas ou metajurídicas (SILVA, 2014, p. 90-91). Para Silva, ao STF não compete exercer função legiferante, pois é apenas o guardião da Lei Fundamental brasileira:

As decisões proferidas pela Suprema Corte não têm função legislativa e nem poderiam ter, pois este órgão é apenas aplicador e guardião do texto constitucional. A Constituição brasileira convive de forma bem ordenada com questões política e jurídica: todas as suas disposições são feitas de forma abstrata, contendo uma textura aberta necessária, de modo a servir às gerações futuras. Contudo, na sua função precípua de decidir, certamente o faz (e se não faz deveria fazer) dentro do sistema jurídico, mesmo que as questões impostas sejam de ordem constitucionalmente política (SILVA, 2014, p. 91).

O contexto extrínseco em que se insere o STF também assegura a sua natureza jurídica. Pois lhe compete guardar uma Constituição analítica, composta não apenas por princípios e diretrizes gerais, mas também por regras detalhadas, o que limita a sua discricionariedade. E, noutro giro, insere-se no sistema *civil law*, onde o direito legislado é a regra e, ao colmatar as omissões legislativas, deve fazer, *ex vi legis*, preferencialmente pela

analogia, técnica de integração que remete ao uso de norma destinada a reger casos semelhantes.

Por tudo isso, entende-se o STF como órgão de função jurisdicional que deve decidir os conflitos subjetivos e normativos orientados por razões jurídicas. Logo, trata-se de órgão cuja natureza institucional é jurídica.

### **3.4 Considerações parciais**

Como visto, os tribunais constitucionais e as supremas cortes podem ter natureza jurídica ou política. A fim de aferir-se a natureza institucional desses órgãos, devem observar-se as suas características intrínsecas e os aspectos institucionais que os cercam.

Os tribunais institucionalmente jurídicos caracterizam-se pela escolha técnica e impessoal de seus próprios membros, como também pelas garantias que asseguram a sua independência funcional. Outrossim, devem proferir decisões racionais e funcionalmente jurídicas, isto é, que se lastreiam no método jurisdicional, em motivações de direito e que se limitem a interpretar e revelar a vontade do ordenamento jurídico.

As cortes políticas, por seu turno, identificam-se pela escolha pessoal ou política de seus próprios membros, bem como pela legítima presença das dimensões racional e funcionalmente políticas em suas adjudicações. Ou seja, tratam-se de decisões que se valem de motivações metajurídicas e métodos políticos, e que estabelecem as diretrizes a serem seguidas pela sociedade. Ressalte-se que as cortes institucionalmente políticas têm legitimidade para proferirem decisões racionais e/ou funcionalmente políticas.

Viu-se, ademais, que o STF é uma corte de natureza jurídica, haja vista seus membros serem escolhidos por critério técnico e porque há mais de um órgão a participar do processo de escolha. Outra característica a consubstanciar a essência jurídica desse tribunal está nas garantias que propiciam a independência funcional de sua atuação. E, principalmente, a máxima Corte brasileira deve utilizar fundamentos jurídicos e método jurisdicional para solucionar os conflitos e apenas revelar a vontade do ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, o STF deve proferir decisões racionais e funcionalmente jurídicas.

## 4 PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

Para compreender-se o comportamento político do STF, é mister tratar-se sobre o **protagonismo político-institucional do Poder Judiciário**. Hodiernamente, esse Poder desempenha um papel institucional de maior relevo sociopolítico, que foge dos objetivos tradicionalmente imputados à função jurisdicional.

Esse protagonismo ocorre em vários países (CAMPOS, 2014). Atina-se principalmente ao exercício funcional dos órgãos de cúpula dos sistemas judiciários — *supremas cortes e tribunais constitucionais*.

Revela-se, ademais, em discerníveis dimensões inter-relacionadas. Aqui, tratar-se-á de três delas: *judicialização*, *ativismo judicial* e *politização da justiça*. Tais temas, com efeito, gravitam em torno da relação entre política e **órgãos judiciários** (cuja natureza pode ser jurídica ou política).

Há certa imprecisão e confusão no uso desses termos. Ora, utilizados como sinônimos; ora, numa relação de gênero para espécie. Assim, é preciso conhecer o que cada um designa, para então se compreender os elementos políticos que lhes constituem; entender-se se são legítimos; bem como se, e quais, estão presentes no comportamento do STF. Pois se constata serem tais fenômenos origem de peculiares decisões judiciais: 1) decisões judiciais sobre temas sociopolíticos; 2) com efeitos políticos; 3) funcionalmente políticas; e 4) racionalmente políticas.

A existência de qualquer uma das dimensões políticas (função política ou razão política), sem autorização institucional ou constitucional, em decisões judiciais indica a presença de ativismo judicial ou politização da justiça. A judicialização, por sua vez, não desemboca necessariamente na desnaturação da função jurisdicional, como se demonstrará alhures.

### 4.1 Judicialização das relações sociais

Conforme lembra Damasceno (2005, p. 57), há várias concepções sobre a judicialização:

[o] termo judicialização da política tem sido apropriado e usado para designar fenômenos diversos e em distintas áreas do saber, dentre outras: o direito, a

antropologia, a sociologia e a ciência política. Trata-se de uma autêntica miscelânea onde o que parece ser comum é a amplitude do significado conceitual que a expressão ganha em cada uma destas áreas do conhecimento, bem como, a divergência de sua essência entre as mesmas.

A judicialização refere-se à política e às relações sociais. Aqui há uma relação entre gênero e espécie:

O fenômeno da judicialização da política [...] nos remete ao fenômeno que tem sido denominado de *judicialização das relações sociais*. Assim, o que se denomina judicialização da política está inserido num contexto maior que é o da judicialização das relações sociais, ou seja, da submissão ao Poder Judiciário de questões outrora resolvidas por outros meios, sobretudo pelo poder tradicional (DAMASCENO, 2005, p. 71).

Vianna (1999, p. 149) assim discorre sobre a judicialização das relações sociais:

A invasão do direito no mundo contemporâneo não tem limitado as suas repercussões ao âmbito dos poderes republicanos e à esfera propriamente política [...]. Ela também vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, entre outros, das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis.

Conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a judicialização possui duas facetas. A primeira caracteriza-se

[na] progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais — *o espaço nobre do ativismo judicial* — para a arena judicial em vez de essas decisões serem tomadas nas arenas políticas tradicionais — Executivo e Legislativo (CAMPOS, 2014, p. 154).

A segunda acepção consiste na “extensão dos argumentos e métodos de decisão judicial aos outros centros políticos de decisão” (VALLINDER *apud* CAMPOS, 2014, p. 154). Esse entendimento coaduna-se aos escólios de Ferreira Filho (2011, p.276) e Vieira (2008).

A primeira acepção merece algumas observações. A judicialização consubstancia-se na transferência de poder decisório, por parte dos atores políticos e sociais, sobre questões políticas e sociais. Essa transferência contempla-se numa dimensão abstrata e noutra concreta. A transferência abstrata consiste na atribuição, por normas jurídicas, de competências para



decidir sobre matérias de cunho ético, econômico, político e social. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 156-230) atribui essa delegação aos seguintes fatores:

[...] ampliação do controle judicial sobre a administração pública, o alargamento do controle concentrado de constitucionalidade, e, mais recentemente, o seu papel normativo, a nível constitucional e infraconstitucional. [E ao] próprio texto [constitucional], detalhista e mal redigido, a previsão de princípios genéricos, mas impositivos, a abertura para a ação popular, para o inquérito civil e a ação civil pública, a própria autonomia do Ministério Público *etc*(FERREIRA FILHO, 2011, p. 230).

Na delegação de competências, há *juridicização da política* (GRIMM, 2006, p. 9-11), antecedente da estrita judicialização (judicialização concreta). É o que se depreende da lição de Tassinari, onde a judicialização caracteriza-se pelo **crescimento da litigiosidade** decorrente da **maior consagração de direitos e inefetividade estatal** em concretizá-los:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no âmbito da litigiosidade – característica da sociedade de massas (TASSINARI, 2013, p. 32).

Barroso (2013, p. 191) também leciona nesse sentido: “*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral **estão sendo decididas**, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (grifos meus).

Ferreira Filho entende ser o ativismo judicial uma das causas da judicialização por provocar a expansão do Poder Judiciário sobre a sociedade (2011, p. 275). Assim, porquanto o ativismo judicial vincula-se à vontade do órgão julgador (TASSINARI, 2013), conclui-se ser a judicialização exacerbada pela volição do juiz ou tribunal, mas não dela dependente (TASSINARI, 2013).

A judicialização origina decisões judiciais sobre temáticas políticas, sociais e morais face à delegação operada pela Carta Magna. Isso pode levar-se a imaginar que a Constituição outorgou também natureza política aos órgãos jurisdicionais e, por conseguinte, legitimados para proferir decisões políticas. Contudo, essa constatação desmorona diante de uma circumspecta reflexão.

Deveras, um dos aspectos da judicialização é a incidência de decisões judiciais sobre temas metajurídicos. Mas não significa que tais decisões deverão apresentar dimensão política funcional (avanço sobre as demarcações institucionais) ou dimensão política racional

(critérios que visam a avaliar a oportunidade e conveniência de uma norma ou medida). Embora se atinem àquelas áreas, podem orientar-se por critérios jurídicos de decisão e, portanto, guardar o caráter jurídico (Enterría, 1970, p. 178 *apud* Sampaio, 2002, p. 58-59). Igualmente, podem ter natureza jurídica mesmo se possuírem efeitos políticos (TAVARES, 1998). Portanto, a judicialização origina **decisões judiciais e jurídicas sobre questões sócias e políticas e decisões judiciais e jurídicas com efeitos políticos e sociais**.

São decisões legítimas porquanto não implicam em usurpação funcional, pois incidem no campo funcional estabelecido pela ordem jurídica. E também porque não torcem a vontade das normas jurídicas. Logo, respeitam o princípio da Separação dos Poderes. Mas admite-se haver, no contexto da judicialização, decisões judiciais funcionalmente políticas e decisões judiciais racionalmente políticas.

Na judicialização, o Poder Judiciário tem, quando, por exemplo, conclamado a decidir causas de *repercussão geral* em domínios metajurídicos, de apreciar argumentos e fatores de ordem extrajurídica. Isso ocorre para compreender-se o suporte fático transcendente, que vai além da lide concreta a ser julgada, sendo essa apenas um caso paradigmático, exemplar, de toda uma conjuntura estabelecida. Os argumentos extrajurídicos compõem apenas o núcleo das razões fáticas da decisão. Por isso são relevantes as audiências públicas e o *amicus curiae*. Mas, se os argumentos extrajurídicos ocuparem o lugar reservado aos fundamentos de direito para corromper a vontade da norma jurídica, ter-se-á, outro fenômeno institucional, como se demonstrará adiante.

## 4.2 Politização da justiça

Conforme Boaventura de Sousa Santos, a politização da justiça “consiste num tipo de questionamento da justiça que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam as regras da Separação dos Poderes dos órgãos de soberania” (2003). Ao mencionar os objetivos estranhos ao princípio da Separação dos Poderes, o autor português faz referência ao ponto nuclear da politização: a influência de critérios extrajurídicos na atividade jurisdicional. Mas quais seriam esses critérios?

Quando se refere ao questionamento da funcionalidade e credibilidade do sistema judicial, bem como às relações entre Justiça e comunicação social, (SANTOS, 2003), Boaventura faz menção à influência da mídia e opinião pública sobre as decisões judiciais.

Converge com a opinião do professor português o escólio de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, visto existirem “magistrados que notoriamente guiam seus votos pela ‘opinião pública’, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação da massa” (2011, p. 231-232). Mas Ferreira Filho enxerga outras três dimensões da politização, quais sejam, as decisões que, por serem orientadas por critérios de conveniência e oportunidade, invadem o campo do mérito administrativo e resultam em verdadeiras apreciações de caráter político-administrativo (FERREIRA FILHO, 2011, p 157); a imposição de um padrão adjudicatório “politicamente correto” a juízes e tribunais (FERREIRA FILHO, 2011, p. 232); e a *ideologização* da Justiça, quando os magistrados tornam-se protagonistas políticos ao utilizarem a jurisdição para concretização de seus próprios ideais socioeconômicos, o que pode resultar na *partidarização* da Justiça, quando as decisões judiciais são tomadas por questões político-partidárias (FERREIRA FILHO, 2011, p, 296-297).

Por seu turno, João Batista Damasceno usa o termo politização da justiça para designar o “fato de diversas vezes valerem-se as instituições judiciais de métodos que não lhe são próprios, e sim usuais nas disputas e demandas na arena política, procurando resolver desta forma conflitos que lhe são submetidos” (DAMASCENO, 2005, p. 149).

Para Maciel e Koener *apud* Damasceno (2005, p. 63), “se na ideia de política judicializada estão em evidência modelos diferenciais de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes”.

Ronald Dworkin também disserta sobre o problema dos fatores políticos na adjudicação ao afirmar que as decisões judiciais de natureza política não se atinam necessariamente a questões político-partidárias, mas a fundamentos políticos cujo juiz ou tribunal acredite ser social ou economicamente mais conveniente (DWORKIN, 2005, p. 3-4). São decisões judiciais orientadas em *policies*, padrões que estabelecem “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2011, p. 36).

Humberto Ávila trabalha com o tema ao mencionar as espécies de argumentos que podem incidir nas decisões judiciais, quais sejam, argumentos institucionais – cujo fulcro é o ordenamento jurídico – e não institucionais, “argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos” (ÁVILA, 2010, p. 17).

Como visto, a politização da justiça refere-se a influências extrajurídicas sobre a adjudicação. Ricardo Fernandes elenca as seguintes influências extrajurídicas que podem

atuar sobre a decisão judicial: influências intrínsecas à natureza humana do juiz, da mídia e opinião pública, das relações pessoais e da política (FERNANDES, 2013).

Como visto, nem todas as influências extrajurídicas são políticas em sentido estrito. Por exemplo, na linguagem comum, utiliza-se o termo “decisão política” para designar o julgamento orientado por relações clientelistas, de amizade ou qualquer outro tipo de influência pessoal. Contudo, isso faz parte do contexto da *pessoalização da Justiça* (DAMASCENO, 2005) ou das *relações pessoais* (FERNANDES, 2013), onde as decisões do Poder Judiciário, sejam jurisdicionais ou administrativas, marcam-se por fatores que violam a impessoalidade e a moralidade, abrindo-se ensejo “para o arbítrio, o favorecimento, o autoritarismo e para a cordialidade” (DAMASCENO, 2005, p. 134). Porém, segundo Ricardo Fernandes, as influências políticas, conquanto sejam amplas, referem-se a elementos que possuem naturezas semelhantes, quais sejam:

[...] fatores de natureza político-partidária (como possíveis pressões institucionais do corpo legislativo, ou das minorias parlamentares), governamental (como as do Executivo para o cumprimento das políticas públicas traçadas), político-ideológica, estratégica, que analisa as consequências *etc*” (FERNANDES, 2013, p.180).

De fato, a politização da justiça caracteriza-se pelo uso de juízos de conveniência, interesse e oportunidade em detrimento da vontade estabelecida pela norma jurídica. Logo, a politização da justiça origina decisões judiciais racionalmente políticas.

Como visto alhures, os juízos de conveniência e oportunidade podem ter conteúdo político ou metapolítico. Portanto, a politização da justiça *stricto sensu* resulta em decisões judiciais cuja *ratio* conforma-se por *inputs* que a orientam a buscar uma consequência política, econômica ou socialmente desejada. Num sentido mais amplo, origina também decisões judiciais cuja razão encontra-se na pressão midiática e da opinião pública. No primeiro caso, o juiz decide o que é melhor por critérios de Ciência Política, Economia e Sociologia (ciências metajurídicas) quando quer um resultado prático. No segundo, a decisão busca agradar à população ou imprensa. O juiz busca o melhor aos olhos da sociedade ou da mídia, ainda que não concorde.

Quando as decisões judiciais motivam-se por corrupção, amizade ou práticas clientelistas, não há politização, senão pessoalização da justiça (DAMASCENO 2005). Também originam decisões racionalmente políticas, cujos motivos são espúrios.

Quando o juiz ou tribunal quer um resultado axiológico (ou de conteúdo), utiliza critérios filosóficos, éticos, morais, e de justiça. Aqui não há politização da justiça, embora

também se originem decisões judiciais racionalmente políticas, e sim “influências intrínsecas à natureza do julgador” (FERNANDES, 2013). Ou seja, pré-conceitos ou valores do juiz que frequentemente influenciam a decisão judicial.

A politização da justiça é, portanto, uma das origens de decisões judiciais racionalmente políticas, como também o são os valores do julgador e as relações pessoais. Logo, as decisões politizadas são espécies de decisões racionalmente políticas. São ilegítimas, sob o prisma da Separação dos Poderes, quando, sem autorização, torcem o direito para que a decisão atenda a outros interesses que por ele não foram estabelecidos.

### 4.3 Ativismo judicial

O ativismo relaciona-se ao exercício da função jurisdicional. Portanto, manifesta-se por diferentes maneiras, visto depender da configuração institucional estabelecida (RAMOS, 2010, p. 104). Por exemplo, o que se pode considerar ativismo judicial no Brasil pode não o ser na Alemanha e vice-versa.

A locução *ativismo judicial* foi cunhada por Schlesinger, historiador estadunidense, em 1947. Segundo Campos (2014 p. 44):

Schlesinger apresentou o termo “ativismo judicial” exatamente como oposto à “autorrestrição judicial”. Para o autor, juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos “mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”.

Há autores a utilizá-la para denotar algo ruim, outros, para referir-se a um fenômeno neutro; e alguns, como algo positivo (RAMOS, 2014, p. 27).

Para Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial caracteriza-se num exercício funcional fora dos limites institucionais (RAMOS, 2010). Por isso, entende ser muito mais difícil ocorrer ativismo nos sistemas judiciários da *common law* em relação àqueles que adotam o *civil law*, visto ser função do próprio Poder Judiciário a criação do direito (RAMOS, 2010). Com efeito, lembra Cappelletti (1993, p. 123) *apud* Ramos (2010, p. 109) a excepcionalidade do direito legislador no sistema jurídico anglo-saxônico.

Para demonstrar como o contexto institucional é o parâmetro para aferir-se a existência de ativismo judicial, comparam-se as concepções de Luís Roberto Barroso e Clarissa Tassinari.

Para Barroso, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (2013, p. 195). Segundo ele, o ativismo judicial se expressa “por diferentes linhas de decisão” (BARROSO, 2013, p. 195), dentre as quais:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.

Clarissa Tassinari enxerga inconsistências na conceituação de Barroso: “O problema é que os elementos que Barroso elenca como caracterizadores do ativismo, no atual paradigma constitucional [brasileiro], devem ser inerentes a qualquer juiz no exercício de suas atribuições” (Tassinari, 2013, p. 31). Para ela, o ativismo judicial consubstancia-se pela “configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente” (2013, p. 36). Ou seja, “o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais” (TASSINARI, 2013, p. 37).

A concepção de Elival da Silva Ramos (2010, p. 129) caminha no mesmo sentido:

se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo (RAMOS, 2010, p. 116).

Ou seja:

[quando há] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Com efeito, o ativismo judicial consubstancia-se num avanço do Poder Judiciário sobre o campo funcional que compete, segundo o desenho institucional, a outro Poder. Configura-se quando, fora das hipóteses previstas, o órgão judicial extrapola os limites semânticos do texto (Streck, 2009) para criar norma jurídica; ou quando perverte a interpretação da norma jurídica para dar-lhe destinação diversa daquela que motivou sua criação; pois atua, nessas hipóteses, como órgão legiferante de fato, sem legitimidade. Assim também atua quando, como se fosse órgão de governo, decide sobre o mérito de ato administrativo ou conveniência de uma política pública, campo tradicionalmente reservado ao Poder Executivo.

Nas hipóteses aventadas, as decisões judiciais têm dimensão funcionalmente política, que confere à decisão judicial feição extrinsecamente política. Quando isso ocorre ao arrepio da lei ou da Constituição, diz-se que o Poder Judiciário proferiu uma decisão ativista.

O ativismo judicial e as decisões ativistas são ilegítimos porquanto consistem em avanço, não autorizado pela Constituição, do Poder Judiciário para além das funções que lhe foram outorgadas. Isso implica, noutras palavras, em desobediência ao princípio da Separação dos Poderes.

Uma observação! A politização da justiça implica em criação do direito, pois torce a vontade da norma estabelecida pelo legislador. Quando praticado numa situação concreta cujos efeitos jurídicos e sociais da decisão forem *interpartes*, ter-se-á, apenas, a politização. Mas, caso a politização resulte em decisão com efeitos *erga omnes*, ter-se-á, na prática, criação de norma jurídica de efeitos *erga omnes* e, conseqüentemente, ativismo judicial, pois, nesse caso, estar-se-ia criando uma norma contra a vontade do legislador.

#### 4.4 Considerações parciais

Metaforicamente, o protagonismo político-institucional do Poder Judiciário, especialmente, dos órgãos de cúpula, apresenta-se como experiência multidimensional. Algumas são legítimas; outras, ilegítimas; e algumas, espúrias.

Demonstrou-se serem tais fatos institucionais fontes de diferentes espécies de decisões judiciais. Da judicialização originam-se decisões judiciais políticas ou jurídicas. Tais decisões bifurcam-se em duas espécies: decisões judiciais **sobre matérias políticas e com efeitos políticos**. A politização da justiça erige **decisões judiciais racionalmente políticas**, porquanto a *ratio decidendi* contamina-se por critério metajurídico de decisão que resulta em

perversão da norma. O ativismo judicial origina **decisões judiciais funcionalmente políticas**, aquelas em que o Poder Judiciário assume funções ou competências que não lhe são atribuídas pela Constituição da República, notadamente aquelas que resultam em inovação jurídica de ordem primária e se atinam à “superior gestão vida estatal” Bandeira de Mello (2006, p.36) *apud* Marinela (2014, p. 17).

As decisões racionalmente políticas são legítimas se decorrerem de órgãos institucionalmente políticos, pois para isso foram instituídos. Da mesma forma, as decisões funcionalmente políticas são legítimas quando deles promanam. Assim como podem ser legítimas quando se originam de órgãos judiciais de natureza política, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, que pode criar o direito (COX, 1976), bem como utilizar argumentos políticos em seus julgamentos.



## 5 COMPORTAMENTO POLÍTICO DO STF

Os elementos políticos da racionalidade e funcionalidade permitem classificar as decisões em racionalmente políticas e funcionalmente políticas, embora normalmente esses elementos estejam juntos quando se originam dos Poderes Legislativo e Executivo.

Como visto, a natureza institucional do STF é jurídica/jurisdicional. Isso significa que a presença de racionalidade política ou funcionalidade política nas decisões dessa Corte é suficiente para afirmar-se a existência de decisões politizadas e ativistas, respectivamente. Pois, como visto, esses elementos políticos são naturais em decisões de cortes políticas, sendo, portanto, muito mais difícil a formação de decisões politizadas e ativistas.

Por isso, neste capítulo, apresentam-se votos e precedentes que possuam o elemento racional ou funcionalmente político para corroborar-se a tese de que o STF atua como corte política de fato, politizada e ativista.

Classificar-se-ão os votos e decisões em ativistas ou politizados. A categorização a se realizar levará em conta o elemento mais destacado nas decisões judiciais que apresentarem ambos os elementos políticos aqui tratados. Aproveitar-se-á o ensejo para trazer um caso de judicialização da política, para demonstrar como se utilizam elementos metajurídicos para determinar o suporte fático da demanda sem usá-los para torcer a vontade do direito.

### 5.1 STF e decisões ativistas

Conforme visto alhures, o ativismo judicial configura-se quando a corte ou tribunal exerce função legiferante ou política em sentido estrito sem autorização constitucional. Esse exercício consubstancia-se através de decisões funcionalmente políticas, que se caracterizam por conduzirem a sociedade e o Estado pelos meios e fins desejados.

Como dito, essa função cabe aos Poderes Legislativo e Executivo; enquanto que, ao Judiciário, resta decidir os casos conforme os meios e fins estabelecidos na lei e, sobretudo, na Constituição. Agora, citam-se abaixo alguns casos em que o STF praticou ativismo judicial, ao emitir, sem autorização da Carta de Outubro, decisões funcionalmente políticas.

### 5.1.1 Perda do mandato por desfiliação partidária

Nos Mandados de Segurança nº 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF julgou-se a questão da fidelidade partidária. Conforme o STF, no sistema eleitoral proporcional, o mandato pertence ao partido político. Assim, se o deputado abandonar o partido pelo qual se elegeu, perderá então o direito de exercer o mandato.

A Excelsa Corte corroborou entendimento do Tribunal Superior Eleitoral estabelecido em consulta realizada pelo Partido da Frente Liberal. A Suprema Corte modulou os efeitos da decisão, dando-lhe eficácia a partir da resposta do TSE à consulta.

De acordo com Elival da Silva Ramos, trata-se de decisão ativista (RAMOS, 2010, p. 116).

[...] a construção empreendida pelo Supremo Tribunal Federal para, sob determinados pressupostos, impor ao parlamentar eleito pelo sistema proporcional a perda do mandato em caso de desfiliação partidária configura um dos episódios mais característicos de ativismo judiciário de toda a história daquela Excelsa Corte.

Ramos reitera e justifica seu posicionamento (RAMOS, 2010, p. 250):

A afirmação de um princípio constitucional não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor normatização que ultrapasse os lindes de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de conduta.

Portanto, há um caso de criação do direito, função política que pertence ao Poder Legislativo. Logo, pode-se afirmar que o STF prolatou uma *decisão funcionalmente política*.

### 5.1.2 Concretização de normas de eficácia limitada

No julgamento do AgR no RE nº 410.715-5/SP, postulou-se a implementação do direito à educação infantil, por parte do Município de Santo André, com base no art. 208, IV, da Carta Política de 1988 (RAMOS, 2010, p. 264).

A norma supracitada é de eficácia limitada, visto necessitar de providências legislativas e administrativas para ser concretizada. Face às omissões dos Poderes Legislativo e Executivo do Município de Santo André, o STF consubstanciou a tese de possuir legitimidade para convolar o dispositivo suprarreferido em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme o voto do relator do julgamento (RAMOS, 2010, p. 265):

Esse caráter de fundamentalidade, de que se acha impregnado o direito à educação, autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante utilização, até mesmo, quando for o caso, de medidas extraordinárias que se destinem (...) a tornar efetivo (...) o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à educação.

O elemento funcionalmente político desse precedente consiste na definição discricionária da natureza “eficaz” da norma constitucional, tendo-se criação do direito (RAMOS, 2010, p. 266).

O STF também interveio nas funções de governo e administração, típicas do Poder Executivo, ao impor a adoção e concretização de determinada política pública. Logo, interferiu na apreciação da oportunidade e conveniência da medida, isto é, no mérito do ato administrativo, campo tradicionalmente considerado reservado à discricionariedade administrativa.

Por conseguinte, mais uma vez o STF erigiu uma *decisão funcionalmente política*, porquanto exercera função criativa de direito e político-administrativa, ainda que, nesse último caso, indiretamente.

### 5.1.3 Vedação ao nepotismo na Administração Pública

Conforme o julgamento do RE nº 579.951, a Egrégia Corte entendeu ser a prática do nepotismo ofensiva aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência (RAMOS, 2010, p. 259). A decisão em tela originou a polêmica Súmula Vinculante nº 13, cujo teor se transcreve em citação de Ramos (2010, p. 260):

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de cargo de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Observa-se que o STF vetou a prática do nepotismo apenas em relação a cargos e funções de natureza administrativa, não alcançando, portanto, aqueles de natureza política.

Visto resultar a Súmula Vinculante nº 13 da aplicação direta de princípios constitucionais e, por força do art. 103-A da Constituição, proinar efeitos que vinculam

todos os órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário, pode-se asseverar que o STF criou uma norma jurídica de natureza primária. Segundo salienta Ramos (2010, 2010, p. 259):

[...] ao discutir as situações fáticas postas a julgamento, viu-se a Suprema Corte na contingência de esboçar uma autêntica disciplina normativa para a matéria, que, com razoabilidade, permitisse alcançar o fim colimado: dar cabo a práticas de favorecimento parental no âmbito da Administração Pública.

E mais. Eduardo Appio (2008, p.2) *apud* Mori (2012, p. 55) indica que o Egrégio Tribunal não apenas criou uma norma, mas também substituiu a vontade do Constituinte (2008, p. 2):

Note-se, por fim, que a própria Constituição Federal estabelece que o provimento destes cargos comissionados [...] se dá com plena liberdade em favor do Administrador Público. Esta limitação, por conseguinte, somente poderia derivar de emenda à Constituição ou, pelo menos, lei federal aprovada pelo Congresso Nacional, mas nunca por decisão unilateral da mais alta Corte do país, ansiosa por regular o tema.

Para Ramos (2010), também se trata de ativismo judicial. Ora, mais uma vez, o maior tribunal da Justiça brasileira profere uma *decisão funcionalmente política*, visto como exerceu, no precedente em tela, papel de constituinte derivado, além de substituir a vontade do Constituinte.

#### 5.1.4 Reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas

O STF, em 2011, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, ajuizadas, respectivamente, pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Nessas ações, postulou-se o reconhecimento jurídico da união homoafetiva como entidade familiar. De acordo com o Procurador Geral da República (*apud* Streck, 2009, p. 78), a principiologia constitucional aponta para o “caráter meramente exemplificativo” da expressão “homem e mulher” constante do art. 226, §3º, da Constituição. Também pugnou pela exclusão de qualquer interpretação do art. 1.723 do Código Civil que restringisse o conceito de família a fim de excluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo, segundotranscrição do posicionamento do PGR (*apud* Barretto, Oliveira e Streck, 2009, p. 78):

A única interpretação que torna o preceito [art. 1273 CC – acrescentamos] compatível com a Lei Maior é a que concebe a expressão ‘homem e mulher’, contida em seu texto, como meramente exemplificativa, de forma a admitir a interpretação analógica do dispositivo, para que ele se estenda à união entre pessoas do mesmo sexo, desde que se configure como convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituição de família.

O STF julgou procedentes as ações, visto entender que a norma constitucional supracitada possui natureza inclusiva. Conforme Andréa Maria dos Santos Santana Vieira (*apud* MORI, 2012, p. 56), o Egrégio Tribunal deu “interpretação não-reducionista ao conceito de família a que alude a Constituição Federal”. Vieira (*apud* Mori, 2012, p. 56) também discorre sobre os fundamentos da decisão:

No mais, a considerar o direito subjetivo de constituir família, fundamentou-se ainda a decisão segundo os princípios da essencial dignidade da pessoa humana, na vertente de proteção à autonomia individual; da igualdade, ao impedir tratamento diferenciado segundo as preferências pessoais de cada um; da liberdade, no que tange à opção pela livre escolha de orientação sexual; da não discriminação, conquanto constitua um dos objetivos fundamentais da República; da segurança jurídica, como forma de afastar os efeitos decorrentes das relações homoafetivas e do direito à busca da felicidade enquanto postulado constitucional implícito.

Antes mesmo de o STF pronunciar-se sobre as ações, Streck (2009, p. 79) já entendia que uma eventual decisão de procedência nesse sentido significaria criação de norma constitucional e, por conseguinte, ativismo judicial:

[Transformação do] Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional [...] que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição [...], reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional (2009, p. 79).

Vieira (2012, p. 75) *apud* Mori (2012, p. 56) também entende haver ativismo neste julgamento, visto como a Excelsa Corte utilizara “de atuação hermenêutica sem precedente, de modo a buscar uma exegese que pudesse defender o posicionamento da Corte”. Logo, o STF proferiu decisão funcionalmente política.

### 5.1.5 Controle das leis orçamentárias e das medidas provisórias

Quando provocado a manifestar-se sobre a validade das leis orçamentárias face à Constituição, o STF tradicionalmente afirmava a não sindicabilidade dessas normas em sede

de controle abstrato de constitucionalidade (CAMPOS, 2014, p. 317). Posteriormente, essa tese foi temperada, e a Excelsa Corte passou a entender que cabe apreciar o caso concreto, a fim de observar se, de fato, há violação à Lei Fundamental e, assim, proceder ao controle da norma orçamentária (CAMPOS, 2014, p. 317).

Porém, a partir da ADI-MC nº 4.408/DF, o Egrégio Tribunal rompeu terminantemente com a tese da imunidade das leis orçamentárias (CAMPOS, 2014, p. 317):

Depois, na ADI-MC 4.048, a Corte ampliou definitivamente o poder de controle, abandonando de uma vez a possibilidade de imunidade da lei orçamentária quando passou a entender que toda lei, mesmo que de efeitos concretos, está sujeita ao controle concentrado e abstrato, inclusive e especificamente, as normas orçamentárias.

E, no mesmo julgamento, o STF realizou o controle dos requisitos de relevância e urgência da Medida Provisória 405/07 que, nos termos do art. 167, §3º, da Carta Magna, visava à abertura de créditos extraordinários “no valor de R\$ 5,4 bilhões para a Justiça Eleitoral e diversos órgãos do Poder Executivo” (BRASIL, 2008).

A Suprema Corte brasileira considerou haver inconstitucionalidade na Medida Provisória supracitada, pois, segundo ela, não estavam presentes os pressupostos de *urgência* e *imprevisibilidade*, exigidos pela norma constitucional supramencionada (CAMPOS, 2014, p. 318).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos classifica o controle sobre leis orçamentárias e requisitos de edição das medidas provisórias como prática ativista por consistir em exercício de função político-administrativa (2014, p. 317-318). Especificamente quanto ao controle dos pressupostos de *urgência* e *relevância* o autor transcreveu trecho do voto de Cezar Peluso, então Ministro do STF (2014, p.318):

Recorrendo a critérios pessoais, posso dizer que, em muitos ou na maioria dos casos de medida provisória, se me fosse dado, como agente constitucional, examinar se havia relevância e urgência, diria que não havia. Desse modo, posso até dizer, aqui, que não as há. Só que não me sinto autorizado, pela Constituição, a fazer esse juízo. Não foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal dizer se as há, ou não, relevância e urgência [...].

As leis orçamentárias e os pressupostos concernentes às medidas provisórias são matérias de natureza eminentemente política. Dessa forma, no julgamento da ADI-MC 4.408/DF, assevera-se que o STF proferiu decisões funcionalmente políticas, pois invadiu duplamente o espectro de atribuições reservadas ao Poder Executivo, interferindo, por conseguinte, na função de governo.

### 5.1.6 Anulação de concessão de refúgio político

Refere-se ao pedido de extradição de Cesare Battisti (Ext. nº 1.085), ativista político, acusado de homicídio pelo governo italiano e oficialmente refugiado no Brasil (CAMPOS, 2014, p. 318).

Nesse julgamento, o STF examinou a concessão do refúgio político por entender tratar-se de *ato administrativo vinculado*. E anulou a concessão por considerar insubsistentes os fundamentos elencados pelo então Ministro da Justiça, Tarso Genro, deferindo, conseqüentemente, o pedido de extradição (CAMPOS, 2014, p. 318): “Como o reconhecimento da condição de refúgio obsta o exame do pedido de extradição (artigo 33 da Lei 9.474/1997) em julgá-lo nulo, o Supremo abriu espaço para o julgamento de mérito”.

Para Campos, trata-se, com efeito, de interferência em campo destinado à avaliação discricionária do Poder Executivo (2014, p. 319):

Em decidir ter competência para tanto, o Supremo excluiu a competência política do Executivo de, na condução soberana das relações internacionais, excluir livremente de antemão a possibilidade de extradição. A maioria do Supremo, simplesmente, não admitiu pudesse o ato administrativo do Ministro da Justiça excluir a competência da Corte para o julgamento da extradição. Ela requalificou fatos, revisou razões, mediu a conveniência e a oportunidade do ato, enfim, ignorou o poder discricionário do Executivo para afirmar o da Corte e não deixar escapar mais essa questão relevante à sua jurisdição.

Por seu turno, a Ministra Cármen Lúcia (*apud* CAMPOS, 2014, p. 319), manifestou-se, nesse precedente, da seguinte forma:

Não vislumbro qualquer nódoa a macular o ato decisório no recurso emitido pelo Ministro da Justiça. Não acho que seja competência jurisdicional rever, independentemente do que, na condição de cidadã, eu pudesse pensar ou deixar de pensar sobre aquilo: no entanto, na condição de juíza, não vejo no proceder do Ministro da Justiça diferença sobre o que antes decidi reiteradamente este Supremo Tribunal na matéria [que] o reconhecimento da condição de refugiado, nos termos do art. 33 da Lei nº 9.474/97, (...) impede o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos mesmos fatos que fundamentaram a concessão do refúgio (...).

Novamente, o STF prolatou decisão funcionalmente política. Tal decisão revela que a Suprema Corte exerceu função de governo, ao decidir questão de cunho eminentemente político. E porque substituiu a vontade do Poder Executivo em matéria claramente discricionária.

### 5.1.7 Regulação do direito de greve dos servidores públicos

Quanto ao mandado de injunção, muito já se discutiu sobre os efeitos que dele deveriam promanar. De acordo com Rodrigo Mazzei (*apud* FERNANDES, 2015, p. 530), existem três correntes que se referem a tal questão:

- 1) **Teoria da subsidiariedade:** nesta, o Poder Judiciário se limita a tão somente declarar a mora legislativa, nos moldes da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.
- 2) **Teoria da independência jurisdicional:** nesta, a sentença do mandado de injunção possui caráter constitutivo *erga omnes*, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário editar norma geral se estendendo de forma abstrata a todos, inclusive a aqueles que não pleitearam a tutela.
- 3) **Teoria da resolatividade:** nesta, a sentença do mandado de injunção produz a norma para o **caso concreto** com natureza **constitutiva interpartes**, viabilizando o direito de forma imediata à luz da própria exegese do art. 5º, LXXI, da CR/88, que preleciona a concessão da injunção justamente para viabilizar direitos inviabilizados por falta de norma regulamentadora de norma constitucional, ocorrendo, portanto, uma “atividade integradora do Poder Judiciário”.

Conforme ressalta Bernardo Fernandes (2015, p. 530), a doutrina majoritária filia-se à *teoria da resolatividade*. No que se refere ao entendimento jurisprudencial, vigoram as seguintes teses (FERNANDES, 2015, p. 531-532):

- 1) **Tese Concretista:** esta iria viabilizar (implementar) o exercício do direito até que sobrevenha norma regulamentadora.
  - a) **Tese concretista geral:** iriaviabilizar (implementar) o exercício previsto na Constituição com efeitos *erga omnes*, ou seja, ao Poder Judiciário incumbiria a tarefa de elaborar a norma regulamentadora para suprir a omissão do legislador, só que com efeitos não apenas para o caso concreto, mas válida para todos [...].
  - b) **Tese concretista individual:** a mesma iria viabilizar (implementar) o direito previsto na Constituição com efeitos **interpartes**. Essa corrente se subdivide em: concretista direta e concretista intermediária.
    - . **Concretista direta:** é a corrente que sustenta que o Poder Judiciário deve viabilizar (implementar) o direito de forma imediata (de plano);
    - . **Concretista intermediária:** é a corrente que entende que o Poder Judiciário não deveria viabilizar o direito de forma imediata. Reconhecida a mora e dada ciência ao poder competente para supri-la, assim, caso o mesmo, num prazo determinado (estabelecido), não a suprisse, o órgão julgador da injunção deveria tomar as providências necessárias para concretizar o direito implementando-o.
- 2) **Tese não concretista:** [...] A mesma reconhece a mora, mas não implementa (não viabiliza) o exercício do direito para o autor da ação, apenas recomendando ao legislador que supra a mora [...].

O STF não adotava a tese concretista geral porque a considerava incompatível com o princípio da Separação dos Poderes. Adotava, sim, a posição não concretista,



tradicionalmente aplicada a partir do Mandado de Injunção nº 107/DF (FERNANDES, 2015, p. 531).

Porém, em 2007, com o julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, o STF mudou de entendimento. Nesses *writs*, entidades sindicais pleiteavam o direito de greve dos servidores públicos, conforme consta do art. 37, VII, da Lei Fundamental brasileira. Impedia-se o efetivo exercício desse direito porque o legislador não elaborou a norma infraconstitucional para regulamentá-lo, conforme ordenara o dispositivo supracitado.

Face à omissão do legislador, o STF determinou que se aplicasse, até a criação de lei que discipline especificamente o direito de greve dos servidores públicos, a Lei nº 7.783/89, norma geral que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

De acordo com Ariete Pontes de Oliveira, há, nesse caso, atitude criativa do STF (2014, p. 21). O próprio STF considerava a adoção da tese concretista geral como violadora da separação dos Poderes por atribuir-lhe papel normativo não outorgado pela Constituição (FERNANDES, 2015, p. 531).

Logo, pode-se assegurar que o STF mais uma vez funcionou como órgão normativo-criativo, visto atribuir efeitos *erga omnes* a decisão referente a *writ* que visa, claramente, à resolução de litígios de natureza subjetiva (CUNHA JÚNIOR, 2015), ou seja, que se destina à solução de conflitos concretos. Mais uma vez, portanto, o STF proferiu decisão funcionalmente política.

## **5.2 Politização na jurisprudência do STF**

Como dito alhures, as decisões racionalmente políticas o são porquanto têm como *ratio* ou fundamento elementos extrajurídicos, ou seja, critérios de conveniência e oportunidade de conteúdo metajurídico.

Com efeito, a jurisprudência do STF apresenta casos de decisões racionalmente políticas, como se mostrará a seguir.

### 5.2.1 Cruzeiros bloqueados pelo plano Collor

De acordo com Giovanna Mayer (2010), pode vislumbrar-se a aplicação da Análise Econômica do Direito nos votos dos então Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard e Néri da Silveira. Ou seja, há presença de elementos econômicos a nortear as teses pugnadas pelos então Ministros do STF.

O Ministro Celso de Mello (*apud* MAYER, 2010, p. 6) orientou-se pelo impacto que a decisão poderia causar na conjuntura econômica brasileira:

Dados oficiosos ministrados pela douta Advocacia-Geral da União, em memorial apresentado a esta Corte, evidenciam que o valor bloqueado, em 16.09.94, atinge a NCz\$ 8 trilhões e 187 bilhões de cruzados novos, sobre o valor aferido em março, o que constitui, **numa perspectiva macroeconômica** – e tendo presente, ainda, a existência de instrumentos regulatórios da liquidez na economia, postos à disposição do Governo Federal –, uma diferença pouco significativa, especialmente se se considerar que tal valor agrega os correspondentes juros e índice de correção monetária.

De qualquer maneira, porém, Sr. Presidente, é importante notar que o volume de recursos a serem liberados, **nas próprias palavras de nova autoridade monetária, que é o Banco Central do Brasil**, significativamente re reduzido, uma vez que os dados fornecidos por esta mesma autarquia federal, passados três meses de seu levantamento – o que nos permite cogitar de uma redução ainda maior da massa de recursos pendentes de liberação imediata do saldo residual não será de causar impacto maior que aquela que **a comprovada devolução anterior aparentemente não provocou**. (grifos da autora).

O Ministro Ilmar Galvão (*apud* MAYER, 2010, p. 6) defendeu que o desbloqueio dos ativos poderia prejudicar o plano econômico e causar grandes danos.

Por seu turno, o Ministro Paulo Brossard (*apud* MAYER, 2010, p. 6) manifestou-se desta forma:

Afirmou-se, por exemplo, que a liberação do dinheiro sequestrado acarretaria deletérias consequências na economia do país. Além de não ser jurídica, a alegação dá como certo o que não foi demonstrado. Encerra típico círculo vicioso. A essa alegação seria de opor outra, com maior verossimilhança, segundo a qual o bloqueio causou dolorosas consequências no país e na vida das pessoas – o desemprego, a recessão, a queda do produto interno bruto, a insegurança, a destruição do crédito público, sem eliminar a inflação. De qualquer sorte a alegação terrorista além de não ser jurídica, ficou indemonstrada. Não passou e não passa de uma afirmação e nada mais.

Conquanto houvesse manifestações a favor da restituição dos valores e, conseqüentemente, pela inconstitucionalidade do *Plano Collor*, o STF não decidiu sobre a constitucionalidade, visto estarem exauridos os efeitos da lei que o instituía. Mas constatam-se a existência de votos intrinsecamente políticos (ou racionalmente políticos).

### 5.2.2 Definição do conceito de “consumidor”

Nessa ação, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro questionou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços bancários, afirmando, dentre outras coisas, que a Constituição fez “uma distinção implícita entre consumidor e cliente bancário” (MAYER, 2010, p. 7).

Ao manifestar-se, o Ministro Nelson Jobim (*apud* MAYER, 2010, p. 7) aplicou conceitos de Economia para defender a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários de serviços bancários:

[...] a relação que se estabelece entre poupador e banco e entre banco e mutuário perfaz algumas etapas do ciclo do dinheiro e da moeda que cumpre sua função com a simples circulação. Não há ligação entre operações bancárias e a ideia de consumo.

Como observou Mayer (2010, p. 7), Jobim utilizara, para fundamentar o voto pela procedência da referida ADI, o conceito econômico de “consumidor” em detrimento da concepção jurídico-normativa. Assim, emitiu-se voto racionalmente político ou politizado.

### 5.2.3 Propriedade do petróleo e gás natural

Nessa ação, o Estado do Paraná impugnava dispositivos da Lei nº 9.478/97 que outorga a propriedade do petróleo e gás natural extraídos do solo ao concessionário. Para Giovanna Mayer (2010, p. 9), o voto do Ministro Eros Grau utilizou-se implicitamente da Análise Econômica do Direito para embasar seu respectivo voto:

Por fim, o Ministro Eros Grau iniciou seu voto fazendo uma distinção do enquadramento em que o petróleo possui dentro do regime de bens da União, rejeitando a tese de que se trata de bem de uso especial. Discorreu sobre os tipos de monopólio e afirmou que o monopólio do petróleo é um monopólio da atividade de extração, mas não da propriedade. Alertou que a concessão seria materialmente impossível se o concessionário não possui a propriedade livre do bem explorado, pois ela está sujeita a uma forte regulação da Agência Nacional do Petróleo. É, portanto, um novo regime de propriedade que se instala no direito brasileiro.

Segundo a autora (MAYER, 2010, p. 9), consta, nesse precedente, o critério nuclear da Análise Econômica do Direito, qual seja, a eficiência:

O Supremo, ao flexibilizar o monopólio sobre o produto da exploração da lavra, permitiu a transferência da propriedade do petróleo extraído à empresa concessionária (art. 26 da Lei 9.478/97), viabilizando a exploração mais eficiente desse recurso escasso, o que é elemento central da EAD [Análise Econômica do Direito].

Com efeito, o STF adotou o entendimento de Eros Grau. Por isso, é correto afirmar-se que o STF proferiu decisão racionalmente política, por ter como *ratio decidendi* a eficiência enquanto elemento de natureza econômica.

#### 5.2.4 Monopólio estatal dos serviços postais

Na ADPF 46, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição pleiteou o reconhecimento da não recepção, pela Constituição da República, da Lei nº 6.538/78. Essa norma estabelece o monopólio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) sobre a entrega de correspondências em todo o território nacional. A arguente invocou os princípios da livre iniciativa e livre concorrência para fundamentar a não recepção.

O então Ministro Marco Aurélio (*apud* Lane, 2006) faz, em respectivo voto, considerações político-ideológicas sobre qual deveria ser o papel do Estado no âmbito econômico:

Acontece que esse paradigma de Estado interventor, parâmetro para as Constituições brasileiras, de 1934 até o texto primitivo da Constituição de 1988, vem sendo alvo de duras e acertadas críticas, porquanto a experiência demonstrou a existência de um Estado ineficiente, paternalista, incompetente ao não atender com presteza à demanda dos cidadãos, causador de vultosos endividamentos públicos, um Estado esbanjador, inchado, incapaz de investir nas demandas sociais mais urgentes – transporte, habitação, saúde, educação, segurança pública [...]. O Estado deve atuar, sim, mas de maneira subsidiária, de forma a assegurar boas condições para o crescimento da economia e o melhor desenvolvimento das capacidades de cada indivíduo, garantindo igualdade de oportunidades (...).

Abandonemos o conceito de Estado burocrático, formalista, exageradamente apegado aos meios, extremamente rígido, instituído no Brasil na década de 30 para fazer oposição ao Estado patrimonialista (...).

Adotemos o modelo de Estado gerencial, em vigor nos países escandinavos, na Inglaterra, na Austrália [...]. Nessa toada, a atuação do Estado na atividade econômica deverá ocorrer apenas quando esta se mostrar falha, ou insuficiente, de modo que o Poder Público aja de maneira a corrigir as imperfeições que o mercado sozinho não for capaz de digerir [...].

Trata-se de argumentação metajurídica, de cunho político-econômico neoliberal, como pode constatar-se da lição de Friedman (*apud* LANE, 2006, p.23):

Technical monopoly may on occasion justify a *de facto* public monopoly. It cannot by itself justify a public monopoly achieved by making illegal for anyone else to compete. For example, there is no way to justify our present public monopoly of the post office. It may be argued that the carrying of mail is a technical monopoly and that government monopoly is the least of the evils. Along these lines, one could perhaps justify a government post office but not the present law, which makes it illegal for anybody else to carry mail. If the delivery of mail is a technical monopoly, no one will succeed in competition with the government. If it's not, there is no reason why the government should be engaged in it. The only way to find out is to leave other people free to enter.

Marco Aurélio votou pela procedência da ADPF 46. Porém, a tese vencedora foi a da improcedência, liderada pelo Ministro Eros Grau. E também se percebe, na manifestação Eros Grau, a presença de razões ideológicas nos fundamentos do voto. Ou seja, Eros Grau (*apud* LANE, 2006, p. 27) também mescla argumentos jurídicos com ponderações político-ideológicas:

A realidade nacional evidencia que nossos conflitos são trágicos. A sociedade civil não é capaz de solucionar esses conflitos. Não basta, portanto, a atuação meramente subsidiária do Estado. [...] A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição do Brasil e certamente não nos conduzirá a um bom destino.

Observa-se em ambos os posicionamentos a presença de considerações políticas e ideológicas a respeito de qual deve ser o papel do Estado na sociedade. Logo, pode-se afirmar: o STF proferiu decisão racionalmente política.

### 5.2.5 Aborto até o terceiro mês de gestação

Trata-se de *writ* impetrado contra prisão preventiva de acusados pelo crime de aborto. A medida foi decretada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça. Mas o STF a derrubou.

Em voto-vista, Luís Roberto Barroso pugnou pelo não cabimento do *habeas corpus*, visto que utilizado em lugar de recurso ordinário. Contudo, votou pela concessão *ex officio* da ordem, por entender tratar-se de matéria relevante.

O caráter funcional da decisão de Barroso aparece quando passa a ponderar sobre a constitucionalidade dos artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro. O Ministro reflete sobre a pertinência dos dispositivos e do papel estatal face ao aborto (STF, 2016):

Cabe acrescentar, ainda, que o Código Penal brasileiro data de 1940. E, a despeito de inúmeras atualizações ao longo dos anos, em relação aos crimes aqui versados – arts. 124 a 128 – ele conserva a mesma redação. Prova da defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos. Também a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita. [...] Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um. [...] Portanto, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. [...] Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). [...] Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. (grifos meus).

Além de propor a substituição da vontade da lei/legislador, o eminente Ministro utilizou cogitações atinentes à Política Criminal, Política Comparada e Sociologia para concluir pela inconstitucionalidade dos dispositivos. Portanto, novamente o STF prolata uma decisão racionalmente política.

#### 5.2.6 Constitucionalidade da EC nº 41/03

Pleiteou-se através da ADI nº 3.105 a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da EC nº 41/03, que instituíra a contribuição social de inativos e pensionistas. Segundo Roberta Simões Nascimento (2013), alegou-se a violação ao direito adquirido, à cláusula pétrea dos direitos fundamentais, à isonomia, ao não confisco, à irredutibilidade dos benefícios, bem como ausência de justa causa para instituir-se nova contribuição.

Nesse precedente, há várias manifestações extrajurídicas por parte de diferentes Ministros da Suprema Corte. Cezar Peluso (*apud* NASCIMENTO, 2013) invoca razões metajurídicas para votar pela procedência da ADI quanto ao *discrímen* percentual estatuído pela Emenda, e improcedência quanto à instituição do tributo:

A crise estrutural dos sistemas previdenciários estatais não é fenômeno recente, nem circunscrito ao país. Relatório do Banco Mundial, sob o título “*Avering the Old Age*

*Crisis, Policies to Protect the Old and Promote Growth*”, de 1994 já revelava tratar-se de persistente problema global. São patentes a atualidade e a pertinência do diagnóstico: (...)

Este inquietante quadro social, econômico e político, em que sob juízo isento e desapaixonado, não se pode deixar de situar o país, interessa ao Direito, porque subjaz como fonte de razão normativa (*ratio iuris*) à aprovação da EC nº 41/03, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário. [...] Antes de concluir o voto, de cuja largueza escuso-me pela complexidade jurídica e as repercussões sociais, econômicas e políticas do caso, a que é natural não sejam estranhas manifestações apaixonadas da opinião pública, reafirmo a velha convicção de que a esta Corte não cabe a tarefa de, sob os mais nobres propósitos, substituir-se aos órgãos republicanos competentes para legislar e para definir políticas públicas, nem tampouco de se fazer intérprete de aspirações populares que encontram, nas urnas, o instrumento constitucional de expressão e decisão. Pesa-lhe apenas a tarefa, de não menor nobreza e relevância no Estado Democrático de Direito, de velar pela Constituição, guardando-lhe, como elaboração e patrimônio da consciência jurídica nacional em dado momento histórico, todos os valores, princípios e normas que a compõem como um sistema de conexão de sentidos, cuja vocação é o de tutelar a dignidade da pessoa humana.

Não lhe bastam, nesse mister, os métodos tradicionais da argumentação jurídica, porque, como já se advertiu: “nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável” [Karl Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997, p. 517]

E da ponderação das repercussões creio não me ter apartado na formulação deste voto, que tende a garantir a viabilidade econômica de sistema da mais alta importância social e de não injuriar nem agravar a situação dos menos favorecidos.

Celso de Mello (*apud* NASCIMENTO, 2013) igualmente dissertou a respeito de circunstâncias extrajurídicas, contudo, para afirmar que não deveriam prevalecer:

Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer, jamais sobre o império da Constituição. Razões de Estado, por sua vez, não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito e afronta a princípios e valores essenciais que informam o nosso sistema de direito constitucional positivo [...].

Não obstante ter julgado improcedente a referida ADI, Sepúlveda Pertence (*apud* NASCIMENTO, 2013) considerou que “a imposição da contribuição previdenciária dos inativos [...] representará um impacto violento no orçamento doméstico de milhares e milhares de famílias [...]”.

Nelson Jobim (*apud* NASCIMENTO, 2013) também discorreu sobre questões metajurídicas ao tecer reflexões econômico-financeiras sobre o sistema atuarial, com o escopo de lastrear o voto pela improcedência do pedido:

Há um problema, meus caros Colegas, sobre essa questão de equilíbrio atuarial – é bom deixar explicitada neste ponto – porque a atuação se refere a uma parte da

matemática específica, ou estatística, que investiga problemas relacionados com o cálculo de seguros, à probabilidade de eventos, à avaliação de riscos, à fixação de prêmios e à análise de mercado econômico para o estabelecimento de planos e políticas de investimento. A ideia do equilíbrio atuarial determinam que o sistema previdenciário como um todo deve ter viabilidade econômico-financeira para o futuro e no futuro. Portanto, o equilíbrio atuarial não remete à noção de direitos e deveres individuais e, assim, não significa que toda contribuição deve ter uma causa eficiente, como se pretendeu – por isso, não pode ser levantado para justificar a suposta necessidade de causa para alteração do regime.

A visão que prepondera no equilíbrio não é a individual, ou seja, o direito individual de receber aquilo que pagou, mas a do sistema como um todo e a sua necessidade de ser auto-suficiente, de ser viável financeiramente. Equilíbrio atuarial é a necessidade de existir equivalência entre o ativo líquido do sistema e a sua reserva matemática, na linguagem dos atuários. Essa reserva significa a diferença entre as obrigações do plano para com os seus segurados, isto é, o valor atual dos beneficiários futuros, chamados custos previdenciários, para o momento atual – as obrigações dos segurados para com o plano, o valor atual das contribuições.

Se a previsão atual de arrecadação futura é maior do que a previsão atual do pagamento de benefícios futuros, o sistema reflete superávit. Se, do contrário, a previsão atual de arrecadação futura é menor do que a previsão atual de pagamento de benefícios futuros – essa diferença não se compensa com o patrimônio líquido atual do sistema –, o sistema está com déficit. É isto o que significa o princípio do equilíbrio atuarial: um cálculo matemático com regras de probabilidade, ou seja, uma especialidade matemática que trabalha exatamente com as ações de futuro, absolutamente nada a ver com as relações entre haver pago e ter direito a receber. Se fosse verdadeira a tese à qual me referi, teríamos a impossibilidade total de resolver as questões deficitárias do sistema, porque se tivéssemos que ter, a todo aumento ou criações de contribuições e tributo, um benefício subsequente, é evidente que não teríamos, em hipótese alguma, a possibilidade de trabalhar nesse sentido.

Roberta Nascimento (2013) critica o voto de Jobim ao afirmar que ele esquecera “que o sistema brasileiro de previdência social segue o modelo de repartição simples, não de capitalização [...]”.

Há, deveras, alto nível de politização nesse precedente. Veem-se, nos excertos citados, ponderações de ordem econômica, financeira, social e política *stricto sensu*, em ambas as teses: procedência e improcedência da ação. Logo, seguramente se assevera: o STF erigiu decisão racionalmente política.

### 5.2.7 Meia-entrada de estudantes em eventos

A Confederação Nacional do Comércio pediu, através dessa ação, que o STF declarasse inconstitucional a Lei estadual nº 7.844/92, do Estado de São Paulo. Essa norma estabeleceu o “direito ao pagamento de meia-entrada em casas de diversão, esporte, cultura e lazer” (LANE, 2006, p. 28).

Em favor da impugnação da norma supracitada, argumentou-se haver violação aos artigos 170 e 174 da Carta Magna, face à “indevida intervenção do Estado no domínio



econômico [e] instituição de planejamento vinculante e efetiva fixação de preços” (LANE, 2006, p. 28).

Julgou-se improcedente a ação. Nesse viés foi o voto do relator, Ministro Eros Grau (*apud* LANE, 2006, p. 30), que novamente tecera cogitações político-ideológicas sobre a função econômica do Estado:

[...] a intervenção do Estado na vida econômica consubstancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, como um princípio de segurança (...). Vale dizer: a chamada intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado. Não é adversa à lógica do sistema, que em verdade não a dispensa como elemento da sua própria essência. [...] O fato é que, se deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males [...].

O Ministro Marco Aurélio (*apud* LANE, 2006, p. 31) também ponderou sobre questões políticas e ideológicas, mas contra a intervenção estatal sem respectiva compensação econômica:

Essa forma de dispor, entretanto, com interferência de fundo na livre iniciativa, sem uma contrapartida, cumprimentando o Estado - e a premissa é esta - com chapéu alheio, é consentânea com a Constituição Federal? A meu ver, não [...]. Não vejo como fixar esse ônus, que acaba sendo suportado, ante a transferência, pela sociedade, tendo em conta a majoração da entrada para aqueles que não gozam do benefício, mediante uma norma, repito, não razoável, porque nela não se contém a contrapartida, ou seja, uma compensação - havendo uma desvantagem significativa - da perda daqueles que se lançam no mercado, na vida comercial, e precisam fugir à morte civil nessa mesma vida comercial, que é a falência.

Observa-se também ser racionalmente político o voto de Cezar Peluso (*apud* LANE, 2006, p.33):

Na verdade, a norma está interferindo em contratos, está tabelando prestações de contratos. Para um universo determinado de contraentes, é verdade, mas está tabelando ao prescrever que um universo tal de contraentes paga a metade do valor dos contratos [...]. O Estado não está proporcionando nada, está obrigando o particular a proporcionar. [...] O Estado faria melhor se concedesse incentivo fiscal para as empresas que admitissem meia entrada.

Como visto, em ambos os sentidos, houve manifestações sobre qual deveria ser a função do Estado na economia, segundo concepções pessoais. Por conseguinte, há nesse precedente dimensão racionalmente política.

### 5.2.8 ICMS e circulação de petróleo, combustíveis e energia elétrica

Nesse julgamento, analisou-se o alcance do art. 155, §2º, X, *b*, da Constituição, com o escopo de aferir-se o real objetivo dessa norma: se favorecimento das empresas ou dos consumidores finais. (NASCIMENTO, 2013). Ou seja, “discutiu-se a constitucionalidade da exigência do ICMS no âmbito do Estado de São Paulo [...] devido por consumidor final localizado em São Paulo adquirente dos insumos em referência provenientes do Rio de Janeiro” (NASCIMENTO, 2013).

De acordo com Marciano Seabra de Godoi (2006, p. 15) *apud* Nascimento (2013), os argumentos consequentialistas foram preponderantes para o resultado do julgamento:

Mas a argumentação que parece ter sido realmente decisiva entre a maioria do Pleno (que acompanhou o Relator) foi aquela guiada pelas consequências advindas da interpretação. Com efeito, a prevalecer a interpretação mais recomendada do ponto de vista literal/gramatical (e mesmo do ponto de vista da noção técnica do vocábulo “operações”), as distorções mercadológicas seriam gritantes, pois os consumidores iriam sempre preferir adquirir combustíveis e derivados em Estados vizinhos. No exemplo do Ministro Ilmar Galvão, “*as empresas de ônibus de Brasília iriam abastecer-se em Anápolis, obviamente*”.

Deveras, notam-se considerações consequentialistas, de cunho econômico, como demonstrou Nascimento (2013) ao transcrever trecho da interlocução entre os Ministros Aurélio, Jobim e Galvão:

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Então a saída passa a ser tributada à margem da imunidade constitucional, é isso?

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM** – Se tivéssemos adotado a posição do Ministro Marco Aurélio, o que teríamos? Teríamos que todos os consumidores passariam a adquirir petróleo no Estado vizinho.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Paciência, Ministro!

[...]

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM** – Então, veja o que se passaria: esta interpretação determinaria que todos os consumidores passariam a adquirir insumos no Estado produtor, e isto é nada mais, nada menos, que destruir toda possibilidade de uma circulação sem conflitos dos tributos no país.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Vamos reescrever a Constituição Federal?

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM** – Não, não vamos reescrevê-la (*rectius*). [...] O que se passa é que, se decidirmos dessa forma, não acompanhando o Ministro Ilmar Galvão, vamos estabelecer uma situação rigorosamente absurda no que diz respeito à partilha do tributo incidente sobre a situação.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Acaba-se, então, com a imunidade. Foi o que já disse: o preceito não define o beneficiário do tributo.

[...]

**O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR)** – O contrário seria o caos total. As empresas de ônibus de Brasília iriam abastecer-se em Anápolis, obviamente.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Ministro, os constituintes deveriam ter pensado nisso.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM** – Não, pensaram muito bem. V. Ex.<sup>a</sup>. é quem está criando uma situação nova, que vai criar um caos no sistema tributário brasileiro, o qual não pode ser atribuído ao Supremo Tribunal.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Não, Excelência, só não posso esvaziar certo instituto, como é o instituto da imunidade.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM** – V. Ex.<sup>a</sup>. precisa examinar as conseqüências do seu voto. As conseqüências demonstram o absurdo do voto; as conseqüências do voto é que determinam o equívoco da premissa.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Não, Excelência, não posso esvaziar o instituto, como é o instituto da imunidade, não posso bipartir, como disse, uma operação composta de saída e entrada de mercadorias em apenas entrada de mercadoria. Se há saída, há entrada, a operação é única, é um grande todo. Só não é um grande todo – e eu, aqui, coloquei no meu voto – naquele caso em que se importa mercadoria, em que a mercadoria vem do exterior. Aí não consideramos a saída, mas, nacionalmente, se a circulação é interna, temos, no ICM, a operação composta pela saída e entrada da mercadoria. Isso é o que se denomina, na sistemática tributária nacional, operação.

**O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR)** – Pode ser tributado em zero na saída e de forma plena na entrada.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Mas não está. Há distinção na Carta da República de dois institutos: o primeiro instituto é o da atribuição. Aí temos, quanto à mercadoria importada, preceito claríssimo; o segundo instituto é o da imunidade na venda de petróleo ou derivado para outro Estado. Essa imunidade apanha, beneficia a operação como um grande todo composto de saída e entrada.

**O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR)** – A constituição quis beneficiar o consumidor de petróleo, desde que este vá de um Estado para o outro.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Qual é a valia do preceito constitucional então? Apenas atribuir ao Estado destinatário da mercadoria o tributo? Isso não está na norma.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM** – Exatamente é esse o objetivo.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Não posso, como intérprete, por maior que seja a tentação que sofro, tentação evolutiva, abandonar os parâmetros da Constituição.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM** – V. Ex.<sup>a</sup>. está criando parâmetros que não estão no texto.

Sr. Presidente, se a decisão fosse no sentido preconizado pelo Ministro Marco Aurélio, como consequência de uma leitura dessa forma sugerida por ele teríamos a seguinte situação: todo consumidor que adquirisse petróleo – e quando falo em consumidor estou falando em indústria, estou falando na indústria de alumínio, estou falando em toda indústria que tem como insumo o petróleo –, toda indústria deixa de pagar tributo se adquirir petróleo em outro Estado, pois pagará se adquirir internamente. O que isso significa? Significa que vamos ter uma enorme busca e alteração completa de toda a malha distributiva de petróleo no País.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Já se disse que a Carta atual é quase uma Carta decaída. Que venha uma emenda para corrigir o que nela está.

Ao final, a tese da constitucionalidade da exigência do ICMS, estabelecida por lei paulistana, prevaleceu. Constatou-se a relevância dos fundamentos de natureza econômica e consequentialistas para que tal entendimento prevalecesse. Portanto, afirma-se que o STF prolatou, nesse julgamento, decisão racionalmente política.

### 5.3 Judicialização na jurisprudência do STF

Tomando-se como hipótese a natureza jurídica do STF, traz-se agora um caso de judicialização no STF: o julgamento da ADPF 186. Em 2009, o partido *Democratas* arguiu, perante o STF, a constitucionalidade de política afirmativa da Universidade de Brasília que reservara, por meio de atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, vagas para candidatos negros e índios (BRASIL, 2012).

Alegou-se violação aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana bem como ao direito universal da educação e do repúdio ao racismo. Não obstante, o STF julgou, por unanimidade, improcedente a arguição.

O caráter da judicialização consubstancia-se face à *juridicização* de matéria **política** e **litigiosidade** em torno da questão, conforme atestam trechos dos votos de Lewandowski e Fux, transcritos respectivamente (BRASIL, 2012):

Ademais, a questão relativa às ações afirmativas insere-se entre os temas clássicos do controle de constitucionalidade, aqui e alhures, sendo de toda a conveniência que a controvérsia exposta nesta ação seja definitivamente resolvida por esta Suprema Corte, de maneira a colocar fim a uma controvérsia que já se arrasta, sem solução definitiva, por várias décadas nas distintas instâncias jurisdicionais do País. [...] O debate acerca da legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa, especialmente as fundadas em critérios étnico-raciais, não é novo no Brasil. No âmbito do Poder Judiciário, há mais de uma década, decisões, nos mais variados sentidos, são proferidas sobre o assunto. Ora respaldam-se as iniciativas do Estado, ora rechaçam-se os programas do governo.

Conforme dito alhures, temáticas que transbordam os lindes do Direito podem demandar compreensão de toda uma situação transcendente. Isso implica, ao Judiciário, a necessidade de apreciar argumentos e estudos de outras ciências, com o escopo de conhecer fatores históricos, sociais, econômicos, políticos, antropológicos, biológicos, dentre outros, que podem compor a conjuntura fática em torno do tema a se decidir. Repisa-se. Na judicialização, não se utilizam tais elementos para perverter a vontade da lei ou da Constituição, mas para aclarar a matéria, a fim de dar-lhe o tratamento prescrito pela norma jurídica.

Com efeito, na ADPF 186, os Ministros evocaram dados, estudos e conceitos da Sociologia, Antropologia, Biologia, História e Ciência Política para densificar o conhecimento sobre a matéria a julgar-se, como se pode notar neste trecho do voto de Luiz Fux (BRASIL, 2012):

Nesse longo percurso até a mais alta Corte do País, a discussão ganhou maturidade suficiente para permitir sejam fixadas, de pronto, algumas **premissas indispensáveis ao correto enquadramento jurídico-constitucional** das políticas de ação afirmativa, notadamente as de caráter étnico-racial, como as discutidas na ADPF. A **primeira delas: no Brasil, a pobreza tem cor**. Por todo lado abundam dados que evidenciam o enorme abismo que separa as etnias formadoras da sociedade brasileira. [...] No campo específico da **escolaridade**, as **estatísticas** trazidas à balha pelo Ministério da Educação durante a audiência pública realizada nesta Corte dão conta de que **existe uma diferença de pelo menos dois anos na média de estudos entre brancos e afrodescendentes**. No Ensino Superior esse hiato se acentua: a taxa de frequência dos primeiros é quase o dobro daquela revelada por negros e pardos. Tal discrepância, como indicam os números, persiste e não se reduz com o passar do tempo.

A **segunda premissa: a disparidade econômico-social entre brancos e negros não é produto do acaso**. [...] As estatísticas de hoje são produto de ações pretéritas. Revelam com objetividade as **cicatrizes profundas deixadas pela opressão racial de anos de escravidão negra no Brasil**. Nesse período da história nacional, a cor da pele dizia, sem qualquer pudor, o lugar do indivíduo na sociedade. A situação de desigualdade decorre de um histórico de segregação e mazelas, em que a abolição da escravatura apenas serviu para trocar o negro de senhor: passou a ser escravo de um sistema feito para que nada mude, apesar das mudanças.

A **terceira premissa: a abolição do regime escravocrata** ocorrida no final do século XIX, embora tenha suprimido formalmente a submissão do negro, **não apagou o código racial que até hoje viceja dissimuladamente nas relações sociais do País**. [...] O preconceito e a discriminação, embora desde então não mais ostensivos ou institucionalizados, passaram a fazer vítimas em silêncio, camuflados sob o mito da “democracia racial”, tão propalada pela obra de Gilberto Freyre. O sociólogo Florestan Fernandes, já na década de 60, denunciava a inverdade dessa construção idealizada das relações raciais no Brasil: "Primeiro, generalizou um estado de espírito farisaico, que permitia atribuir à incapacidade ou irresponsabilidade do 'negro' os dramas humanos da 'população de cor' da cidade, com o que eles atestavam como índices insofismáveis de desigualdade econômica, social e política na ordenação das relações sociais. Segundo, isentou o 'branco' de qualquer obrigação, responsabilidade ou solidariedade morais, de alcance moral ou de natureza coletiva, perante os efeitos sociopáticos da espoliação abolicionista e da deterioração progressiva da situação sócio-econômica do negro e do mulato. Terceiro, revitalizou a técnica de focalizar e avaliar as relações entre 'negros' e 'brancos' através de exterioridades ou aparência dos ajustamentos raciais, forjando uma consciência falsa da realidade racial brasileira. Esta técnica não teve apenas utilidade imediata. Graças à persistência das condições que tornaram possível e necessária a sua exploração prática, ela implantou-se de tal maneira que se tornou o verdadeiro elo entre as duas épocas sucessivas da história cultural das relações entre 'negros' e 'brancos' na cidade. Em conseqüência, ela também concorreu para difundir e generalizar a consciência falsa da realidade racial, suscitando todo um elenco de convicções etnocêntricas: 1º) a idéia de que 'o negro não tem problemas no Brasil'; 2º) a idéia de que, pela própria índole do povo brasileiro, 'não existem distinções raciais entre nós'; 3º) a idéia de que as oportunidades de acumulação de riqueza, de prestígio social e de poder foram indistinta e igualmente acessíveis a todos, durante a expansão urbana e industrial da cidade de São Paulo, 4º) a idéia de que o 'preto está satisfeito' com sua condição social e estilo de vida em São Paulo; 5º) a idéia de que não existe, nunca existiu, nem existirá outro problema de justiça social com referência ao 'negro' excetuando-se o que foi resolvido pela revogação do estatuto servil e pela universalização da cidadania - o que pressupõe o corolário segundo o qual a miséria, a prostituição, a vagabundagem, a desorganização da família etc., imperantes na 'população de cor', seriam efeitos residuais, mas transitórios, a serem tratados pelos meios tradicionais e superados por mudanças qualitativas espontâneas."

(FERNANDES, Florestan. A integração do negro na sociedade de classes. 3ª. ed. São Paulo: Ática, 1978, pp. 255-256).

A quarta e **última premissa: políticas universalistas** (i.e., desapegadas a aspectos raciais) de melhoria das condições econômico-sociais da população **não são suficientes para combater a disparidade de índices de desenvolvimento humano entre brancos e negros no Brasil**. É que a injustiça racial opera não apenas no campo da distribuição das riquezas produzidas em sociedade. Envolve também uma significativa dimensão de reconhecimento, essencialmente cultural ou simbólica.

O próprio Ministro Fux evoca as premissas da transcendente conjuntura de desigualdade estabelecida entre negros e brancos a fim de “dar o correto enquadramento jurídico-constitucional” (BRASIL, 2012). Com o escopo de estabelecer o suporte fático da demanda, utilizou de argumentos da História, Sociologia, Estatística, Economia e Antropologia para entender os fatores históricos, sociais, econômicos e antropológicos que o constituem. Porém, não os usou para torcer a vontade da Constituição.

Outro voto rico em considerações metajurídicas foi o do Ministro Lewandowski, relator da ADPF 186 (BRASIL, 2012):

[...]

#### **POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA**

Passo, a seguir, ao exame do conceito de ação afirmativa, recorrentemente empregado nesta ADPF, em torno da qual gira grande parte da discussão nela travada. “Sob uma ótica acadêmica e de modo conciso, Myrl Duncan explica que uma ação afirmativa configura um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual”.[...]Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.

[...]

#### **ADOÇÃO DO CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL**

[...]

Cumprir afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores.

#### **CONSCIÊNCIA ÉTNICO-RACIAL COMO FATOR DE EXCLUSÃO**

Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la. Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas. Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da

discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.

[...]

Thomas Skidmore, a propósito, baseado em estudo histórico sobre o tema, lembra o seguinte: “tornava-se evidente que quanto mais escura fosse a pele de um brasileiro, mais probabilidades ele teria de estar no limite inferior da escala socioeconômica, e isso de acordo com todos os indicadores – renda, ocupação, educação. Os jornalistas não tardaram em aderir, dando provas circunstanciais de um modelo de discriminação sutil mas indisfarçável nas relações sociais. Já não era possível afirmar que o Brasil escapara da discriminação racial, embora ela nunca tenha sido oficializada, desde o período colonial. O peso cada vez maior das evidências demonstrava justamente o contrário, mesmo sendo um tipo de discriminação muito mais complexo do que o existente na sociedade birracial americana. As novas conclusões levaram alguns cientistas sociais a atacar a 'mitologia' que predominava na elite brasileira a respeito das relações raciais em sua sociedade. Florestan Fernandes acusava seus compatriotas de 'ter o preconceito de não ter preconceito' e de se aferrar ao 'mito da democracia racial'. Ao acreditar que a cor da pele nunca fora barreira para a ascensão social e econômica dos não brancos pudesse ser atribuída a qualquer outra coisa além do relativo subdesenvolvimento da sociedade ou da falta de iniciativa individual [...] justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial.

É o que pensa, por exemplo, Zygmunt Bauman, ao afirmar que “[...] a identificação é também um fator poderoso na estratificação, uma de suas dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos pólos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro polo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não tem o direito de manifestar as suas preferências e que no final se vêem oprimidos por identidades aplicadas e impostas por outros – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não tem permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam”.

As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas.

[...]

## **HETERO E AUTOIDENTIFICAÇÃO**

[...]

Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a **autoidentificação** e a **heteroidentificação** (identificação por terceiros).

Essa questão foi estudada pela mencionada Daniela Ikawa, nos seguintes termos:

“A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo.

Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato. A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos”.

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados **e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos**, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.

No voto de Lewandowski, encontram-se considerações antropológicas, políticas, históricas e sociológicas. O Ministro utilizou essas reflexões para conhecer os fatores que formam o suporte fático transcendente da demanda. Mas não se enxergou o uso de tais conhecimentos para perverter a vontade da Constituição.

#### 5.4 Considerações parciais

Deveras, decisões importantes do STF apresentam dimensões racional e funcionalmente políticas. No entanto, Pogrebinski (2011) rechaça a tese da existência de um ativismo judicial ou protagonismo político do STF. Para tanto, utiliza-se de uma abordagem estritamente quantitativa (POGREBINSCHI, 2011, p. 7):

Tanto a imprensa quanto a literatura especializada das Ciências Sociais e do Direito usualmente baseiam seus argumentos de que a judicialização da política redundam em ativismo judicial do STF em um seleto e limitado conjunto de casos que, por mais que não se apresente de modo estático, não tende a variar muito. [...] As falsas premissas do silogismo da judicialização não resistem ao teste dos fatos. Para concluir-se que a política é judicializada, o STF é ativista e o Legislativo encontra-se enfraquecido, faz-se necessário olhar não apenas para o volume das ações impetradas, mas também para os resultados daquelas efetivamente decididas pelo STF.

Campos (2014, p. 160), porém, evoca a insuficiência do critério estatístico para atestar a inexistência desse protagonismo institucional do STF:



Contudo, este método nivela todas as decisões judiciais, ignorando a diferença de importância entre as leis declaradas inconstitucionais, o nível diverso de esforço criativo-hermenêutico empregado e o maior ou menor impacto político e social das matérias julgadas.

O autor afirma que se deve analisar a temática sob o prisma qualitativo, tese também defendida por Caprice Roberts (2007, p. 573) *apud* Campos (2014, p. 160), para quem o ativismo judiciário “tem componentes que são inequivocamente qualitativos e, por essa razão, incapazes de redução quantitativa”.

Visto que a Suprema Corte brasileira comporta-se proativamente em temas de alta relevância política, como os votos e precedentes supracitados demonstram, assiste razão a Vieira (2008), ao afirmar que o “STF está hoje no centro de nosso sistema político”.

As cogitações acima servem para densificar a tese de um papel politicamente proativo do STF face aos argumentos que a negam. Os precedentes citados atestam que a Suprema Corte atua como órgão político. Enfim, demonstrou-se que o STF emite decisões racionais e funcionalmente políticas, atuando, portanto, como tribunal politizado e ativista, ou seja, como órgão político da fato.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, Direito e Política são âmbitos intimamente ligados, mas não idênticos. Nesta pesquisa, constatou-se que a anatomia do poder político e das funções política e jurisdicional diferenciam-se intrinsecamente pelo conteúdo diverso da racionalidade que conforma as decisões políticas daquele que está nas decisões jurídicas. Discernem-se também intrinsecamente através da funcionalidade, visto que as primeiras caracterizam-se por estabelecer os meios e objetivos a serem adotados pelo Estado, enquanto as segundas, pela obediência dos meios e objetivos já estabelecidos por aquelas.

Viu-se, outrossim, que os tribunais de natureza política caracterizam-se por serem órgãos institucionalmente legitimados a decidir por razões políticas ou exercer função política, mormente a criação do direito. E reconhecem-se as cortes de natureza jurídica e jurisdicional porquanto erigidas para resolverem conflitos concretos e normativos por meio do direito, isto é, dos meios e objetivos juridicizados pelas decisões políticas. Por conseguinte, concluiu-se ser o STF um tribunal de natureza jurídica e jurisdicional.

Percebeu-se, ademais, que o STF atua, contemporaneamente, como órgão político de fato, visto que, em decisões de grande repercussão política ou social, praticou a politização da justiça e o ativismo judicial, por meio de seus próprios membros, Turmas e Plenário.

Por tudo isso, conclui-se que o STF viola a Separação dos Poderes, atua ilegitimamente como órgão político de fato e desobedece à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dessa forma, é preciso haver uma mobilização dos atores sociais e políticos para que, democraticamente, possa-se preservar o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador. n. 21, jan/mar. 2010. Disponível em: <<http://ww.w.direitodoestado.com/revista/rede-21-janeiro-2010-humberto-avila.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro. n 49, p. 187-224, jul/set. 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13 ed. Coordenação de tradução: João Ferreira, Brasília: UNB; LGE, 2010. 2 v. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Distinções entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/163748936/distincoes-entre-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-o-mandado-de-injuncao>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

DAHL, Robert Alan. **Análise Política Moderna**. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

\_\_\_\_\_. Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 279-295. 1957. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

DAMASCENO, João Batista. **Justiça como poder: judicialização da política, politização da justiça e pessoalização da jurisdição**. 2005. 210 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) — Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed, 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial**: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro. 2013. 352 p. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LANE, Pedro. **STF**: decisões político-ideológicas nos casos de intervenção do Estado no domínio econômico. 2006. 54 p. Monografia (conclusão de curso Direito e Economia) — Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo. 2006.

MALTEZ, José Adelino. Tópicos político-jurídicos. Disponível em: <<http://maltez.info/aanetnovabiografia/Conceitos/decisaopolitica.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2014.

MAYER, Giovanna. As decisões do STF e do STJ entre a integridade e a análise econômica do Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 38, out. 2010. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao038/giovanna\\_mayer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao038/giovanna_mayer.html)>. Acesso em: 24 mar. 2017.

MINIUCI, Geraldo. O STF e a diferença entre decisão política e decisão técnica. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/o-stf-e-adiferenca-entre-decisao-politica-e-decisao-tecnica/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MORI, Maria Cristina Lima de. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial**: limites e possibilidades. 2012. 70 p. Trabalho de Curso (Graduação em Direito) — Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília, 2012.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **O consequencialismo econômico nas decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**: Um estudo crítico. 2013. 224 p. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

OLIVEIRA, Ariete Pontes de. Greve no serviço público e o ativismo judicial: efetividade do direito de greve. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=41be696537187bb3>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?:** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. v. 51, n. 204, p. 25-42, out/dez. 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A judicialização da política**. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/opiniaio/bss/078.php>>. Acesso em: 24 de mar. 2017.

SILVA, Renata Elaine. O Supremo Tribunal Federal órgão jurídico (não político). **Revista da Faculdade de Direito São Judas Tadeu**. Porto Alegre. n 1, p. 87-93, jan/jun. 2014. Disponível em: <<https://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/11-renata-silva.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Unisinos. v 1, n. 2, p. 75-83, jul/dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.  
TRINDADE, André Karam; FAUSTO, Santos de Moraes. Ativismo judicial: As experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba. n. 53, p. 57-84, jan/jun. 2011.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.





