

Desafios e incertezas na separação dos poderes

A divisão soberana de poderes que conviveriam entre si, desenvolvida por Montesquieu, na célebre obra *O espírito das leis*, tornou-se uma **incerteza** contemporânea.

Modernamente, a ideia da separação de poderes vem acompanhada da noção de interdependência entre os poderes, para que um pudesse controlar o outro. Assim, o principal meio de controle de cada poder individualmente se daria pelo sistema de freios e contrapesos.

Para Bonavides, o princípio da separação dos poderes seria um princípio decadente na técnica do constitucionalismo moderno, visto que o Estado atual deve ser eficaz na garantia da liberdade e da personalidade do indivíduo.¹

Com isso, a visão clássica da separação entre os poderes, “*que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais*”.² São endossadas teorias de democracia mais substantiva, em que o legislador pode ter a sua atuação limitada em prol dos direitos

¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 86.

² No mesmo sentido, Barroso: “O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais” (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 8, jan.-jun. 2012).

fundamentais. Desse modo, “*ênfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência*”.³⁻⁴

No Brasil, após o processo de redemocratização, que se consolidou com a Constituição de 1988, permitiu-se o acesso amplo ao controle abstrato da constitucionalidade. Com o aumento do escopo da jurisdição constitucional⁵, o processo de judicialização da política foi favorecido⁶, uma vez que qualquer partido com representação no congresso, entidades representativas da sociedade civil organizada e principais instituições dos Estados-membros passaram a ter o poder de provocar o STF.

Somem-se esses fatores à hiperconstitucionalização da vida contemporânea, como consequência do avanço de constituições rígidas. Esse fato favorece o aumento da jurisdição constitucional, uma vez que praticamente todos os temas que envolvem a sociedade podem ser levados à discussão Constitucional. Para Oscar Vieira, esse fato é “*consequência da desconfiança da democracia e não a sua causa*”.⁷ Com isso, haveria

³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 9, jan.-jun. 2012.

⁴ Para Vieira, “uma das características marcantes destes novos regimes foi a institucionalização de robustas jurisdições constitucionais, voltadas a assegurar pactos de transição, plasmados em ambiciosos textos constitucionais” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de direito da FGV, São Paulo, 2008, p. 444).

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, cit., p. 40. Para Sarmento, embora “pareça exagerado falar em superação da eterna querela entre jusnaturalistas e positivistas pela via do neoconstitucionalismo, não há dúvida de que a relevância prática da desavença é consideravelmente diminuída. [...] No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre espaço significativo para ela” (SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*, cit., p. 10).

⁶ “A escolha entre alternativas controvertidas de política nacional no âmbito da Constituição faz da função judicante uma função também “política” (DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência*, cit., p. 45). Para Oscar Vieira, ao ter de apreciar atos ligados à governança interna dos outros dois poderes, o Supremo “serve, nessas circunstâncias, como um tribunal de *pequenas causas políticas*” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit., p. 449).

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia* cit., p. 443.

uma “*opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do judiciário como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo*”.⁸

Nesse processo, a descrença do povo brasileiro em relação à política, de um modo geral, o que inclui o Poder Legislativo, é relevante. Essa visão é fortalecida pela mídia. Assim, há forte expectativa de que a solução dos problemas do País possa vir do Judiciário. Pode-se dizer que o julgamento e a condenação dos réus do “Mensalão” ilustram bem esse cenário, principalmente pelo televisionamento das sessões do STF, que tornaram o julgamento um grande debate público.

Dentro do próprio direito constitucional, contudo, há a possibilidade de haver colisão entre princípios e direitos fundamentais garantidos, o que importa, também, na ponderação destes direitos pelos juízes, pela utilização de ferramentas metodológicas. Por exemplo, clara tensão existente entre desenvolvimento nacional e proteção ao meio ambiente e entre liberdade de expressão e direito de privacidade. Desse modo, o **desafio** hoje não se concentra na possibilidade ou não da jurisdição constitucional, mas, sim, até onde ela poderia ir. Dependendo da corrente positivista adotada, defende-se um ativismo judicial maior ou menor.

O protagonismo judicial

Há, ainda, muita confusão na doutrina e jurisprudência acerca da conceituação deste fenômeno. Ativismo judicial não pode ser confundido com a “judicialização”.

⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia cit., p. 443.

A judicialização “*significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo*”.⁹ Com isso, há transferência de poder para os tribunais e alteração no modo de participação da sociedade nesse processo.

As causas dessa mutação decorrem da redemocratização do País, com a Constituição de 1988; a constitucionalização de matérias que antes não faziam parte do texto constitucional; e a abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, em que “*quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF*”.¹⁰

Barroso destaca o “*reconhecimento de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas*”; a “*crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral*”; e a percepção de que os atores políticos preferem que “*o judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade*”.¹¹

Com isso, esses atores evitariam o desgaste político notório na discussão de temas como união homoafetiva e aborto.

Importante destacar que toda atuação do STF se deu, mesmo nos seus anos de maior ativismo, de forma provocada, agindo dentro dos limites do que lhe foi pedido, cumprindo seu papel constitucional.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *REPERE*, Salvador: IBDP, n. 18, p. 3, abr.-jun. 2008.

¹⁰ Idem, p. 3-4.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit., p. 7.

O ativismo judicial, por sua vez, pode ser definido como “*uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance*”.¹² O ativismo, normalmente, pode ser observado “*em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva*”.¹³

A origem histórica do termo ativismo judicial foi cunhada nos Estados Unidos e

que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso.¹⁴

Essa interferência do Judiciário no espaço de atuação dos outros dois poderes, exercida de modo legítimo, teria como fim a concretização de valores constitucionais, uma vez que procura extrair o “*máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente*

¹² BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *RETE*, Salvador: IBDP, n. 18, p. 6, abr.-jun. 2008.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática, cit., p. 6.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit., p. 9.

construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”.¹⁵

A tensão naturalmente surgirá quando o caso concreto confrontar a autonomia do Judiciário e do direito em relação à política, mormente quando o próprio Estado é parte:

É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde.¹⁶

Para Oscar Vieira, a expansão da autoridade do Judiciário no Brasil ganhou contornos ainda mais acentuados que no resto do mundo, no que ele chama de “Supremocracia”. Esse termo teria dois sentidos: o primeiro se refere “à autoridade recentemente adquirida em governar jurisdicionalmente (rule) o Poder Judiciário no Brasil”.¹⁷ Para o autor, esse processo teria se consolidado com a criação da súmula vinculante. O segundo sentido se refere à expansão de autoridade do Supremo em relação aos demais poderes, que, com a Constituição de 1988, deslocou-se para o centro do arranjo político brasileiro.¹⁸ Na visão de Vieira,

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit., p. 11.

¹⁶ Idem p. 19-20.

¹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, cit., p. 444.

¹⁸ Um exemplo que vai ao encontro da mesma tese é o caso da Súmula 394. Após o STF a ter cancelado, excluindo do foro privilegiado os agentes públicos que deixassem o exercício da função, foi elaborada

a ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. [...] A distinção do Supremo (em relação a outros tribunais mundo a fora) é de escala e natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador.¹⁹

Thamy Pogrebinschi, por sua vez, afirma que o fortalecimento da democracia representativa pode se encontrar no incremento do papel das cortes constitucionais. Para a autora, as cortes constitucionais “podem ser tomadas como propulsoras da representação política, ampliando-a para além de sua forma moderna e de suas manifestações tradicionais”. Nesse sentido, entende que o escopo da representação política deve ser ampliado, a fim de que as cortes constitucionais sejam vistas como instância de representação política, convalidando e ampliando o trabalho do Legislativo, a despeito de seus membros não serem escolhidos por voto popular.²⁰

Segurança jurídica e o juiz legislador positivo contemporâneo

Inúmeros são os exemplos em que a Corte Suprema tem navegado na “onda” contemporânea do ativismo judicial, colocando em cheque a

lei, que restabelecia o entendimento anterior. A fim de preservar seu poder, a lei foi invalidada pelo STF, sob o argumento de usurpação da sua função de intérprete da Constituição.

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit., 445.

²⁰ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação*. Política direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 165.

segurança jurídica e quebrando o dogma da impossibilidade do juiz legislar positivamente. Pinço o caso do Mandado de Injunção que tratava do direito de greve no serviço público. Esse remédio constitucional tem como fim precípuo a defesa de direitos subjetivos em face da omissão do legislador, sempre que afetar direitos e liberdades constitucionais. Como o instituto não previa regras processuais, houve grandes discussões sobre como o STF deveria atuar, se deveria apenas fazer uma recomendação ao Legislativo, ou se deveria emitir regra sobre o tema levado a si. Inicialmente, existia o entendimento de que não haveria a faculdade de legislar pelo Judiciário, em vista do princípio da Separação dos Poderes e da democracia. Com isso, inicialmente, o STF firmou jurisprudência no sentido de que a ele caberia apenas constatar a inconstitucionalidade da omissão, determinando que o legislador tomasse as providências necessárias à resolução do problema.²¹

O instituto foi-se aperfeiçoando com o tempo e após o Mandado de Injunção 283 passou a ser fixado prazo para a devida manifestação do Legislativo, sob pena de perdas e danos. A virada do instituto acontece, contudo, no caso do direito de Greve dos Servidores Públicos. Em diversos entendimentos anteriores, que se iniciaram com o Mandado de Injunção 20, havia sido decidido que esse direito de greve só poderia ser exercido após a edição de Lei Complementar, que daria eficácia ao preceito constitucional do tema. Essa lei nunca foi editada.

No ano de 2006, no julgamento dos MI 712/PA e MI 670/ES, os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes passaram a defender “uma solução normativa e concretizadora para a omissão verificada”, uma vez que o tema estava aguardando solução desde 1988.²² Para Mendes, “a não regulação

²¹ MENDES, Gilmar et al. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1146-1150.

²² Idem, p. 1154-1157.

*do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. [...] Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta corte”.*²³ Com isso, o Ministro achou por bem recomendar uma sentença positiva e defende que essa postura é claramente vista na Itália. Para ele, no Estado Social, não basta apenas a declaração de inconstitucionalidade para que os direitos sejam garantidos, esses direitos devem ser efetivados e cabe ao Judiciário assegurar essa efetividade. Essa posição de Mendes foi acolhida pelo tribunal e o acórdão teve o seguinte dispositivo:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes.²⁴

Nesse exemplo, diante da clara e propositada omissão do legislador, o STF teve claro intuito ativista e ampliou sua competência a fim de julgar temas que reclamem uma solução diferenciada, para garantir a eficácia dos direitos envolvidos.

²³ MI 670/ES. Julgamento em 25.10.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 16 maio 2013.

²⁴ Idem.

Naturalmente, essa nova postura do STF estimula que as forças sociais passem a procurá-lo com mais frequência, o que contribui para uma significativa alteração da agenda da Corte, que passa a se defrontar com temas fortemente impregnados de conteúdo moral, como pesquisa de células-tronco, o aborto de anencéfalo e uniões homoafetivas.²⁵ Além disso, passa a intervir mais fortemente no processo político, quando suas decisões afetam, de forma direta e profunda, a atuação dos outros poderes. Como exemplo, podem ser citados os casos de perda de mandato parlamentar, estabelecimento de critérios rígidos para a quantidade de vereadores por municípios e a intensificação do controle judicial sobre as CPIs.²⁶

Parece-me que este é o panorama atual do ativismo judicial no Brasil. Todavia, essa “Supremocracia” tem o seu contraponto.

Os três principais contrapontos ao ativismo judicial

A fixação do limite constitucional ao ativismo judicial contemporâneo é o desafio da jurisdicional moderno ante às consequências do seu alargamento desenfreado. Essa falta de parâmetros já é objeto de severas críticas por parte da doutrina.

²⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil, cit., p. 21.

²⁶ Nas palavras de Barroso: “No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: 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” (Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit., p. 10-11).

Sarmiento apresenta três possíveis objeções ao neoconstitucionalismo, que podem ser lidas como críticas ao ativismo judicial. São elas:

(a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.²⁷

A **primeira crítica** se assenta na ideia de que as principais decisões políticas de uma sociedade devem ser tomadas por seus representantes eleitos democraticamente. Há a noção, por trás dessa crítica, de que o poder conferido aos juízes seria uma “espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com suas preferências políticas e valorativas”.²⁸ No Brasil, essa crítica não teve espaço, pois quase sempre se associa o ativismo judicial a posições sociais progressistas, o que nem sempre é verdade.

Para Barroso, haveria três tipos de censuras. A primeira seria de cunho político-ideológico e tem relação com o déficit democrático do Judiciário, pelo fato de os juízes não serem eleitos pelo povo, chamada de dificuldade contramajoritária. Desse modo, ao substituir a vontade do legislador ou do Executivo, o Judiciário desempenha, também, um papel político. A crítica se relaciona à teórica incapacidade de esses poderes, que tiveram sua vontade substituída, oporem-se à decisão judicial. Há, também, quem defenda que não há realmente defesa de direitos fundamentais e que

²⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil, cit., p. 24.

²⁸ Idem.

o Judiciário só representa uma “instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder”. Assim, a “*judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização*”.²⁹⁻³⁰

Nesse aspecto, pode-se acrescentar a opinião dos adeptos do realismo jurídico de que decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos julgadores; são politizadas e, segundo os cientistas sociais, são influenciadas por diversos fatores extrajurídicos. Todos os casos mais complexos, ao serem levados a julgamento, podem ter “mais de uma solução razoável a ser construída pelo intérprete”. Desse modo, ele escolheria aquela que mais se coaduna com suas opções pessoais, com suas ideologias, mesmo que inconscientemente.³¹ Os julgadores são humanos. Por exemplo, um julgador muito católico sempre terá a opinião em relação ao aborto, mesmo que de anencéfalos, diferente de outro julgador ateu e, por meio de argumentos jurídicos, cada um pode convencer e julgar de forma diversa.

A **segunda crítica** se refere à limitação do debate, em razão do excesso de linguagem técnica do Judiciário e dos espaços restritos à participação pública. Audiências públicas, a participação de *amicus curiae*

²⁹ Essa seria a perspectiva de Ran Hirschl, em *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, 2004, ao analisar as experiências do Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul. Apud BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, cit., p. 12.

³⁰ Em outro texto do mesmo autor, ao discutir legitimidade da jurisdição constitucional, Barroso afirma que os argumentos contrários são os seguintes: “A primeira: denominada *contramajoritária (countermajoritarian difficulty)*, resultante do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular. Segunda: os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis – e que exauem no âmbito do próprio judiciário –, não estão sujeitos a qualquer tipo de controle democrático, salvo a hipótese complexa e pouco comum de sua superação por via de emenda à Constituição”. Depois disso, conclui o autor que “é fora de dúvida que a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade foi amplamente vitoriosa, assim no debate acadêmico como na prática jurisprudencial” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 52-53).

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43.

em processos judiciais e a possibilidade de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil são movimentos que tentam atenuar essa crítica, mas não eliminam o problema.³² De todo modo, o excesso de participação popular também pode prejudicar o processo de jurisdição, porquanto a politização e a paixão não devem tomar o lugar da razão e da técnica. Nesse aspecto, vale ressaltar que a transmissão de julgamentos por meio de canal oficial confere legitimidade à jurisdição constitucional e representa traço distintivo do Brasil em relação ao mundo. Com esse modelo, Barroso afirma que o Brasil segue um modelo agregativo e não deliberativo, em que

a decisão é produto da soma de votos individuais e não da construção argumentativa de pronunciamentos consensuais ou intermediários. Isso não significa que não possam ocorrer mudanças de opinião durante os debates. Mas o modelo não é concebido como uma troca de impressões previamente à definição de uma posição final.³³

Por fim, a **principal crítica** talvez seja a relacionada à capacidade institucional do Judiciário. A fim de limitar a ingerência judicial sobre todo e qualquer tema, foram elaboradas duas ideias, que devem ser observadas pelo julgador: a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos. A capacidade institucional “envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria”. Nesse aspecto, por exemplo, podem-se observar casos que envolvam matéria

³² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 14.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, cit., p. 40.

regulatória, em que o próprio legislador delegou competência, por se achar inapto à tamanha técnica.³⁴

Além disso, o Judiciário deve avaliar o risco de efeitos sistêmicos de uma decisão mal sopesada, sempre que houver dúvida sobre o seu impacto sobre um segmento econômico ou sobre um setor regulado. Um exemplo claro e atual sobre o tema é a questão de decisões em matéria de saúde, em que o Estado é condenado a prestar determinados tratamentos milionários a pessoas com doenças raras, sem que se observe o risco que a reunião de muitos processos do mesmo gênero poderia causar ao Sistema Único de Saúde e seus beneficiados.

Nesse sentido, afirma Barroso que sempre que não estiver em jogo direitos fundamentais ou procedimentos democráticos, “os juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política”.³⁵

A doutrina da deferência aos atos de outro poder tem como fonte principal o caso *Chevron, Inc. v. National Resorce Defense Council*, de 1984,³⁶ que é considerado o *leading case* sobre a sindicabilidade de um ato

³⁴ Quanto a esse ponto, Vellêda Bivar fala de limitações estruturais e técnicas do judiciário, ressaltando que a quantidade excessiva de trabalho impediria a implementação de teorias hermenêuticas mais elaboradas no dia-a-dia dos tribunais (DIAS NETA, Vellêda Bivar Soares. *A interpretação dos direitos fundamentais: argumentação jurídica e hermenêutica na motivação das decisões judiciais*. Fortaleza: XIX CONPEDI, jun. 2010. (paper)

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 16.

³⁶ CHEVRON U. S. A. *Natural Resources Defense Council. INC., ET AL.* 467 U.S. 837. Supreme Court of United States. Argued February 29, 1984. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar_case?case=14437597860792759765&hl=pt-PT&as_sdt=0&scioldt=0>. Acesso em: 8 out. 2012. Sérgio Varela Bruna resume bem o caso: “Chevron diz respeito a uma lei de proteção ambiental que determinou à agência de proteção ambiental americana uma política que tinha como base a imposição de limites para emissão de poluentes. E esses limites eram dados por unidades produtivas. E a agência de proteção ambiental, depois de muita discussão e processo administrativo

administrativo regulatório. O controle se daria pela ótica da razoabilidade e da legalidade, da motivação dos atos e da efetiva consideração dos argumentos dados pelos interessados.³⁷ Desse modo, a partir do caso *Chevron* foram estabelecidos alguns parâmetros para o controle judicial e se consagrou o princípio da deferência.

Foram estabelecidos dois passos para a revisão de um ato administrativo, que aqui podem ser lidos como atos que envolvam discricionariedade do administrador ou do legislador. Primeiro, deve-se analisar se há “intenção específica” do Congresso sobre o assunto posto em pauta e se essa intenção é clara ou ambígua. A prioridade é a lei. O segundo passo é avaliar se a interpretação dada ao ato atacado é razoável e plausível. Se sim, não se deve interferir no ato regulatório, porém se o ato não estiver dentro dos parâmetros do “bom senso”, deve ser anulado.

Por fim, vale ressaltar a visão de Ives Gandra Martins, para quem os Ministros do Supremo Tribunal Federal “não se sentem mais jungidos à função exclusiva de asseguradores da lei, mas seus verdadeiros produtores, sempre que, a seu ver, o Congresso Nacional tenha sido omissos”.³⁸ Ives tem uma posição bem crítica à atuação do STF como legislador positivo e destaca os seguintes artigos da Constituição para a sua análise:

para determinar a regra concreta que iria prevalecer, criou o conceito de bolha. Então, passou a não olhar mais para as unidades produtivas individualmente consideradas, mas para o conjunto de equipamentos emissores de um determinado complexo industrial, fingindo que sobre ali havia uma bolha, de sorte que equipamentos que emitiam mais do que o limite podiam ter esse excesso compensado por equipamentos do mesmo complexo que emitissem menos. Isso foi questionado pelos ambientalistas, dizendo que extrapolava a norma de competência, a norma que tinha atribuído esta política. E se desenvolveu essa doutrina *Chevron*, que não tem muito a ver com a questão ambiental que está por trás disso, mas tem a ver com esta ideia de separação ou divisão de poderes entre o Judiciário e a agência” (BRUNA, Sérgio Varela. Mesa-redonda 2: o cotidiano judiciário e a representação das agências em um contexto de judicialização. In: SALGADO, Lucia Helena (Org.). *Marcos Regulatórios no Brasil: judicialização e independência*. Rio de Janeiro: Ipea, 2009. p. 66).

³⁷ RUBENSTEIN, David S. “*Relative checks*”: towards optimal control of administrative power. Washburn University, 2019. p. 2230-2232. (paper).

³⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. *RBDC*, n. 18, p. 2, jul.-dez. 2011.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição;

[...]

Art. 103. [...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

[...]

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.³⁹

Com base nesses artigos, afirma que os poderes devem conviver de forma harmônica e independente e que o Legislativo, como poder mais representativo da sociedade, poderá sustar atos de invasão de sua competência por qualquer dos outros poderes, com base no art. 49, XI, da CF/88. O STF, por sua vez, ao se tornar guardião da Constituição, deve atuar como legislador negativo, sem ter o direito de modificá-la. A fim de

³⁹ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2013.

sustentar essa tese, Ives destaca o art. 103, § 2º, da CF, e reafirma a impossibilidade de o STF editar norma, mesmo quando declara que a omissão do Legislativo é inconstitucional.⁴⁰ Para o autor, as Forças Armadas têm como missão garantir os poderes constituídos, garantir a lei e a ordem, devendo intervir sempre que solicitada pelo poder atingido.⁴¹⁻⁴²

Desse modo, Ives defende que em qualquer caso que o STF invada competência do Legislativo, este poderia anular a eficácia de sua decisão, com fundamento no art. 49, XI, da CF. Caso o STF não acatasse essa anulação – veja onde chegamos - caberia “intervenção das Forças Armadas para restabelecer a lei e a ordem turbadas pela quebra de harmonia entre os poderes”, a fim de obrigar o STF a respeitar a decisão do Legislativo.⁴³

Ao final, destaca sua preocupação de que muitos Ministros que tratam de matéria tributária tenham, como seus assessores, procuradores da Fazenda Nacional e procuradores do Estado, que como defensores do Estado e da Fazenda, podem não ter a necessária imparcialidade no preparo dos processos para julgamento. O autor conclui seu texto entendendo que o ativismo gera muita incerteza e fere a democracia, uma vez que qualquer lei passa a ser modificável sem que haja debate no Congresso Nacional, podendo, inclusive, ter efeitos retroativos. Reitera, contudo, que suas

⁴⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional, cit., p. 4.

⁴¹ Idem, p. 4-5.

⁴² Ives cita alguns casos mais graves de invasão de competência legislativa como a cassação “dos mandatos dos Governadores do Maranhão e da Paraíba e a nomeação do candidato derrotado para substituí-los e não do presidente da Assembleia Legislativa”, indo de encontro aos arts. 80 e 81 da CF e o caso da fidelidade partidária, uma vez que o partido, de acordo com o art. 1º da CF, poderia ter a opção de adotá-la ou não, mas o STF entendeu que a mesma era obrigatória.

⁴³ Idem, p. 11.

críticas não se estendem às figuras dos Ministros, os quais merecem todo respeito e admiração.⁴⁴

Em conclusão, nesse campo fértil de desafios e incertezas, parece-me que é inequívoca a legitimação do ativismo judicial, uma vez que a Constituição, “obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído”. Assim, “se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la”.

⁴⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional, cit., p. 16.